Schriften zum Vergaberecht

62

Pia Ahlers

Grundlagen und Grenzen der Beschaffungsautonomie

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi,
Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa),
Bucerius Law School Hamburg

Band 62

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pia Ahlers

Grundlagen und Grenzen der Beschaffungsautonomie

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1186-5 (Print)
ISBN 978-3-7489-1781-6 (ePDF)

1. Auflage 2023
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Meinen Eltern

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2023 von der Juristischen Fakultät der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Februar 2023 abgeschlossen und für die Drucklegung geringfügig überarbeitet.

Aufrichtig danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Oliver Dörr*, LL.M. (Lond.), für die herausragende Betreuung dieser Promotion. Während meiner Zeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung am European Legal Studies Institute (ELSI) durfte ich fachlich wie auch menschlich viel lernen. Auch meinem Zweitgutachter, Herrn Professor Dr. *Thomas Groß*, danke ich für die zügige Erstellung des Gutachtens und die hilfreichen Anmerkungen für die Überarbeitung der Dissertation.

Den Herausgebern, Herrn Professor Dr. *Martin Burgi* sowie Herrn Professor Dr. *Hermann Pünder*, LL.M. (Iowa), danke ich für die wohlwollende Aufnahme der Arbeit in die renommierte Schriftenreihe »Schriften zum Vergaberecht«.

Eine wissenschaftliche Arbeit von dem Umfang wie die vorliegende kommt nicht ohne die Hilfe anderer zustande. Besonders dankbar bin ich daher den ehemaligen Kolleginnen und Kollegen der dritten Etage des ELSI für die angenehme Arbeitsatmosphäre und die umfassende Bereitschaft, über die – für sie regelmäßig fremden – Fragen des Vergaberechts zu diskutieren. Sie sind dafür verantwortlich, dass mir die Zeit am ELSI in guter Erinnerung bleibt. Insbesondere danken möchte ich *Lena Herzog*, *Zahra Wendland*, *Antje Hedemann*, *Wiebke Forstreuter*, *Lena Hupe* und *Ole Gausmann* sowie *Marja Villmer*.

Zutiefst dankbar bin ich den Menschen, die die Aufgabe des Korrekturlesens übernommen haben. Insbesondere möchte ich Dr. *Patrick R. Hoffmann* und *Raphael Sia* danken. Durch ihre wertvollen fachlichen Anmerkungen, ihre Diskussionsbereitschaft und ihr offenes Ohr haben sie einen erheblichen Anteil am Gelingen dieser Arbeit. Mein persönlicher Dank gilt *Fabian Dreyem*: nicht nur, weil er auch ohne juristischen Hintergrund viele Teile der Arbeit mit größter Sorgfalt und Interesse gelesen hat, sondern auch, weil er mich während der Promotionsphase in jeder Hinsicht

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unermüdlich unterstützt hat. Mit seiner verständnisvollen Art, seinem Optimismus und seinem Humor hat er maßgeblich dazu beigetragen, diesen Lebensabschnitt zu meistern.

Schließlich möchte ich meinen Eltern, *Dagmar* und *Reinhard Ahlers,* von Herzen danken. Sie haben mir die universitäre Ausbildung erst ermöglicht und mich in all meinen Vorhaben stets bestärkt und bedingungslos unterstützt. Ohne ihren Rückhalt wäre dieses Werk nicht zustande gekommen. Ihnen ist diese Arbeit daher gewidmet.

Osnabrück, im Oktober 2023 *Pia Ahlers*

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 23

Einführung 31

A. Herkunft und Stand des Diskurses um die Beschaffungsautonomie 31

I. Schöpfung des Begriffes der Beschaffungsautonomie bei N. Meyer (2002) 31

II. Divergenzen über die Grenzen der Beschaffungsautonomie 35

III. Verbleibende Unklarheit: Herleitung und methodischer Umgang mit der Beschaffungsautonomie 37

B. Rechtliche Spannungsfelder 39

I. Administrativer Entscheidungsspielraum zwischen Rechtsbindung und lückenloser gerichtlicher Kontrolle 39

II. Unionsrechtlich indizierte Marktöffnung versus Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten 41

Teil 1: Grundlagen der Beschaffungsautonomie 43

Kapitel 1: Die Beschaffungsautonomie im System der staatlichen Bedarfsdeckung 45

A. Umriss und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes 45

I. Inhaber der »Beschaffungsautonomie« 45

II. Begriffliche Annäherung 46

1. ›Beschaffung‹ 47

2. ›Autonomie‹ 48

III. Inhaltliche Ausprägung der Beschaffungsautonomie in Rechtsprechung und Literatur 48

1. Festlegung des Bedarfs und der zu beschaffenden Leistung (*Was* der Beschaffung) 49

2. *Make-or-buy*-Entscheidung (*Ob* der Beschaffung) 50

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Übertragbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse auf die staatliche Bedarfsdeckung 51
V. Zwischenergebnis 53

B. Staatliche Aufgaben und staatlicher Bedarf 53

I. Eingrenzung des staatlichen Bedarfs in gegenständlicher Hinsicht 54
II. Die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe als Grundlage der Entstehung eines staatlichen Bedarfs 55
1. Begriff der staatlichen Aufgabe 57
a. Schwierigkeit der Bestimmung von Aufgaben 58
b. Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft 60
c. Kompetenzen als Indiz von Aufgaben 61
d. Haushaltsplan als Folge, aber nicht als Grundlage von Aufgaben 63
e. Aufgabenverständnis im Rahmen dieser Arbeit 64
2. Möglichkeit der Systematisierung bedarfsauslösender Aufgaben? 65
a. Differenzierung zwischen konkreten Aufgaben und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen 66
b. Möglichkeit einer rechtlichen Abgrenzung? 67
3. Abgrenzung von staatlicher Aufgabe und staatlichem Bedarf 69
4. Staatliche Aufgaben – Normen mit Bedarfsbezug – Vergaberechtliche Vorschriften 72
III. Politische Einflüsse bei der Ermittlung und Feststellung des staatlichen Bedarfs? 74
1. Politischer Charakter des Bedarfs 75
2. Beschaffungsfremde Eigenschaften als Teil des Bedarfs? 77
IV. Zwischenergebnis 79

C. Mittel zur Bedarfsdeckung 80

I. Beschaffung 81
1. Merkmale der staatlichen Beschaffung 81
2. Formen der staatlichen Beschaffung 82
a. Rechtsgeschäftlicher Erwerb von Gütern 83

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Einbeziehung Privater in die Aufgabenerledigung (Privatisierung) 84
aa. Systematisierung der Privatisierungsformen nach der Verteilung der Verantwortung 85
bb. Beschaffungscharakter einzelner Privatisierungsformen 87
c. Hoheitliche Maßnahmen 90
II. Verwaltungsinterne Eigenfertigung als Mittel zur staatlichen Bedarfsdeckung 92
1. Merkmale der Eigenfertigung 92
2. Formen der Eigenfertigung 95
a. Klassische Eigenfertigung durch rechtlich unselbstständige Einheiten 95
b. Kooperation mit rechtlich selbstständigen Einheiten des Staates 96
aa. Vertikale Kooperation (*Inhouse*-Geschäft) 98
bb. Horizontale Kooperation (*Instate*-Geschäft) 100
c. Zwischenfazit 104
3. Verwaltungsinterne Umstrukturierung als lediglich vorbereitende Maßnahme der Aufgabenerfüllung 106
a. Organisationsprivatisierung 106
b. Kompetenzübertragung auf rechtlich selbstständige Verwaltungsträger 106
III. Zwischenergebnis 108

D. Die Phasen von der Entstehung des Bedarfs bis zum Abschluss der Aufgabenerfüllung innerhalb der Verwaltung 109

I. Analysephase 111
1. Situationsanalyse: Erfüllung einer staatlichen Aufgabe 112
2. Bedarfsermittlung 113
a. Objektiver Bedarf als erstes Raster 115
b. Betriebswirtschaftliche Marktforschung als Mittel zur Definition des Bedarfs 116
aa. Marktanalyse 118
bb. Konsultation von externen Beratern 119
cc. Informationsaustausch zwischen Verwaltungsträgern 122
dd. Mitgliederbefragung 122

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Ausrichtung von Wettbewerben und Auslobungsverfahren 123
3. Ergebnis der Analyse: Bedarfsdefinition 124
II. Planungsphase 124
1. *Make-or-procure*-Entscheidung (Beschaffungsentscheidung) 125
a. Lokalisierung im Bedarfsdeckungsprozess 126
b. Voraussetzungen der *Make-or-procure*-Entscheidung 127
2. Wahl der Beschaffungsform 129
3. Konkretisierung der Leistung im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung 129
III. Durchführungsphase 131
IV. Kontrollphase 132
V. Kontextualisierung der Beschaffungsautonomie 133

E. Die Kennzeichen von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung 133

I. Die Bedarfsdefinition in der staatlichen Bedarfsdeckung 134
1. Zusammenhang von Bedarfsdefinition und staatlicher Aufgabe 135
2. Gegenstände des staatlichen Bedarfs 136
a. Güter 137
aa. Klassifikation nach der Verkehrsauffassung 137
bb. Qualität 138
(1) Materielle Eigenschaften 138
(2) Immaterielle Eigenschaften 141
cc. Abgrenzung: Gütezeichen und technische Normen 144
dd. Quantität 146
b. Dienstleistungen 147
aa. Klassifikation nach der Verkehrsauffassung 147
bb. Eigenschaften von Dienstleistungen 148
cc. Abgrenzung zu vergaberechtlichen Eignungskriterien 148
dd. Abgrenzung zu Ausführungsbedingungen 149
3. Äußere Umstände der Leistungserbringung 151
4. Abgrenzung zur Leistungsbestimmung 152

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

5. Änderung des Beschaffungsbedarfs als vergaberechtlicher Aufhebungsgrund 153
II. Schuldrechtliche Leistungsbestimmung 154
1. Typus der schuldrechtlichen Leistung 154
2. Vertragsbedingungen 155
III. Verhältnis von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung zur vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung 157

F. Fazit 160

Kapitel 2: Die rechtliche Herleitung der Beschaffungsautonomie 163

A. Privatautonomie und Vertragsfreiheit? 164

I. Die Fiskustheorie und das fiskalische Hilfsgeschäft 165
II. Konzept und rechtliche Grundlagen von Privatautonomie und Vertragsfreiheit 167
1. Ideengeschichtlicher Hintergrund 167
2. Verortung in den Grundrechten 168
III. Widersprüche gegen die Privatautonomie des Staates 170
IV. Ergebnis 173

B. Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Bedarfsdeckung 173

I. Die Erfüllung von Aufgaben als Maßstab staatlicher Funktionsfähigkeit 174
II. Herstellung und Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit als staatliche Pflicht 176
1. Mittel zum Erhalt der Funktionsfähigkeit 176
a. Organisation 177
b. Materielle Mittel 178
aa. Personal 178
bb. Ausstattung 179
cc. Finanzmittel 179
c. Zwischenfazit 180
2. Herleitung der rechtlichen Pflicht 181
a. Rechtsstaatsprinzip 181
b. Sozialstaatsprinzip 184
c. Grundrechte 185
d. Allgemeiner Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG 188

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e. Fazit 189
III. Schlussfolgerungen für die Beschaffungsautonomie 189
1. Organisationsgewalt als Kompetenztitel für Maßnahmen der Bedarfsdeckung? 190
2. Bedarfsdeckung als Befugnis aus der Aufgabenstellung 192

C. Entstehung und Zulässigkeit von Autonomiebereichen bei der staatlichen Pflichterfüllung 194

I. Autonomie als Freiraum bei der Entscheidungsfindung 195
1. Bedeutung und historischer Hintergrund des Autonomiebegriffs 195
2. Rechtliche Annäherung an den Autonomiebegriff 196
a. Inhaber von Autonomie 197
aa. Individuelle Autonomie 197
bb. Institutionelle Autonomie 198
b. Die Entscheidung als Ausgangspunkt der Bestimmung von Autonomie 200
aa. Zielrichtung der Entscheidung 201
bb. Verhältnis zwischen Fremd- und Eigensteuerung 201
cc. Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse 202
3. Arbeitsdefinition: Autonomie – Entscheidungsspielraum – Letztentscheidungsbefugnis 204
II. Das Prinzip der Gewaltenteilung als Grundlage staatlicher Autonomiebereiche? 206
1. Sachgerechte Entscheidungen als Ziel der Gewaltenteilung 206
2. Methoden zur Ermittlung von exklusiven Funktionsbereichen 208
a. Positive Zuordnung von Funktionsbereichen 208
b. Negative Abgrenzung von Funktionsbereichen 211
aa. Verbot des Eingriffs in den Kernbereich als Grenze der Gewaltenverschränkung 211
bb. Spezialfall: Verwaltungsvorbehalt? 212
3. Zwischenergebnis 213
III. Autonomie als Folge fehlender konkreter gesetzlicher Vorgaben 215
1. Gesetzesbindung und Vorrang des Gesetzes 216

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung 217
a. Regelung durch das Parlament (Parlamentsvorbehalt) 218
b. Notwendigkeit einer allgemeinverbindlichen Regelung (Rechtssatzvorbehalt) 219
3. Zwischenergebnis 222
IV. Autonomie durch Verringerung der gerichtlichen Kontrolldichte 223
1. Grundsatz: Garantie des effektiven Rechtsschutzes als lückenlose Kontrolle 224
a. Normative Herleitung 224
b. Gewährleistungsgehalt 226
aa. Zugang zum gerichtlichen Verfahren 226
bb. Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes 228
2. Ausnahme: Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung 230
a. Begründung von Letztentscheidungsbefugnissen 230
aa. Dichte der materiellen Regelungen? 230
bb. Funktionell-rechtliche Gründe und Fallgruppen 233
cc. Normative Ermächtigungslehre 236
dd. Grundrechtsbetroffenheit? 238
b. Arten von Spielräumen und Letztentscheidungsbefugnissen 240
c. Kontrolle des Entscheidungsverfahrens 242
3. Zwischenergebnis 244
V. Verhältnis der beiden Begründungsansätze zueinander 244

D. Begründung der Beschaffungsautonomie als Autonomiebereich 246

I. Gesetzliche Vorgaben durch die Legislative für die Bedarfsdeckung 247
1. Vorhandene rechtliche Maßstäbe 248
a. Aufgabennorm und Zuständigkeitsvorschriften 248
b. Normen mit Bedarfsbezug 249
aa. Berücksichtigungspflichten 250
bb. Bevorzugungspflichten 251
cc. Befolgungspflichten 252
c. Haushaltsgesetz und Haushaltsrecht 253
d. Vergaberechtliche Vorschriften 255

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen: Wesentlichkeit der Bedarfsdeckung? 258
a. Bedarfsdefinition 259
b. Beschaffungsentscheidung: *Make-or-procure*-Entscheidung 263
c. Wahl der Beschaffungsform 265
d. Leistungsbestimmung: Bestimmung immaterieller Leistungskriterien 266
e. Schuldrechtliche Leistungsbestimmung 267
3. Zwischenergebnis 268
II. Intensität der gerichtlichen Kontrolle von staatlichen Bedarfsdeckungsmaßnahme 269
1. Gerichtliche Kontrolle von Bedarfsdeckungsmaßnahmen 269
a. Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 19 Abs. 4 GG 269
b. Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 47 GrCh 273
2. Akteure der vergaberechtlichen Nachprüfung 276
a. Erste Instanz: Vergabekammern als Gerichte? 277
aa. Nationaler Gerichtsbegriff 277
bb. Unionsrechtlicher Gerichtsbegriff 279
cc. Zwischenergebnis 282
b. Zweite Instanz: Oberlandesgerichte 282
3. Vorliegen einer normativen Ermächtigung zur administrativen Letztentscheidung? 283
a. Aufgabennorm 283
b. Normen mit Bedarfsbezug 286
aa. Berücksichtigungspflichten 286
bb. Bevorzugungspflichten 287
cc. Befolgungspflichten 288
c. Haushaltsrecht und Haushaltsgesetz 290
d. Vergaberechtliche Normen 292
aa. Kontrolle der Bedarfsdefinition 293
bb. Kontrolle der weiteren Leistungsbestimmung 295
III. Einfluss des Unionsrechts auf die staatliche Bedarfsdeckung 296
1. Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten? 296
2. Unionsrechtlich geforderte Intensität der gerichtlichen Kontrolle 299
a. Effektivität des Unionsrechts 299

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Unionale Praxis bei der Kontrolle von Maßnahmen zur Bedarfsdeckung 301
IV. Fazit 303

E. Die Herleitung der Beschaffungsautonomie privater Akteure 304

I. Keine Herleitung aus dem Kartellvergaberecht 305
II. Funktionale Betrachtung 308
III. Zwischenergebnis 310

F. Ergebnis 310

Teil 2: Grenzen der Beschaffungsautonomie 313

Kapitel 1: Grenzen bei der Bedarfsdefinition 315

A. Haushaltsrechtliche Vorschriften: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 315

B. Kartellvergaberechtliche Vorschriften 317

I. Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften auf die Bedarfsdefinition? 319
II. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung 322
1. … als Konkretisierung der Gebote von Chancengleichheit und der Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb 323
a. Verhältnis der Gebote von Chancengleichheit und Wettbewerb zueinander 323
b. Herleitung des Gebots der Chancengleichheit 324
c. Struktur von Gleichbehandlungsgeboten 327
aa. Gleichbehandlungsgebote, die an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen 327
bb. Allgemeine Gleichbehandlungsgebote 328
d. Zwischenergebnis 330
2. Verweis auf bestimmte Eigenschaften einer Leistung 331
3. Vorliegen einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung bei der staatlichen Nachfrage 333
a. Begünstigung und Ausschluss von Marktteilnehmern 334
b. Verweis auf die Herkunft als mittelbare Ungleichbehandlung 335

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Wesentliche Vergleichbarkeit von Marktteilnehmern 336
aa. Die Schwierigkeit der Bildung von Vergleichsgruppen bei der staatlichen Nachfrage 336
bb. Funktionelle Austauschbarkeit 338
d. Sonderfall: Nachfrage nach technischen Anlagen und System 342
e. Zwischenergebnis 344
4. Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand 345
a. Allgemeine Anforderungen an die Rechtfertigung einer relevanten Ungleichbehandlung 346
aa. Sachlicher Grund 346
bb. Verhältnismäßigkeit? 347
b. Die Formel des OLG Düsseldorf 350
aa. Sachliche Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand 351
bb. Willkürkontrolle: Vorliegen objektiver und auftragsbezogener Gründe 352
cc. Verbot der Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer 354
dd. Zwischenergebnis: Neujustierung 355
c. Sachliche Gründe 356
5. Rechtfertigung durch den Zusatz »oder gleichwertig« 357
6. Zwischenergebnis 358
III. Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb 359
1. Herleitung des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes 361
2. Gewährleistungsinhalt des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips 363
3. Beeinträchtigung des Wettbewerbsprinzips 366
a. Höchstgrenzen für Vertragslaufzeiten? 366
aa. Rahmenvereinbarungen, Konzessionen und öffentliche Dienstleistungsaufträge 367
bb. Öffentliche Aufträge, die keine Rahmenvereinbarungen sind 368
b. Standortvorgaben 370
c. Lock-in-Effekte bzw. Kompatibilitätserfordernisse? 372
4. Zwischenergebnis 373

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Anforderungen aus dem Transparenzgebot 374
1. Gewährleistungsinhalt 375
2. Notwendigkeit der Dokumentation des Entscheidungsprozesses bei der Definition des Bedarfs 377
3. Anforderungen an die Dokumentation der Bedarfsdefinition 378
4. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Transparenzgebot 379
V. Pflicht zur Durchführung von Markterkundungen? 380
1. Haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und vergaberechtliche Markterkundung 382
2. Vergaberechtliche Pflicht zur Markterkundung? 384
3. Mittelbare Markterkundungspflicht 387
VI. Berücksichtigung der Barrierefreiheit oder eines »Designs für alle« 388
VII. Erfordernis der höchsten Energieeffizienzklasse 391
VIII. Berücksichtigung mittelständischer Interessen 391
1. Das Gebot der losweisen Vergabe als spezielle Ausprägung des Mittelstandsgebots 392
2. Keine Umgehungsgefahr durch die Bedarfsdefinition 393
IX. Vergaberechtliches Wirtschaftlichkeitsprinzip 397
X. Vergaberechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip 400
XI. Zwischenergebnis 402

C. Vergaberechtliche Vorschriften im Unterschwellenbereich 402

I. Vorgaben aus dem Vergabeprimärrecht 403
1. Anwendungsbereich des Vergabeprimärrechts 404
2. Folgen für die Bedarfsdefinition 405
II. Gebot der produktneutralen Ausschreibung 407

D. Landesvergabegesetzliche Vorschriften 408

I. Sperrwirkung bundesgesetzlicher Regelungen 409
II. Landesvergabegesetzliche Vorgaben für die Bedarfsdefinition 410

E. Fachrechtliche Vorschriften mit Bedarfsbezug 411

I. Aufgabennormen und Vorrang des Gesetzes 412

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Ausgewählte fachrechtliche Vorgaben für die Bedarfsdefinition 413
1. Umwelt- und klimaschutzrechtliche Vorschriften 413
a. § 45 KrWG und § 6 KrWG 413
b. § 13 KSG 416
c. § 5 SaubFahrzeugBeschG 418
d. Landes-Klimaschutzgesetze 420
e. Zwischenergebnis 423
2. Kartellrechtliche Vorschriften 424

F. Fazit 427

Kapitel 2: Grenzen bei der *Make-or-procure*-Entscheidung 429

A. Haushaltsrechtliche Vorschriften: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 429

B. Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit 430

C. Vorgaben aus dem Vergabeprimärrecht 431

I. Keine Sperrwirkung des Art. 345 AEUV 431
II. Grundsatz: keine Pflicht zur Beschaffung am Markt 432
III. Verbot der Wettbewerbsverfälschung 433

D. Sonderfall: Beschaffung von Verkehrsleistungen nach PBefG, AEG und VO (EG) Nr. 1370/2007 436

I. Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit 437
II. Gemeinwirtschaftliche Verkehre als Beschaffung 439
III. Fazit 441

Kapitel 3: Grenzen bei der Wahl der Beschaffungsform 443

A. Kein allgemeines Gebot oder Verbot der Privatisierung 443

B. Haushaltsrechtliche Vorschriften: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 444

C. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Richtschnur der Entscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher und imperativer Beschaffung 445

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 4: Grenzen bei der Anforderung immaterieller Kriterien 447

A. Kartellvergaberechtliche Vorgaben: Auftragsbezug und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 447

B. Landesvergaberechtliche Grenzen 450

Kapitel 5: Grenzen bei der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung 453

A. Schuldrechtliche Bestimmung des Vertragstypus 453

B. Bestimmung der Vertragsbedingungen: Verbot eines ungewöhnlichen Wagnisses 454

Kapitel 6: Folgerung für die Grenzen der Beschaffungsautonomie 457

Zusammenfassung in Thesen 459

Literaturverzeichnis 475

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

a.A./ A.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
a.M.	am Main
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift
BAnz	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
BauO NRW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BayObLG	Bayrisches Oberlandesgericht
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
Bd.	Band
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Bek.	Bekanntmachung
BerlAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
BerlVerf	Verfassung von Berlin
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BGG	Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen
BGH	Bundesgerichtshof
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKartA	Bundeskartellamt
BLJ	Bucerius Law Journal (Zeitschrift)
BMEL	Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BrdbgVerf	Verfassung des Landes Brandenburg
BremVerf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BWVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CO_2	Kohlenstoffdioxid
CPV	Common Procurement Vocabulary
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
d.	des/der
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter (Zeitschrift)

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ECLI	European Case Law Identifier
EEWärmeG	Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGAbl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EUAbl.	Amtsblatt der Europäischen Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EurLJ	European Law Journal (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f./ff.	folgende
FS	Festschrift
FSC	Forest Stewardship Council
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GMBl.	Gemeinsames Ministerialblatt
GO	Gemeindeordnung
GPA	Agreement on Government Procurement
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift/Gedenkschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

h.M.	herrschende Meinung
HamVerf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
HessVerf	Verfassung des Landes Hessen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
HmbVgG	Hamburgisches Vergabegesetz
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberinnen
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.e.	im Sinne eines/einer
i.V.m.	in Verbindung mit
IBR	Immobilien- und Baurecht (Zeitschrift)
IKT	Informations- und Kommunikationstechnik
ILO	International Labour Organization (Internationale Arbeitsorganisation)
IR	InfrastrukturRecht (Zeitschrift)
IT	Informationstechnisch/e/en
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KMU	Kleine und mittelständische Unternehmen
KommJur	Kommunaljurist (Zeitschrift)
KonzRL	Konzessionsrichtlinie
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
KSG	Bundes-Klimaschutzgesetz
LG	Landgericht

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

LHO	Landeshaushaltsordnungen
lit.	Buchstabe
LkSG	Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
LKW	Lastkraftwagen
Ls.	Leitsatz
LVG LSA	Landesvergabegesetz Sachsen-Anhalt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MeckPVVerf	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern
Mrd.	Milliarde/n
MüKo	Münchener Kommentar
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
Nds.	Niedersächsische/r
Nds. LT-Drs.	Drucksachen des Niedersächsischen Landtages
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
NKomVG	Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz
Nr.	Nummer
NRWVerf	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen
NTVerG	Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVerf	Niedersächsische Verfassung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau- und Vergaberecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPP	Öffentlich-Private Partnerschaft(en)

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PEFC	Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes
PPLR	Public Procurement Law Review (Zeitschrift)
PPP	Public Private Partnership
RhldPfVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer/n
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S./s.	Seite, Satz, Siehe/siehe
SaarlVerf	Verfassung des Saarlandes
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SachsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen
SaubFahrzeug-BeschG	Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz
SektRL	Sektorenrichtlinie
SektVO	Sektorenverordnung
Sep.	September
SGB	Sozialgesetzbuch
SHVerf	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
StPO	Strafprozessordnung
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
STTG	Saarländisches Tariftreuegesetz

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ThürEGovG	Thüringer Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung
ThürVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen
ThürVgV	Thüringer Vergabegesetz
UN	United Nations
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
UVgO	Unterschwellenvergabeordnung
v.	vom/von
Verf LSA	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
VergabeR	Vergaberecht (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
Vgl./vgl.	Vergleiche/vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOL	Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen
Vorb.	Vorbemerkung
VRL	Vergaberichtlinie
VS-RL	Richtlinie über Vergaben in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift)

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	Welthandelsorganisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG KA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Im Übrigen wird auf das Abkürzungsverzeichnis von *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Auflage 2021, Berlin u.a. verwiesen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einführung

Mit dem Aufleben der Beschaffungsautonomie – als einer Hürde bei der vergaberechtlichen Nachprüfung – entsteht der Eindruck, die lang überwundene Fiskustheorie, die dem Staat bei der Durchführung seiner Fiskalgeschäfte umfassende und grenzenlose Freiheiten verspricht, erfährt eine Renaissance. Der Staat beschafft von Speisen und Getränken zum Ausrichten festlicher Empfänge bis hin zu militärischen Rüstungsgütern, um seinem Verteidigungsauftrag nachzukommen, eine Bandbreite unterschiedlicher Güter und Dienstleistungen. Die Beschaffungsautonomie beschreibt die kaufmännische Freiheit der öffentlichen Hand im Rahmen der Bedarfsdeckung, über Inhalt und Umfang der begehrten Leistung und die Beschaffung zu entscheiden.[1] Wie sich ein Individuum frei für ein Produkt oder eine Dienstleistung entscheiden kann, so sollen im Sinne der Beschaffungsautonomie auch administrative Stellen nach Belieben ihren »Einkaufszettel« erstellen können.

Da der Staat und insbesondere die Verwaltung aber keine individuelle Freiheit für sich beanspruchen können, stellt sich die Frage, woraus sich der beschriebene Spielraum ableitet und welche Grenzen sich aus vergaberechtlichen und sonstigen Vorschriften ergeben. Diese Frage untersucht die vorliegende Arbeit.

A. Herkunft und Stand des Diskurses um die Beschaffungsautonomie

I. Schöpfung des Begriffes der Beschaffungsautonomie bei N. Meyer (2002)

Der Begriff der Beschaffungsautonomie selbst geht auf *N. Meyer* zurück, die in ihrer Dissertation die »grundsätzliche Freiheit bei der Bedarfsdefinition« als Beschaffungsautonomie begreift.[2] Den Beschaffungsprozess teilt sie

1 Exemplarisch: OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – Verg 42/09, juris Rn. 28; *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 7; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 16.

2 *Meyer*, Politische Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung (2002), S. 74. Vorher verwendet auch schon *Ulli Arnold* im betriebswirtschaftlichen Zusammenhang den Begriff der Beschaffungsautonomie, ohne ihn explizit zu definieren. Nach Ansicht von *Arnold* soll die Beschaffungsautonomie von Auslandsniederlassungen den Grad

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in die Phase der Bedarfsdefinition und die Phase der Bedarfsdeckung. Unter den Prozess der Bedarfsdefinition falle nach ihrer Ansicht der gesamte Prozess vor der Bedarfsdeckung[3], wobei Bedarfsdeckung in ihrem Sinne als Durchführung der Beschaffung zu verstehen sei. Mit der Bedarfsdefinition falle die Entscheidung, ob, wann und welche konkrete Leistung beschafft werden soll.[4] Die Bedarfsdeckung hingegen sei der Prozess, der mit der Leistungsbeschreibung beginne und in dem das eigentliche Vergaberecht Relevanz erhalte. Die Leistungsbeschreibung fungiere als »Scharnier« zwischen Bedarfsdefinition und Bedarfsdeckung und könne in gegenständlicher Hinsicht mit der Leistungsbeschreibung gleichgesetzt werden.[5]

Im Hinblick auf die Beschaffungsautonomie formuliert sie: »Die Entscheidung, ob, wann und welche Leistung beschafft wird, liegt grundsätzlich im freien Ermessen des Auftraggebers«[6]. Dieser »sehr weite[…] Spielraum«[7] sei auf die Relativität der Bedarfsentstehung und die starken politischen Einflüsse im Rahmen der Definition des Bedarfs zurückzuführen.[8] Nach ihrer Ansicht seien politische Erwägungen in die Bedarfsdefinition einzubeziehen, was gegenüber einer rein »neutralen« Beschaffung nicht herausragend zu problematisieren sei, da es unvermeidbar sei.[9] Dass der Staat ungebunden bei der Definition des Bedarfs sei, hält sie unter Verweis auf Ausführungen von *Pietzcker* und *Arrowsmith* für selbstverständlich und unbestritten.[10] Sie schafft mit der Beschaffungsautonomie eine Bezeichnung

---

der Weisungsfreiheit bei der Beschaffung von Leistungen durch Produzenten (Zulieferer) im Ausland vom inländischen Unternehmen beschreiben. S. dazu: *Arnold*, in: Arnold/Kumar/Haussmann, Handbuch der Internationalen Unternehmenstätigkeit (1992), S. 637, 643 f.

3 Die Zweiteilung zwischen Bedarfsdefinition und Bedarfsdeckung entnimmt *Meyer*: *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 26 f.; *Dohmen*, Jahrbuch der deutschen Bundespost 1985, S. 198, 199 Fn. 5, 203 f.; *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 5, 8. S. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 56 Fn. 109.

4 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 69.

5 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 101.

6 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74.

7 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74.

8 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 69 f.; vgl. auch *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, S. 11 f.

9 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74.

10 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74. Die entsprechenden Stellen lauten bei *Pietzcker*, SächsVBl. 1999, S. 289, 293: »Da der Auftraggeber aber selbst seinen Bedarf festlegt, kann man diese Produktbeschreibung als der Auftragsvergabe vorgelagert ansehen«; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 93: »Die Post darf Elektroautos bestellen, auch wenn ihre Benutzung nicht gesetzlich vorgeschrieben ist«. Vgl. noch deutlich *Arrowsmith*, Public Procurement (1. Aufl. 1996), S. 584 f.: »Such an approach entails

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für einen Spielraum, der auch schon apriorisch (meist im Rahmen der Diskussion um beschaffungsfremde Zwecke) angenommen wurde.[11]

Das Verständnis von diesem Spielraum wurzelte in der mangelnden Beschränkung durch das damalige Gemeinschaftsrecht im Hinblick auf die Produktauswahl.[12] So formulierte *Kayser*: »Die Vergaberichtlinien enthalten keine Regelungen darüber, *ob* und *in welchem Umfang* die Mitgliedstaaten ihren Bedarf an Warenlieferungen und Dienstleistungen decken dürfen. Sie enthalten auch keine Vorschriften darüber, von welcher Qualität die zu beschaffenden Dienstleistungen und Waren sein müssen. Daher können öffentliche Auftraggeber grundsätzlich diejenigen Produkte und Dienstleistungen beschaffen, die ihren Vorstellungen weitestgehend entsprechen. Diese *Wahlfreiheit* besteht grundsätzlich auch für das von den Mitgliedstaaten festgelegte Maß an Umweltverträglichkeit der zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen.«[13] Aus dieser noch stark auf die Einbeziehung politischer

---

that the government's consumer choice on matters such as product quality and safety, as well as its freedom to regulate, is limited in the interests of free trade. It is submitted, that this is not the correct approach, since it would limit the government's policy choices to an unacceptable degree«. Zurückhaltender in: *Arrowsmith*, Public Procurement (2. Aufl. 2005), S. 1112 f.

11 S. unter anderem: *Huber*, Konkurrenzschutz (1991), S. 444: »Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Aufträge vergebende Staat in der Auswahl dessen, was er beschafft, weitestgehend frei ist«. *Marx*, in: Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts (2000), S. 77, 82, 85: » Der öffentliche Auftraggeber ist – bis zur Grenze der willkürlichen Diskriminierung – in der Definition dessen, was er einkaufen will, frei«. *Schwarze*, in: ders., Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts (2000), S. 13, 42: »Hier, bei der Formulierung der Bedürfnisse, hat er noch umfangreiche Freiheit, nicht aber bei der Entscheidung darüber, wer diese Bedingungen erfüllt hat«. *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 491: »[S]o sind Auftraggeber unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit als Zuschlagskriterium frei, ob und welches Gut mit welchen produktbezogenen Spezifikationen sie erwerben wollen«. *Krohn* stellte unter Verweis auf die Ausführungen von *Marx* fest, dass es sich bei dem Gegenstand der Beschaffung um eine vorgegebene Größe handle, »die zwar im Eigeninteresse des Auftraggebers sorgfältig zu ermitteln ist, im Übrigen aber keiner Rechtfertigung bedarf«. Dazu: *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz (2003), S. 77 f.

12 Vgl. *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 271; *Steinberg*, NZBau 2005, S. 85, 85 f.: »[Die] Definition des Auftragsgegenstands unterliegt nicht dem koordinierten Bereich«.

13 *Kayser*, Nationale Regelungsspielräume (1999), S. 141 mit Verweis auf die Mitteilung der Kommission, v. 11.3.1998, KOM (1998) 143 endg., S. 30: »Generell gesehen kann jede Verwaltung, die dies wünscht, bei der Beschreibung der Produkte oder Dienstleistungen, die sie anzuschaffen beabsichtigt, jene Produkte und Dienstleistungen wählen, die ihren Vorstellungen von Umweltschutz entsprechen«. Dieser Ansicht hat sich auch *Kling* angeschlossen: *Kling*, Vergabefremde Regelungen (2000), S. 599

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Belange zentrierten Wahlfreiheit des Staates entwickelte sich die Ansicht von einer umfassenden »Freiheit« des Staates bei der Definition des Bedarfs und der Leistungsbestimmung. Der Satz, das Vergaberecht regele nicht das *Was*, sondern nur das *Wie* der Beschaffung, wurde zur zentralen Begründung der Beschaffungsautonomie.[14]

Für das, was *Meyer* als die Freiheit bei der Bedarfsdefinition bezeichnete, finden sich mittlerweile mehrere Begrifflichkeiten. Eine Herangehensweise an das Konzept der Beschaffungsautonomie erweist sich aufgrund der verschiedenen Begriffe[15] als schwierig: ausschnittsweise verwendet werden Begriffe wie »Beschaffungsautonomie«[16], »Leistungsbestimmungsrecht«[17],

---

»Nach allgemeiner Auffassung ist die Beschaffungsstelle hinsichtlich des anzuschaffenden Produkts bzw. der durchzuführenden Dienstleistung in der Auswahl frei, wenn sie dabei in nichtdiskriminierender Weise vorgeht. Die Vergaberichtlinien enthalten keine Regelungen über das *Ob* oder den *Umfang* der staatlichen Beschaffung; sie enthalten ferner keine Vorschriften über die Qualität der zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen. Die öffentlichen Auftraggeber haben die Befugnis, frei darüber zu entscheiden, welche Produkte und Dienstleistungen sie beschaffen wollen«.

14 *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366; *Tugendreich*, NZBau 2013, S. 90; *Laumann/Scharf*, VergabeR 2013, S. 539, 540; *Rung*, VergabeR 2017, S. 440; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 38; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74; *Gabriel/Voll*, NZBau 2019, S. 83; *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 11; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657 Rn. 18; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, juris Rn. 104. Vgl. auch: OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Naumburg, 23.4.2009 – 1 Verg 7/08, juris Rn. 37; *Scharen*, GRUR 2009, S. 345; *ders.*, NZBau 2009, S. 679, 682; *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 6; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 2. Vgl. auch *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74, der die Beschaffungsautonomie ausgehend vom Vergaberecht betrachtet.

15 Ein Beispiel für die begriffliche Austauschbarkeit findet sich beim OLG München, welches offenbar synonym die Wörter »Bestimmungsfreiheit«, »Beschaffungsbestimmungsrecht« und »Beschaffungsautonomie« verwendet. S. OLG München, 25.3.2019 – Verg 10/18, NZBau 2019, S. 538, 541.

16 So vor allem *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74; *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 4 ff.; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 38; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74; OLG Frankfurt a.M., 29.03.2018 – 11 Verg 16/17, juris Rn. 70, 14.05.2018 – 11 Verg 4/18, juris Rn. 62 f.; OLG München, 15.03.2012 – Verg 2/12, juris Rn. 73; 25.03.2019 – Verg 10/18, juris Rn. 60; VK Münster, 01.06.2015 – VK 2 – 7/15, juris Rn. 117.

17 BR-Drs. 367/15, S. 75; BT-Drs. 18/6281, S. 68; Anlage zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen, BAnz AT 26.05.2020 B1, S. 3; OLG Düsseldorf, 01.08.2012 – VII-Verg 10/12, juris Rn. 41; KG, 17.10.2022 – Verg 7/22, openJur 2023, 1256; *Probst/Gutmacher*, ZfBR 2021, S. 238 ff.; *Probst/Holleben*,

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

»Leistungsbestimmungshoheit«[18], »Beschaffungsselbstbestimmungsrecht«[19] und »Bestimmungsfreiheit«[20] sowie »Beschaffungsfreiheit«[21]. Teilweise sollen die verschiedenen Befugnisse aufeinander aufbauen. So sei das Leistungsbestimmungsrecht eine Ausprägung der Beschaffungsautonomie.[22]

II. Divergenzen über die Grenzen der Beschaffungsautonomie

Wenn die Beschaffungsautonomie auf Interesse stößt, erfolgt vor allem eine Auseinandersetzung mit den Grenzen der Beschaffungsautonomie. Das OLG Koblenz befasste sich 2002 bei der Nachprüfung einer SPNV-Vergabe als eines der ersten Gerichte ausdrücklich mit der Beschaffungsentscheidung. So war es nach Ansicht des Vergabesenats »nicht Aufgabe der Vergabekammern und -senate […], den tatsächlichen oder vermeintlichen Bedarf einer Vergabestelle zu ermitteln oder zu überprüfen«[23]. Aus der Urteilsbegründung stammt auch die plastische Aussage, sofern der Auftraggeber die Ausstattung der Zugtoiletten mit goldenen Armaturen verlange, wäre dagegen vergaberechtlich nichts einzuwenden, da allein die öffentliche Hand entscheide, was sie haben und auf welche Weise sie die Leistung erhalten wolle. Die Überprüfung dieser Entscheidung sei allenfalls ein Fall für die Aufsichtsbehörden oder die Rechnungshöfe.[24] Dieser noch stark vom innenrechtlichen Haushaltsrecht geprägte Ansatz verbot eine eingehende Kontrolle der gewünschten Leistung, sei sie auch noch so unwirtschaftlich.

Mit der schrittweisen Kodifizierung und Vereinheitlichung eines unionsweiten Vergaberechts, das subjektive Rechtspositionen enthält, wagten sich Gerichte an die Überprüfung der Beschaffungsautonomie. Die Nachfrage nach konkreten Leistungen wurde häufig an den Maßstäben des

---

CR 2012, S. 1 ff.; *Spinzig*, VergabeR 2019, S. 267; *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 121 Rn. 28.

18 *Steiff*, VergabeR 2009, S. 290, 284.

19 *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks,* in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 189.

20 *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 79; *Hindelang/Eisentraut*, EuZW 2019, S. 149, 151.

21 *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 5.

22 So z.B. OLG Frankfurt a.M., 29.03.2018 – 11 Verg 16/17, juris Rn. 70.

23 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834.

24 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundsatzes einer produktneutralen Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV)[25], des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips (§ 97 Abs. 2 GWB)[26] oder des Mittelstandsgebots[27] wie aber auch außerhalb des Vergaberechts liegender Rechtsnormen[28] kontrolliert. Insbesondere für den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung ist zwischen den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte unklar, wie tiefgehend die Beschaffungsentscheidung am Maßstab des Gebots der produktneutralen Ausschreibung geprüft werden soll.

Das OLG Düsseldorf vertritt seit mehreren Jahren, dass sich die Leistungsbestimmung der öffentlichen Hand lediglich auf das Vorliegen sachbezogener Gründe stützen muss, mithin die Entscheidung für eine bestimmte Leistung mit konkreten Merkmalen nicht willkürlich oder unsachgemäß erfolgt.[29] Auf der anderen Seite stehen die Ansichten des OLG Jena und OLG Celle, die den weiten Spielraum der Beschaffungsautonomie eher beschränken wollen.[30] Wenn die öffentliche Hand eine konkrete, potentiell

25 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716; 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, S. 184, 188; OLG Frankfurt a.M., 1.9.2016 – 11 Verg 6/16, NZBau 2016, S. 787, 790; 21.7.2020 – 11 Verg 9/19, BeckRS 2020, 20589; OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, BeckRS 2020, 7129; BayObLG, 26.3.2021 – Verg 4/21, NZBau 2022, S. 180, 181; 29.7.2022 – Verg 13/21, juris Rn. 45 ff.; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 55; VK Bund, 8.3.2022 – VK 2 – 16/22, S. 10; VK Westfalen, 16.3.2022 – VK 2–7/22, BeckRS 2022, 6010; VK Rheinland, 8.7.2019 – VK – 18/2019 – B, BeckRS 2019, 18179.

26 Vgl. OLG Koblenz, 22.7.2014 – 1 Verg 3/14, NZBau 2015, S. 256; 20.4.2016 – Verg 1/16, ZfBR 2016, S. 622; OLG Düsseldorf, 3.4.2008 – Verg 54/07, BeckRS 2009, 5462.

27 OLG München, 25.3.2019 – Verg 10/18, NZBau 2019, S. 538, 540 f. (Rn. 44–47).

28 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – Verg 105/11, ZfBR 2012, S. 826, 828; OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17, VergabeR 2018, S. 437, 441, 442.

29 Die Gerichte überprüfen die Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung inhaltlich kaum. Vgl. dazu: OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 32; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657 Rn. 19; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 32; 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, S. 184, 188 Rn. 41. Für eine weitreichende Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand auch: *Scharen*, GRUR 2009, S. 345, 345 f.

30 Für eine tiefergehende Kontrolle auf das Vorliegen vertretbarer Gründe und die Durchführung einer Markterkundung: OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736; OLG Celle, 22.5.2008 – 13 Verg 1/08, BeckRS 2008, 10353 Rn. 40. Vgl. auch OLG Rostock, 25.11.2020 – 17 Verg 1/10, juris Rn. 36. Das OLG Celle hat allerdings mittlerweile das Erfordernis der Markterkundung aufgegeben, vgl. OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wettbewerbsbeeinträchtigende Leistung einkaufen möchte, seien notwendige Markterkundungen durchzuführen oder die Stelle müsse sich zumindest »einen möglichst breiten Überblick über die Gegebenheiten am Markt […] verschaffen«[31]. Dazu tritt das Erfordernis, diesen Prozess der Entscheidungsfindung zu dokumentieren.[32] Die Entscheidung für eine bestimmte Leistung wird auf diese Weise verobjektiviert und auf die Einhaltung besonderer Verfahren kontrolliert, um ein »sachlich richtiges« Ergebnis zu erhalten. Begründet werden diese Verfahrenserfordernisse neben dem Grundsatz der Wettbewerbsoffenheit mit einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung, zu dessen Zweck der Wettbewerb unter den Anbietern fruchtbar gemacht werden soll.[33]

III. Verbleibende Unklarheit: Herleitung und methodischer Umgang mit der Beschaffungsautonomie

Der Verlauf der rechtlichen Grenzen der Beschaffungsautonomie ist also durchaus nicht eindeutig und ohne Weiteres bestimmbar. Umso mehr erstaunt es, dass die rechtlichen Grundlagen der Beschaffungsautonomie kaum erforscht sind. Die Befugnis, den Bedarf festzulegen und anhand dessen eine Leistung auszuwählen, wird grundsätzlich als bestehend vorausgesetzt und nicht hinterfragt.[34] Es bleibt dabei unklar, aus welchen rechtlichen Grundlagen sich der im Grunde hinsichtlich seiner Existenz unbestrittene Spielraum der öffentlichen Hand ergibt. Häufig wird die Beschaffungsautonomie mit der Freiheit Privater im Rechtsverkehr gleichgesetzt[35], die sich schließlich in der kontrollfreien Bestimmung des Auftragsgegenstandes äußere.[36] Ebenfalls erfolgt eine Herleitung aus dem Haus-

31 OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736.
32 OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736; OLG Celle, 22.5.2008 – 13 Verg 1/08, BeckRS 2008, 10353 Rn. 40.
33 Vgl. OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736.
34 Vgl. *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366. Vgl. OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – Verg 42/09, juris Rn. 28; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 380; OLG Jena, 25.6.2014 – 2 Verg 1/14, ZfBR 2015, S. 404, 405.
35 Vgl. OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 28; 3.3.2010 – VII-Verg 46/09, juris Rn. 46; VK Bund, 10.5.2010 – VK 3 – 42/10, S. 13.
36 Vgl. *Scharen*, GRUR 2009, S. 345.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haltsrecht[37], ausdrücklich aus der Vertragsfreiheit[38] oder der Privatautonomie[39], aus der Organisationsgewalt[40], der kommunalen Selbstverwaltung[41] und der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten[42], aus dem Zweck des Vergaberechts zur Aufgabenerfüllung[43] oder aus der Eigenständigkeit der Verwaltung als Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips[44]. Insbesondere die Rechtsprechung vertritt, der öffentliche Auftraggeber sei bei der Entscheidung für eine bestimmte Leistung »im rechtlichen Ansatz ungebunden«[45], was sich aus der Vertragsfreiheit ergebe. Begründet wird dies damit, dass die beschaffende Stelle im Wesentlichen mit einem Privaten vergleichbar sei.[46]

Mit der Herleitung der Beschaffungsautonomie ist die Frage nach ihrer methodischen Bedeutung verbunden. In Rechtsprechung und Literatur schlägt die unklare Herleitung auf Unsicherheiten im methodischen Umgang mit der Beschaffungsautonomie durch. Anschaulich lässt sich dies

37 Vgl. *Laumann/Scharf*, VergabeR 2013, S. 539, 540 Fn. 9: »Wer die Musik bezahlt, der bestimmt, was gespielt wird.«

38 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, BeckRS 2015, 6307 Rn. 23; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38; *Stein,* in: FS Marx, S. 711, 719, 728; *Antweiler*, VergabeR 2006, S. 637, 647; *Laumann/Scharf*, VergabeR 2013, S. 539, 540.

39 OLG Düsseldorf, 14.4.2005 – VII-Verg 93/04, NZBau 2005, S. 532, 533; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 54 Rn. 21; VK Bund, 5.9.2019 – VK 2 – 56/19, S. 12; VK Südbayern, 8.4.2016 – Z3–3–3194–1–57–11/15, juris Rn. 123; *Herrmann*, NZBau 2022, S. 443, 444. So auch wohl *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 103 Rn. 14. Vgl. auch *Badura*, Staatsrecht, G Rn. 23.

40 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 92; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 527. Dagegen wohl *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 187 f.

41 *Hövelberndt*, Der Gemeindehaushalt 2015, S. 112, 113.

42 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 93.

43 So wohl: *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn, 4; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 72, 77. Vgl. auch *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366 f.; *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 388.

44 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 527. Vgl. auch *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 392, die den Entscheidungsspielraum der Verwaltung bei der Leistungsbestimmung in ihrer eigenen »Machtvollkommenheit« sieht.

45 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 27.6.2012 – VII Verg 7/12, BeckRS 2012, 15939; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518, 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, juris Rn. 36; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, juris Rn. 20, 31.5.2017 – VII-36/16, NZBau 2017, S. 623, 625. Vgl. auch OLG Düsseldorf, 3.3.2010 – VII-Verg 46/09, BeckRS 2016, 19890.

46 Vgl. OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/07, juris Rn. 28; 3.3.2010 – VII-46/09, juris Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

an dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung und dem Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen aufzeigen. So wird teilweise zum Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen vertreten, die Beschaffungsautonomie sei zumindest »im Rahmen der Abwägung bzw. der Tatbestandsvoraussetzungen einer Losvergabe oder ausnahmsweise erfolgenden Gesamtvergabe zu berücksichtigen, ohne dass dadurch das Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil verkehrt würde«[47]. Ein entsprechender Ansatz wird teilweise auch für das Gebot der produktneutralen Ausschreibung vertreten. So seien Vorschriften über das Verbot der produktneutralen Ausschreibung »im Lichte [der Beschaffungsautonomie] […] auszulegen und anzuwenden«[48]. Diesen Ansichten zufolge handle es sich bei der Beschaffungsautonomie um einen konstitutiven unumstößlichen Grundsatz, der über den (vergabe-)rechtlichen Regelungen steht. Daher eröffnet sich ferner die Frage, wie sich die Beschaffungsautonomie in methodischer Hinsicht zu den (vergabe-)rechtlichen Regelungen verhält.

B. Rechtliche Spannungsfelder

I. Administrativer Entscheidungsspielraum zwischen Rechtsbindung und lückenloser gerichtlicher Kontrolle

Wenn von einer »Freiheit bei der Bedarfsdefinition«[49], »rechtlicher Ungebundenheit«[50] oder einer gerichtlichen Kontrollrücknahme[51] die Rede ist, eröffnen sich zugleich zwei Probleme auf der horizontalen Skala der Gewaltenteilung. Der Staat ist in jeglicher Organisations- und Handlungsform – und damit auch im Rahmen der Bedarfsdeckung, die in der Praxis größtenteils in nichthoheitlicher Form erfolgt – gemäß Art. 1 Abs. 3 GG umfas-

47 OLG München, 25.3.2019 – Verg 10/18, NZBau 2019, S. 538, 541. Vgl. auch KG, 26.3.2019 – Verg 16/16, VergabeR 2020, S. 206, 208; OLG Karlsruhe, 6.4.2011 – 15 Verg 3/11, juris Rn. 51 f.; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, S. 465, 466.

48 OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 29; 3.3.2010 – VII-Verg 46/09, BeckRS 2016, 19890. Vgl. auch OLG Düsseldorf, 27.6.2012 – VII-Verg 7/12, BeckRS 2012, 15939; *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 23.

49 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74.

50 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, juris Rn. 20; 31.5.2017 – VII-36/16, NZBau 2017, S. 623, 625.

51 Vgl. OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

send an Recht und Gesetz gebunden.[52] Staatliche »Freiheit« beruht folglich nicht auf einer originären individuellen Freiheit, wie sie für Individuen in Grundrechten verankert ist. Es handelt sich bei staatlichen Freiräumen zwangsläufig um Kompetenz- und/oder Funktionsbereiche, die das Recht ausweist und die nicht mit den dem Individuum zukommenden Freiheitsbereichen zu verwechseln sind.[53] Zur Umschreibung der Beschaffungsautonomie soll daher im Folgenden nicht mehr der Begriff der »Freiheit« verwendet werden, um nicht den Eindruck zu erwecken, die öffentliche Hand könne sich mittels privatrechtlicher Handlungsformen umfassender individueller Freiheiten bedienen. Stattdessen handelt es sich um einen Entscheidungsspielraum, den die Verwaltung für sich beansprucht.

Die Verwaltung ist allerdings an Gesetz und Recht gebunden.[54] Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Verwaltung als Teil der Exekutive sowohl an formelle als auch materielle Gesetze sowie die Verfassungsbestimmungen.[55] Unionsrechtliche Bestimmungen sind aufgrund des nationalen Rechtsanwendungsbefehls i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG Teil dieser Bestimmungen. Da die Festlegung des Bedarfs sowie die weitere Bestimmung der Leistung und die Beschaffungsentscheidung grundsätzlich vor der Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens, im sog. »Innenbereich« der Verwaltung, erfolgen und dieser Bereich bis auf vereinzelte Vorschriften im Haushalts- und Fachrecht eher schwach reglementiert ist, stellt sich die Frage, ob dieser Innenbereich der Verwaltung überhaupt der gesetzlichen Regelung

52 BVerfGE 128, 226 (243); 138, 296 (328); BVerfG, 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, S. 3153, 3155 f.; BKartA, 29.4.1999 – VK 1–7/99, NZBau 2000, S. 53, 55; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1960), S. 167, 201 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 113 ff., 212 ff.; *Möstl*, Grundrechtsbindung, S. 76 ff., 89 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 303 ff., 318; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 442; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 71; *ders.*, NVwZ 1983, S. 121; *ders.*, NZBau 2003, S. 242, 243; *Pache*, DVBl. 2001, S. 1781, 1787; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 477; *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014, 1015; *Pünder*, VerwArch 95 (2004), S. 38, 41; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 32 f.; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 347 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 35; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 86, 107; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 29; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 105 ff.; *Dreier*, in: ders., GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 66 f.; *Hermes*, JZ 1997, S. 909, 912 f.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1394 ff., 1411, 1417; *Schaefer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 3, § 74 Rn. 22. Zurückhaltend noch: BVerfGE 116, 135 (151, 153).

53 So auch: *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137, 141.

54 *Sachs,* in: ders., GG, Art. 20 Rn. 103.

55 *Sachs,* in: ders., GG, Art. 20 Rn. 107; *Schmidt-Aßmann,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 26 Rn. 33 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zugänglich ist oder ob es sich hier im Sinne eines Verwaltungsvorbehalts um einen unantastbaren Eigenbereich handelt.

Ferner eröffnet das Problem der Beschaffungsautonomie ein Spannungsverhältnis zwischen administrativen Entscheidungsspielräumen und dem Grundsatz vollständiger gerichtlicher Kontrolle durch die Judikative.[56] Wenn das OLG Düsseldorf im Rahmen des Grundsatzes der Produktneutralität die Bestimmung der Leistung nur auf das Vorliegen sachlicher Gründe kontrolliert, ist die gerichtliche Kontrolldichte reduziert.[57] Eine Rücknahme der Kontrolle durch die Gerichte ist aufgrund der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG allerdings nur in Ausnahmefällen verfassungsrechtlich zulässig.[58] Es lässt sich bezweifeln, ob der Verweis auf die Beschaffungsautonomie als eine Art Rechtsfigur als Rechtfertigung für eine Rücknahme der Kontrolldichte ausreicht.[59] Vielmehr muss die Beschaffungsautonomie dafür selbst einen verfassungsrechtlichen Grundsatz konkretisieren.

II. Unionsrechtlich indizierte Marktöffnung versus Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten

Das zweite Spannungsfeld ergibt sich aus dem vertikalen Verhältnis zwischen der unionalen Rechtsordnung und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Da ein Großteil der nationalen vergaberechtlichen Regelungen seinen Ursprung im Unionsrecht hat[60] (sog. Kartellvergaberecht), sind die Grundsätze des Vorrangs des Unionsrechts, der unmittelbaren Wirkung und der effektiven Durchführung des Unionsrechts aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV zu beachten. Den kartellvergaberechtlichen Regelungen und den Grundfreiheiten ist damit die größtmögliche Wirksamkeit zu garan-

56 BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 73, 339 (373); 78, 214 (226); 84, 34 (49); 84, 59 (77); 88, 40 (56); 101, 106 (123); 103, 142 (156); 129, 1 (20); 143, 216 (225 Rn. 20); 149, 407 (413 Rn. 19); BVerfG, 23.3.2020 – 2 BvR 2051/19 – juris Rn. 26; vgl. auch BVerwGE 120, 227 (231).

57 Vgl. nur OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789.

58 Statt vieler: *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184b.

59 Insbesondere gegen verpflichtende Markterkundungen wird angeführt, dass das Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers zu stark beschnitten werde, vgl.: OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 33; OLG Naumburg, 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, juris Rn. 89 f.; VK Sachsen, 30.8.2016 – 1/SVK/016–16, juris Rn. 88.

60 Vgl. *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 152.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tieren. Grundlegender Zweck des Kartellvergaberechts, welches sich aus den binnenmarktrechtlichen Grundfreiheiten ableitet, ist es wiederum, die nationalen Beschaffungsmärkte für einen unverfälschten Wettbewerb zu öffnen.[61] Auf der anderen Seite stehen mitgliedstaatliche Verwaltungsorganisation und -verfahren, für die die Europäische Union keine Regelungskompetenz besitzt und daher nicht der Regulierung durch den Unionsgesetzgeber unterliegen.[62]

Es stellen sich also die Fragen, ob und inwiefern das Unionsrecht Wirkungen für die Phase vor Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens entfaltet und ferner, wenn ja, was es meint, wenn das Unionsrecht eine Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte für einen unverfälschten Wettbewerb verlangt. Wie viel Wettbewerb müssen die mitgliedstaatlichen Einrichtungen durch ihre Nachfrage eröffnen und wie viele Alternativlösungen berücksichtigen, wenn die kartellvergaberechtlichen Grundsätze zur Öffnung des Wettbewerbs verpflichten?[63] Wo handelt es sich noch um eine rechtmäßige spezifische Leistungsbestimmung und wo kommt die Bestimmung einer *faktischen* Direktvergabe gleich, in welche das unionsrechtlich determinierte Vergaberecht regulierend eingreift? Es stellt sich also die Frage, wie weit das Unionsrecht die staatliche Bedarfsdeckung über ein förmliches Vergabeverfahren hinaus reglementiert und wo die Grenzen der Beschaffungsautonomie verlaufen.

61 Erster Erwägungsgrund der VRL; erster und dritter Erwägungsgrund der KonzRL; EuGH, 10.10.2013 – C-336/12 – ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 28 (Manova); 10.7.2014 – C-213/13 – ECLI:EU:C:2014:2067 Rn. 63 (Impresa); OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 380.

62 Zur Verwaltungs- bzw. auch Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten: *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 302 ff.; *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 35 Rn. 32. S. auch: EuGH, 24.4.2008 – C-55/09 – ECLI:EU:C:2008:244 Rn. 170 (Arcor); 15.1.2013 – C-416/10 – ECLI:EU:C:2013:8 Rn. 85 ff. (Križan).

63 Vgl. EuGH, 10.10.2013 – C-336/12 – ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 28 (Manova); 10.7.2014 – C-213/13 – ECLI:EU:C:2014:2067 Rn. 63 (Impresa).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Teil 1: Grundlagen der Beschaffungsautonomie

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 1: Die Beschaffungsautonomie im System der staatlichen Bedarfsdeckung

Die Beschaffungsautonomie betrifft nach allgemeiner Ansicht einen Spielraum der öffentlichen Hand bei der Definition des Bedarfs und der Leistung sowie der Beschaffungsentscheidung (A.). Um sich dem deskriptiven Begriff der Beschaffungsautonomie nähern zu können, muss zunächst Klarheit über die Systematik der staatlichen Bedarfsdeckung bestehen. Zuerst sollen dementsprechend die Entstehung eines staatlichen Bedarfs (B.), die Mittel zur staatlichen Bedarfsdeckung (C.) sowie der Ablauf des Beschaffungsprozesses (D.) dargestellt werden, um die Beschaffungsautonomie einzuordnen und konzeptualisieren zu können. Ferner wird untersucht, welche Bestandteile den Bedarf bilden (E.).

A. Umriss und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

I. Inhaber der »Beschaffungsautonomie«

Wenn Literatur und Rechtsprechung im Rahmen des Kartellvergaberechts auf die Beschaffungsautonomie oder das Leistungsbestimmungsrecht rekurrieren, ist damit ein staatliches Pendant zur Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit gemeint, welches dem Staat erlaubt, sowohl seinen Bedarf als auch die Art der Bedarfsdeckung »frei« festzulegen.[1] Ausgehend von diesem Verständnis konzentriert sich die Untersuchung auf die Bedarfsdeckung durch den Staat. Die hier als staatliche Einrichtungen bezeichneten Stellen sind als rechtsfähige Einheiten Teil der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung. Zu letzterem gehören Selbstverwaltungskörperschaften, wie die Kommunen, aber auch sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen. Ausgenommen von der Untersuchung sind Religionsgemeinschaf-

1 Zur Herleitung aus der Privatautonomie und Vertragsfreiheit: OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, BeckRS 2015, 6307 Rn. 23; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 54 Rn. 21; VK Bund, 5.9.2019 – VK 2 – 56/19, S. 12; VK Südbayern, 8.4.2016 – Z3–3–3194–1–57–11/15, juris Rn. 123.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten, da ihnen nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV eine Staatsferne garantiert ist und sie eine eigene Gerichtsbarkeit haben. So werden Religionsgemeinschaften auch nicht vom Begriff der öffentlichen Hand erfasst, was bspw. in § 2 Abs. 2 Nr. 6 EEWärmeG deutlich wird.[2] Die Definition im EEWärmeG entspricht der Definition für die öffentliche Hand, die als eine »Sammelbezeichnung für Bund, Länder und Gemeinden sowie sonstige verselbstständigte öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte«[3] verstanden wird. Von der Untersuchung sind auch öffentliche Unternehmen ausgenommen, die zwar in privatrechtlichen Organisationsformen als selbstständige Rechtssubjekte unter funktioneller Herschafft staatlicher Einrichtungen agieren und damit öffentliche Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts (§ 99 Nr. 2 GWB) darstellen, aber selbst nicht unmittelbar an haushaltsrechtliche Grundsätze gebunden sind. Staatliche Bedarfsdeckung meint die Bedarfsdeckung durch öffentlich-rechtliche, rechtsfähige Einheiten mit haushaltsrechtlicher Organisation.[4]

II. Begriffliche Annäherung

Es existieren eine Reihe von unterschiedlichen Begriffen für die Beschaffungsautonomie.[5] Dementsprechend kann es sich bei der Beschaffungsautonomie wie aber auch den synonym verwendeten Begriffen nur um deskriptive Begriffe handeln, die sachliche Umstände und Gegebenheiten zusammenfassen.[6] Diese Unklarheit bei der Begriffsbildung erfordert zwangsläufig, das Konzept der Beschaffungsautonomie herauszubilden. Dabei ist eine adäquate Begriffsbildung wichtig, denn sie kann getrennte Aspekte unter einem Stichwort zusammenfassen und Rechtssicherheit schaffen. Über den Terminus der Beschaffungsautonomie, der sich aus den Worten

2 Aber zur Bindung der Religionsgemeinschaften an das Kartellvergaberecht: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 20.

3 *Köhler*, in: ders./Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a Rn. 2.1.

4 Nach § 105 BHO/LHO gelten die Vorschriften der §§ 1 bis 87 BHO/LHO für bundes- bzw. landesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts bzw. juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Landes unterstehen entsprechend. Die Bindung kommunaler Gebietskörperschaften an das Haushaltsrecht ist i.d.R. im Landesrecht geregelt. Bspw. ist die Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze für niedersächsische Kommunen in den §§ 110 ff. NKomVG, insbesondere in § 110 Abs. 2 NKomVG vorgesehen.

5 S. Einführung, A., I.

6 Zum deskriptiven Begriff in der Rechtstheorie: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 177.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beschaffung und *Autonomie* zusammensetzt, soll zumindest eine erste Annäherung erfolgen.

1. ›Beschaffung‹

In der Betriebswirtschaftslehre umschreibt die Beschaffung die Handlungen, die darauf gerichtet sind, die für die Leistungserstellung notwendigen betrieblichen Produktionsfaktoren zu erlangen.[7] Durch den Akt der Beschaffung sollen alle zur Leistungserstellung notwendigen Produktionsfaktoren, die nicht selbst hergestellt werden können, erlangt werden.[8] Als Produktionsfaktoren gelten Personal, Material, Informationen, Kapital und auch Rechte.[9] Diese Produktionsfaktoren zeichnen sich dadurch aus, einen Wert am Markt zu besitzen. Beschaffung ist aber nicht nur der reine Einkauf im Sinne der Abwicklung eines Kaufvertrages. Teil der Beschaffung sind unter anderem auch die Beschaffungsmarktforschung (als die sog. Marktanalyse), die operative Lieferantenauswahl und die Vertragsverhandlungen im Einzelfall.[10] Der Einkauf beschreibt lediglich den operativen Teil der Bestellabwicklung des Beschaffungsprozesses und stellt damit lediglich einen Teilbereich der Beschaffung dar.[11] Während also der reine Einkauf auf den Erwerb der Leistung gerichtet ist, betrifft die Beschaffung im weiteren Sinne die strategische Rahmenplanung, die sich an den langfristigen, strategischen Unternehmenszielen (»Formalziele«) orientiert. Ausgehend von der Definition *Lüttmann*s ist die Beschaffung in der rechtswissenschaftlichen Verwendung eine Tätigkeit, die zum Ziel hat, einen Bedarf an Gütern

7 *Gornas/Beyer*, Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, S. 78; *Steinebach*, Verwaltungsbetriebslehre, S. 207. Vgl. auch *van Weele/Eßig*, Strategische Beschaffung, S. 20; *Eßig/Jungclaus/Scholzen/Thi,* in: Eßig, Exzellente öffentliche Beschaffung, S. 14; *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 154; *Lorenzen/Krokowski*, Einkauf, S. 5; *Onischka*, Umwelt- und Ressourcenschutz, S. 23.

8 *Eßig/Jungclaus/Scholzen/Thi,* in: Eßig, Exzellente öffentliche Beschaffung, S. 13 f.; *Steinebach*, Verwaltungsbetriebslehre, S. 207.

9 Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 154.

10 *Lorenzen/Korkowski*, Einkauf, S. 6 f., 10; *van Weele/Eßig*, Exzellente öffentliche Beschaffung, S. 23.

11 Vgl. *van Weele/Eßig*, Strategische Beschaffung, S. 20 f.; *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 154; *Lorenzen/Korkowski*, Einkauf, S. 6; *Gornas/Beyer*, Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, S. 78.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Dienstleistungen zur Erfüllung von Aufgaben zu decken, ohne dabei eine Eigenfertigung darzustellen.[12]

2. ›Autonomie‹

Der Begriff der Autonomie hat seinen Ursprung in der griechischen Antike und setzt sich aus den beiden Wörtern ›*autos*‹ und ›*nomos*‹ zusammen, welche ›*selbst*‹ und ›*Gesetz*‹ bedeuten.[13] Aus der Zusammensetzung beider Worte ergibt sich der Begriff Selbstgesetzgebung, wobei auch andere Deutungen wie Selbstverwaltung, Selbstverantwortung, Eigengesetzlichkeit und Selbstbestimmung gebräuchlich sind.[14] Das semantische Gegenteil von Autonomie ist Heteronomie und bedeutet übersetzt soviel wie die Fremdgesetzgebung und Fremdbestimmung. Der Begriff der Autonomie legt damit einen Entscheidungsspielraum nahe.

III. Inhaltliche Ausprägung der Beschaffungsautonomie in Rechtsprechung und Literatur

Insbesondere in Rechtsprechung und Literatur mit vergaberechtlichem Bezug stößt die Beschaffungsautonomie auf das Interesse. Nähert man sich dem Inhalt der Beschaffungsautonomie deduktiv über die bestehenden Auffassungen von Rechtsprechung und Literatur, so umfasst die Beschaffungsautonomie den staatlichen Spielraum zur Ermittlung des eigenen Bedarfs und der entsprechenden Leistung zur Aufgabenerfüllung (1.) sowie die Entscheidung darüber, ob dieser Bedarf mit eigenen Mitteln oder mittels Beschaffung gedeckt wird (2.).

---

12 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 95.

13 *Haug*, Autonomie im Öffentlichen Recht, S. 1. Allerdings deutet *Haug* daraufhin, dass die Wortwurzel unklar sei und *autos* und *nemein* ebenso Wortgrundlage der Autonomie bilden könnten. Ausführlich zum Verständnis von Autonomie in der griechischen Antike und mit weiteren Nachweisen: *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 361 ff.; *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 701.

14 Vgl. *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 701; *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19; *Mizia*, Autonomie und Privatfürstenrecht, S. 124; *Haug*, Autonomie im öffentlichen Recht, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Festlegung des Bedarfs und der zu beschaffenden Leistung (*Was* der Beschaffung)

Die Beschaffungsautonomie beschreibt die Befugnis der öffentlichen Hand, den staatlichen Bedarf und die zu beschaffende Leistung zu bestimmen, und einen damit einhergehenden kontrollfreien Spielraum. So ist es ständige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, dass der öffentliche Auftraggeber »[b]ei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine bestimmte Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen […] im rechtlichen Ansatz ungebunden [ist]«[15] und dass die Beschaffungsentscheidung nicht zu kontrollieren sei. Nach Ansicht der Vergabekammer des Bundes sei es »grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers […], seinen Bedarf selbst zu definieren und zu entscheiden, welche Produkte er in welchen Mengen nachfragt«[16]. Aufgrund mangelnder Vorgaben sei die Definition des Bedarfs nicht zu kontrollieren.[17] Im Grunde haben die staatlichen Stellen damit einen weiten kontrollfreien Spielraum über die Auswahl des *Was* der Beschaffung.[18] Plakativ gesprochen erstellt die öffentliche Hand mit dem *Was* der Beschaffung ihren Einkaufszettel. Dieser Einkaufszettel ist Grundlage für das sämtliche darauffolgende Verfahren der beschaffenden Stelle. Ausgehend davon ist also festzuhalten, dass die Beschaffungsautonomie einen Spielraum über den Gegenstand der Bedarfsdeckung enthält.

Es bleibt aber unklar, ob zwischen der Festlegung der staatlichen Bedarfe und der konkreten Leistungsbestimmung, die in ein Vergabeverfahren mündet, ein Unterschied besteht und ob es sich damit bei dem Entscheidungsspielraum des *Was* der Beschaffung eigentlich um zwei Spielräume

15 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, BeckRS 2015, 6307 Rn. 23; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656 Rn. 18; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38. Vgl. auch BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366, 369 Rn. 34; OLG München, 2.8.2007 – Verg 7/07, ZfBR 2007, S. 732, 734; OLG Celle, 26.4.2010 – 13 Verg 4/10, NZBau 2010, S. 715, 716; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 380 f.

16 VK Bund, 8.1.2004 – VK 1 – 117/30, S. 8 f.

17 VK Bund, 8.1.2004 – VK 1 – 117/30, S. 9.

18 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Düsseldorf, 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, BeckRS 2015, 6307 Rn. 23; *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366; *Probst/Holleben*, CR 2012, S. 1, 1 f.; *Tugendreich*, NZBau 2013, S. 90; *Rechten/Portner*, NZBau 2014, S. 276; *Rung*, VergabeR 2017, S. 440, 440; *Spinzig*, VergabeR 2019, S. 267; *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

handelt.[19] Dies wird dadurch unterstrichen, dass einige Instanzen von der Festlegung des Bedarfs[20] und andere von der Festlegung der Leistung oder des Beschaffungsgegenstandes[21] sprechen. Auch bleibt unklar, welche Aspekte zum *Was* der Beschaffung gehören.

2. *Make-or-buy*-Entscheidung (*Ob* der Beschaffung)

Kennzeichnend für die Beschaffungsautonomie ist außerdem, dass in ihr die positive und negative Befugnis zur Beschaffungsentscheidung gesehen wird.[22] Staatliche Stellen genießen einen Spielraum bei der Entscheidung darüber, ob eine Leistung im Wege der Beschaffung besorgt werden soll.[23] Zum einen betrifft das die Entscheidung, ob und wann eine Leistung von außerhalb beschafft werden soll, sowie die Entscheidung, eine Beschaffung nicht mehr vorzunehmen oder sie zumindest nachträglich abzuändern.[24] Zum anderen beschreibt es die Auswahlentscheidung, ob die staatliche Stelle die obliegenden Aufgaben mit eigenen Mitteln erfüllen oder sich der

19 Vgl. *Huerkamp*, Gleichbehandlung, S. 146, nach dem es keinen objektiven Bedarf geben könne, da nicht zwischen Bedarf und Leistungsbestimmung getrennt werden könne. S. auch: *Frister*, VergabeR 2011, S. 295, 300, die auf die Versuche in der Praxis in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren hinweist, eine Diskrepanz zwischen Festlegung des Bedarfs und gewünschten Beschaffungsgegenstand geltend zu machen. Vgl. auch *Kulartz*, in: FS Marx, S. 351, der von »Bedarfs- bzw. Auftragsgegenstand« spricht.

20 VK Bund, 8.1.2004 – VK 1 – 117/30, S. 8 f.; BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366, 369 Rn. 34.

21 St. Rspr. des OLG Düsseldorf: OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, BeckRS 2015, 6307 Rn. 23; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656 f. Rn. 18; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38.

22 Ausdrücklich zu einem negativen Merkmal der Beschaffungsautonomie: *Chen*, Vergaberechtsschutz, S. 130.

23 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89, 133; *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 103 Rn. 15; *Hindelang/Eisentraut*, EuZW 2019, S. 149, 151; vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74; *Tugendreich*, NZBau 2013, S. 90; *von Wietersheim*, WiVerw 2015, S. 182, 182 f.; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 38. Vgl. auch OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; KG, 17.10.2022 – Verg 7/22, openJur 2023, 1256.

24 Vgl. *Reidt,* in: ders./Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, Vor §§ 97–154 Rn. 14; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 103 Rn. 15; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, § 103 Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hilfe externer Marktteilnehmer bedienen möchte.[25] Die Betriebswirtschaft fasst diesen Entscheidungsprozess um und für die Beschaffung unter dem Stichwort der *Make-or-buy*-Entscheidung zusammen.[26] Die Frage nach dem *Make-or-buy* bezeichnet übersetzt die Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, also der Beschaffung. Demnach stehe den staatlichen Stellen ein weiter kontrollfreier Spielraum beim *Ob* der Beschaffung zu.[27] Zum *Ob* der Beschaffung gehört auch, die Entscheidung über die Wahl der Beschaffungsform zu treffen, also ob eine Leistung am Markt oder mit hoheitlichen Mitteln beschafft werden soll.[28]

IV. Übertragbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse auf die staatliche Bedarfsdeckung

Der Prozess der staatlichen Bedarfsdeckung kommt nicht ohne die Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften, insbesondere der Betriebswirt-

25 Der öffentliche Auftraggeber hat nach der Rechtsprechung des EuGH die Möglichkeit, Aufgaben mit eigenen technischen, administrativen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu seinen Dienststellen gehören. Zuerst EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 48 (Stadt Halle). Seitdem st. Rspr.: EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 61 (Parking Brixen), 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 48 f. (Coditel Brabant); 9.6.2009 – C-480/06 – ECLI:EU:C:2009:357 Rn. 45 (Stadtreinigung Hamburg); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 57 (Sea); 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 43–45 (Irgita). *Hüttinger,* in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 103 Rn. 55. Vgl. zum »Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung«: *Ziekow*, NZBau 2015, S. 258, 263; *Ziekow,* in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 3; *Eisentraut*, EuZW 2022, S. 981 ff.

26 Vgl. *Neus*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 297 f.; *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 16; *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 11 ff., 23; *Irle*, Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, S. 8; *Hoffjan*, Die Verwaltung 27 (1995), S. 389, 389; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 175; *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 233. Zur *Make-or-buy*-Entscheidung als Ausprägung der Beschaffungsautonomie ausdrücklich: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89.

27 *Tugendreich*, NZBau 2013, S. 90; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89.

28 Vgl. OLG Düsseldorf, 11.7.2018 – VII-Verg 1/18, NZBau 2018, S. 628, 630 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaftslehre aus.[29] Untersuchungsgegenstand der Betriebswirtschaftslehre ist der Betrieb bzw. das Unternehmen. Betriebswirtschaftliche Überlegungen sind auf den staatlichen Bedarfsdeckungsprozess übertragbar, denn der Begriff »Betrieb« trifft keine Zuweisung zum privatrechtlichen oder öffentlichen Bereich. Betrieb im weiteren Sinne lässt sich sowohl als privatrechtliches Unternehmen als auch als öffentlich-rechtliche Verwaltung oder öffentlich-rechtliches Unternehmen verstehen. Staatliche Einrichtungen gelten demnach auch als Betrieb.[30] Neben dieser formalen Betrachtung ist aber auch die Situation der Verwaltung mit der von privaten Unternehmen in betrieblicher Hinsicht vergleichbar. Betriebliche Aufgaben sind die Betriebsführung (sog. »Management«), der Materialeinkauf, das Produktionsmanagement, die Finanzierung und auch das Personal.[31] Diese Problemlösungsprozesse nehmen auch die Organisationseinheiten des Staates als Betriebe im weiteren Sinne wahr.[32] So äußert sich der Prozess der staatlichen Bedarfsdeckung in einem betrieblich organisierten Prozess, der empirisch betrachtet mit den Prozessen innerhalb privater Unternehmen vergleichbar ist.[33] Infolgedessen können für den weiteren Verlauf Erkenntnisse aus der Betriebswirtschaftslehre für die staatliche Bedarfsdeckung fruchtbar gemacht werden. Hierbei muss jedoch immer das verfassungsrechtliche Grundprinzip der lückenlosen Rechtsbindung staatlicher Gewalt aus Art. 1 Abs. 3 GG ein Raster sein, durch welches betriebswirtschaftliche Erkenntnisse gefiltert werden.[34]

---

29 Vgl. *Burgi,* in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 16–19; *Ehlers/Pünder,* in: dies., Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 118–122; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 26.

30 *Wallerath*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 2; *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 5.

31 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser,* Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 10; vgl. auch *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 7; *Schauer*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 26.

32 *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 14 f., 17 ff., 21 f.

33 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 122 f. Zum Ansatz der neuen Verwaltungswissenschaft, deren Ziel es ist unter Einbeziehung interdisziplinärer Ansätze Strukturen und Handlungsabläufe in der Verwaltung zu optimieren: *Voßkuhle,* in: ders./Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 1 Rn. 48–56 m.w.N.; *Onischka*, Umwelt- und Ressourcenschutz, S. 44 f.

34 Vgl. *Steinebach*, Verwaltungsbetriebslehre, S. 19, 54; *Schmidberger*, Öffentliche Verwaltung, S. 14. Vgl. zur Bindung des Staates bei sämtlichen Beschaffungsvorgängen an Art. 3 Abs. 1 GG: BVerfGE 116, 135 (153). Zur lückenlosen Rechtsbindung in

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

V. Zwischenergebnis

Die Beschaffungsautonomie umfasst nach allgemeiner Ansicht die Befugnis der öffentlichen Hand, über den Gegenstand der Bedarfsdeckung, sowie zwischen der Beschaffung und Eigenfertigung zu bestimmen. Bei der Entscheidung über das *Ob* und *Was* der Beschaffung genießt die einkaufende Stelle einen weiten Spielraum, der nach wohl herrschender Ansicht nicht durch die gerichtlichen Nachprüfungsinstanzen zu kontrollieren ist. Die Beschaffungsautonomie stellt damit einen Spielraum zur Nachfrage dar, der sich positiv darin äußert, eine bestimmte Leistung in Qualität und Quantität zu verlangen, und negativ darin äußert, überhaupt keine Nachfrage am Markt treffen zu müssen.

Ausgehend von diesem Verständnis sollen die Grundlagen der Beschaffungsautonomie hergeleitet und die staatliche Bedarfsdeckung skizziert werden. Folglich stellt sich die Frage, was Anlass zur Beschaffung oder Eigenfertigung bietet und wie der Bedarfsdeckungsprozess abläuft. Wenn die Beschaffungsentscheidung Teil der Beschaffungsautonomie ist, muss beleuchtet werden, was überhaupt als Beschaffung und was als Eigenfertigung gilt. Hierbei sind auch betriebswirtschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen.

B. Staatliche Aufgaben und staatlicher Bedarf

Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung erfolgen zum Zweck der staatlichen Bedarfsdeckung. Im Zentrum der Beschaffungsautonomie steht damit die Bedarfsdeckung.[35] Erst die Entstehung eines staatlichen Bedarfs hat nachfolgende Handlungen der Bedarfsdeckung zur Konsequenz. Beschaffung und Eigenfertigung erfolgen demnach nicht zum Selbstzweck. Fraglich ist, wodurch dem Staat Bedarfe entstehen, die durch weitere Maßnahmen gedeckt werden müssen.

---

sämtlichen Handlungs- und Organisationsformen: BVerfGE 128, 226 (243); 138, 296 (328); BVerfG, 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, S. 3153, 3155 f. Weitere Nachweise: Einführung, B., I.

35 Insofern grenzt sich die Beschaffungsautonomie vom erwerbswirtschaftlichen Handeln staatlicher Einheiten ab, welches aus der Untersuchung ausgeklammert wird. Die Bedarfsdeckung erfolgt zum Zweck der eigenen Aufgabenerfüllung. Vgl. zur Abgrenzung der Bedarfsverwaltung von anderen Bereichen: *Ronellenfitsch,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 98 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Eingrenzung des staatlichen Bedarfs in gegenständlicher Hinsicht

Der Bedarf ist zunächst nach allgemeinem Wortverständnis das »in einer bestimmten Lage Benötigte bzw. Gewünschte« als auch »die Nachfrage nach etwas«[36]. Die Wünsche des Staates, als Sachwalter der Allgemeinheit, folgen aus Kollektivbedürfnissen.[37] Nur wo ein begehrtes Mittel nicht verfügbar ist, kann ein Bedarf entstehen. Die Bedarfspositionen des Staates sind vielfältig. Grob systematisiert, entstehen dem Staat Bedarfe an Finanzmitteln, Personalmitteln und Sachmitteln.[38] Zu letzterem gehören auch Dienstleistungen, die nicht in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis erbracht werden.[39] Nur durch natürliche Personen kann der Staat handlungsfähig werden. Nur mit vorhandenen Finanzmitteln kann die öffentliche Hand langfristig Vorhaben realisieren. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass insbesondere die Deckung des Bedarfs an Finanz- und Personalmitteln nach eigenen Regelungskomplexen, nämlich nach den Regeln des Abgabe- und Personalrechts erfolgt.[40] Auch das Haushaltsrecht differenziert zwischen Sach- und Personalmitteln[41] und in der Betriebswirtschaft fallen die Deckung des Finanz- und Personalbedarfs in andere Teildisziplinen als die Materialwirtschaft.[42] Daher sind diese unterschiedlichen Arten an Bedarfen auseinander zu halten.

Die Figur der Beschaffungsautonomie grenzt den Untersuchungsbereich und damit den Bedarf von vornherein in gegenständlicher Hinsicht ein. Denn die Beschaffungsautonomie konzentriert sich auf den Prozess der

---

36 Duden online, Stichwort: Bedarf (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Vgl. auch *Hewel/Neubäumer,* in: Neubäumer/Hewel/Lenk, Volkswirtschaftslehre, S. 5; *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 4; *Schierenbeck/Wöhle*, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, S. 3.

37 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 4.

38 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.

39 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 135.

40 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 26. Vgl. auch *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 28; *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 6; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 19 f.

41 Vgl. §§ 49–51 BHO, § 50 Abs. 2 BHO. Auf den Sachbedarf zugeschnittene Regelungen sind indes §§ 54–56 BHO, § 63 Abs. 1 BHO. Vermögensgegenstände sind materielle oder immaterielle Gegenstände, die einen marktfähigen Wert besitzen, wie Sachen i.S.d. § 90 BGB, aber auch Rechte oder Forderungen, vgl. dazu: *von Lewinski/Burbat*, in: dies., BHO, § 63 Rn. 3 f.

42 Vgl. *Lorenzen/Krokowski*, Einkauf, S. 5; *Mroß*, Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor, S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegenständlichen Bedarfs- und Leistungsbestimmung. Daher werden der Finanzbedarf und Personalbedarf von vorneherein aus der Untersuchung ausgeklammert. Demzufolge ist ein Bedarf im Rahmen dieser Arbeit ein Bedarf an Gütern und Dienstleistungen. Dieser Bedarf ist staatlich, da er – in Abgrenzung zum Privaten – das Gemeinwesen, mithin den Staat als solchen betrifft.

II. Die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe als Grundlage der Entstehung eines staatlichen Bedarfs

In der Rechtswissenschaft ist es allgemeine Auffassung, dass der rechtsgeschäftliche Einkauf des Staates der Erfüllung von Aufgaben dient.[43] Teilweise wird auch die Beschaffung dem Ziel der Aufgabenerfüllung unterstellt.[44] Beide Ansichten lassen das Mittel der Eigenfertigung zur Bedarfsdeckung außer Acht, denn der rechtsgeschäftliche Einkauf ist nur eine Form der Beschaffung und die Beschaffung ist nur eine Form der Bedarfsdeckung. Demnach lässt sich anhand der allgemeinen Auffassung nicht ohne Weiteres auf die Grundlage der Bedarfsentstehung schließen. Nähert man sich der Entstehung des Bedarfs allerdings über betriebswirtschaftliche Erkenntnisse an, kommt man auch hier zum Ergebnis, dass für jeden staatlichen Bedarf die Erfüllung einer Aufgabe ausschlaggebend ist.

Betriebswirtschaftliche Erkenntnisse sind auf die Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand übertragbar. Grundlage in der Betriebswirtschaft ist die Zielsetzung.[45] Auch die Einrichtungen der öffentlichen Hand sind Betriebe,

43 *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 235; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 91 f.; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 456, 458; *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 17; *Burgi*, NZBau 2009, S. 609, 611 f. Vgl. auch *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 19; *Fuchs*, Organisationshandbuch, S. 104; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.

44 *T. Schwarz*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 106; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 19, 175 ff.; *Holoubek*, VVDStRL 60 (2001), S. 513, 516 Fn. 9; *Bock*, Europäisches Vergaberecht, S. 8; *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 8; *Kirchhof*, Verwalten durch »mittelbares« Einwirken, S. 326; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 46; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 71. Vgl. *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 367; *Haak*, Grundrechtsbindung, S. 10 f.

45 Vgl. *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 46; *Neus*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 28 ff.; *von Känel*, Betriebswirtschaft, S. 27 f.; *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 94 f.; *Mroß*, Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor, S. 70; *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 39 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die von Zielsetzungen abhängig sind. Während sich privatwirtschaftliche Unternehmen ihre Ziele selbst setzen können, sind den staatlichen Einrichtungen ihre Ziele allerdings (verfassungs-)rechtlich vorgegeben.[46] Hierbei unterscheidet man zwischen Formalzielen, die das übergeordnete Ziel für das erfolgreiche Bestehen des Betriebs darstellen, und den Sachzielen, die sich auf das konkrete Handeln beziehen und am Formalziel auszurichten sind.[47] Während Formalziele also beschreiben, *wie* ein Erfolg erreicht werden soll, stecken die Sachziele ab, *was* erreicht werden soll.[48] Im Gegensatz zur privatwirtschaftlichen Bedarfsdeckung geht der staatlichen aber nicht irgendein emotionaler oder gewinnorientierter Gedanke voraus, der vom wirtschaftlichen Eigennutz getragen ist.[49] Der Staat ist als institutionelle Zusammenfassung sämtlicher Staatsbürger dem Gemeinwohl verpflichtet. So hieß es im Herrenchiemseer Entwurf zum Grundgesetz: »[d]er Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen«[50]. Damit existiert der Staat existiert nicht zum Selbstzweck, sondern dem Erhalt des Gemeinwohls wegen. Das Formalziel der öffentlichen Hand ist die Förderung des Gemeinwohls, mithin die Einhaltung des Rechts im Sinne des Rechtsstaatsprinzips und die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.[51] Sachziel ist die im konkreten Fall zu erfolgende

46 Vgl. *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 55; *Brede*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 18; *Steinebach*, Verwaltungsbetriebslehre, S. 54; *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser,* Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 46. Die Unternehmensziele Privater werden in einem marktwirtschaftlichen System zumeist auf die Existenzsicherung, die Wirtschaftlichkeit und die Wettbewerbsfähigkeit, mithin auf gewinnorientierte Ziele festgelegt sein. Die konkreten Sachziele sind allerdings schon aufgrund der umfassenden Privatautonomie und Handlungsfreiheit privatwirtschaftlicher Unternehmen normativ nicht greifbar.

47 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 46, 47; *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 94; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 53 f.; *Brede*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 18.

48 *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 53 f.; *Brede*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 18.

49 Vgl. *Steinebach*, Verwaltungsbetriebslehre, S. 54; *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, S. 433, 437; *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 306.

50 Herrenchiemsee Entwurf, Vorlage an den Parlamentarischen Rat, zitiert nach: *von Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 48.

51 *Brede*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 18; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufgabenerfüllung, die sich an den Formalzielen auszurichten hat.[52] Wenn die Sachziele also den konkreten Handlungsbedarf umschreiben, bedeutet dies, dass sich auch Beschaffung und Eigenfertigung an den Sachzielen, mithin an den zugrundeliegenden Aufgaben ausrichten. Folglich knüpft ein staatlicher Bedarf an Dienstleistungen und Gütern an die Erfüllung von Aufgaben an. Dem Staat entsteht dann ein Bedarf, wenn entsprechende Mittel nicht vorhanden sind, um eine Aufgabe zu erfüllen.[53]

Dies erfordert wiederum, das Verständnis von der dem Bedarf zugrundeliegenden Aufgabe (1.), wobei keine Differenzierung zwischen unterschiedlichen bedarfsauslösenden Aufgaben möglich ist (2.), sowie die Abgrenzung von Aufgabe und Bedarf zu beleuchten (3.). Allerdings kann zwischen Aufgaben, Normen mit Bedarfsbezug und vergaberechtlichen Vorschriften unterschieden werden (4.).

1. Begriff der staatlichen Aufgabe

Das allgemeine Wortverständnis von einer Aufgabe bedeutet »etwas, was jemandem zu tun aufgegeben ist« respektive ein »Auftrag« oder eine »Obliegenheit«[54]. Der Aufgabenbegriff enthält daher eine pflichtenbegründende Wirkung.[55] Die Begriffsbedeutung indiziert ein »Sollen« der Stelle, der eine Aufgabe obliegt. Eine Aufgabenstellung bringt also immer auch eine Pflicht zur Aufgabenerfüllung mit sich. Nun enthält die Rechtswissenschaft aber eine Vielzahl von Aufgabenbegriffen, die teilweise nicht einheitlich verwendet werden und zu differenzieren sind.

52 *Brede*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 15, 18; *Schauer*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 10. Vgl. *Gornas/Beyer*, Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, S. 32 f.; *Wallerath*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 4.

53 Vgl. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 19, 23; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 193; a.A. *Walz*, Die Brau- und Dienstleistungskonzession, S. 99 ff.

54 Duden online, Stichwort: Aufgabe (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

55 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 26; *R. Hermes*, Die grundgesetzliche Zuordnung öffentlicher Angelegenheiten, S. 51 f.; *Krautzberger*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 42; *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgabe, S. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Schwierigkeit der Bestimmung von Aufgaben

Empirisch ist ein fester Aufgabenbestand nur schwer nachweisbar,[56] da sich der Staat aufgrund der Veränderung politischer Rahmenbedingungen mit einer ständigen Erweiterung, Änderung, aber auch Abkehr von Aufgaben konfrontiert sieht.[57] Die inhaltliche Offenheit etwaiger Aufgaben liegt zum einen in der Zufälligkeit der Aufgabenentstehung begründet.[58] Die konkret zu erfüllenden Aufgaben richten sich nach den gegebenen gesellschaftlichen Umständen. Politische Umstände können Abwägungen zwischen Aufgaben erforderlich machen. Zwar mögen allgemeine Aufgaben, wie die Aufrechterhaltung der inneren Sicherheit oder die Gewährung von Daseinsvorsorgeleistungen, als ständig existierende Aufgaben bestehen, doch können die konkret zu erfüllenden Aufgaben im Einzelnen variieren. Zum anderen resultiert die Offenheit der Aufgaben aus der staatstheoretischen Vorstellung von einer Allzuständigkeit des souveränen Staates. Der Staat kann sich aufgrund seiner Allzuständigkeit jeder Aufgabe annehmen und über Art und Umfang der entsprechenden Aufgaben entscheiden.[59] Ein besonderer Verfassungsvorbehalt besteht nicht.[60] Daher kann der Staat in nahezu jedem gesellschaftlichen Bereich auf Grundlage seiner Allzuständigkeit und in den Grenzen der Verfassung tätig werden und Regelungen treffen. Dies reicht von der Setzung einer Rahmenordnung für den privatautonomen Rechtsverkehr bis zur konkreten Regulierung des Telekommunikationsverkehrs.[61] Spiegelbildlich gilt für den Verzicht auf die Ausübung von Aufgaben dasselbe. Der Staat kann sich bestimmter Aufgabenbereiche

56 Der Versuch einer sachlich-inhaltlichen Darstellung von Aufgaben findet sich bspw. bei: *Bull*, Staatsaufgaben, S. 211 ff.

57 Zum stetigen Wandel der staatlichen Aufgaben: *Grimm*, in: ders., Wachsende Staatsaufgaben, S. 291, 297 f.; *Voßkuhle*, in: ders./Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 1 Rn. 11 m.w.N.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 51.

58 Vgl. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 74; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 70; *Bock*, Europäisches Vergaberecht, S. 7; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 18; vgl. auch *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 66 f.

59 *Isensee,* in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 45. Vgl. *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 760 f., 827 ff., 830; *Krautzberger*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 46; *Gramm*, Privatisierung, S. 47; *März*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 30 Rn. 41; *Korioth*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 30 Rn. 9; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 90 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 52.

60 BVerfGE 98, 218 (246); *Bull*, Staatsaufgaben, S. 114–116; *Wahl*, in: Ellwein/Hesse, Staatswissenschaften, S. 29, 35.

61 Vgl. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

entledigen, wenn eine staatliche Betätigung nicht mehr notwendig ist. Die Allzuständigkeit des Staates erschwert es dementsprechend, Aufgabenbereiche empirisch zu erfassen.

Doch auch eine systematische Differenzierung zwischen den Aufgaben fällt schwer: So beschreiben Aufgaben auch Bereiche unterschiedlicher Dimensionen, in denen der Staat tätig wird.[62] Der Begriff der Aufgabe kann als vertikale Kompetenzvorschrift (vgl. Art. 91a Abs. 1 GG[63]), als Trennung zwischen Aufgaben des Staates und der Gesellschaft (vgl. Art. 30 GG), aber auch als Tätigkeitsbeschreibung verstanden werden.[64] Ebenso ist eine horizontale Abgrenzung zwischen Verwaltungsaufgaben, Rechtsprechungsaufgaben und Gesetzgebungsaufgaben üblich. Verwaltungsaufgaben sind Aufgaben, die nicht den Gerichten und nicht dem Gesetzgeber obliegen.[65] Eine derartige Begriffsbildung orientiert sich am Subtraktionsgedanken, der die Funktion der ausführenden Gewalt von der Gesetzgebung und der Rechtsprechung negativ abgrenzen soll.[66] Eine inhaltlich-sachliche Bestimmung der Aufgaben ist anhand dieser Definition nicht möglich, vielmehr erfolgt eine funktionale Betrachtungsweise. Sobald sich die Verwaltung einer Aufgabe widmet, wird diese zur Verwaltungsaufgabe.

62 Vgl. *Korioth,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 30 Rn. 8; *Stettner*, Kompetenzlehre, S. 167 ff.

63 Bspw. wird im Kommunalrecht auch zwischen Aufgaben des eigenen und übertragenen Wirkungskreises unterschieden. Exemplarisch: §§ 4–6 NKomVG.

64 *Korioth,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 30 Rn. 8. Das GG verwendet unter anderem in folgenden Vorschriften unterschiedliche Aufgabenbegriffe: Art. 12a Abs. 3 GG: »hoheitlicher Aufgaben«; Art. 24 Abs. 1a und Art. 30 GG: »Erfüllung der staatlichen Aufgaben«; Art. 91a Abs. 1 GG: »Aufgaben der Länder«, aber auch »Gemeinschaftsaufgaben«; Art. 33 Abs. 4 GG: »Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse […] als ständige Aufgabe«; Art. 87a GG: »Aufgaben der Verkehrsregelung«; Art. 87b Abs. 2 S. 2 GG: »Aufgaben des Personalwesens«; Art. 87d Abs. 1 S. 2 GG: »Aufgaben der Flugsicherung«; Art. 87e Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG: »Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung«, Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG: »Hoheitsaufgaben«; Art. 88 GG: »Aufgaben [der Bundesbank]«.

65 Vgl. *Burgi,* in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 12; *Baer,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 13 Rn. 15. Zu unterschiedlichen Verwaltungsaufgaben: *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 15–21.

66 Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 18 Rn. 2; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 7 Rn. 8; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft

Anhand des Aufgabenbegriffs erfolgt der Versuch, Kriterien für Aufgaben herzuleiten, welche ausschließlich durch den Staat oder die Gesellschaft wahrgenommen werden können.[67] So existieren in der Rechtswissenschaft öffentliche Aufgaben und Staatsaufgaben respektive staatliche Aufgaben als unbestimmte Rechtsbegriffe. Öffentliche Aufgaben sind solche, deren Wahrnehmung im öffentlichen Interesse liegt.[68] Öffentliche Interessen lassen sich auf Gemeinwohl- respektive Allgemeininteressen zurückführen, stehen also Einzelinteressen gegenüber[69], wobei auch das Recht des Einzelnen, bspw. in Form der Wahrung von Grundrechten, im Interesse der Allgemeinheit liegt.[70] Die Aufgaben, die der Staat kraft zugewiesener Kompetenz in zulässiger Weise wahrnimmt, werden als Staatsaufgaben oder staatliche Aufgaben bezeichnet.[71] Da der Gemeinwohlbindung unterliegende Staat im Sinne der *res publica* dem öffentlichen Interesse und nicht nur einer ausgewählten, individuellen Gruppe verpflichtet ist,[72] muss die Wahrnehmung jeder staatlichen Aufgabe auch im öffentlichen Interesse erfolgen. Damit ist jede Aufgabe, die eine staatliche Stelle in zulässigerweise

67 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11.

68 BVerfGE 38, 281 (299); 78, 320, (329); 146, 164 (198); BVerfG, 7.12.2001 – 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, S. 335, 336; *Peters*, in: FS Nipperdey, Bd. 2, S. 877, 878; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 117; *Schulze-Fielitz,* in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11, 16 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 43; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 22; *Isensee,* in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 12.

69 *Isensee,* in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 5; *Gramm*, Privatisierung, S. 56; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, S. 106; *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 44.

70 *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgabe, S. 60; vgl. BVerfGE 12, 113 (128 f.).

71 BVerfGE 12, 205 (243); 15, 235 (241); 53, 366 (401); *Peters*, in: FS Nipperdey, Bd. 2, S. 877, 880; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 118 f.; *Isensee,* in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 13; *Burgi,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 75 Rn. 1; *Ernst*, Grundsatz digitaler Souveränität, S. 21. Kritisch zu Begriff und Dimension von Staatsaufgaben: *Bull*, Staatsaufgaben, S. 44 ff.; *Schulze-Fielitz,* in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11, 16 f.; *Gramm*, Privatisierung, S. 31. S. auch Art. 30 GG: »Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt«.

72 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 88; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 76.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wahrnimmt, auch eine öffentliche Aufgabe[73] und es offenbart sich ein Spezialitätsverhältnis zwischen staatlichen und öffentlichen Aufgaben.

Zuzugeben ist, dass das öffentliche Interesse kaum einen sachlich-inhaltlichen Gehalt bietet, denn die Interessen der Allgemeinheit bleiben in der Sache ebenfalls unbestimmt. Es kommt hinzu, dass auch Private im öffentlichen Interesse agieren können und nicht jede öffentliche Aufgabe durch den Staat wahrgenommen werden muss.[74] So mag der Betrieb eines Krankenhauses unverkennbar im öffentlichen Interesse liegen, der Staat muss diese Aufgabe allerdings nicht durch eigene Stellen wahrnehmen. Vielmehr ist es gängige Praxis, dass der Staat lediglich durch den Erlass bestimmter (Sicherheits-)Vorschriften einen Rahmen zur Ausübung dieser Tätigkeit schafft oder Private in die Erfüllung der Aufgabe einbindet.[75] Ein weiteres Beispiel sind klassische Leistungen der Daseinsvorsorge, wie z.B. der Öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV). Die Versorgung der Bevölkerung mit ÖPNV-Leistungen nimmt nicht ausschließlich der Staat wahr, obgleich er durch Festlegungen des Nahverkehrsplanes (vgl. § 8 Abs. 3 PBefG) und der Genehmigungsvorrausetzungen regulierend eingreift. Ein öffentliches Interesse indiziert also kein Exklusivwahrnehmungsrecht des Staates. Die Stadien der Involvierung des Staates sind indes vielfältig, die von einem völligen Rückzug aus der Aufgabenerfüllung über eine Regulierung bis zur vollständigen Übernahme der Aufgabe reichen. Hieraus ergibt sich eine gestufte Verantwortung des Staates.[76]

c. Kompetenzen als Indiz von Aufgaben

Kompetenzvorschriften können eine Aufgabe lediglich indizieren, fungieren aber nicht als rechtliche Grundlage einer Aufgabe. Es handelt sich bei Kompetenzen um Zuständigkeitsregelungen und keine pflichtenbe-

73 BVerfGE 38, 281 (299); *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 389 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 44; *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585, 587; vgl. auch BVerfGE 146, 164 (198).

74 *Peters*, in: FS Nipperdey, Bd. 2, S. 877, 878 f.; *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 213 f.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 273; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 5; *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgabe, S. 64; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 44.

75 Zum Phänomen der Privatisierung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b.

76 *Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 3 Rn. 109 ff. Vgl. auch *Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gründenden Programme. Während Kompetenzen und Zuständigkeiten ein »Dürfen« beschreiben, deuten Aufgaben auf ein »Sollen« hin.[77] Die Kompetenzen fungieren als Handlungsvollmachten und legen mithin fest, welche Einrichtung die staatliche Aufgabe überhaupt erst erfüllen darf.[78] Durch die Zuteilung einer Kompetenz wird die Aufgabe aufgrund der Rechtsbindung des Staates erst tatsächlich »wahrnehmbar«[79] und das entsprechende Organ oder der Verband erhält die Berechtigung, die Aufgabe wahrzunehmen. Im Sinne der Gewaltenteilung gestaltet die Kompetenzzuweisung die Aufgabenerfüllung sachgerecht, indem die Kompetenzordnung den Organen mit dem geeignetsten Personal und einer aufgabengerechten Ausstattung die Befugnis zur Wahrnehmung der Aufgabe zuweist.[80] So loten beispielsweise Kompetenzvorschriften das Verhältnis zwischen Bund und Ländern bei der Wahrnehmung der Aufgaben aus, wie bspw. in Art. 70 ff. GG die Gesetzgebungszuständigkeiten und in Art. 83 ff. GG die Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Die aufgeführten Kompetenzvorschriften erfassen die Aufgabenbereiche aber nicht abschließend, was an den Grundsatznormen von Art. 30 GG, Art. 70 Abs. 1 GG und Art. 83 GG ersichtlich wird. Grundsätzlich verbleibt die entsprechende Kompetenz zur Erfüllung der Aufgaben bei den Ländern. Die Kompetenzvorschriften stellen keine Aufgaben dar, da sie lediglich eine Zuständigkeit anzeigen, aber keine Verpflichtung für den Staat.[81] Damit sind Aufgaben, die über das »Dürfen« hinaus ein »Sollen« festhalten, ein »Mehr« gegenüber Kompetenzvorschriften.

Zumindest aber können die Kompetenzbereiche ein Indiz für das Vorliegen eines Aufgabenprogramms sein, welches dem Staat obliegt.[82] Denn

77 *Bull*, Staatsaufgaben, S. 53.

78 Vgl. auch *Maurer*, Staatsrecht I, § 18 Rn. 9; *Hellermann*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 30 Rn. 7.1.; *März,* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 30 Rn. 10; *Wittreck*, in: Dreier, GG, Art. 30 Rn. 17; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 52 f.; vgl. auch *Stettner*, Kompetenzlehre, S. 45.

79 *Jestaedt*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 16 Rn. 52.

80 *März*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 30 Rn. 10.

81 *Bull*, Staatsaufgaben, S. 52 f.; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 19; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 69.

82 *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 41; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 42; *Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11, 21; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 52; *Wahl*, in: Ellwein/Hesse, Staatswissenschaften, S. 29, 32; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 19; *Ganske,* in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 43. Vgl. auch EuGH, 21.12.2016 – C-51/15 –

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn Kompetenzen schon die Befugnis zur Aufgabenwahrnehmung festlegen, muss darin auch ein Hinweis auf die dahinterstehende Aufgabe selbst sein.[83] Es wäre widersinnig, staatlichen Stellen die Befugnis zur Aufgabenwahrnehmung zu verleihen, aber nicht vom Vorliegen einer staatlichen Aufgabe auszugehen.

d. Haushaltsplan als Folge, aber nicht als Grundlage von Aufgaben

In der Realwirtschaft sind immer Ressourcen, insbesondere Geldmittel zur Aufgabenbewältigung notwendig. Die Verwendung von Geldmitteln durch den Staat regelt zuvorderst das Haushaltsrecht und der Staat veranschlagt diese als Posten im Haushaltsplan. Daraus folgt aber nicht, dass der Haushaltsplan und die darin veranschlagten Mittel den Aufgabenkatalog bestimmen. Umgekehrtes ist der Fall: der staatliche Aufgabenkatalog bestimmt den Umfang der zu erhebenden Mittel.[84] Der Haushaltsplan ist aufgabenbezogen.[85] Dies folgt unter anderem aus der Möglichkeit, einen Nachtragshaushalt zu bewilligen (vgl. § 33 BHO/LHO). Unter einem Nachtragshaushalt versteht man die nachträgliche Änderung verschiedener Posten des Haushaltsplanes aufgrund eines unerwarteten Missverhältnisses zwischen Einnahmen und Ausgaben des Staates. Aus dem Umkehrschluss der Vorschrift ergibt sich, dass der Haushaltsplan den Aufgaben folgt, nicht aber die Aufgaben an vorhandene Geldmittel geknüpft sind. Ein weiteres Indiz ist die in § 37 BHO/LHO verortete Möglichkeit, über- und außerplanmäßige Ausgaben bei einem unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedarf durch die Einwilligung des Ministeriums der Finanzen zu ermöglichen. Allein diese Vorschriften legen nahe, dass sich die Erhebung und Ausgabe der Mittel aus dem dem Staat obliegenden Aufgabenkatalog ergeben.

Aufgrund dieser dienenden Funktion des Haushaltsplans gegenüber der Aufgabenerfüllung liegt im Haushaltsplan keine rechtliche Grundlage der

---

ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 49 (Remondis); Weiter: *Wittreck*, in: Dreier, GG, Art. 30 Rn. 17.

83 *Bull*, Staatsaufgaben, S. 52 f. Vgl. *Stettner*, Kompetenzlehre, S. 45, 167 ff.; *Brohm*, NJW 1994, S. 281, 284.

84 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 187; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 72. Vgl. auch BVerfGE 130, 318 (343); *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 110 f., 303; *Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11, 18; *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 99 Rn. 99.

85 BVerfGE 130, 318 (343).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufgaben. Auch hier können die Kategorien des Haushaltsplanes lediglich den Bestand an Aufgaben indizieren, da konsequenterweise nur Aufgaben finanziert werden, die der Einrichtung obliegen.[86] Damit ist der Haushaltsplan eine Bestimmungshilfe für einen Aufgabenbestand, aber keine rechtliche Grundlage.

e. Aufgabenverständnis im Rahmen dieser Arbeit

Zur Deckung des Bedarfs, sei es durch Beschaffung oder Eigenfertigung, werden Mittel der Allgemeinheit verwendet. Daher muss es sich bei der dem Bedarf zugrundeliegenden Aufgabe zwangsläufig um eine Aufgabe handeln, die im Interesse der Allgemeinheit steht. Folglich ist ein öffentliches Interesse Voraussetzung. Da im Rahmen der Arbeit nur die staatliche Bedarfsdeckung beleuchtet wird, erfolgt die Bedarfsdeckung zum Zweck der Erfüllung konkreter staatlicher Sachziele, mithin einer staatlichen Aufgabe. Denn jene indiziert, dass der Staat zur Deckung des Bedarfs auch befugt ist. Somit liegt der Arbeit ein formelles Aufgabenverständnis zugrunde und eine staatliche Aufgabe ist eine Aufgabe, die der Staat in zulässigerweise wahrnimmt.

Entsprechende staatliche Aufgaben lassen sich wiederum im Gesetz oder der Rechtsordnung wiederfinden. Aufgaben spiegeln eine Pflicht wider.[87] Derartige Pflichten sind wiederum gesetzlich und rechtlich verankert.[88] Mit der Grundlage im Gesetz sind die Aufgaben rückgekoppelt an den demokratischen Willen des Volkes – mithin besteht eine Vermutung für das öffentliche Interesse.[89] Aufgaben im Rahmen dieser Arbeit sind also solche,

86 Vgl. *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 84; *Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbstständige Verwaltungseinheiten, S. 155; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 20.

87 Vgl. auch *Brohm*, NJW 1994, S. 281, 284.

88 Vgl. *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 99; *Wißmann*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 15 Rn. 10; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 46; *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 33, G Rn. 1; *Eifert*, Grundversorgung, S. 18 f.; *Wahl*, in: Ellwein/Hesse, Staatswissenschaften, S. 29, 36; *Häberle*, AöR 111 (1986), S. 595, 604; *Schöbener/Knauff*, Allgemeine Staatslehre, § 4 Rn. 105; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 13; *Brohm*, NJW 1994, S. 281, 284; *Wallerath*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 4.

89 Vgl. BVerfGE 13, 97 (107); *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgabe, S. 59; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 185; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 78; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die sich in Gesetzen oder rechtlich verorten lassen. Diese Verwendung entspricht dem Begriff der Staatsaufgaben oder staatlichen Aufgaben, die der Staat kraft rechtlicher Grundlagen in zulässiger Weise wahrnimmt.[90] Aufgabennormen sind dann diejenigen gesetzlichen Grundlagen, aus denen sich die verpflichtende Aufgabe herausfiltern lässt.[91]

Für das Aufgabenverständnis im Rahmen der Arbeit werden sämtliche Staatsfunktionen in den Blick genommen. Die Entstehung des Bedarfs zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe würde nur einen Teilbereich der zu erfüllenden Aufgaben abbilden, so dass die Konzentration auf Verwaltungsaufgaben nicht ausreichend ist. Denn nicht nur die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben eröffnet einen Bedarf an Gütern und Dienstleistungen, sondern auch die danebenstehenden Funktionen von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Regierung entwickeln einen Bedarf an Sachmitteln.[92] So ist bspw. für eine funktionsfähige Rechtsprechung die Ausstattung eines Gerichts notwendig. Einrichtung und Ausstattung sollen einen funktionierenden Prozessablauf ermöglichen, der rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Die Beschaffung der Einrichtung dient in diesem Fall der Erfüllung der Rechtsprechungsaufgabe gem. Art. 92 GG und dem nationalen objektiv-rechtlichen Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 GG sowie den unionalen Anforderungen aus Art. 47 GrCh und Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV. Die Aufgaben, die einen Bedarf eröffnen, sind also nicht allein Aufgaben, die ausschließlich die Verwaltung wahrzunehmen kann.

2. Möglichkeit der Systematisierung bedarfsauslösender Aufgaben?

Aus der Notwendigkeit der Erfüllung von Aufgaben entsteht also ein Bedarf an Gütern und Dienstleistungen. In der Regel wird nicht zwischen den bedarfsauslösenden Aufgaben differenziert. Für manche ergibt sich die Nachfrage nach den sachlichen Mitteln allein aus der Erfüllung der zugrun-

90 Zum Begriff der staatlichen Aufgabe: Teil 1, Kap. 1., B., II., 1., e.

91 Aufgabennormen verleihen dem Staat aber nicht die Befugnis, in subjektive Rechte von Bürgern einzugreifen. Dazu bedarf es bestimmter Befugnisnormen. *Schoch*, JuS 1994, S. 391, 396; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 43 ff.; § 3 Rn. 1 f.

92 Ebenso: *T. Schwarz*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 106. Daher zu eng *Burgi*, in: FS Marx, S. 75, 77, der lediglich an Verwaltungsaufgaben anknüpft.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deliegenden Aufgabe.[93] Andere sehen das bedarfsauslösende Moment in der Sicherung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen.[94] Ferner bestehen Ansätze zwischen den bedarfsauslösenden Aufgaben zu differenzieren (a.). Dabei ist fraglich, inwiefern eine Differenzierung überzeugen kann (b.).

a. Differenzierung zwischen konkreten Aufgaben und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen

So differenziert *Wallerath* zwischen Primäraufgaben und dem allgemeinen Erhalt der Funktionsfähigkeit.[95] In Anlehnung an die Betriebswissenschaft differenziert er weitergehend zwischen endogen und exogen indizierten Aufgaben, die aber wiederum in Teilschritte zu unterteilen seien. Exogen indizierte Aufgaben leiten sich aus Primäraufgaben ab, also solchen Aufgaben, die der Staat aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung den Bürgern gegenüber erfüllen muss. Dies wäre beispielsweise die Entsorgung von Abfall nach dem KrWG. Endogen indizierte Aufgaben seien solche, die sich aus den innerbehördlich hervorgerufenen Handlungszielen ableiten lassen. Dies sei beispielsweise die Instandhaltung von Betrieben.[96] Eine ähnliche Differenzierung führt *Burgi* auf, der zwischen spezifischen und mehreren, über die Zeit anfallenden (unspezifischen) Verwaltungsaufgaben differenziert.[97] Letztere dienten nur der Erfüllung spezifischer Aufgaben. So sei beispielsweise die Pflicht zur Instandhaltung von Straßen eine spezifische Aufgabe. Die Anschaffung von Büromaterialien oder einer Büroeinrichtung hingegen sei dementsprechend nur eine unspezifische Verwaltungsaufgabe, da sie in unspezifischer Weise dazu diene, den Verwaltungsbetrieb aufrecht zu erhalten.[98] *Kunert* unterscheidet zwischen der Erfüllung

93 *T. Schwarz*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 106. Siehe auch: *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 236; *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 8; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.

94 *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 17, 20. Vgl. in Bezug auf eine Versorgungsfunktion: *Bock*, Europäisches Vergaberecht, S. 8; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 69.

95 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 36, 131.

96 Zu exogen und endogen indizierten Aufgaben: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 129–131.

97 *Burgi*, in: FS Marx, S. 75, 77; *ders.*, NZBau 2009, S. 609, 612.

98 *Burgi*, in: FS Marx, S. 75, 77; *ders.*, NZBau 2009, S. 609, 612.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausdrücklich statuierter Pflichten respektive Gütern, die den Bürgern zugutekommen, dem Erhalt des »allgemeinen Verwaltungsauftrags« und dem Erwerb bloßer Durchgangsgüter.[99]

Ein nicht unerheblicher Teil der Literatur geht damit von einer Unterscheidung bedarfsauslösender Aufgaben aus, die sich – mit unterschiedlichen Schwerpunkten – zwischen der Erfüllung konkreter Aufgaben und dem allgemeinen Erhalt der Funktionsfähigkeit bewegt. Sollte es tatsächlich systematisch unterschiedliche Auslöser für einen Bedarf geben, erfordert dies auch eine differenzierende Herangehensweise an die Herleitung der Beschaffungsautonomie. Fraglich ist, ob diese unterschiedlichen Abstufungen überhaupt überzeugend sind.

b. Möglichkeit einer rechtlichen Abgrenzung?

Die Differenzierung zwischen konkreten Aufgaben und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit bestimmt sich offenbar nach der Nähe des Bedarfs zur konkreten gesetzlichen Aufgabe. Je eher ein Bedarf unmittelbar der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe dient oder eine Nähe zur staatlichen Aufgabe aufweist, desto eher ist dieser Bedarf einer konkreten Aufgabe zuzuordnen.

Eine Unterscheidung anhand der Nähe zum Gesetz stellt den Rechtsanwender jedoch vor Schwierigkeiten, denn es bleibt unklar, welcher Grad der Nähe zum Gesetz ausschlaggebend ist. Je eher sich eine Aufgabe aus dem Gesetz ableiten lässt, desto eher würde es sich um eine konkrete Aufgabe handeln, während sich einzelne Tätigkeiten, die eher mittelbar mit der gesetzlichen Aufgabe in Verbindung stehen, allgemein dem Erhalt der Funktionsfähigkeit zugeordnet würden. In der Realität ist der Verlauf zwischen konkreten Aufgaben und vagen Aufgabenbereichen wegen der unterschiedlichen Normprogramme fließend.[100] Weil die Je-desto-Formel keine rechtliche Differenzierung ermöglicht, liefert eine Abgrenzung anhand der Nähe zum Gesetz keinen Mehrwert. Auch das Kriterium der Unmittelbarkeit überzeugt nicht, denn es kann keine trennscharfen Ergebnisse liefern.[101]

---

99 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 92. Vgl. auch *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961), S. 206, 234 f. Ähnlich auch *Haak*, der zwischen dem Bedarf aus der Verwaltungstätigkeit und »Kollektivbedürfnissen« unterscheidet, die in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben liegen. *Haak*, Grundrechtsbindung, S. 17.

100 Exemplarisch: OLG München, 25.3.2011 – Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 382.

101 Vgl. *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 99.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Differenzierung zwischen konkreter Aufgabe und Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit scheint sich überdies nach dem zugrundeliegenden Bedarf zu richten. So wird der Erhalt der Funktionsfähigkeit als eine Art »Auffangzweck« begriffen.[102] Der Erhalt der Funktionsfähigkeit leidet damit unter der Annahme, dass die vermeintlich banale Beschaffung von Bleistiften, Papier, Heizöl und Strom nur einen mittelbaren Anteil an der Aufgabenerfüllung hat. Diese Gegenstände haben aber wegen ihrer Einsatzuniversalität und gleichzeitiger Notwendigkeit in nahezu jedem Bereich einen Anteil an der Erfüllung konkreter Aufgaben. In einer Gesellschaft, die mittels Sprache kommuniziert und aufgrund von Arbeitsteilung auf den Austausch von Informationen angewiesen ist, bedarf es auch immer Medien, die Informationen übermitteln können, und Einrichtungen, innerhalb derer Arbeitsleistungen möglich sind und Informationen ausgetauscht wie ergänzt werden können. Daraus ergibt sich aus der Perspektive des Bedarfsgegenstandes die folgende Beobachtung: Je mehr Einsatzmöglichkeiten ein Gut oder eine Dienstleistung hat, desto eher verschiebt sich die bedarfsauslösende Zwecksetzung zum Erhalt der Funktionsfähigkeit. Letztlich beruht dann die Systematisierung zwischen konkreten Aufgaben und Erhalt der Funktionsfähigkeit auf einer am Bedarf ausgerichteten Einordnung. Dann liefert die Anknüpfung an konkrete Aufgaben oder den Erhalt der Funktionsfähigkeit aber keinen rechtlichen Mehrwert. Nur weil aber auf den ersten Blick nur einige Güter und Dienstleistungen Anteil an der Aufgabenerfüllung haben, bedeutet das nicht, dass weniger augenscheinliche Mittel nur einen mittelbaren Anteil an der Aufgabenerfüllung haben.[103] Jedes Handeln des Staates erfordert eine funktionsfähige Ausstattung. Dabei ist der Computer, mithilfe dessen die Einsatzpläne der kommunalen Abfallentsorgung konzipiert werden, nicht weniger wichtig als das Fahrzeug zur Abfallentsorgung.

Eine überzeugende Differenzierung zwischen unterschiedlichen bedarfsauslösenden Aufgaben ist also nicht möglich. Vielmehr gilt der allgemeine Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit als übergreifendes bedarfsauslösendes Moment, das einschließt, sämtliche staatliche Aufgaben zu erfüllen. Der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit und die Erfüllung von Aufgaben sind also untrennbar miteinander verknüpft. So ist der Staat nur funktionsfähig, wenn er die ihm obliegenden Aufgaben erfüllt. Der Grad

102 Vgl. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 36, 131; *Burgi*, in: FS Marx, S. 75, 77.
103 So auch: *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der erfolgten Aufgabenerfüllung wiederum definiert die staatliche Funktionsfähigkeit.[104]

3. Abgrenzung von staatlicher Aufgabe und staatlichem Bedarf

Aufgabenstellung und Bedarf sind auseinanderzuhalten, da die Aufgabenstellung rechtlich, der Bedarf aber ein Faktum ist. Teilweise ist die Abgrenzung zwischen Aufgabenstellung und Ermittlung des Bedarfs in der Praxis jedoch schwierig. Diese Schwierigkeit lässt sich an einem Beispiel hinsichtlich der Beschaffung von militärischen Drohnen aufzuzeigen: Die deutsche Bundeswehr verwendete mehrere Jahre lang israelische Aufklärungsdrohnen vom Typus Heron 1. Diese Aufklärungsdrohne ist unbemannt und unbewaffnet und dient lediglich der Gefahrenerkennung. Sie kann selbst keine Kampfhandlungen vornehmen.

In der Koalitionsvereinbarung zur 18. Legislaturperiode von *CDU/CSU* und *SPD* legten die Regierungsparteien allerdings fest, man strebe die Beschaffung von unbemannten Luftfahrzeugen an, »die über die Aufklärung hinaus auch weitergehende Kampffähigkeiten haben«[105]. Damit entbrannte der Streit im Parlament, ob überhaupt eine bewaffnungsfähige Drohne beschafft werden solle.[106] Nachdem Lösungskonzepte für eine bewaffnete Drohne durch das Verteidigungsministerium erstellt und dem Generalinspekteur der Bundeswehr zur Auswahlentscheidung vorgelegt wurden,[107] traf dieser am 12.1.2016 die Auswahlentscheidung für das israelische Produkt Heron TP.[108] Hierbei handelt es sich um eine unbemannte, aber bewaffnete Drohne.

In der Koalitionsvereinbarung zur 19. Legislaturperiode legten die Koalitionspartner *CDU/CSU* und *SPD* erneut fest: »Wir werden im Rahmen der Europäischen Verteidigungsunion die Entwicklung der Euro-Drohne weiterführen. Als Übergangslösung wird die Drohne HERON TP geleast. Über die Beschaffung von Bewaffnung wird der Deutsche Bundestag nach

104 Zur Herleitung der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt: Teil 1, Kap. 2, B.
105 Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 124.
106 Vgl. BT, Plenarprotokoll v. 2.7.2014 – 18/45, S. 4053–4066.
107 Vgl. BT-Drs. 18/7181, S. 32.
108 Nachweis bei BT, Plenarprotokoll v. 13.1.2016 – 18/148, S. 14627 (B). Bei Heron TP handelt es sich um die konkrete Typbezeichnung einer Aufklärungsdrohne mit Bewaffnungsfähigkeit, hergestellt von dem israelischen Unternehmen »Israel Aerospace Industries«.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ausführlicher völkerrechtlicher, verfassungsrechtlicher und ethischer Würdigung gesondert entscheiden«[109]. Daraufhin erfolgte im Jahr 2020 ein Antrag der Fraktionen *Bündnis 90/Die Grünen* und *Die Linke*, eine entsprechende Beschaffung von fünf Drohnen des Typus Heron TP im Wert von 46,9 Milliarden Euro abzulehnen. Dieser Antrag wurde im Dezember 2020 schließlich im Plenum des deutschen Bundestages abgelehnt.[110] Im Vorgang dieser Entscheidung beriet man sich im Verteidigungs- wie auch Haushaltsausschusses über die Notwendigkeit der Beschaffung der fünf bewaffneten Drohnen.[111]

Ob also eine bestimmte Leistung beschafft werden soll, kann also durchaus politisch umstritten sein. Ungeachtet des nur politisch- und nicht rechtlich-verbindlichen Charakters einer Koalitionsvereinbarung[112], eröffnet sich an diesem Sachverhalt anschaulich die Frage nach der Unterscheidung von Bedarf und Aufgabe. Liegt in der Bestimmung der Beschaffung über Bewaffnung durch den Bundestag eine konkrete Aufgabenbestimmung für die Bundeswehr? Könnte die Aufgabe lauten: »Verteidigung und Gefahrenabwehr durch militärische Drohnen«? Oder liegt in der parlamentarischen Entscheidung für die Beschaffung von fünf Drohnen des Typus Heron TP1 bereits die abschließende Festlegung des Bedarfs zur Erfüllung der Aufgaben der Bundeswehr?

Eine Differenzierung zwischen Bedarf und Aufgabe ist auf den ersten Blick schwierig, da die häufig allgemein bleibenden gesetzlichen Aufgaben konkretisiert werden können[113] und theoretisch die Möglichkeit bestände, eine Aufgabe so weit zu konkretisieren, dass sie den Bedarf bereits abbildet. Staatliche Aufgaben können allerdings nicht von vorneherein auf einen konkreten Einzelfall präzisiert sein. Dies entspricht überwiegend nicht der Gesetzesrealität – Maßnahmegesetze sind insofern ein enger Ausnahmebereich – und hat das Potential, einen natürlichen Lebenssachverhalt unna-

109 Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Z. 7557 ff., S. 159.

110 BT, Plenarprotokoll v. 17.12.2020 – 19/202, S. 25456 A–C.

111 Dieses Verfahren ist auf einen Haushaltsbeschluss zurückzuführen, nach dem ein geschätzter Sachbedarf von über 25 Mio. EUR immer der Zustimmung des Haushaltsausschusses bedarf und im Verteidigungsausschuss des Bundestages beraten werden muss. Dazu: *U. Krause*, Die Bundewehr als Instrument deutscher Außenpolitik, S. 53.

112 *Maurer*, Staatsrecht I, § 14 Rn. 29.

113 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 62 f.; *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

türlich aufzubrechen. Außerdem bestände im Hinblick auf ein mögliches folgendes Vergabeverfahren die Möglichkeit durch eine eng umrissene Aufgabenstellung die Grundsätze des Wettbewerbs und der Chancengleichheit zu umgehen.[114] Während also die abstrakt-generelle Natur der Aufgabe in ihrer Grundlage im Recht und Gesetz selbst angelegt ist, bleibt die Entstehung eines Bedarfs einzelfallabhängig. Insbesondere die Festlegung auf Qualität und Quantität begehrter Leistungen, wie in der Koalitionsvereinbarung der Erwerb bestimmter Drohnen angegeben ist, indiziert bereits die Festlegung eines bestimmten Bedarfs und ist als eine Aufgabe im Sinne dieser Arbeit viel zu konkret. Dementsprechend erfolgte in dem Beispiel die Feststellung des Bedarfs durch den Generalinspekteur der Bundeswehr für das Verteidigungsministerium. Gegenstand der parlamentarischen Debatte war hingegen die Notwendigkeit der Beschaffung. Die Aufgabe der Ausstattung der Bundeswehr wurde nicht infrage gestellt.

Auf der anderen Seite ist es für die Entstehung eines Bedarfs hingegen nicht notwendig, dass die bedarfsauslösende Aufgabe explizit im Gesetz umrissen ist. Inwiefern sich eine Aufgabe aus der Rechtsordnung ergibt und welche Bereiche die Aufgabe umfasst, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dies ist notwendig, da Gesetze, aus denen sich Aufgaben ergeben, abstrakt-generelle Regelungen sind. Als Beispiel bietet sich ein Sachverhalt vor dem OLG München an, in dem sich die Beschaffung einer Breitkabelversorgung als Beschaffungsvorgang darstellte, jene Aufgabe allerdings nicht explizit aus dem Katalog an übertragenen Gemeindeaufgaben in der Bayrischen Landesverfassung zu entnehmen war.[115] Das OLG München ermittelte die obliegende Aufgabe der technischen Versorgung im Wege einer Auslegung des Katalogs der übertragenen Aufgaben mit Verweis auf dem Charakter der Katalogbeispiele als Regelbeispiele. Nach Ansicht des Senats könne es sich hierbei nicht um eine beabsichtigte Regelungslücke handeln, da der Landesgesetzgeber zum Zeitpunkt der Festlegung der zu übertragenen Aufgaben die Ausmaße des technologischen Fortschritts noch nicht absehen konnte.[116] Dieser Fall ist exemplarisch dafür, dass aus generellen Rechtsgrundlagen zunächst die Auslegung von weiteren Aufgaben erfolgen muss.

Für die Abgrenzung zwischen Aufgabe und Feststellung des Bedarfs lässt sich daher festhalten, dass ein Bedarf immer einen konkreten Einzelfall

114 Zur Feststellung der zugrundeliegenden Aufgabe im Rahmen der Bedarfsanalyse des Bedarfsdeckungsprozesses auch: Teil 1, Kap. 1, D., I., 1.

115 OLG München, 25.3.2011 – Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 382.

116 OLG München, 25.3.2011 – Verg 4/11, NZBau 2011, S. 380, 382.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betrifft, während staatliche Aufgaben abstrakt-generell bleiben.[117] So lassen sich beispielsweise die Aufgaben der Gefahrenabwehr, der Entsorgung, des Umweltschutzes, der Arbeitslosenhilfe, der Frauenförderung als legitime Tätigkeits*bereiche* im Interesse der Allgemeinheit klassifizieren, ein konkreter Bedarf, an den sich ein späterer Einkauf oder eine Beschaffung im weiteren Sinne anschließt, kann aus diesen abstrakt gefassten Bereichen aber noch nicht gefiltert werden.[118]

4. Staatliche Aufgaben – Normen mit Bedarfsbezug – Vergaberechtliche Vorschriften

Die notwendige Erfüllung von staatlichen Aufgaben führt zur Entstehung eines Bedarfs. Abstrakt-generelle Regelungen, die für die Bedarfsdeckung wichtig sind, sind vor allem staatliche Aufgaben, Normen mit Bedarfsbezug und vergaberechtliche Vorschriften. Da der Gesetzgeber in den Grenzen der Verfassungsvorgaben jede beliebige Materie von der Festlegung der Aufgaben bis zum Prozess der Bedarfsdeckung regeln kann,[119] ist es möglich, dass die Aufgaben gesetzlich konkretisiert und explizite Vorgaben für die in diesem Sachbereich erfolgende Bedarfsdeckung gemacht werden. Der Gesetzgeber kann dann für den Fall der Beschaffung auf bestimmten Gebieten verbindliche Vorgaben machen und zur Berücksichtigung oder Vorgabe bestimmter Leistungseigenschaften verpflichten. Bei derartigen Gesetzen soll von Normen mit Bedarfsbezug gesprochen werden. Sie konkretisieren die zugrundeliegende staatliche Aufgabe und ihre Erfüllung und sehen die unmittelbare Anpassung des Bedarfsgegenstands vor. Funktion der Regelungen ist meist bestimmte (politische) Ziele, wie bspw. Aspekte der ökologischen oder sozialen Nachhaltigkeit, zu verfolgen. Im Unterschied zur staatlichen Aufgabe geben sie allerdings nicht den Anlass zur Entstehung des Bedarfs, sondern modifizieren ihn.

---

117 Vgl. auch die Differenzierung zwischen abstrakten Aufgaben und konkreten Handlungen bei: *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 30.

118 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 30.

119 Zum umfassenden Zugriffsrecht des Gesetzgebers: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 76; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 138, 156; *Maurer*, in: FS Vogel, S. 331, 345; *Burmeister*, Institutioneller Gesetzesvorbehalt, S. 93 f., 126 ff.; vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 794; *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 500 f., nach dem der Gesetzgeber einen »Legitimationsvorsprung« vor den anderen Funktionsträgern genießt.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Angesichts der Notwendigkeit, die Folgen des anthropogenen Klimawandels einzudämmen, rücken vermehrt umwelt- und klimaschutzrechtliche Rechtsgrundlagen in den Vordergrund, die den Staat in seiner Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung ebenfalls begrenzen. Als Normen mit Bedarfsbezug stehen daher insbesondere Vorschriften mit ökologischem Charakter im Mittelpunkt, wie § 45 Abs. 2 KrWG, § 13 KSG[120] und § 5 Abs. 1 SaubFahrzeugBeschG, die die öffentliche Hand zur Einbeziehung bestimmter ökologischer Faktoren in den Bedarfsdeckungsprozess verpflichten.[121] So verpflichtet bspw. § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG im Beschaffungsprozess zur Bevorzugung von Leistungen »[1.] die in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind, [2.] durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind, [3.] sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder [4.] im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen«. Die Vorschrift macht den staatlichen Einrichtungen verpflichtende Vorgaben bei der Festlegung des Bedarfs, da der Bedarf Teil des Bedarfsdeckungsprozess ist.[122] Solche Normen schaffen aber keinen Bedarf, sondern grenzen den Bedarf in sachlich-gegenständlicher Hinsicht ein.

Vergaberechtliche Regelungen, wie das Gebot der produktneutralen Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV[123]), sind hingegen nicht automatisch auch Normen mit Bedarfsbezug. Sie sind zwar bei der Bedarfsdefinition zu berücksichtigen, geben aber nicht unmittelbar bestimmte Leistungseigenschaften vor, die der Staat nachfragen muss.[124] Aus den zugrundeliegenden Geboten

120 Ferner existieren verschiedene Landesklimaschutzgesetze. Zu deren Reichweite im Einzelnen: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., d.

121 Vgl. auch *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 9 f., nach dem der Umweltschutz sowohl Ziel der Bedarfsdeckung sein, aber auch die entsprechende Aufgabe »überlagern« kann.

122 Zur Definition des Bedarfs als Teil des Bedarfsdeckungsprozesses: Teil 1, Kap. 1, D., I., 2. Dazu, dass § 45 KrWG auch schon bei der Festlegung des Bedarfs zu beachten ist, auch: BT-Drs. 19/19373, S. 71; *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 663. Im Ergebnis auch: *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 168 Rn. 30.

123 § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A.

124 Zum Gebot der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Chancengleichheit und Wettbewerb folgt, den Bedarf nur in einer bestimmten Weise zu formulieren, dass andere Marktteilnehmer nicht unrechtmäßig vom Wettbewerb ausgeschlossen werden. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung macht in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand keine unmittelbaren Vorgaben für Leistungseigenschaften. So ist die Anpassung des Bedarfs aufgrund von vergaberechtlichen Vorschriften lediglich eine Folge des Zwecks der Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer und der Aufrechterhaltung eines Wettwebers. Eine Besonderheit sind § 67 VgV und § 121 Abs. 2 GWB, die zwar formell dem Vergaberecht zugeordnet ist, aber auch Normen mit Bedarfsbezug sind, da die Normen nicht primär auf die Einhaltung von Wettbewerb und Gleichbehandlung gerichtet sind, sondern dazu dienen, eine ökologisch und sozial-nachhaltige Beschaffung zu fördern, und dementsprechend bestimmte Leistungseigenschaften bei der Definition des Bedarfs als verpflichtend voraussetzen.[125]

Ausgehend von der These, dass die staatliche Aufgabe Grundlage jeglicher Bedarfsdeckung ist,[126] sind Normen, die explizite Vorgaben für die Bedarfsdeckung im Einzelnen machen, wie Normen mit Bedarfsbezug oder vergaberechtliche Vorschriften, zu beachtende Grenzen bei der Erfüllung der Aufgaben und der Beschaffungsautonomie.

III. Politische Einflüsse bei der Ermittlung und Feststellung des staatlichen Bedarfs?

Fraglich ist, in welcher Beziehung der staatliche Bedarf zu beschaffungsfremden Kriterien bzw. politischen Zielsetzungen steht und inwiefern politische Zielsetzungen Teil des Bedarfs sein können. Damit geht die Frage einher, welche Aspekte Bestandteil des staatlichen Bedarfs sein können.

125 So heißt es im ersten Erwägungsgrund der § 67 VgV zugrundeliegenden Richtlinie 2012/27/EU, dass die Beachtung der Energieeffizienz der Bekämpfung des Klimawandels und dem Wirtschaftswachstum dienen soll. Dazu: RL 2012/27/EU des europäischen Parlaments und des Rates zur Energieeffizienz v. 25.10.2012, EU-Abl. 2012 L 315/1.

126 S. Teil 1, Kap. 1, B., II.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Politischer Charakter des Bedarfs

In der Literatur hat sich schwerpunktmäßig um die Jahrtausendwende eine umfangreiche Diskussion über die (unions-)rechtliche Zulässigkeit der Einbeziehung sog. »politischer Zielsetzungen« bzw. beschaffungs*fremder* Kriterien in den Beschaffungsvorgang, insbesondere im Rahmen von öffentlichen Aufträgen, entwickelt.[127] Politische Zielsetzungen, wie beispielsweise soziale, infrastrukturellen, umweltbezogene und konjunkturpolitische Aspekte, die bei der öffentlichen Auftragsvergabe inkludiert werden und so über die Nachfrage des Staates zu einem stärkeren Angebot derartiger Leistungen seitens der Privaten führen sollen, werden als beschaffungsfremde Kriterien bezeichnet.[128] Beschaffungsfremd seien diese Kriterien deshalb, weil sie dem eigentlichen Ziel der Bedarfsdeckung, nämlich dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit nicht unmittelbar dienen und ihre Verfolgung im Hinblick auf eine wirtschaftliche Bedarfsdeckung als verschwenderisch gelte.[129] Infolgedessen wird vertreten, dass die Beschaffung zur Aufgabenerfüllung angesichts ihrer einzigen Zielsetzung, die Funktionsfähigkeit des Staates zu erhalten, im Gegensatz zur öffentlichen Auftragsvergabe politisch neutral sei.[130] Da die Definition des Bedarfs ein Teil der Beschaffung ist, müsste nach dieser Ansicht auch der Bedarf politisch neutral sein.

Dem steht aber entgegen, dass der Bedarf in zweierlei Hinsicht politisch ist. Zunächst wird der Prozess der Feststellung des Bedarfs häufig durch einen politischen Prozess begleitet, was sich an Beratungen in Räten oder

127 Vgl. *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 2–13; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 60 ff. Derartige beschaffungsfremde Kriterien wurden als problematisch erachtet, da sie zum einen vermeintlich gegen eine wirtschaftliche Beschaffung sprachen und ihnen zum anderen das Potenzial innewohnte, ausländische Marktteilnehmer zu diskriminieren. Siehe mit Schwerpunkt auf dem nationalen Recht: *Lange*, in: Meessen, Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, S. 61 ff.; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 87; *ders.*, SächsVBl. 1999, 289, 293; *Weissenberg*, DB 1984, S. 2285 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 140 ff. Vgl. auch: EuGH, 20.9.1988 – C-31/87 – ECLI:EU:C:1988:422 Rn. 28–30 (Beentjes); 17.9.2002 – C-513/99 – ECLI:EU:C:2002:495 Rn. 63 f. (Concordia Bus Finland); 4.12.2003 – C-448/01 – ECLI:EU:C:2003:651 Rn. 33 (Wienstrom); 3.4.2008 – C-346/06 – ECLI:EU:C:2008:189 Rn. 37 (Rüffert).

128 Zum Begriff »beschaffungsfremd«: *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 87; *ders.*, SächsVBl. 1999, 289, 293. Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 128, 140 ff., 143 f.; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 60 ff.

129 Vgl. *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 20 f.

130 *Weissenberg*, DB 1984, S. 2285, 2286 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aber auch auf höherer Landes- und Bundesebene in Beratungen des Parlaments zeigen kann. Die Öffentlichkeit liegt unter anderem darin begründet, dass zur Beschaffung öffentliche Mittel gebraucht werden müssen, deren Verwendung transparent erfolgen soll.[131] Die Feststellung des Bedarfs ist dementsprechend unter Umständen ein politischer Vorgang.[132]

Versteht man mit der Wortbedeutung von »Politik« oder »politisch« übergreifend die Verwaltung des Staates, mit dem Ziel bestimmte Ziele durchzusetzen und das öffentliche Leben zu gestalten,[133] ist auch jeder Bedarf politisch, da dieser in Anknüpfung an eine zu erfüllende Aufgabe entsteht. Denn staatliche Aufgaben bilden auch immer bestehende Vorstellungen der Gesellschaft von dem funktionierenden Gemeinwesen ab. So erhalten bspw. Aufgaben wie die Landesverteidigung angesichts militärischer Interventionen oder Aufgaben wie die Förderung des sozialen Wohnungsbaus angesichts steigender Wohnungsknappheit besondere gesellschaftliche Relevanz. Die dem Bedarf zugrundeliegende Aufgabe erhält daher aufgrund der demokratischen Rückkoppelung einen politischen Charakter.[134] Der Bedarf wiederum knüpft an die zugrundeliegende Aufgabe an. Dadurch findet sich das politische Ziel, welches in der Aufgabe enthalten ist, aber auch im Bedarf wieder. Es lässt sich sagen, dass der Bedarf noch einmal das politische Ziel aktualisiert.[135] Das bedeutet wiederum, dass der staatliche Bedarf nicht von politischen Wertungen unberücksichtigt bleibt. Besonders deutlich wird dies am Beispiel der Verfolgung umweltschützender Belange.[136] Dass der Umwelt- und Klimaschutz in staatlichen Entscheidungen zu berücksichtigen ist, ergibt sich unter anderem aus Art. 20a GG,

131 Vgl. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 141.

132 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 70, 81. Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 140; *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 22 f.

133 Duden online, Stichwort: Politik (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

134 Vgl. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 140 f.; *Lange*, in: Meessen, Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, S. 61; *Bock*, Europäisches Vergaberecht, S. 6; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 137, 154.

135 *Bock*, Europäisches Vergaberecht, S. 6.

136 Vgl. auch die Beispiele bei: *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 9 f. Insofern ist die Äußerung von *Lange* unpräzise, nach dem der Beschaffungszweck durch politische Zielsetzungen überlagert werden könne. Politische Zielsetzungen können Teil der Aufgabe und damit des Beschaffungszwecks, der in der Aufgabenerfüllung liegt, sein. S. *Lange*, in: Meessen, Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, S. 61.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der stellvertretend für speziellere Regelungen[137] als Staatszielbestimmung zur Berücksichtigung der Umweltauswirkungen bei der Aufgabenerfüllung verpflichtet[138] und den staatlichen Aufgaben dadurch einen ökologischen Charakter verleihen kann.[139] Benötigt der Staat bspw. Fahrzeuge mit elektronischem Antrieb, wäre dieser Bedarf nicht »politisch neutral«, denn gegenüber Fahrzeugen mit einem Verbrennungsmotor ist dieser Bedarf ökologisch nachhaltiger. Auch der Bedarf an Fahrrädern ist ökologisch betrachtet nachhaltiger als ein Bedarf an motorisierten Fahrzeugen. Auf diese Weise wird man immer eine nachhaltigere Alternative finden können. Mit dem Bedarf wird also zugleich auch eine politische Entscheidung getroffen – der Bedarf ist Gegenstand der Politik.[140]

2. Beschaffungsfremde Eigenschaften als Teil des Bedarfs?

Damit eröffnet sich die Frage, wie diese politischen Einflüsse bei der Feststellung des Bedarfs mit dem Begriff der beschaffungsfremden Kriterien in Einklang zu bringen sind und welche Schlüsse sich daraus für die Bestandteile des Bedarfs ableiten lassen. *Meyer* fragt sich in diesem Zusammenhang, »ob die politischen Einflüsse bei der Bedarfsdefinition überhaupt von dem Begriff [der beschaffungsfremden Kriterien] umfasst werden sollen«[141], denn dies bliebe »vielfach unklar«[142]. Ausgehend von der Semantik gibt es »beschaffungsfremde Kriterien« innerhalb des Bedarfs nicht. Es wäre ein Widerspruch in sich, denn erst der staatliche Bedarf liefert den Anlass für die nachfolgende Beschaffung. Was Teil des Bedarfs ist, ist nicht beschaffungsfremd. Daher bietet sich der Begriff der beschaffungsfremden Kriterien nicht für die Differenzierung der Bestandteile des Bedarfs an.

137 Konkrete Regelungen treffen bspw. das Bundes- und die Landes-Klimaschutzgesetze sowie bestimmte Landesvergabegesetze. Dazu im Einzelnen: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1, a. und d.

138 BVerfGE 157, 30 (138).

139 So auch: *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 9, 87. Ähnlich mit Bezug auf soziale Belange: *McCrudden*, Buying social justice, S. 524. A.A. *Kayser*, Nationale Regelungsspielräume, S. 142 f., nach der ökologische Kriterien nicht Teil des Bedarfs seien, da sie den Gebrauchszweck der Leistung nicht verändern würden. In Bezug auf Art. 20a GG die Pflicht zur klimafreundlichen Beschaffung auch verneinend: *T. Birk*, NZBau 2022, S. 572, 574 f.

140 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 141.

141 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 80.

142 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 80. Nach Ansicht *Pietzcker*s gebe es »beschaffungsfremde Kriterien, die sich nicht auf die Rechtssphäre des Unternehmens auswirken«. S. dazu: *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 90.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es kann anhand der Zielsetzung, die Funktionsfähigkeit des Staates zu erhalten, hinsichtlich der Bestandteile des Bedarfs differenziert werden. Was dem Erhalt der Funktionsfähigkeit dient, ist Teil des staatlichen Bedarfs. Was dem Erhalt der Funktionsfähigkeit nicht unmittelbar dient, ist nicht Teil des staatlichen Bedarfs, sondern vielmehr Teil der weiteren fakultativen Leistungsbestimmung durch den Staat.[143] Denn der Bedarf beschreibt schließlich nur das Notwendige, um die zugrundeliegenden Aufgaben zu erfüllen. Das lässt aber nicht automatisch den Schluss zu, der Bedarf könne keine ökologischen Komponenten aufweisen. Wenn man politische Neutralität mit dem Bedarf nach der günstigsten Leistung gleichsetzt, die die gestellte Aufgabe noch ausreichend erfüllen kann,[144] ist aber auch der Bedarf an Leistungen, die sich durch ihre Langlebigkeit und günstige Lebenszykluskosten auszeichnen (und häufig einen ökologischen Charakter aufweisen), ein politisch neutraler Bedarf. Auch aufgrund der Auswirkungen der Aufgabenerfüllungen auf klimatische Umstände kann der Bedarf auch solche Leistungen umfassen, die als ökologisch-nachhaltig gelten. Derartige Leistungen können gesamtwirtschaftlich betrachtet günstiger sein, so dass die Nachfrage nach ihnen nicht im Widerspruch zur Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen steht.[145] Daher lässt sich für die Darstellung des Bedarfs nicht an die für das Vergaberecht übliche Unterscheidung von Primär- und Sekundärzweck bzw. beschaffungs- oder vergabefremden Kriterien anknüpfen.

Stattdessen lässt sich für den Bedarf zwischen sachlichen Leistungsmerkmalen, nämlich materiellen und immateriellen Eigenschaften von Gütern, differenzieren.[146] Materielle Eigenschaften sind solche, die das Produkt in ihrer Qualität auszeichnen und geeignet sind, einen Beitrag zur konkreten Aufgabenerfüllung zu leisten. Die Qualität bezeichnet das Produkt in seiner stofflichen Beschaffenheit oder Funktion sowie in seinen Maßen

143 Vgl. aber zur Feststellung, dass Bedarf und konkrete Nachfrage zusammenfallen: *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 147.

144 Das impliziert *Benedict*, wenn er zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit darauf rekurriert, der Staat dürfe nicht verschwenderisch handeln. Siehe: *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 20.

145 Ähnlich: *Braun*, NZBau 2021, S. 707, 708, 710; *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 9 f.; *Funk/Tomerius*, KommJur 2016, S. 1, 2.

146 Zur ausführlichen Differenzierung zwischen materiellen und immateriellen Eigenschaften: Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und seinem Gewicht.[147] Materielle Eigenschaften können insofern politisch sein, als sie relativ betrachtet, bspw. besonders nachhaltig sind oder sich durch einen geringen Verbrauch, eine besondere Qualität oder innovative Aspekte gegenüber anderen vergleichbaren Leistungen auszeichnen. Immaterielle Eigenschaften betreffen solche Eigenschaften, die sich nicht in den materiellen Eigenschaften niederschlagen, in der Regel aber preisbildend sind, wie bspw. die Fertigung einer Leistung durch Behinderte oder unter *Fair-Trade*-Bedingungen, besonders geringe Schadstoff-Emissionen bei der Herstellung oder der Ausschluss von Kinderarbeit.[148] So kann das Mobiliar, welches in einer Behindertenwerkstatt gefertigt wurde, eine Aufgabe gleichsam erfüllen wie das auf eine industriell-maschinelle Weise gefertigtes Mobiliar. An diesem Beispiel ist ersichtlich, dass die Förderung einer inklusiven Einrichtung durchaus ein erwähnenswertes politisches Ziel darstellt, aber für den staatlichen Bedarf unerheblich ist. Derartige immaterielle Eigenschaften einer Leistung tragen nicht unmittelbar zum Erhalt der Funktionsfähigkeit bei, da mit ihnen keine Änderung der Güter in ihrer Beschaffenheit verbunden ist. Für Eigenschaften von Dienstleistungen ist daran anzuknüpfen, ob sie in einem unmittelbaren Bezug zur konkreten Aufgabe stehen.

IV. Zwischenergebnis

Die Beschaffungsautonomie bewegt sich im Rahmen der Deckung des Bedarfs an Sachmitteln, also Gütern und Dienstleistungen, im Einzelfall durch Stellen der Verwaltung. Anlass für die Entstehung eines Bedarfs bietet die zu erfüllende staatliche Aufgabe. Aufgabe und Bedarf lassen sich dadurch abgrenzen, dass der Bedarf ein einzelfallabhängiges Faktum ist, während die grundlegende Aufgabe abstrakt-generell ist und einen Tätigkeits*bereich* umschreibt. Bei der Regelung der Bedarfsdeckung durch den Gesetzgeber handelt es sich dementsprechend nicht um Ausprägungen der

147 Vgl. auch Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 VRL, der von materiellen Bestandteilen der Leistung spricht und damit solche Eigenschaften meint, die sich nicht nur auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode der Herstellung oder Erbringung oder auf einen anderen Prozess im Lebenszyklus der Leistung beziehen. Vgl. auch § 127 Abs. 3 a.E. GWB.

148 Bspw. differenziert *Puhl* im Rahmen der Diskussion um vergabefremde Zwecke zwischen produktbezogenen Eigenschaften und produktions- bzw. produzentenbezogenen Eigenschaften. S. dazu: *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 491. Ähnlich auch: *Burgi*, NZBau 2001, S. 64, 67.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beschaffungsautonomie. Gesetzgeberische Vorgaben, die bei Festlegung des Bedarfs und der Beschaffung beachtet werden müssen (wie Normen mit Bedarfsbezug oder vergaberechtliche Normen), beschränken die Beschaffungsautonomie. Dasselbe gilt für Rechtsverordnungen, in denen zwar nicht das Parlament, sondern die Regierung bestimmte Vorgaben für die Festlegung des Bedarfs vorsieht, wie § 31 VgV oder § 67 VgV.

Der staatliche Bedarf umreißt die materiellen Eigenschaften der Güter, die der Erfüllung der staatlichen Aufgabe in geeigneter Weise dienen. Verlangt der Staat in der folgenden Beschaffung weitere Kriterien der Leistung, die bspw. den Herstellungsprozess betreffen, ist dies nicht mehr vom staatlichen Bedarf getragen, sondern Teil einer weiteren fakultativen Leistungsbestimmung. Beim Bedarf nach Dienstleistungen ist danach zu differenzieren, ob die Eigenschaften einen sachlichen Bezug zur Aufgabe aufweisen.

C. Mittel zur Bedarfsdeckung

Zur Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Staat auf Güter und Dienstleistungen angewiesen. Wenn eine Erfüllung von Aufgaben aufgrund fehlender sachlicher Ressourcen nicht möglich ist, entsteht ein Bedarf an Gütern und Dienstleistungen. Der staatliche Bedarf lässt sich mit zwei Mitteln decken. Entweder deckt die öffentliche Hand ihren Bedarf mittels Leistungserbringung durch eigene technische, administrative und sonstige Möglichkeiten (sog. Eigenfertigung) oder sie deckt ihn durch die Leistungserbringung eines externen Anbieters (sog. Fremdbezug).[149] Die Entscheidung über das konkrete Mittel zur Bedarfsdeckung ist eine Facette der Beschaffungsautonomie, weswegen Beschaffung (I.) und Eigenfertigung (II.) und ihre jeweiligen Formen dargestellt werden.

149 Vgl. auch *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 37–59; a.A. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 221 ff. und *Pietzcker*, AöR 107 (1992), S. 61, die die Mittel der Bedarfsdeckung in drei Arten unterteilen: die hoheitliche Bedarfsdeckungsformen, die rechtsgeschäftliche Teilnahme am Markt und die Eigenregie. Die Teilung in zwei Mittel der Bedarfsdeckung im Rahmen dieser Arbeit überzeugt aufgrund der Natur der Beschaffungsautonomie als Entscheidung zwischen Eigen- und Fremdbezug (*Make-or-buy*-Entscheidung).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Beschaffung

Der Fremdbezug ist ein Mittel der staatlichen Bedarfsdeckung. Es erfolgt eine Annäherung an den Begriff der staatlichen Beschaffungstätigkeit (1.) und die Darstellung der Formen der staatlichen Beschaffung (2.).

1. Merkmale der staatlichen Beschaffung

Ein Mittel der staatlichen Bedarfsdeckung und damit Gegenstand der Beschaffungsautonomie ist der Fremdbezug, der auch als Beschaffung zu verstehen ist. Der Begriff der Beschaffung wird weder im nationalen noch im unionalen Recht konkret definiert, obwohl er vielerorts vorausgesetzt wird.[150] Folglich handelt es sich bei der Beschaffung um einen generellen Begriff, der auch außerhalb des nationalen Kartellvergaberechts, das die unionsrechtlichen Richtlinien umsetzt und abbildet, Anwendung findet. Nach der Definition von *Lüttmann* ist die Beschaffung eine Tätigkeit, »die zur Deckung des öffentlichen Bedarfs an Gütern und Dienstleistungen durch Dritte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erforderlich [ist] und dabei keine Eigenproduktion der öffentlichen Verwaltung [darstellt].«[151] Dabei muss ein Leistungsübergang stattfinden, die reine Gestattung oder Lizenzierung ist nicht ausreichend, um den Vorgang als Beschaffung zu qualifizieren.[152] Diese Definition soll mit entsprechender Anpassung übernommen werden. Demnach wird die Beschaffung im Rahmen dieser Arbeit als der Erwerb von Gütern und/oder Dienstleistungen zur Deckung eines staatlichen Bedarfs verstanden. Die Beschaffung erfolgt als eine Einzelfallentscheidung durch Stellen der staatlichen unmittelbaren und mittelbaren Verwaltung sowie durch die Einheiten bei den Gerichten und Parlamenten,

150 Bspw. in Art. 111 Abs. 1 lit. c GG, § 24 Abs. 2 BHO, § 103 Abs. 1, Abs. 2 GWB. S. auch Art. 2 Nr. 12 der Verordnung (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.7.2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, EUAbl. L 193, 1–222. Die vergaberechtlichen Richtlinien verwenden Begriffe wie »zentrale Beschaffungstätigkeit« (Art. 2 Abs. 1 Nr. 14 VRL, Art. 2 Nr. 10 SektRL), »Nebenbeschaffungstätigkeit« (Art. 2 Abs. 1 Nr. 15 VRL; Art. 2 Nr. 11 SektRL), »zentrale Beschaffungsstelle« (Art. 2 Abs. 1 Nr. 16 VRL; Art. 2 Nr. 12 SektRL), »Beschaffungsdienstleister« (Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 VRL; Art. 2 Nr. 13 SektRL) oder verweisen bspw. in Art. 1 Abs. 1 KonzRL, Art. 21 Abs. 1 KonzRL, Art. 5 Abs. 4 SektRL, Art. 25 Abs. 1 SektRL auf den Begriff der Beschaffung.

151 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 95.

152 *Krönke*, NVwZ 2016, S. 568, 575.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die verwaltend tätig werden und daher zur Verwaltung im materiellen Sinn zählen.[153]

Die staatliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen zeichnet sich ferner durch eine Nachfragetätigkeit des Staates am Markt aus.[154] Der Staat tritt dafür in die Öffentlichkeit und eröffnet seinen Bedarf den Teilnehmern des Marktes. Von der Nachfrage abzugrenzen ist insbesondere der Verkauf von Leistungen und Gesellschaftsanteilen.[155] Die öffentliche Hand tritt in diesem Fall als Anbieterin von Leistungen auf und erstellt damit ein Angebot. Dass die öffentliche Hand hier keine Nachfrage eröffnet, ergibt sich aus der wirtschaftswissenschaftlich geläufigen Unterscheidung von Angebot und Nachfrage.[156] Wer eine bestimmte Leistung nachfragt, bietet nicht gleichzeitig dieselbe Leistung an.

2. Formen der staatlichen Beschaffung

Die staatliche Beschaffung erfolgt mit unterschiedlichen Mitteln. Während der Privatmann auf die Eigenproduktion und den Einkauf am Markt verwiesen ist und sich nur der schuldrechtlichen Möglichkeiten bedienen kann, stehen dem Staat in der öffentlich-rechtlichen Organisationsform zusätzlich hoheitliche Mittel zur Verfügung. So kann der Staat neben den vertraglichen Instrumenten der öffentlichen Auftragsvergabe oder dem öffent-

153 Zum Begriff der Verwaltung im materiellen Sinn: *Ehlers/Pünder,* in: dies., Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 4 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 2 f.

154 Vgl. OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; *Röwekamp/Brauser-Jung/Zimmermann,* in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 103 Rn. 13; *Ziekow,* in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 45; *Wegener/Pünder,* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 34; *Csaki,* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 5; *Fandrey,* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 4 Rn. 35; *Gabriel,* in: ders./Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 83 Rn. 13 ff.; *von Engelhardt/Kaelble,* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 103 Rn. 48; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 25; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 95, 198–202; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 222; *Wallerath*, Die Verwaltung 20 (1987), S. 137, 138; *Jennert*, NZBau 2010, S. 150, 152; *Schröder*, NVwZ 2005, S. 25, 26.

155 Vgl. *Röwekamp/Brauser-Jung/Zimmermann,* in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 103 Rn. 14; *Fandrey,* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 4 Rn. 37 ff.; *Gabriel,* in: ders./Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 83 Rn. 19 ff.

156 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 198 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich-rechtlichen Vertrag, seinen Bedarf durch hoheitliche Enteignungen, Öffentlich-Private-Partnerschaften (ÖPP) oder Privatisierungen decken.[157] Dementsprechend gibt es drei Formen der staatlichen Beschaffung: die Beschaffung durch ein rechtsgeschäftliches Austauschverhältnis, wobei der die Leistung erbringende Private nicht in die Aufgabenerledigung einbezogen wird (a.), die Beschaffung durch die Einbeziehung Privater in die Aufgabenerledigung (sog. Privatisierung) (b.), und die Beschaffung durch Ausübung von hoheitlichem Zwang gegenüber Privaten (c.).

a. Rechtsgeschäftlicher Erwerb von Gütern

Eine Form der Beschaffung ist der rechtsgeschäftliche Erwerb von Gütern oder Dienstleistungen, ohne dass der private Leistungserbringer gegenüber dem Bürger in Erscheinung tritt.[158] Das rechtsgeschäftliche Austauschverhältnis kann sowohl privatrechtlicher als auch öffentlicher Natur sein. Der Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge richtet sich im nationalen Recht nach den §§ 54 ff. VwVfG und erfolgt in der Regel in den Bereichen des Subventions-, Kartell-, Telekommunikations- und Energiewirtschaftsrechts[159] sowie zur Beauftragung von Rettungsdienstleistungen[160]. Dabei spielt der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Praxis aufgrund der starren rechtlichen Vorgaben und der Schwierigkeit, einen Konsens zu erreichen, eher eine untergeordnete Rolle.[161] Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen können sowohl zwischen Verwaltungsträgern und Privaten als auch zwischen Verwaltungsträgern geschlossen werden. Das größere Augenmerk in der gesellschaftlichen Wahrnehmung nehmen allerdings die rechtsgeschäftlichen Austauschverhältnisse privatrechtlicher Natur ein. Im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe erfolgt die Beschaffung in der Regel durch einen entgeltlichen privatrechtlichen Vertrag mit dem Ziel, Güter und/oder

157 Zu den Möglichkeiten der beschaffenden Verwaltung: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 37–56. Vgl. auch *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 16.

158 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 39. Vgl. auch *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149.

159 *Siegel/Eisentraut*, VerwArch 109 (2018), S. 454, 468 ff.; *Kämmerer,* in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 54 Rn. 7.

160 Vgl. BGH, 23.1.2012 – X ZB 5/11, NZBau 2012, S. 248, 251.

161 Insbesondere das Neutralitätsgebot und Koppelungsverbot schränken die öffentliche Hand ein. Dazu: *Siegel/Eisentraut*, VerwArch 109 (2018), S. 454, 454, 461.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dienstleistungen zu erwerben.[162] Der Unterschied zur Privatisierung liegt darin, dass die vollständige Verantwortung zur Aufgabenerfüllung beim Staat verbleibt und sich der Staat lediglich der privaten Leistungen bedient, um seine Aufgaben zu erfüllen.[163] Die öffentliche Hand fragt nur die vorhandenen Leistungen am Markt nach und nutzt sie für die eigene Erfüllung der Aufgaben.

b. Einbeziehung Privater in die Aufgabenerledigung (Privatisierung)

Angesichts knapper Haushaltskassen und einer steigenden Aufgabenlast ist der Staat zur Auslagerung der Aufgaben an Private gezwungen.[164] Um der eigenen Überforderung entgegen zu wirken, bedient sich der Staat Privater, die in die Aufgabenerfüllung einbezogen werden. Die Erfüllung der Aufgaben liegt dann nicht mehr allein in der Verantwortung des Staates. Hierbei spricht man von »Privatisierung« oder von der Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenerledigung.[165] Indem der Staat besondere Rechte oder Aufgaben an Private verleiht, beansprucht der Staat eine Facette seiner staatlichen Hoheitsgewalt, kann lenkend tätig werden sowie von den Gegebenheiten des Marktes profitieren.[166] Dies wird auch als »Zukauf gesellschaftlicher Rationalität«[167] verstanden. Das Phänomen der Privatisierung spiegelt die Entwicklung des Staates von einem Wohlfahrtsstaat, der sämtliche Aufgaben für die Bevölkerung unmittelbar erfüllt, zu einem Gewährleistungsstaat wider, der im Sinne einer Letztverantwortung die

162 BVerwG, 2.5.2007 – 6 B 10/07, NJW 2007, S. 2275, 2276; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 1; vgl. *Ziekow,* in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, Einl. Rn. 1; *Koenig/Haratsch*, NJW 2003, S. 2637 m.w.N. Vgl. zum funktionalen Verständnis des Vertragsbegriffs im Vergaberecht: *Hüttinger,* in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 103 Rn. 84 ff.

163 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149. Zur Privatisierung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b.

164 Zu den Vorteilen der Privatisierung: *Schmidt am Busch*, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205 f. m.w.N.

165 *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 7; *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 26; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 562; *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243, 250 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 38.

166 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 381.

167 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 381.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erfüllung wesentlicher Aufgaben für die Gesellschaft nunmehr nur noch zu gewährleisten hat.[168]

Da Teil der Beschaffungsautonomie die Entscheidung ist, ob und in welcher Form beschafft werden soll, ist die Entscheidung über die Auslagerung einer Aufgabe an Private ein Unterfall der Beschaffungsautonomie, wenn die Form der Privatisierung als Beschaffung oder Eigenfertigung begriffen wird.

aa. Systematisierung der Privatisierungsformen nach der Verteilung der Verantwortung

Mit der Privatisierung gehen eine Bandbreite an unterschiedlichen Organisations- und Handlungsformen einher. Die Abgrenzung der unterschiedlichen Formen der Privatisierung richtet sich nach dem Maß, in dem der Staat für die Aufgabenerledigung rechtlich verantwortlich ist.[169]

Typen der Privatisierung sind die formelle, die materielle und die funktionale (oder funktionelle[170]) Privatisierung.[171] Die formelle Privatisierung vollzieht sich durch einen Rechtsformwechsel (auch Organisationsprivatisierung[172]) bzw. werden Private, wie Beliehene, durch den Staat mit

168 Zum Gewährleistungsstaat: *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, S. 18–22; *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 66–91; *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 493 ff. Zum unionsrechtlichen Einfluss auf die Entwicklung zu einem Gewährleistungsstaat: *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 286–291.

169 *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 270 f., 283–285. Vgl. auch: *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243, 253; *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 8; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 158–161.

170 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 36.

171 Zu diesen Kategorien: *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 63–65; *Gabriel,* in: ders./Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 83 Rn. 24 ff.; *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 103 Rn. 68 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 76 ff., 86 f., 145 ff.; *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601, 603; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 68–97; *Ibler,* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 86 Rn. 109 ff.; *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585, 588 f.; *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 f. Ausgeklammert bleibt von vorneherein die Vermögensprivatisierung, da sie keinen unmittelbaren Bezug zur sachlichen Aufgabenerfüllung hat und keinen Bedarfsbezug aufweist. Vgl. dazu *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 66; *Burgi,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 75 Rn. 1; *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585, 585.

172 Vgl. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 34; *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Aufgabenerfüllung betraut und zur staatlichen Organisationseinheit gemacht.[173] Der Staat bedient sich im Zuge der Organisationsprivatisierung privatrechtlicher Organisationsformen, um seine Aufgaben gelockert von den starren haushalts- und dienstrechtlichen Bindungen erfüllen zu können. Der Staat wechselt lediglich sein öffentlich-rechtliches Gewand in ein privatrechtliches Gewand.[174] Ihm verbleibt dennoch die volle Verantwortung über die Erfüllung der Aufgabe.[175] Die formelle Privatisierung ändert daher nichts an der Aufgabenstellung.[176] Das Gegenstück bildet die materielle Privatisierung. Hier entledigt sich der Staat einer Aufgabe, die er einmal wahrgenommen hat. Der Staat zieht sich aus seiner Aufgabenerfüllungsverantwortung zurück und übt eine Aufgabe nicht mehr unmittelbar aus.[177] Hierbei handelt es sich aber nicht um einen »Totalrückzug des Staates«[178] aus einem Aufgabenbereich, sondern es verbleibt bei einer – wenn auch schwach ausgeprägten – Gewährleistungsverantwortung,[179] die sich aus der Gemeinwohlverpflichtung des Staates ergibt. Das heißt, dass der Staat auch weiterhin regulierend tätig werden kann und die Aktionen Privater überwacht.

Bei der funktionalen Privatisierung, die verantwortungstechnisch zwischen formeller und materieller Privatisierung liegt, verbleibt dem Staat die Verantwortung der Gewährleistung der grundlegenden Aufgabenerfüllung (Gewährleistungsverantwortung), d.h. der Staat muss sicherstellen, dass die Aufgabe dem Gemeinwohlziel entsprechend erfüllt wird[180], während einzelne »Teilbeträge von durchführendem Charakter« an den Privaten

173 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 76 ff., 79; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 34.

174 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 63.

175 *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 11.

176 Auch: *Ehlers*, DVBl. 1997, S. 137.

177 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 65; *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 26; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 30 f.; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 83; *Di Fabio*, JZ 1999, S. 585, 588; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 92 f.; *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 f.

178 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 86.

179 Instruktiv zur Gewährleistungsverantwortung: *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241 ff.; *Schmidt am Busch*, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205, 207 f.; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 17; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 ff.

180 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 32; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 285; *Schmidt am Busch*, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205, 206 f., 208; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 65 f.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 996, 997.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur Erfüllung anvertraut werden (Erfüllungsverantwortung)[181]. Dem Staat verbleibt dann i.d.R. nur die Kontrollverantwortung, während die Verantwortung, die Aufgabenerfüllung vorzubereiten, vorzunehmen und gegebenenfalls zu finanzieren, auf den Privaten übergeht.[182] In dem Fall handelt der Private als ein Erfüllungsgehilfe des Staates. Fälle der funktionalen Privatisierung sind die klassische Verwaltungshilfe, die Vergabe einer Konzession i.S.d. § 105 GWB und die ÖPP.[183] Typische Beispiele aus der Praxis sind das private Abschleppunternehmen, welches in Erfüllung polizeilicher Maßnahmen agiert, oder private Sicherheitsdienste.[184]

bb. Beschaffungscharakter einzelner Privatisierungsformen

Sofern die einzelnen Formen der Privatisierung als Beschaffung oder Eigenfertigung gelten, fallen sie unter den Begriff der Beschaffungsautonomie. Die Organisationsprivatisierung und materielle Privatisierung stellen keinen Fall der Beschaffung dar. Die Organisationsprivatisierung als Teil der formellen Privatisierung kann allenfalls als vorbereitende Tätigkeit zur folgenden Aufgabenerfüllung gewertet werden. Da mit dem Rechtsformwechsel nicht der Erwerb von Gütern oder Dienstleistungen unmittelbar einhergeht, ist diese Form der Privatisierung nicht als Beschaffung anzusehen. Lediglich im Fall der Beleihung, die als Fall der formellen Privatisierung angesehen wird[185], kann im Einzelfall von einem Beschaffungsvorgang die

181 *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29; *ders.*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 30; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 285; *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962, 963. Zur Erfüllungsverantwortung: *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 404; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 170, 171.

182 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 160; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 74 f.; vgl. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 285.

183 Vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29; *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 103 Rn. 77. Zur Konzession als Fall der funktionalen Privatisierung auch: *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 348. Zur ÖPP als Fall der funktionalen Privatisierung: *Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 54 Rn. 75; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 608. Zur Verwaltungshilfe als Fall der funktionalen Privatisierung: *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 31.

184 *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29; *ders.*, Gutachten 67. DJT, S. 31.

185 *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 24; *Peine*, DÖV 1997, S. 353, 362; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 39, 42. Wohl auch:

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rede sein.[186] Indem der Private in die staatliche Verwaltungsorganisation als Behörde im funktionalen Sinne (§ 1 Abs. 4 VwVfG) durch die Übertragung von hoheitlichen Rechten eingegliedert wird, verbleiben Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung der Aufgabenerfüllung beim Staat. Der Beleihungsakt an sich, also die Übertragung von Hoheitsrechten stellt selbst keinen Beschaffungsakt dar. Erst die zusätzliche Auferlegung von Verpflichtungen im Hinblick auf die Erbringung bestimmter Dienstleistungen, die an die Übertragung der Hoheitsrechte (als Gegenleistung) vertraglich gebunden werden können, stellen aufgrund des (außerhalb des Staates) nachfrageorientierten Austauschverhältnisses eine Beschaffung dar.[187] Ein Privater wird zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe mit vertraglichen Verpflichtungen belegt, um die hoheitlichen Befugnisse gegenüber anderen Privaten im Namen des Staates ausüben zu dürfen. In der Praxis fallen Beleihungsakt und vertragliche Verpflichtungen regelmäßig zusammen.[188]

Im Fall der materiellen Privatisierung liegt keine Beschaffung vor, da der Staat mit dem Rückzug aus der Aufgabenerfüllung weder eine Aufgabe erfüllt, mithin keinen bestehenden Bedarf deckt, noch eine Leistung erwirbt.[189] Indem die Aufgabe aufgegeben wird, entfällt stattdessen vollständig der Anlass für die Entstehung eines Bedarfs, der gedeckt werden müsste. Der materiellen Privatisierung wird unter anderem auch die Möglichkeit der Inpflichtnahme Privater zugeordnet.[190] Da diese aber aufgrund von gesetzlicher Regelung oder Verwaltungsakt erfolgt, soll sie im Rahmen der hoheitlichen Beschaffung angesprochen werden.[191]

Schmidt am Busch, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205, 208; a.A. *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 81 m.w.N.; *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 72 f.

186 *Braun/Buchmann*, NZBau 2007, S. 691, 691 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 45 f. Weiter: *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 31 und *Spilok*, Beleihungskonstellationen, S. 126 f., nach denen eine Beleihung immer eine Beschaffung darstellt.

187 *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 81 ff., 282; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 46.

188 *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 81 ff., 282; vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 46 f.

189 *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 347.

190 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 45; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 347.

191 S. Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., c.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Demgegenüber ist Grundlage einer funktionalen Privatisierung regelmäßig ein Akt der Beschaffung.[192] Die Beschaffung im Wege einer funktionalen Privatisierung unterscheidet sich insofern von der einfachen rechtsgeschäftlichen Beschaffung, als die zu beschaffenden Güter und Dienstleistungen nicht an den Staat, sondern durch den Privaten direkt an den Bürger erbracht werden.[193] Der Staat kann sich mit dem Mittel der Privatisierung den »Zwischenschritt« der eigenen Leistungserbringung gegenüber den Bürgern sparen. Der Staat kann eine Leistung bereitstellen, ohne sie selbst herstellen bzw. erstellen zu müssen.

Fälle der funktionalen Privatisierung sind die klassische Verwaltungshilfe, die vergaberechtliche Konzession und die ÖPP. Im Gegensatz zur klassischen Verwaltungshilfe, deren Vergabe sich in der Regel nach der VgV richtet, eröffnet das Vorliegen einer Konzession den Anwendungsbereich der KonzRL und der nationalen KonzVgV. Die Konzession i.S.d. § 105 GWB stellt einen Vertrag zwischen einer staatlichen Stelle und einem Privaten dar, auf Grundlage dessen der Private gegenüber dem Staat verpflichtet ist, eine Leistung direkt gegenüber dem Bürger zu erbringen. Der Private ist berechtigt, den Erlös aus der Leistungserbringung zu verwerten, er trägt allerdings auch das wirtschaftliche Risiko hinsichtlich möglicher Verluste.[194] Während der klassische Verwaltungshelfer also nur eine Entgeltzahlung für die geleisteten Dienste erhält, steht dem Konzessionsinhaber zusätzlich das Recht zur selbstständigen Nutzung oder Verwertung der Leistung zu.[195]

Die ÖPP zeichnet sich durch die Zusammenarbeit zwischen Privaten und der öffentlichen Hand bei einer vertraglich geregelten Risikoverteilung zur Planung und Realisierung umfangreicher Projekte aus. Zweck der Partnerschaft ist, Ressourcen wie Spezialkenntnisse, Betriebsmittel und Kapital in eine Organisationseinheit zusammenzuführen und auf diese Weise

192 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 39 ff.; vgl. auch *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 90 f.; *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29 f.

193 *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 65 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 39; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149. Vgl. auch *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962, 974.

194 *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 63 ff.; *Burgi*, Vergaberecht, § 24 Rn. 2, 24. Vgl. auch den 18. Erwägungsgrund der KonzRL. EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 40 (Parking Brixen); 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 24 (Coditel Brabant); 15.10.2009 – C-196/08 – ECLI:EU:C:2009:628 Rn. 39 (Acoset); *Opitz*, NVwZ 2014, S. 753, 754; *Braun*, NZBau 2019, S. 622, 623; *Rennert*, NZBau 2019, S. 411.

195 *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

öffentliche Aufgaben erfüllen zu können.[196] Je nach Ausgestaltung der Rahmenbedingungen der vertraglichen Zusammenarbeit kann eine ÖPP unter den Anwendungsbereich der KonzRL und damit der nationalen KonzVgV fallen oder als öffentlicher Auftrag i.S.v. § 103 GWB zu verstehen sein.[197] Mithin stellt dieser besondere Fall der Zusammenarbeit ebenfalls einen Fall der staatlichen Beschaffung dar, da bestimmte Eigenschaften und Fähigkeiten am Markt nachgefragt werden, und betrifft daher den Teilaspekt der Beschaffungsautonomie.

c. Hoheitliche Maßnahmen

Ein weiteres Mittel zum Erwerb von Gütern und Dienstleistungen ist die hoheitlich-imperative Maßnahme. Mittels hoheitlich-imperativer Maßnahme muss der Bürger i.d.R. gegen seinen Willen einen Beitrag zur Aufgabenerfüllung gegenüber dem Staat erbringen. In Betracht kommen zwei Instrumente: die Inpflichtnahme Privater und das Instrument der Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG. Eine Enteignung ist nach mittlerweile herrschender Definition des BVerfG eine hoheitliche Maßnahme, die »auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter, subjektiver durch Art. 14 Abs. 1 [GG] gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet ist«[198]. Die hoheitlich beschafften Güter, mithin der Entzug dieser Güter muss konkret dazu dienen, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen.[199] Merkmale der Enteignung sind dementsprechend die Änderung der Eigentumsordnung und ein Vorgang der finalen Güterbeschaffung.[200] Damit qualifiziert sich die Enteignung als eine Form der Beschaffung.[201] Die Enteignung kann auf zwei Wegen erfolgen: durch eine Legalenteignung

196 Vgl. *el-Barudi*, Die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf Öffentlich-Private Partnerschaften, S. 16 ff.; *Budäus/Grüning*, in: Budäus/Eichhorn, Public Private Partnership, S. 25, 48 ff.; Europäische Kommission, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, 30.4.2004, KOM(2004) 327 endg., S. 3 Nr. 2.

197 Vgl. auch *Rennert*, NZBau 2019, S. 411; *Hertwig*, NZBau 2007, S. 543, 546.

198 BVerfGE 104, 1, (9).

199 BVerfGE 104, 1 (10).

200 *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 761.

201 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 52 f.; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 23. Differenzierend *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 226 ff.; *Pietzcker*, AöR 107 (1992), S. 61 und *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 318, 320, die die hoheitlich-imperative Bedarfsdeckung neben der rechtsgeschäftlichen Beschaffung und

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als die Entziehung einer Eigentumsposition durch das Gesetz oder durch eine Administrativenteignung als einen konkret-individuellen Verwaltungsakt aufgrund eines Gesetzes. Die beiden Möglichkeiten der Enteignung schließen sich gegenseitig aus,[202] wobei die Legalenteignung mangels individueller Rechtsschutzmöglichkeiten gerade einer besonderen Rechtfertigung bedarf und nur in Ausnahmefällen zulässig ist.[203]

Ein weiteres Mittel der hoheitlichen Inanspruchnahme von privater Handlungskraft ist die Inpflichtnahme Privater. Nach der Definition von *H. P. Ipsen* stellt die Inpflicht- oder Indienstnahme Privater die Inanspruchnahme von sachlichen und persönlichen Kräften Privater kraft Gesetzes zur Erledigung öffentlicher Aufgaben dar.[204] Dabei ist anzumerken, dass die Indienstnahme nicht auf das Mittel einer abstrakt-generellen Regelung beschränkt ist, sondern auch aufgrund eines Gesetzes durch Einzelakt, mithin einen Verwaltungsakt, erfolgen kann.[205] Praktische Anwendungsfälle sind bspw. Wegesäuberungspflichten, Überwachungspflichten bei Bauvorhaben oder Nachweispflichten. Derartige Pflichten werden Privaten einseitig-hoheitlich aufgelegt. Da weder ein Erwerb noch die Erstellung einer Leistung stattfindet, handelt es sich nicht um einen Fall der Beschaffung. Vielmehr betrifft die Indienstnahme Privater einen Fall der materiellen Privatisierung.[206] Dies ergibt sich daraus, dass keine Übertragung von Staatsaufgaben erfolgt,[207] sondern die spezifische Aufgabe aus dem Bestand der staatlichen Aufgaben entlassen wird, den nun der Private eigenverantwortlich erfüllen muss.[208] Damit ist die Inpflichtnahme Privater kein Mittel zur

---

der Eigenfertigung als eigene Kategorie der Bedarfsdeckung, aber nicht als Unterfall der Beschaffung begreifen.

202 BVerfGE 58, 300 (331).

203 BVerfGE 24, 367 (402 f.); 45, 297 (324 ff.); *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 775; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 85; *Dederer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 14 Rn. 538 m.w.N. Vgl. BVerfGE 58, 300 (331); *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 250 f.

204 *H. P. Ipsen*, in: Festgabe Kaufmann, S. 141.

205 *Jani*, Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflicht, S. 94, 96 ff.; *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 180; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 96. Zur Ablehnung der Figur in der Privatisierungsdebatte: *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 82 f.

206 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 45; *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 347. A.A. *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 180.

207 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 45.

208 *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 97; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 45, 46 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bedarfsdeckung und fällt damit auch nicht in den Spielraum der Beschaffungsautonomie.

II. Verwaltungsinterne Eigenfertigung als Mittel zur staatlichen Bedarfsdeckung

Auf die Entstehung des Bedarfs folgt die Frage, ob eine Leistung von außen beschafft oder mit eigenen Mitteln hergestellt werden soll. Die Betriebswirtschaft spricht bei dieser Entscheidung von der *Make-or-buy*-Entscheidung, die die Entscheidung eines Unternehmens zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug einer Leistung bezeichnet.[209] Dieser Entscheidungsspielraum, der auch der öffentlichen Hand zukommt, ist eine Facette der Beschaffungsautonomie. Um also den staatlichen Entscheidungsspielraum zwischen Beschaffung und Eigenfertigung beleuchten zu können, werden zunächst die Merkmale (1.) und Formen (2.) der staatlichen Eigenfertigung umrissen.

1. Merkmale der Eigenfertigung

Sofern die Eigenfertigung auf das wissenschaftliche Interesse stößt, wird sie meist knapp als Mittel zur Bedarfsdeckung anerkannt und als verfassungsrechtlich unproblematisch eingestuft.[210] Eine Definition der Eigenfertigung findet sich in Rechtsvorschriften nicht. Die Eigenfertigung stellte vor der Herausbildung moderner Volkswirtschaften, die sich durch Arbeitsteilung kennzeichnen, zu mittelalterlichen Zeiten die primäre Form der Bedarfsdeckung dar.[211] Auch in Zentralverwaltungswirtschaften erfolgt der größte

209 *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 187 f.; *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 189. Vgl. auch *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 16; *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 11 ff., 23; *Irle*, Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, S. 8; *Hoffjan*, Die Verwaltung 27 (1995), S. 389, 389; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 175; *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 255.

210 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 22 f., 131 ff.; *H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 196 f.

211 *Wallerath*, Die Verwaltung 20 (1987), S. 137, 138 ff. Vgl. auch *Müller*, Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, S. 25 m.w.N.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Teil der Bedarfsdeckung durch die eigene Leistungserstellung.[212] Da die Eigenfertigung aber niemals eine Beschaffung darstellt, ist zumindest eine negative Abgrenzung möglich. Im Gegensatz zur Beschaffung erfolgt durch die Eigenfertigung gerade keine Nachfrage am Markt. Während sich die staatliche Beschaffung durch eine Nachfragetätigkeit[213] der entsprechenden Stelle am Markt auszeichnet, handelt es sich bei der Eigenfertigung und -produktion der Verwaltung um ein »In-sich-Geschäft«[214]; ein gegenüberliegender, vom Staat unabhängiger Vertragspartner fehlt.[215] Die Stelle tritt in diesem Fall nicht an den Markt[216] und erfüllt die ihr obliegende Aufgabe mit den eigenen vorhandenen technischen oder administrativen Mitteln. So heißt es bspw. in Art. 2 Abs. 1 UAbs. 2 KonzRL[217] und ähnlich in der vergleichbaren Vorschrift des Art. 1 Abs. 4 S. 2 VRL[218], dass Körperschaften wählen können, »ob sie ihre Aufgaben von öffentlichem Interesse mit eigenen Mitteln oder mit anderen Körperschaften erfüllen oder ob sie Wirtschaftsteilnehmer betrauen«. Auch der fünfte Erwägungsgrund der VRL und der siebte Erwägungsgrund der SektRL[219] eröffnen die Wahl zwischen der Vergabe »nach außen« oder die Leistungserbringung durch sich

212 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 137; *Wallerath*, Die Verwaltung 20 (1987), S. 137, 139.

213 S. Teil 1, Kap. 1, C., I., 1.

214 *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 362 f.

215 EuGH, 18.11.1999 – C-107/98 – ECLI:EU:C:1999:562 Rn. 49 f. (Teckal); vgl. EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 48 (Stadt Halle); 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 61 (Parking Brixen); 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 48 f. (Coditel Brabant); 9.6.2009 – C-480/06 – ECLI:EU:C:2009:357 Rn. 45 (Stadtreinigung Hamburg). Zuletzt EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 45–47 (Irgita); Schlussanträge GA Hogan, 7.5.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:369 Rn. 39 (Irgita). Zum Erfordernis eines anderen Vertragspartners in etwa auch: *Schröder*, NVwZ 2005, S. 25, 26; *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 209; *von Engelhardt/Kaelble,* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 108 Rn. 16; *Wiedemann,* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 2 f.

216 Vgl. auch *von Engelhardt/Kaeble,* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 108 Rn. 12.

217 Konzessionsrichtlinie, Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die Konzessionsvergabe, EUAbl. 2014 L 94/1.

218 Vergaberichtlinie, Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen und des Rates v. 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/18/EG, EUAbl. 2014 L 94/95.

219 Sektorenrichtlinie, Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 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, EUAbl. 2014 L 94/243.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

selbst.[220] Dass die Europäische Union in diesem Fall keine Regelung getroffen hat, ist auf die mangelnde unionsrechtliche Kompetenz im Bereich der Verwaltungsorganisation zurückzuführen.[221] Ferner kodifizieren diese Vorschriften die zu *Inhouse*-Vergaben ergangene Rechtsprechung des EuGH. So seien die unionsrechtlichen Vorschriften nicht anzuwenden, wenn eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllt, ohne sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören.[222] Daraus lässt sich ableiten, dass die Eigenfertigung die Bedarfsdeckung mit den eigenen, vorhandenen Mitteln bzw. durch eigene Stellen ist.[223] Da die Eigenfertigung der Bedarfsdeckung dient, knüpft sie folglich an das den Bedarf auslösende Ziel – die erfolgreiche Aufgabenerfüllung – an. Die Eigenfertigung lässt sich daher begreifen als die im Einzelfall getroffene Entscheidung über die Aufgabenerfüllung mit eigenen Mitteln.

Dabei verbleibt die Aufgabe vollständig in der Erfüllungsverantwortung des Staates.[224] Gegenüber der formellen Privatisierung ist die Eigenfertigung aber nicht nur lediglich eine organisatorische Umstrukturierung, sondern sie hat die Erstellung einer die den Bedarf deckenden Leistung zum Ziel. In der Praxis existieren mittlerweile unterschiedliche Modelle der Leistungserstellung im Staat, die vom klassischen Eigen- und Regiebe-

220 Entsprechend formulieren der fünfte Erwägungsgrund der VRL und der siebte Erwägungsgrund der SektRL: »Es sei darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten.«

221 Vgl. *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 302 f.; *Gyulai-Schmidt*, ZfBR 2017, S. 755, 758. Vgl. auch Art. 2 KonzRL, der explizit mit dem »Grundsatz der Verwaltungsautonomie« überschrieben ist. Zum Grundsatz der Verwaltungsautonomie als Grundlage der Beschaffungsautonomie: Teil 1, Kap. 2, D., III., 1.

222 Zuerst EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 48 (Stadt Halle). Seitdem st. Rspr.: EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 61 (Parking Brixen), 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 48 f. (Coditel Brabant); 9.6.2009 – C-480/06 – ECLI:EU:C:2009:357 Rn. 45 (Stadtreinigung Hamburg); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 57 (Sea); 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 43–45 (Irgita).

223 So auch: *Wallerath*, Die Verwaltung 20 (1987), S. 137, 139; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 342; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 56; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 183; *Wittek*, Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht, S. 44.

224 Zur Erfüllungsverantwortung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b., aa. Vgl. *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 405.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trieb über vollständig gehaltene Kapitalgesellschaften bis zu Kooperationen zwischen staatlichen Einrichtungen, wie bspw. im Bereich der Abfallbeseitigung, reichen.[225] Vor dieser praktischen Bandbreite stellt sich die Frage, was als Deckung des Bedarfs mit eigenen Mitteln aufzufassen ist.

2. Formen der Eigenfertigung

Die Leistungserbringung durch »eigene Stellen« bzw. »eigene Mittel« kann sich in unterschiedlichen Konstellationen realisieren. So können als staatliche Eigenfertigung die Beauftragung unselbstständiger Stellen (a.) und die Zusammenarbeit mit anderen organisatorisch selbstständigen Verwaltungsträgern gewertet werden (b.), wobei letzteres umstritten ist.

a. Klassische Eigenfertigung durch rechtlich unselbstständige Einheiten

Ein Mittel der Eigenfertigung ist die Aufgabenerfüllung durch unselbstständige Organisationseinheiten. Darunter fällt die Leistungserbringung durch eigene Regie- oder Eigenbetriebe als klassische Mittel der Eigenfertigung. Sowohl beim Regie- als auch beim kommunalen Eigenbetrieb handelt es sich um wirtschaftliche Einheiten ohne Rechtspersönlichkeit, die in die Verwaltungshierarchie eingegliedert sind.[226] Regie- und Eigenbetriebe betätigen sich in der Regel wirtschaftlich, d.h. sie können Leistungen herstellen sowie am Markt anbieten und verteilen.[227] Während der Regiebetrieb vollständig in die Kommune eingegliedert ist – also auch der vollständigen Kontrolle der kommunalen Verwaltung unterliegt und als Dienststelle gilt –, genießt der Eigenbetrieb organisatorisch und finanzwirtschaftlich ein höheres Maß an Eigenständigkeit, da der Eigenbetrieb der Gemeinde nur als Sondervermögen zugeordnet ist.[228] In beiden Fällen liegt im Fall einer Anweisung allerdings mangels eigener Rechtspersönlichkeit kein

225 Zum Beispiel der Kooperation zwischen staatlichen Einrichtungen, die die kostenfreie Überlassung von Software zum Gegenstand hat: EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 (ISE/Stadt Köln).

226 Zum Eigenbetrieb: *Cronauge,* in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. IV Rn. 177 ff. Zum Regiebetrieb: *Müller,* in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 86 Rn. 36 f.

227 *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. III Rn. 147.

228 *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. III Rn. 147, Kap. IV Rn. 179, 198.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegenüberliegender, weiterer »Vertragspartner« vor, der ein anderer Wirtschaftsteilnehmer sein könnte.[229] Wendet sich die entsprechende öffentliche Körperschaft an ihren Eigen- oder Regiebetrieb mit der Vorgabe, eine bestimmte Leistung herzustellen, um den Bedarf zu decken, handelt sich um einen offensichtlichen Fall des »In-sich-Geschäfts«. Die Leistungserstellung erfolgt mit »eigenen Mitteln« und damit handelt es sich um einen klassischen Fall der Eigenfertigung.

b. Kooperation mit rechtlich selbstständigen Einheiten des Staates

Darüber hinaus werden auch Leistungen zwischen organisatorisch getrennten staatlichen Stellen oder zwischen staatlichen Stellen und juristischen Personen des Privatrechts, die funktional dem Staat zuzurechnen sind, erbracht.[230] Dies geschieht in Formen vertikaler und horizontaler Kooperationen. Bei derartigen Kooperationsverhältnissen erweist sich die Grenzziehung zwischen verwaltungsorganisatorischer und -interner Aufgabenzuweisung und der Nachfragetätigkeit des Staates als schwierig.[231] Es stellt sich dementsprechend die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Inanspruchnahme einer anderen selbstständigen staatlichen Stelle oder einer juristischen Person des Privatrechts als Eigenfertigung gilt. Aufgrund der eigenen Rechtspersönlichkeit der konkurrierenden Stelle liegt nämlich ein anderer, gegenüberliegender Vertragspartner vor, mit dem ein Vertragsverhältnis eingegangen wird. Formal betrachtet ist es daher nur schwer vertretbar, organisatorisch abgegrenzte Stellen als Teil »eigener« Mittel zu bezeichnen. Diese Schwierigkeit spiegelt sich sowohl in der Literatur wider, in der die Zuordnung zur Eigenfertigung nicht einheitlich erfolgt,[232] als auch in der Rechtsprechung des EuGH.

---

229 VK Nordbayern, 27.5.2004 – 320.VK – 3194 – 14/04; *Masing*, ZfBR 2002, S. 450, 452; *Wiedemann,* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 2; Schlussanträge GA Hogan, 7.5.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:369 Rn. 39 (Irgita); *Eisentraut*, EuZW 2022, S. 981; Vgl. auch EuGH, 18.11.1999 – C-107/98 – ECLI:EU:C:1999:562 Rn. 49 f. (Teckal).

230 Vgl. auch *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), S. 119, 126.

231 Vgl. auch *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 211; *Wiedemann*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 3.

232 Für das Vorliegen der Eigenleistung, wenn die Voraussetzungen von § 108 GWB erfüllt sind: *von Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 108 Rn. 12. Für das Vorliegen einer Eigenleistung, wenn ein Fall der vertikalen *Inhouse*-Vergabe vorliegt: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 57;

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So hatte sich der EuGH mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Überlassung einer Software durch eine Kommune an eine andere Kommune in Verbindung mit der Vereinbarung, Ergänzungen der Software gegenseitig kostenfrei auszutauschen, einen öffentlichen Auftrag darstellte.[233] In Betracht kam hier der Ausnahmetatbestand des Art. 12 Abs. 4 VRL, der horizontale Kooperationen vom Anwendungsbereich ausnimmt. Nach Art. 12 Abs. 4 VRL sind solche Verträge nicht vergaberechtspflichtig, die eine Zusammenarbeit begründen, die ausschließlich von öffentlichen Interessen getragen ist, und die weniger als 20 Prozent der gemeinsamen Tätigkeiten auf dem offenen Markt erbringt. Der EuGH stellte fest, dass die Ausnahme des Art. 12 Abs. 4 VRL nicht bewirke, dass ein Vorgang der horizontalen Zusammenarbeit nicht als öffentlicher Auftrag angesehen wird, sondern nur, dass dieser vom Anwendungsbereich des Unionsrechts ausgenommen sei.[234] Dies begründet der EuGH mit den Vorarbeiten zur VRL, in denen Art. 12 VRL noch mit »Beziehungen zwischen öffentlichen Stellen« überschrieben war und nach dem »[… eine] zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene Vereinbarung […] nicht als öffentlicher Auftrag im Sinne […] dieser Richtlinie anzusehen [ist], wenn sämtliche der nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind«[235]. Weil diese Vorarbeiten nicht in die endgültige Fassung der VRL übernommen wurden, liege auch der horizontalen Zusammenarbeit ein öffentlicher Auftrag zugrunde.[236] Ausgehend von der Prämisse, dass jedem öffentlichen Auftrag ein Beschaffungszweck immanent ist[237], würde das bedeuten, dass auch den Ausnahmen des Art. 12 VRL sowie Art. 28 SektRL und der natio-

Trennt, Die Vergabe internationaler Sportveranstaltungen, S. 74. A.A. *Egger*, der *Inhouse*-Geschäfte i.S.d. heutigen § 108 GWB als vergaberechtsfreie Beschaffungsvorgänge bezeichnet. Siehe: *Egger*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 8 Rn. 1; vgl. auch *Dietlein/Fandrey,* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 158.

233 EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 (ISE/Stadt Köln).

234 EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 Rn. 33 (ISE/Stadt Köln).

235 Vorschlag der Europäischen Kommission v. 20.12.2011 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM (2011), 896 endg., S. 50, 51 f.

236 EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 Rn. 33 (ISE/Stadt Köln).

237 Zum Erfordernis des Beschaffungszwecks: *Schröder*, NVwZ 2005, S. 25, 26; *von Engelhardt/Kaelble*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 103 Rn. 47; *Wegener/Pünder*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 32; *Burgi*, Vergaberecht, § 10 Rn. 3; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 140 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nalen Umsetzung in § 108 GWB ein Beschaffungsakt zugrunde läge, der dann allerdings vergaberechtsfrei wäre.[238]

Dieser Schluss kann aus den folgenden Gründen nicht überzeugen. Sowohl vertikale als auch horizontale Kooperationen stellen unter bestimmten Voraussetzungen einen Fall der Eigenfertigung und nicht der Beschaffung dar. Zwischen vertikaler (aa.) und horizontaler (bb.) Kooperation muss aber getrennt werden, da die Begründung der Eigenfertigung unterschiedlich erfolgt.

aa. Vertikale Kooperation (*Inhouse*-Geschäft)

Eine Möglichkeit der Zusammenarbeit zwischen staatlichen Stellen ist die vertikale Kooperation. Bei der vertikalen Kooperation wird eine nachgelagerte, selbstständige Stelle (i.d.R. eine juristische Person des Privatrechts) mit der Leistungserstellung beauftragt. In der nationalen Praxis erfolgen derartige Kooperationsmodelle häufig zwischen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft und einer juristischen Person des Privatrechts, an der besagte öffentlich-rechtliche Körperschaft beteiligt ist. Hierbei spricht man auch von Eigengesellschaften.[239] Bei Eigengesellschaften handelt es sich um verselbstständigte organisatorische Einheiten, die häufig aus einem formellen Privatisierungsakt hervorgegangen sind. Das können Personengesellschaften, aber auch Kapitalgesellschaften sein.[240] Dabei lassen sich drei Konstellationen unterscheiden: eine staatliche Einrichtung hält sämtliche Anteile an der juristischen Person, mehrere staatliche Einrichtungen halten ausschließlich Anteile an der juristischen Person oder neben einer oder mehreren staatlichen Einrichtungen sind auch Private an der juristischen Person beteiligt (gemeinwirtschaftliche Unternehmen[241]). In den Fällen der Anweisung einer Kapitalgesellschaft – insbesondere, wenn eine private Anteilsbeteiligung besteht – kann eine Erbringung durch »eigene Mittel« zumindest unter formalen Gesichtspunkten nicht ohne Weiteres angenommen werden, da der grundrechtsberechtigte Private dem Staat nicht zugeordnet ist und dementsprechend nicht als »eigenes Mittel« gelten kann.

238 Vgl. auch *Egger*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 8 Rn. 1.
239 *Groh*, in: Weber, Rechtswörterbuch, Stichwort: Eigengesellschaft.
240 Vgl. zu den unterschiedlichen Formen öffentlicher Unternehmen: *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. III Rn. 145.
241 Vgl. *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. III Rn. 145.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Über das Vorliegen einer Eigenfertigung entscheiden funktionale Maßstäbe. Wenn die anweisende Stelle einen beherrschenden Einfluss auf das nachgelagerte Unternehmen ausübt, handelt es sich bei der Aufforderung zur Leistungserstellung um eine Eigenfertigung und nicht eine um Beschaffung. Dafür muss die anweisende Stelle über die beauftragte Stelle eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben[242], die beauftragte Stelle muss im Wesentlichen für die anordnende Stelle tätig sein[243] und eine direkte private Kapitalbeteiligung muss ausgeschlossen sein[244].[245] Daneben ist auch eine Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber als Anteilseigner möglich.[246] Kontrolle ist nach der Vermutungsregel in § 108 Abs. 2, 5 GWB als »ausschlaggebende Einflussnahme«[247] zu verstehen. Sofern diese Kriterien erfüllt sind, handelt es sich in funktionaler Betrachtung um eine Eigenfertigung im Sinne der Beschaffungsautonomie. Sind die Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 bis 4, 5 GWB erfüllt, erfolgt nämlich keine Nachfrage am Markt. Funktional betrachtet verbleibt die vollständige Erfüllung der Aufgabe im Staat[248] und aufgrund der Beherrschung über die nachgelagerte Stelle auch »im eigenen Hause«. Der Austausch zwischen anweisender und nachgelagerter Stelle ist auf Grund der beherrschenden Kontrolle vergleichbar mit einem »In-sich-Geschäft«, denn die nachgelagerte Stelle fungiert schlicht als ein verlängerter Arm der anweisenden staatlichen Stelle. Das Kriterium der Kontrolle kommt einer verwaltungsorganisatorischen

242 »Kontrollkriterium«: § 108 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB.

243 »Tätigkeitskriterium«: § 108 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 Nr. 2 GWB.

244 »Beteiligungskriterium«: § 108 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Nr. 3 GWB.

245 Zu den ersten beiden Kriterien: EuGH, 18.11.1999 – C-107/98 – ECLI:EU:C:1999:562 Rn. 50 (Teckal). Im Übrigen: *König,* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 6 Rn. 11; *Ziekow,* in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 10 ff.; *Ganske*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 6.

246 Ausdrücklich EuGH, 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 47 ff. (Coditel Brabant). Bereits angedeutet in EuGH, 18.11.1999 – C-107/98 – ECLI:EU:C:1999:562 (Teckal). In dem der Vorabentscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt übten mehrere Gebietskörperschaften die Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen aus. Bei einer Vielzahl von Anteilseignern bzw. Mitgliedern kann allerdings nicht jeder eine beherrschende Kontrolle (Mehrheitskontrolle) wie über seine Dienststellen ausüben, so dass es gerade einer Gesamtbetrachtung bedarf. Dieser Fall ist nunmehr geregelt in § 108 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 GWB. Instruktiv zum Vorliegen eines *Inhouse*-Geschäfts bei Gemeinschaftsunternehmen auch: *Krohn*, NZBau 2009, S. 222, 223 f.

247 In Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 VRL; *Ganske,* in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 44.

248 Vgl. auch *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), S. 119, 125; *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 209; *Ganske,* in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Steuerung und Organisationsentscheidung gleich, obgleich kein vollständiges Kontrollniveau erreicht sein muss.[249] Aufgrund der uneingeschränkten Weisungsbefugnis der anweisenden Stelle ist eine derartige Beauftragung im Rahmen der Ausnahme des § 108 GWB als Aufgabenerfüllung durch eigene Stellen zu betrachten.[250] Infolgedessen lässt sich die sogenannte *Inhouse*-Vergabe im Sinne des § 108 Abs. 1 bis 4, 5 GWB als Leistung mit eigenen Mittel bezeichnen.[251]

bb. Horizontale Kooperation (*Instate*-Geschäft)

Ob und inwiefern der Leistungsaustausch zwischen zwei selbstständigen Verwaltungsträgern einen Fall der Eigenfertigung darstellt, ist schwieriger zu beurteilen. Zunächst ist nicht jede Zusammenarbeit zwischen staatlichen Einrichtungen als Eigenfertigung zu werten.[252] Die formale Betrachtung, ein Austausch zwischen zwei Verwaltungsträgern ist nie eine Beschaffung und immer eine verwaltungsorganisatorische Maßnahme, trägt angesichts der in der Realität existierenden vielfältigen Austauschverhältnisse zwischen Verwaltungsträgern nicht. So liegt in der Beauftragung einer staatlichen Universität zur Erstellung eines Gutachtens die staatliche Nachfrage nach einer Leistung, unabhängig davon, dass es der Universität an einer Gewinnerzielungsabsicht, Unternehmensstruktur sowie einer ständigen Aktion am Markt mangelt.[253] Ebenso ist eine wirtschaftliche Betätigung staatlicher Einrichtungen in Konkurrenz zu privaten Anbietern durchaus möglich, wie es bspw. im Bereich des ÖPNV üblich ist. Auch Art. 2 Abs. 1

249 *Faber*, DVBl. 2001, S. 248, 254; BayOLG, 22.1.2002 – Verg 18/01, NZBau 2002, S. 397, 399; *Konstas*, Das vergaberechtliche Inhouse-Geschäft, S 37; *Ziekow,* in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 11.

250 Vgl. auch *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 141 f.

251 Im Ergebnis auch: *Trennt*, Die Vergabe internationaler Sportveranstaltungen, S. 74, nach dem das Inhouse-Geschäft als ein Fall der Eigenfertigung gilt, da keine Nachfrage am Markt erfolge und sich in wertender Betrachtung der Staat eigener Mittel bediene. Vgl. auch Schlussanträge des GA Hogan, 7.5.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:369 Rn. 44 (Irgita).

252 *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 211. Vgl. auch: *Hertwig*, NZBau 2011, S. 9, 12; *Ziekow*, NZBau 2015, S. 258, 259.

253 EuGH, 19.12.2012 – C-159/11 – ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 26 (Lecce). Vgl. auch EuGH, 13.1.2005 – C-84/03 – ECLI:EU:C:2005:14 Rn. 33–41 (Kommission/Spanien); 13.6.2013 – C-386/11 – ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 29 (Piepenbrock); *Ziekow*, NZBau 2015, S. 258, 259.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nr. 10 VRL klassifiziert öffentliche Einrichtungen i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 VRL als Wirtschaftsteilnehmer, von denen eine Leistung im Wege der Beschaffung erworben werden kann.[254] Insofern hält das Unionsrecht Beschaffungen zwischen staatlichen Einrichtungen für möglich.[255] Folglich schließt der Umstand, dass zwei staatliche Einrichtungen an der Leistungserstellung beteiligt sind, eine Beschaffung nicht aus.[256]

Der schlichte Austausch von Leistungen zwischen selbstständigen Verwaltungsträgern genügt zur Begründung der Eigenfertigung nicht. Es bedarf der Kooperation. Horizontale Kooperationen sind vertragliche Kooperationen zwischen gleichgeordneten öffentlich-rechtlichen Körperschaften[257] und werden auch als *Instate*-Geschäfte[258] bezeichnet. Derartige Kooperationen dienen unter anderem dem Austausch von Erfahrungen zwischen staatlichen Stellen und sollen Synergieeffekte nutzbar machen.[259] Horizontale Kooperationen erfolgen in der Praxis vor allem in Form von öffentlichen Arbeitsgemeinschaften und Zweckverbänden als öffentlich-rechtliche Organisationsformen, die auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen gegründet werden, sowie durch die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens und durch schlichte öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen Verwaltungsträgern.[260] Während die Arbeitsgemeinschaft nur einen losen Zusammenschluss auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrags darstellt und keine Rechtspersönlichkeit entfal-

254 Ebenso Art. 5 Nr. 2 KonzRL. Demgegenüber verzichtet Art. 2 Nr. 6 SektRL auf die Zuordnung der Wirtschaftsteilnehmer zum privaten oder öffentlichen Bereich.

255 Vgl. auch *Hertwig*, NZBau 2011, S. 9, 12; *Ziekow*, NZBau 2015, S. 258, 259.

256 Vgl. auch EuGH, 4.6.2020 – C-429/19 – ECLI:EU:C:2020:436 Rn. 31 (Remondis II); *Raabe*, VergabeR 2012, S. 697, 698.

257 Horizontale Kooperationen werden auch als »staatsinterne Beschaffungsvorgänge« bezeichnet, was ein irreführender Begriff ist, da es sich bei der horizontalen vertraglichen Kooperation nicht zwingend um einen Beschaffungsvorgang handelt. Vgl. *Dietlein/Fandrey,* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, Einl. Rn. 158.

258 *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), S. 119, 126.

259 *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. VIII Rn. 335; vgl. auch in Bezug auf kommunale Kooperationen: Rechnungshof Rheinland-Pfalz, Kommunalbericht 2019, S. 70; *Porth/Kruse/Engewald/Ziekow*, Interkommunale Zusammenarbeit als Reformansatz (2019), S. 13.

260 Vgl. zu Arbeitsgemeinschaften und Zweckverbänden: *Burgi*, NZBau 2005, S. 208; *Jennert*, NZBau 2010, S. 150; *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), S. 119, 122. Zum Zweckverband: *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. XI Rn. 356; *Schröder*, NVwZ 2005, S. 25, 25 f.. Zur Arbeitsgemeinschaft: *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. VIII Rn. 338.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tet,[261] ist beim Zweckverband Gegenteiliges der Fall. Der Zweckverband ist selbst eine Körperschaft des öffentlichen Rechts und hat eigene Rechtspersönlichkeit.[262] Daneben können öffentlich-rechtliche Vereinbarungen geschlossen werden, die die Aufgabenerfüllung einer Partei für eine andere Partei auf ihrem Gebiet vorsehen.[263] Der Unterschied zur Arbeitsgemeinschaft liegt darin, dass bei einer Arbeitsgemeinschaft gerade keine Befugnisse begründet werden, auf dem Gebiet der Kooperationspartner zu agieren.

Schwieriger ist die Begründung, ob und unter welchen Voraussetzungen eine horizontale Kooperation eine Eigenfertigung respektive die Aufgabenerfüllung mit »eigenen Mitteln« darstellt. Es handelt sich bei horizontalen Kooperationen um Leistungsbeziehungen[264] zwischen zwei selbstständigen, in der Regel gleichrangigen Verwaltungsträgern. Eine Beherrschung oder Weisungsbefugnis wie im Fall vertikaler Kooperationen liegt nicht vor, so dass die Vereinnahmung von Mitteln als »eigene« Mittel durch Eigentums-, Weisungs- oder Stimmrechte ausgeschlossen ist. Als Ansatz, um von der Inanspruchnahme »eigener Mittel« bzw. eigener Stellen zu sprechen, bietet sich eine funktionale Betrachtung der innerstaatlichen Kooperation an, die auf die gemeinsame Erfüllung von Aufgaben gerichtet ist. Ist die Kooperation auf dasselbe Ziel gerichtet, das alle Kooperationspartner mit derselben Motivation verfolgen, findet nicht nur ein gegenüberliegender Austausch statt, sondern eine Aufgabenerfüllung neben- und miteinander. Insbesondere zwischen Kommunen ist diese Art der Zusammenarbeit weit verbreitet. Ihre Zusammenarbeit zeichnet sich dadurch aus, dass sie auf dasselbe Ziel – die Erfüllung einer konkreten Aufgabe – gerichtet ist.[265] Das lässt

261 *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. VIII Rn. 338.

262 *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. VIII Rn. 344; *Schröder*, NVwZ 2005, S. 25.

263 *Cronauge*, in: ders., Kommunale Unternehmen, Kap. VIII Rn. 341.

264 Gegenüber der schlichten Aufgaben- oder Kompetenzübertragung grenzt sich eine horizontale Kooperation über das Merkmal der Leistungsbeziehung ab. Zur Übertragung von Aufgaben und Kompetenzen als kein Fall der Eigenfertigung: Teil 1, Kap. 1, C., 3., b.

265 *Silva/Teles/Ferreira*, International Review of Administrative Sciences 48 (2018), S. 619, 620; *Porth/Kruse/Engewald/Ziekow*, Interkommunale Zusammenarbeit als Reformansatz (2019), S. 13, 16. Ähnlich definiert das BVerfG die Kooperationshoheit der Kommunen als »die Befugnis, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Aufgabe eigenständig oder gemeinsam mit anderen Verwaltungsträgern wahrgenommen wird und ob zu diesem Zweck gemeinsame Institutionen gegründet werden«. Dazu: BVerfGE 119, 331 (362). In Bezug auf die gemeinsame Aufgabenerfüllung auch: *Schröder*, NVwZ 2005, S. 25, 28.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich auf andere Kooperationen im innerstaatlichen Bereich übertragen. Ein Verhältnis, welches auf eine verstärkte Kooperation angelegt ist, schafft eine Abhängigkeit und führt zu einer »intensive[n], marktatypische[n] vertragliche[n] Zusammenarbeit, die über einen formalen Leistungsaustausch hinausgeht«[266]. Mit der engen vertraglichen Zusammenarbeit, die eine Abhängigkeit schafft, wird die gegenüberliegende Partei für die konkrete Leistung zum Mitspieler eines Teams und damit zu einem eigenen Mittel; nicht nur zum Vertragspartner mit eigenen Interessen. In wertender Betrachtung wird der staatliche Partner zur eigenen Ressource.[267] Die Leistungserbringung bleibt, ungeachtet des Vorliegens eines Vertragsabschlusses, innerhalb des Staates.[268] Insofern unterscheidet sich eine staatliche Kooperation, die sich auf vertragliche Vereinbarungen stützt, von der rechtsgeschäftlichen Beschaffung, bei der auf den unterschiedlichen Seiten der Vertragspartner unterschiedliche Interessen verfolgt werden. Folglich ist auch die staatliche Zusammenarbeit im funktionalen Sinne eine Form der Eigenfertigung.[269]

Diese Wertung spiegelt sich im Übrigen auch in den unionsrechtlichen Vergaberichtlinien wider. Der 31. Erwägungsgrund der VRL stellt klar, dass die vergaberechtlichen Vorschriften nicht die Freiheit der öffentlichen Stellen beschränken solle, die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben auszuüben, indem sie ihre *eigenen Mittel* verwenden, wozu die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen gehört. Ob die Leistungserbringung als Eigenfertigung zu werten ist, richtet sich nach dem Vorliegen einer echten Zusammenarbeit.[270] Ausschlaggebendes Kriterium für eine gemeinsame Zusammenarbeit ist nach der Rechtsprechung ein

266 *Wiedemann,* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 99; vgl. auch *Dreher/Burghardt*, NZBau 2020, S. 409, 410; *Krohn/Müller*, NZBau 2020, S. 491, 494.

267 *Wiedemann*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 4; *Ziekow*, NZBau 2015, S. 258; vgl. *Jennert*, NZBau 2010, S. 150, 154.

268 *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), S. 119, 126; *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 211; *Pietzcker*, VergabeR 2010, S. 735, 739.

269 Im Ergebnis für die Gründung eines Zweckverbandes auch: *Schröder*, NVwZ 2005, S. 25, 28. Allgemein im Ergebnis auch: *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 211; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 81; *Eisentraut*, EuZW 2022, S. 981, 982. Vgl. auch *C. Fuchs*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 15 Rn. 64.

270 Vgl. EuGH, 4.6.2020 – C-429/19 – ECLI:EU:C:2020:436 Rn. 27 f. (Remondis II); 22.12.2022 – C-383/21 u. C-384/21 – ECLI:EU:C:2022:1022 Rn. 81 f. (Sambre & Biesme). Der Wortlaut des Art. 12 Abs. 4 VRL führt das Merkmal der »echten« Zusammenarbeit nicht auf, obgleich es in Art. 11 Abs. 4 des Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission vorgesehen war. S. Vorschlags der Europäischen Kommission v. 20.12.2011 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM (2011), 896 endg., S. 52. Der

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kooperatives bzw. gleichberechtigtes Konzept. Dafür müssen die Parteien gemeinsam an der Bedarfsdefinition und der Bedarfsplanung arbeiten. Eine schlichte Leistungserbringung gegen Entgelt ist hingegen nicht ausreichend für eine Kooperation,[271] sondern kann vielmehr ein Indiz für eine Beschaffung sein. Auch wenn die Aufgaben, die die staatlichen Träger in ihrer Zusammenarbeit wahrnehmen, grundverschiedenen sind, indiziert dies eine Nachfragetätigkeit des Staates und damit eine Beschaffung.[272] Wenn also eine echte Zusammenarbeit i.S.d. Unionsrechts erfolgt, lässt sich von der Inanspruchnahme »eigener« Mittel sprechen.

c. Zwischenfazit

Bei der Inanspruchnahme rechtlich unselbstständiger staatlicher Einheiten (Eigen- und Regiebetriebe) verwendet der Staat zur Leistungserstellung immer eigene Mittel. Hierbei handelt es sich um den klassischen Fall der Eigenfertigung. Im Fall der Leistung durch andere selbstständige Rechtssubjekte ist zu differenzieren. Der Staat nimmt zur Bedarfsdeckung nie dann »eigene« Mittel in Anspruch, wenn funktional betrachtet schwerpunktmäßig Private involviert sind. Vom Staat unabhängige privatwirtschaftliche Unternehmen sind nie ein Bestandteil der eigenen staatlichen Mittel. Damit grenzt sich die Eigenfertigung von der Beschaffung zunächst durch den gegenüberliegenden Vertragspartner ab. Allein aus dem Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertragspartners lässt sich aber nicht hinreichend auf eine Eigenfertigung schließen. Es bedarf weiterer funktionaler Elemente.

Vertikale und horizontale Kooperationen zeichnen sich im Gegensatz zur klassischen Eigenfertigung dadurch aus, dass die Leistungserbringung in formaler Betrachtungsweise zwischen voneinander selbstständigen staatlichen Einrichtungen bzw. zwischen einer selbstständigen staatlichen Einrichtung und einer juristischen Person des Privatrechts erfolgt. Ob eine Aufgabenerfüllung mit »eigenen Mitteln« erfolgt, richtet sich nach funktio-

---

EuGH legt allerdings das Merkmal des kooperativen Konzepts des Abs. 3 des 33. Erwägungsgrundes der VRL als »echte« Zusammenarbeit aus.

271 EuGH, 4.6.2020 – C-429/19 – ECLI:EU:C:2020:436 Rn. 33 f. (Remondis II); 22.12.2022 – C-383/21 u. C-384/21 – ECLI:EU:C:2022:1022 Rn. 85 (Sambre & Biesme). Zum Nichtgenügen einer reinen Entgeltzahlung für einen beschaffungsfreien Vorgang: EuGH, 13.6.2013 – C-386/11 – ECLI:EU:C:2013:385 Rn. 39–41 (Piepenbrock).

272 EuGH, 19.12.2012 – C-159/11 – ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 37 (Lecce).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nalen Maßstäben. Wenn die Ausnahmen nach Art. 12 VRL, Art. 28 SektRL respektive § 108 GWB vorliegen, kann man von einer Aufgabenerfüllung mit »eigenen Mitteln« sprechen.[273] Das ist also entweder der Fall, wenn ein beherrschender Einfluss auf das anzuweisende Unternehmen oder aber eine gemeinsame, echte Zusammenarbeit vorliegt. Während für die vertikale Kooperation das Merkmal der Beherrschung eine konstituierende Einheit vermittelt, kennzeichnet die enge Zusammenarbeit auf Augenhöhe in einer horizontalen Kooperation die Schaffung und Aufgabenerfüllung einer Organisationseinheit. Einer bestimmten Form der Zusammenarbeit i.S.e. Zweckverbandes oder einer Arbeitsgemeinschaft und der Eigenfertigung bedarf es nicht. So kann auch die rechtsgeschäftliche Überlassung einer Leistung in Verbindung mit dem stetigen Austausch von Verbesserungen als ein Fall horizontaler Kooperation im unionsrechtlichen Sinn und damit als Form der Eigenfertigung gelten.[274]

In Bezug auf das aufgeführte Urteil des EuGH zur horizontalen Kooperation[275] bedeutet das, den Begriff des öffentlichen Auftrags in Art. 12 VRL, Art. 28 SektRL teleologisch zu reduzieren. Denn die Vereinbarung zwischen kooperierenden Stellen – sei es aufgrund des beherrschenden Einflusses oder der gemeinsamen Aufgabenerfüllung – hat gerade nicht die Beschaffung am Markt zum Ziel, sondern die effektive, gemeinsame Aufgabenerfüllung mit den eigenen Mitteln. Den Vereinbarungen liegt kein Element der Nachfrage zugrunde, wenn sie ohne Bezug zum Marktgeschehen getroffen werden. Dementsprechend ist der Begriff des öffentlichen Auftrags im Rahmen von Art. 12 VRL und Art. 28 SektRL sowie in der nationalen Umsetzung von § 108 GWB teleologisch zu reduzieren und als eine öffentliche Vereinbarung zu verstehen, die gerade nicht die Beschaffung von Leistungen, sondern die Erstellung der Leistung mit eigenen Mitteln zum Ziel hat.

273 *von Engelhardt/Kaelble,* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 108 Rn. 12. Ähnlich auch *Jennert*, NZBau 2010, S. 150, 154, der alle öffentlichen Stellen ungeachtet ihrer organisatorischen Zuordnung als eigene Mittel im Sinne der EuGH-Rechtsprechung begreift. Im Ergebnis auch: *Ziekow*, NZBau 2015, S. 258; *Wiedemann*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 4.

274 EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 Rn. 54–62 (ISE/Stadt Köln).

275 S. Teil 1, Kap. 1, C., II., 2., b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Verwaltungsinterne Umstrukturierung als lediglich vorbereitende Maßnahme der Aufgabenerfüllung

Keinen Fall der Eigenfertigung stellen die Organisationsprivatisierung und die alleinige Kompetenz- oder Aufgabenübertragung auf eine andere staatliche Stelle ohne Erstellung einer Leistung dar. Die strukturelle Änderung der Kompetenzverteilung ist lediglich als vorbereitende Maßnahme der Aufgabenerfüllung zu verstehen. Formale Umstrukturierungen (a.) oder auch die Übertragung der Aufgabenerfüllung auf andere Verwaltungsträger (b.) dienen nicht unmittelbar der Aufgabenerfüllung und decken keinen Bedarf an Gütern oder Dienstleistungen.

a. Organisationsprivatisierung

Die Organisationsprivatisierung vollzieht sich durch einen Rechtsformwechsel.[276] Der Staat bedient sich im Zuge der Organisationsprivatisierung privatrechtlicher Organisationsformen, um seine Aufgaben gelockert von haushalts- und personalrechtlichen Bindungen erfüllen zu können.[277] Die Aufgabenstellung bleibt unabhängig vom Rechtsformwechsel bestehen. Allein durch den Formwechsel wird weder eine Leistung erworben noch eine Leistung erstellt. Damit ist die Organisationsprivatisierung lediglich eine vorbereitende Maßnahme zur Deckung zukünftiger staatlicher Bedarfe.

b. Kompetenzübertragung auf rechtlich selbstständige Verwaltungsträger

Auch die schlichte Kompetenzübertragung auf rechtlich selbstständige Verwaltungsträger ist lediglich eine vorbereitende Maßnahme der Aufgabenerfüllung.[278] Sie stellt weder eine Beschaffung noch eine Eigenfertigung dar. Die Kompetenzübertragung führt nicht zur Erfüllung einer Aufgabe. Einen bestehenden Bedarf befriedigt die öffentliche Hand mit diesem Mittel nicht, vielmehr entledigt sie sich zukünftiger Bedarfe. Denn der staatliche Bedarf

276 *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 27; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 76 ff.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 63. Vgl. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 34.

277 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 63.

278 Vgl. *König*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 6 Rn. 70; a.A. *Raabe*, VergabeR 2012, S. 697, 709.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist an die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe geknüpft. Ob die neu beauftragte Stelle ihre Aufgabe mittels Beschaffung oder Eigenfertigung erfüllen will, fällt dann in die Kompetenz der neuen Stelle. So stellt auch der EuGH zur Kompetenzübertragung fest, dass ihr Ergebnis die Entlastung von einer zuvor auferlegten Aufgabe ist.[279] Dementsprechend ist bspw. die Gründung eines Zweckverbands oder einer Arbeitsgemeinschaft als lediglich vorbereitende Maßnahme der Aufgabenerfüllung zu verstehen.[280] Mit der Eigenfertigung und Beschaffung, die zum Zweck der Bedarfsdeckung erfolgen, erfolgt aber gerade ein sachlich-gegenständlicher Beitrag zur Erfüllung der Aufgabe. Folglich erfordern Beschaffung und Eigenfertigung gegenüber der schlichten Kompetenzübertragung eine gewisse Leistungsbeziehung mit dem Ziel der Bedarfsdeckung.

Entsprechend Art. 1 Abs. 6 VRL fallen Vereinbarungen und Beschlüsse, die die Übertragung von Befugnissen zur Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen den öffentlichen Auftraggebern zum Gegenstand haben und keine Vergütung vorsehen, aus dem Anwendungsbereich der VRL. Ähnlich legt Art. 1 Abs. 4 KonzRL fest, dass Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung von öffentlichen Aufgaben ohne Vergütung zwischen staatlichen Einrichtungen vorsieht, als Angelegenheiten der internen Organisation betrachtet und nicht von der KonzRL berührt werden. Hierbei handelt es sich um Konkretisierungen des Art. 4 Abs. 2 EUV, nach dem die Union die innerstaatliche Kompetenzverteilung der Mitgliedstaaten achtet.[281] Derartige Übertragungen sind Angelegenheit der internen Organisation des Mitgliedstaats, denn im Gegensatz zur horizontalen Kooperation haben sie keine vertragliche Leistungserbringung zum Gegenstand.[282] Von der vertikalen und horizontalen vertraglichen Kooperation unterscheidet sich die Kompetenzübertragung entsprechend Art. 1 Abs. 6

279 EuGH, 21.12.2016 – C-51/15 – ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 40 f. (Remondis I); 18.6.2020 – C-328/19 – ECLI:EU:C:2020:483 Rn. 46 (Porin kaupunki).

280 Vgl. EuGH, 21.12.2016 – C-51/15 – ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 44 (Remondis I). Vgl. auch *Fritz*, die zwischen der Gründung eines Verbandes und der Zusammenarbeit, die einen Leistungsaustausch beinhaltet, differenziert: *Fritz*, NZBau 2017, S. 537, 539.

281 Vgl. in Bezug auf Art. 1 Abs. 6 VRL: EuGH, 21.12.2016 – C-51/15 – ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 40 f. (Remondis I); 18.6.2020 – C-328/19 – ECLI:EU:C:2020:483 Rn. 46 (Porin kaupunki).

282 *Gurlit,* in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 108 Rn. 33, für die Einordnung der Aufgabenübertragung weder als *Inhouse*- noch als *Instate*-Geschäft. Vgl. auch: BT-Drs. 18/6281, S. 80; *Wiedemann,* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB, § 108 Rn. 94.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VRL insofern, als nur im Rahmen einer horizontalen Kooperation ein synallagmatisches Vertragsverhältnis besteht, welches auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung gerichtet ist.[283] Diese beiden Institute sind voneinander abzugrenzen, da die Kompetenzübertragung systematisch gemäß Art. 1 Abs. 6 VRL nicht den Anwendungsbereich der VRL eröffnet, wohingegen die vertikale Kooperation lediglich einen Ausnahmetatbestand entsprechend Art. 12 VRL darstellt.

Für das Vorliegen einer reinen Kompetenzübertragung müssen nach der Rechtsprechung des EuGH folgende Kriterien erfüllt sein: Die neu zuständige Stelle muss von ihrer erhaltenen Kompetenz selbstständig und eigenverantwortlich Gebrauch machen können. Daneben ist notwendig, dass nicht nur die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Verpflichtungen, sondern auch Befugnisse übertragen wurden. Diese Befugnisse müssen das Recht der öffentlichen Stelle umfassen, die sich aus der Befugnis ergebenden Aufgaben organisieren und den diese Aufgaben betreffenden rechtlichen Rahmen schaffen zu können. Daneben ist eine finanzielle Unabhängigkeit erforderlich, die es erlaubt, die eigene Finanzierung dieser Aufgaben sicherzustellen.[284] Die Kompetenzübertragung muss zwar nicht unumkehrbar sein, aber zumindest von einiger Dauer.[285] Auch schließt die Einflussnahme durch die übertragende Körperschaft das Vorliegen einer reinen Kompetenzübertragung nicht aus, die Regelung der konkreten Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung ist allerdings nicht erlaubt.[286]

III. Zwischenergebnis

Mittel zur Bedarfsdeckung sind die Eigenfertigung und die Beschaffung, wobei letztere nicht nur den rechtsgeschäftlichen Einkauf am Markt umfasst, sondern auch die hoheitliche Beschaffung. Folglich bietet es sich an, entsprechend dem der Betriebswirtschaft entlehntem Begriff der *Make-or-buy*-Entscheidung von einer *Make-or-procure*-Entscheidung zu spre-

283 Vgl. EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 Rn. 40 (ISE/Stadt Köln).

284 EuGH, 21.12.2016 – C-51/15 – ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 49 (Remondis I); 18.6.2020 – C-328/19 – ECLI:EU:C:2020:483 Rn. 48 (Porin kaupunki).

285 EuGH, 21.12.2016 – C-51/15 – ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 53 (Remondis I). Vgl. auch *von Engelhardt/Kaelble,* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 108 Rn. 11; a.A. wohl noch *Raabe*, VergabeR 2012, S. 697, 705, der die »nicht rückstandsfreie« Aufgabenübertragung der horizontalen vertraglichen Kooperation zuordnet.

286 EuGH, 21.12.2016 – C-51/15 – ECLI:EU:C:2016:985 Rn. 52 (Remondis I); 18.6.2020 – C-328/19 – ECLI:EU:C:2020:483 Rn. 49 (Porin kaupunki).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen, die allein staatlichen Stellen zukommt. Jener betriebswirtschaftliche Begriff kann nicht eins-zu-eins für die staatliche Beschaffung übernommen werden. *Make-or-buy*, übersetzt »herstellen« oder »kaufen«, klammert die staatliche Beschaffungsmöglichkeit der Enteignung aus.

Bei der *Make-or-procure*-Entscheidung hat sich der Staat darauf festzulegen, ob er seinen Bedarf durch den Erwerb einer Leistung durch eine Nachfrage deckt oder ob der Staat auf die eigenen Stellen zur Leistungserstellung oder -erbringung zurückgreift. Zur Eigenfertigung im funktionalen Sinne gehört neben der klassischen Leistungserstellung durch rechtlich unselbstständige Einheiten die Leistungserstellung durch rechtlich selbstständige Einheiten im Wege der Kooperation – sei es horizontal oder vertikal. Der Spielraum der Beschaffungsautonomie, zwischen Mitteln der Eigenfertigung und des Fremdbezuges zu entscheiden, lässt sich demnach auch als ein Spielraum begreifen, eine Nachfrage am Markt zu treffen oder nicht. Wenn entsprechende Kapazitäten zur Deckung des Bedarfs nicht innerhalb der staatlichen Einrichtung zur Verfügung stehen, müssen die Mittel beschafft werden. Sowohl für Beschaffung als auch für die Eigenfertigung ist die Entstehung eines Bedarfs ausschlaggebend, der an die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe anknüpft. Eine lediglich organisatorische Umstrukturierung führt nicht zur unmittelbaren Deckung eines Bedarfs, sondern ist allenfalls eine vorbereitende Maßnahme.

D. Die Phasen von der Entstehung des Bedarfs bis zum Abschluss der Aufgabenerfüllung innerhalb der Verwaltung

Im Folgenden sollen die unterschiedlichen Phasen innerhalb der Verwaltung dargestellt werden, um den Prozess der Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung innerhalb der staatlichen Bedarfsdeckung zu beschreiben, mögliche Kriterien fruchtbar zu machen und die Beschaffungsautonomie in den Prozess einzuordnen.

Modelle des Ablaufs der staatlichen Bedarfsdeckung werden zumeist durch den Rückgriff auf betriebswirtschaftliche Beschaffungsmodelle entwickelt.[287] Hierbei ist zu beachten, dass die unterschiedlichen Phasen des

287 Vgl. dazu *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 59–143; *Onischka*, Umwelt und Ressourcenschutz, S. 88–92; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 25 f. Zur grundsätzlichen Übertragbarkeit betriebswirtschaftlicher Erkenntnisse auf den öffentlichen Betrieb: Teil 1, Kap. 1, A., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beschaffungsprozesses insbesondere in rechtswissenschaftlicher Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich benannt werden[288] und betriebswirtschaftlichen Beschaffungsphasen teilweise ineinandergreifen, parallel ablaufen können oder gar eine vorherige Phase durch die staatliche Stelle wiederholt wird[289]. Dadurch und weil ein Großteil des Bedarfsdeckungsprozesses weiterhin im »Innenbereich der Verwaltung« zu verorten ist, bestehen Unsicherheiten im Umgang mit den rechtlichen Grundlagen und Grenzen der staatlichen Bedarfsdeckung. Festzuhalten ist, dass sich der Prozess der Bedarfsdeckung immer nach den Formal- und Sachzielen des Betriebes ausrichtet.[290] Die Ausrichtung an Zielen leitet sich aus der Betriebswirtschaft ab, deren Inhalte grundsätzlich auch auf die staatliche Tätigkeit übertragbar sind.[291] Sach- und Formalziele setzen den Grundstein für die Ausrichtung sämtlicher Betriebsaktivitäten, mithin auch der Formen der Bedarfsdeckung. Formalziele stellen allgemein übergeordnete, sachunabhängige Ziele des Unternehmens dar und legen fest, *wie* die Ziele erreicht werden. Nach den Formalzielen richten sich die sogenannten Sachziele, die darstellen, *was* konkret gefordert ist.[292] Formalziele staatlicher Einrichtungen sind unter anderem die Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, sowie der Rechtsstaatlichkeit. Sachziel ist die Erfüllung der konkreten Aufgabe.[293] Infolge der konkreten Sachziele entsteht ein Bedarf, nach dem die staatlichen Einrichtungen ihren Bedarfsdeckungsprozess ausrichten.

Im Grundsatz lassen sich für den Ablauf der Bedarfsdeckung vier Phasen unterscheiden. So muss die staatliche Stelle zuvorderst ihren Bedarf analysieren (I.) und im Folgenden das weitere Verfahren planen (II.), bevor die

---

288 Vgl. die unterschiedlichen Benennungen und Systematisierungen der Bedarfsdeckungsphasen bei: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 86 f.; *Sacher*, Beschaffungspraxis der öffentlichen Verwaltung, S. 30; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 69; *Dohmen*, Jahrbuch der Deutschen Bundespost 1985, S. 198, 203 f. *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 4 f.; *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 71 f.; *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 8; EuGH, 4.6.2020 – C-429/19 – ECLI:EU:C:2020:436 Rn. 32 f. (Remondis II).

289 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 94 f.

290 *van Weele/Eßig*, Strategische Beschaffung, S. 97, 104.

291 S. Teil 1, Kap. 1, A., IV.

292 Vgl. *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser,* Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 46; *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 41 f.; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 53 f.; *Brede*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 18.

293 Vgl. *Brede*, Öffentliche Betriebswirtschaftslehre, S. 15, 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verwaltung eine Beschaffung oder Eigenfertigung durchführen kann (III.) und damit in die operative Phase insb. der Beschaffung eintritt. Es kann sich eine Kontrollphase anschließen (IV.). Allgemein lässt sich daher der Prozess der staatlichen Bedarfsdeckung in die Prozesse der Analyse, der Planung, der Durchführung und der Kontrolle gliedern.[294] Abschließend wird die Beschaffungsautonomie anhand dieser Phasen kontextualisiert (V.).

I. Analysephase

Der Bedarfsdeckungsprozess beginnt mit der Bedarfsanalyse. Diese Phase betrifft die grundlegende Vorbereitung des Prozesses.[295] Gegenstand der Analysephase ist die Ermittlung der Situation, in der sich der öffentliche Betrieb befindet. Die staatliche Stelle muss im Sinne des Erhalts der eigenen Funktionsfähigkeit die bestehende Situation genauestens analysieren und anhand der vorliegenden Ergebnisse den entsprechenden Bedarf zur Situationsbewältigung ermitteln und definieren. Insbesondere in dieser Phase ist Sorgfalt und Genauigkeit geboten, da die weiteren Schritte auf der zu Beginn aufgestellten Analyse beruhen.[296] Die staatlichen Stellen sind bei der Bedarfsanalyse mit den Fragen konfrontiert, worin explizit die staatliche Aufgabe besteht (1.) und was zur Aufgabenerfüllung benötigt wird (2.).

294 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 123; *Sacher*, Die Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen, S. 27; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 86; *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 150 f.; *Dincher/Müller/Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaft, S. 183. Ähnlich auch schon *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 71 f.; *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 8. Vgl. auch die zentrale Dienstvorschrift für die Beschaffung materieller Lösungen und Dienstleistungen in der deutschen Bundeswehr: Customer Product Management (nov.), A.1500/3, Az 81–01–01, abrufbar unter https://www.bundeswehr.de/de/organisation/ausruestung-baainbw/ruestungsprojekte/customer-product-management (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

295 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 75.

296 Zur Feststellung, dass sich Fehler in der Analyse zu erheblichen wirtschaftlichen Missständen entwickeln können: *Sacher*, Beschaffungspraxis der öffentlichen Verwaltung, S. 30 f. Vgl. auch *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 125; *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 153; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 191.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Situationsanalyse: Erfüllung einer staatlichen Aufgabe

Die Erfüllung einer Aufgabe eröffnet die Situation, in der sich die staatliche Stelle befindet, und bildet den Anstoß des Bedarfsdeckungsprozesses. Zu Beginn ist es im Sinne einer wirtschaftlichen Bedarfsdeckung erforderlich, dass die konkret zu erfüllende Aufgabe erkannt, umrissen und definiert wird.[297] Erst darauf aufbauend kann der Bedarf ermittelt und definiert werden. Insofern ist es ungenau festzustellen, der öffentliche Auftraggeber könne autonom den Zweck der Beschaffungsmaßnahme bestimmen[298], denn Beschaffung und Eigenfertigung knüpfen immer an die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe an. Insofern ist die öffentliche Hand gebunden. Welche Aufgabe zu welchem Zeitpunkt erfüllt wird, fällt allerdings in die Einschätzungsprärogative der öffentlichen Hand, wenn eine Auswahl zwischen mehreren gleichrangigen, gleichwertigen, nicht eiligen Aufgaben erforderlich sein sollte. Aufgrund begrenzter Ressourcen sind Abwägungen mit dem Ziel erforderlich, eine Aufgabe schließlich zu priorisieren.[299] Es kann nicht jede Aufgabe, die anfällt, unverzüglich erfüllt werden. Festzuhalten bleibt, dass die inhaltliche Bestimmung der konkret zu erfüllenden Aufgabe im Einzelfall erfolgt.

Fraglich ist dann, wie eng die zugrundeliegende Aufgabe umrissen werden muss und kann. Wie bereits festgestellt, bilden die staatlichen Aufgaben mitunter politische und gesellschaftliche Umstände ab,[300] so dass ein fester Kanon an Aufgaben in der Breite nicht bestimmt werden kann. Nichtsdestotrotz erfordert jeder Bedarfsdeckungsprozesses schon aus Gründen der Wirtschaftlichkeit zunächst, dass das Ziel, also die zugrundeliegende Aufgabe festgesetzt wird. Doch auch in der Tiefe bestehen unzählige Möglichkeiten, eine Aufgabe zu definieren. Bspw. deckt die Aufgabe der »Gefahrenabwehr« eine Vielzahl an einzelnen Aufgaben ab und kann sowohl Aufgaben der Polizei, der Bauaufsichtsbehörde oder der Feuerwehr betreffen. Für einen folgenden Bedarfsdeckungsprozess scheint eine derartige Bezugnahme zu weit. In der engen Definition der zu erfüllenden Aufgabe liegt allerdings die Gefahr der Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften begründet,

297 Zu den obligatorischen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, die auch die Analyse der Ausgangslage vorsehen: Teil 2, Kap. 1., A. und Teil 2., Kap. 1., B., V., 1.

298 Vgl. OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736; OLG Karlsruhe, 6.4.2011 – 15 Verg 3/11, NZBau 2011, S. 567, 570; OLG Naumburg, 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, VergabeR 2013, S. 55, 60. Vgl. auch: *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366.

299 Vgl. auch *Berndt*, Marketing für öffentliche Aufträge, S. 41.

300 S. Teil 1, Kap. 1, B., II., 1., a.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn die Aufgabe wiederum auf bestimmte Leistungen zugeschnitten wird und auf diese Weise im späteren Einkauf nur ein Produkt infrage kommt.[301]

Hier bietet *Burgi* einen Ansatz zur Differenzierung. Dieser nennt als Beispiele »die Aufgabe der Abwasserbeseitigung« und »die einzelnen damit zusammenhängenden Aufgaben (von der Planung, über den Bau bis zum Betrieb und der Überwachung der Kläranlagen)«[302]. Nur letztere können nach seiner Ansicht tauglicher Gegenstand einer Privatisierung sein. Die entsprechende Aufgabe sei daher immer »möglichst exakt und anhand des jeweiligen normativen Umfelds zu bestimmen«[303]. Dieser Ansicht ist im Grundsatz zuzustimmen. Anhand konkreter Aufgabenbestimmungen können detaillierte Bedarfe ermittelt werden. Allzu spezifische Konkretisierungen wie – um das Beispiel fortzuführen – »die Planung des betriebsinternen Pausenraums der Klärwasseranlage« im Fall des vollständigen Neubaus der Kläranlage splittern einen Sachverhalt unsachgemäß auf und können zu Umgehungen vergaberechtlicher Regelungen führen. Dasselbe gilt, wenn – wie oben aufgeworfen[304] – als Aufgabe der Bundewehr die Verteidigung mit Drohnen des Typus Heron TP 1 erfolgen soll. Auch dies wäre eine unsachgemäße Aufsplitterung der staatlichen Aufgabe. Es bietet sich demnach an, für die konkrete Aufgabendefinition auf eine objektive Verkehrsanschauung Rückgriff zu nehmen. Konkrete Aufgaben sind dann solche, die auch einer bestehenden (Wirtschafts-)Tätigkeit entsprechen. Sie umreißen einen Tätigkeits*bereich*.[305]

2. Bedarfsermittlung

Hat die staatliche Stelle die zu erfüllende Aufgabe, mithin die Situation erfasst, ist der nächste Schritt die Konkretisierung der notwendigen Mittel zur Aufgabenerfüllung: der konkrete staatliche Bedarf[306]. Ziel der Bedarfs-

301 Zum Gebot der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II.
302 *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601, 602.
303 *Burgi*, NVwZ 2001, S. 601, 602.
304 S. Teil 1, Kap. 1, B., II., 3.
305 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 30.
306 Zwischen Bedürfnissen und Bedarf wird in der Betriebswirtschaftslehre unterschieden. Bedürfnisse oder ein Bedürfnis sind das »Empfinden eines Mangels, gleichgültig, ob dieser vorhanden ist oder nur subjektiv empfunden wird«. S. *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 4. Derartige Bedürfnisse sind in unbegrenzter Zahl vorhanden und sind seelischer und nicht wirtschaftlicher Art. Erst wenn diese Bedürfnisse verobjektiviert werden

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ermittlung ist die Festlegung von Qualität und Quantität der nachgefragten Güter und Dienstleistungen, die den staatlichen Bedarf abschließend definieren,[307] sowie äußere Umstände wie der Leistungsort und die Dauer der zu erbringenden Leistung (Bedarfsdefinition).

Das Ergebnis der Bedarfsermittlung steht nicht zur beliebigen Disposition der öffentlichen Hand.[308] Kriterien, die im Rahmen der Bedarfsermittlung zu beachten sind, sind aus betriebswirtschaftlicher Perspektive die Formal- und Sachziele.[309] Das konkrete Sachziel im Rahmen der staatlichen Bedarfsdeckung ist immer die erfolgreiche Erfüllung der staatlichen Aufgabe, die im Rahmen der Situationsanalyse ermittelt wurde. Dies verdichtet die Ermittlung des Bedarfs auf das Ziel der Aufgabenerfüllung. Ohne einen klar definierten staatlichen Bedarf kann sich das weitere Vorgehen und insb. der Abschluss der Beschaffungstätigkeit als unwirtschaftlich erweisen.[310] Im schlimmsten Fall können die aufgrund der Bedarfsermittlung nachgefragten Güter oder Dienstleistungen eine angefallene Aufgabe nicht erfolgreich erfüllen. Dies widerspräche der staatlichen Pflicht zur Funktionsfähigkeit.[311] Dann müsste erneut eine Leistung erbracht werden, was mit einem weiteren Aufwand und zusätzlichen Kosten verbunden wäre. Damit würde die erste Bedarfsdefinition ferner gegen die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG verstoßen.

---

und mithilfe wirtschaftlicher Mittel erfüllt werden können, spricht man von einem Bedarf. Siehe auch: *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 2.

307 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 8; vgl. *Kaelble*, Vergabeentscheidung, S. 187; *Gers-Grapperhaus*, Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte, S. 79; *Onischka*, Umwelt- und Ressourcenschutz, S. 116 f.

308 Vgl. auch *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 66.

309 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 78 f.

310 Vgl. *Sacher*, Beschaffungspraxis der öffentlichen Verwaltung, S. 30 ff.; *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 89; *Berndt*, Marketing für öffentliche Aufträge, S. 41; *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 167.

311 Zur staatlichen Pflicht der Funktionsfähigkeit: Teil 1, Kap. 2, B., II., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a. Objektiver Bedarf als erstes Raster

Auf Grundlage der Aufgabenanalyse lässt sich der staatliche Bedarf zunächst objektiv bestimmen.[312] Das Sachziel staatlicher Einrichtungen ist die erfolgreiche Erfüllung von Aufgaben. Von einer erfolgreichen Erfüllung der konkreten Aufgabe lässt sich bereits dann ausgehen, wenn ein geeignetes Mittel gewählt wird. Erst mit der Erfüllung einer Aufgabe entfällt der staatliche Bedarf. Der objektive Bedarf steht spiegelbildlich zur konkreten Aufgabe als eine Art »Grund-« oder »Handlungsbedarf«[313]. Das bedeutet folglich, dass der objektive Bedarf das ist, was die konkrete Aufgabe erfolgreich erfüllen kann.

Nur der objektive Bedarf umschreibt allerdings noch keine abschließende Definition des Bedarfs, der bspw. ausschreibungsreif wäre.[314] Der Prozess der Definition des Bedarfs von einem groben Handlungsbedarf bis zur endgültigen Bedarfsdefinition entwickelt sich fortlaufend. Nach einer ersten grobmaschigen Feststellung des Bedarfs müssen weitere Konkretisierungen getroffen werden, die den Bedarf schließlich genauestens definieren. Dies ist erforderlich, um später eine konkrete Nachfrage am Markt zu treffen, das Objekt der Enteignung zu identifizieren oder aber entsprechende Stellen mit der Leistungserbringung anzuweisen. Die Notwendigkeit der Konkretisierung zeigt sich exemplarisch daran, dass ein objektiv bestehender Bedarf durch mehrere, in der Funktion sich ähnelnde Güter, die sich aber in der Verkehrsauffassung unterscheiden, gedeckt werden kann. Bestehen Aufgabe (»Beförderung des Landrates«) und folglich der Bedarf darin, dem Landrat ein Beförderungsmittel anzuschaffen, kann dieser Bedarf sowohl durch einen Kleinwagen als auch durch einen Mittelklassewagen gedeckt werden. Hinsichtlich ihrer Eigenschaften werden sich die Fahrzeuge in Ausstattung und Motorleistung unterscheiden. Alternativ könnte der Bedarf

312 A.A. wohl *Huerkamp*, Gleichbehandlung, S. 146, nach dem zwischen Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung nicht überzeugend getrennt werden könne und es keinen objektiven Bedarf gebe. Vgl. auch *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker/Gansske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Einl. Rn. 116.

313 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 191; vgl. auch *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 239.

314 Vgl. *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 239; *Müller*, Anm. zu VK Rheinland-Köln, 17.2.2020 – VK 56/19 – L, jurisPR-VergR 10/2020 Anm. 6, der feststellt, dass der Bedarf weiter sei als die Bedarfsdefinition. Vgl. VK Bund, 28.9.2020 – VK 2–75/20, S. 16; OLG Rostock, 9.12.2020 – 17 Verg 4/20, NZBau 2021, S. 484, 487, nach dem »ein potentiell ausschreibungsfähiger konkreter Beschaffungsbedarf […] erst Konturen annehmen [muss]«.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

»Beförderung« auch durch die Inanspruchnahme des ÖPNV oder SPNV gedeckt werden. Denn sowohl ein einzelnes Fahrzeug als auch der ÖPNV oder SPNV könnte die Beförderung realisieren. Banaler, aber durchaus veranschaulichend: besteht der Bedarf in der Anschaffung eines Mittels zur Feuererzeugung kann dieser Bedarf der Funktion entsprechend sowohl durch mechanische Feuerzeuge als auch durch Streichhölzer gedeckt werden.[315] Solche Güter zeichnen sich dadurch aus, dass sie zwar nach der Verkehrsanschauung unterschiedliche Leistungen darstellen, in ihrer Funktion allerdings ähnlich sind und gleichsam einen objektiv bestehenden Bedarf befriedigen können – also gleich geeignet sind. Da also das erste objektive Raster keine abschließende Definition des Bedarfs schaffen kann, ist die staatliche Stelle zu weiteren Konkretisierungen verpflichtet. Die staatliche Stelle kann ihren Bedarf mittels verschiedener Vorgehensweisen konkretisieren.

b. Betriebswirtschaftliche Marktforschung als Mittel zur Definition des Bedarfs

Bei komplexen Aufgabenstellungen oder einem schwer überschaubaren Angebot an Gütern und Dienstleistungen am Markt kann eine Marktforschung als Mittel zur Konkretisierung des Bedarfs notwendig sein.[316] Die betriebswirtschaftliche Marktforschung beschreibt den Prozess der Informationsgewinnung und Verarbeitung von Informationen über den Markt.[317] Die mithilfe der Marktforschung erworbenen Kenntnisse dienen dazu, die Planung und Entscheidung über Maßnahmen zu verbessern.[318] Die Forschungsmaßnahmen unterteilen sich wiederum in die Primärmarktforschung und die Sekundärmarktforschung.[319] Die Primärmarktfor-

315 Vgl. *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 5.

316 Vgl. *Mehlitz,* in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 28 Rn. 13; *Trutzel,* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 28 Rn. 2; *I. Franzius,* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV, § 28 Rn. 3; *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 5–7; *Jentzsch/Kirch*, VergabeNews 2021, S. 38 ff.; *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 80.

317 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 74.

318 Vgl. *van Weele/Eßig,* Strategische Beschaffung, S. 99.

319 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 75.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schung erfolgt durch die erstmalige Befragung, Teste verschiedener Produkte und Beobachtungen des Marktes. Die Sekundärmarktforschung erfolgt durch die Inanspruchnahme bereits vorhandener innerbetrieblicher und außerbetrieblicher Quellen anderer Beschaffer, die sich bereits in einer vergleichbaren Situation befunden haben.[320] Damit bietet sich die Sekundärmarktforschung für eher regelmäßig auftretende Bedarfe an, während die Primärmarktforschung eher auf die Lösung eines einmalig auftretenden Bedarfs abzielt. In der Regel wird die staatliche Stelle zuerst auf die vorhandenen Quellen zurückgreifen, um Informationen zur Bedarfsermittlung zu gewinnen.[321] Damit wird eine Befragung der eigenen Mitglieder oder auch die Konsultation von privaten Sachverständigen vor allem dann praxisrelevant, wenn es sich nicht um einen routinemäßigen Bedarf handelt, der befriedigt werden musst.

Die Marktforschung durch den Staat dient dazu, das fehlende Wissen über die Erstellung von Leistungen auszugleichen, was unter anderem auf die begrenzten Kapazitäten des Staates zurückzuführen ist.[322] So kann es sein, dass die Aufgabe und der Bedarf zwar umrissen sind, aber die konkreten Lösungsmöglichkeiten innerhalb der Stelle schlichtweg nicht bekannt sind. Um beispielsweise die Aufgabe der technischen Ausstattung einer Schule zu realisieren, kann der Bedarf grobmaschig als die Ausstattung mit sogenannten »Smartboards«, also digitalen Multifunktions-Tafeln, ermittelt werden.[323] Welche Qualitätsmerkmale und Anforderungen derartige Smartboards allerdings aufweisen können, muss in solchen Fällen häufig erst anhand der verfügbaren Optionen am Markt ermittelt werden, die wiederum Einfluss auf die eigene Bedarfsdefinition haben.

Für die öffentliche Verwaltung lassen sich im Kern vier unterschiedliche Möglichkeiten der Informationsgewinnung voneinander abstrahieren. So besteht die Möglichkeit der eigenständigen Marktanalyse (aa.), der Konsultation von externen Sachverständigen (bb.), des Informationsaustauschs

320 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 74 f.

321 Vgl. auch *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 74 f.

322 Zur Wissensproblematik des Staates: *Voßkuhle,* in: ders./Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 1 Rn. 11 m.w.N.; *Gramm*, Privatisierung, S. 238 ff. Zum fehlenden *Know-How* bei der staatlichen Beschaffung insb.: *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124, 126, 126 f., 127, 129, 130; *Sacher*, Die Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen, S. 51; vgl. auch *Behrens*, NZBau 2006, S. 752.

323 Vgl. OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit anderen Verwaltungsträgern (cc.) und der Befragung der eigenen Mitglieder oder Angestellten (dd.).

aa. Marktanalyse

Die staatliche Einrichtung kann den Markt selbstständig auf verfügbare Möglichkeiten untersuchen. Die Marktanalyse ist eine »statische Analyse, welche ein gegenwärtiges Bild über die Struktur und Größe des Marktes abgibt«[324]. In eigener Verantwortung kann sich die öffentliche Hand im Internet, in Produktkatalogen oder aber auch auf Messen über die verfügbaren Produkte am Markt informieren.[325] Ferner besteht die Möglichkeit, durch Produktteste den eigenen Bedarf zu umreißen.[326] Anhand der gefundenen objektiven Daten kann die öffentliche Hand ermitteln, welche konkreten Voraussetzungen ihr Bedarfsgegenstand aufweisen muss, um die entsprechende Aufgabe zu erfüllen.

Sowohl das Haushaltsrecht als auch das Vergaberecht regeln Markterkundungen durch den Staat. Das Haushaltsrecht schreibt Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in Ziffer 2 zu § 7 BHO in den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur BHO (VV-BHO)[327] vor und im Vergaberecht ist die Möglichkeit der Markterkundung in § 28 VgV[328] vorgesehen. Nach § 28 Abs. 1 Alt. 2 VgV[329] darf die öffentliche Hand zur Unterrichtung der Unternehmen über die eigenen Auftragsvergabepläne und -anforderungen ein Markterkundungsverfahren durchführen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass ein Austausch zwischen Unternehmen und öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich gestattet ist. Die Markterkundung beschränkt sich aber auf die Gewinnung von Informationen zur Festlegung des Bedarfs. Vertragsverhandlungen hingegen leiten bereits die Durchführungsphase der Beschaffung ein und eröffnen den Anwendungsbereich des Vergaberechts.

Zur Abgrenzung, ob die Marktanalyse noch der Bedarfsermittlung oder bereits der Durchführung des Beschaffungsvorganges dient und damit zu einer Nachfrage führt, ist eine objektive Betrachtung des Handelns des öf-

324 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 74.
325 *I. Franzius,* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV, § 28 Rn. 4.
326 Vgl. VK Bund, 28.9.2020 – VK 2–75/20.
327 Bzw. in Ziffer 2 zu § 7 LHO in der VV-LHO.
328 Auch: § 26 SektVO.
329 Auch: § 26 Abs. 1 Alt. 2 SektVO.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fentlichen Auftraggebers erforderlich. Hat sich die öffentliche Hand bereits intern auf einen bestimmten Bedarf festgelegt und organisatorische oder planerische Schritte zur Durchführung der Beschaffung vorgenommen, spricht dies für eine Durchführung der Beschaffung und nicht mehr für die Konkretisierung des Bedarfs.[330] Reine Vorstudien des Marktes führen noch nicht zur Beschaffung.[331] Demgegenüber stellt die Einholung von Angeboten und Preisen einen ersten organisatorischen und planerischen Schritt zur Deckung des Bedarfs dar und indiziert die bereits erfolgte Festlegung auf einen bestimmten Bedarfsgegenstand.[332] Dabei handelt es sich dann nicht mehr um eine Marktforschung, sondern einen wertenden Preisvergleich, dessen Ergebnisermittlung die Aufgabe eines Vergabeverfahrens ist. Von einer Durchführung organisatorischer und planerischer Schritte ist auf jeden Fall die Rede, wenn ein Angebot i.S.d. § 145 BGB durch den Auftraggeber vorliegt. Dementsprechend dürfen Anfragen an privatwirtschaftliche Unternehmen zur Übersendung von Informationen nicht in der Form erfolgen, dass sie auf einen Vertragsabschluss gerichtet sind und eine öffentliche Ausschreibung umgehen.[333] Sofern dies der Fall ist, handelt es sich bereits um eine konkrete Nachfragetätigkeit der beschaffenden Stelle und die Durchführung einer Beschaffung.

bb. Konsultation von externen Beratern

Eine weitere Möglichkeit der Markt- und Bedarfsanalyse liegt in der Konsultation von Beratern. Insbesondere bei komplexen Aufgabenstellungen ist

330 Vgl. zum materiellen Beginn des Vergabeverfahrens: *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 155 Rn. 9 ff.; *Spinzig*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 155 Rn. 24; *Raabe*, NJW 2004, S. 1284, 1287; EuGH, 11.1.2005 – C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 22–41 (Stadt Halle); BGH, 1.2.2005 – X ZB 27/04, NZBau 2005, S. 290, 291; OLG Düsseldorf, 20.6.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, S. 696, 689 f.; 11.3.2002 – Verg 43/01, NZBau 2003, S. 55, 57; 29.10.2008 – VII-Verg 35/08, juris Rn. 21; 17.7.2013 – VII-Verg 10/23, BeckRS 2013, 19903; OLG München, 19.7.2012 – Verg 8/12, NZBau 2012, S. 658, 660; OLG Celle, 30.10.2014 – 13 Verg 8/14, ZfBR 2015, S. 410, 411; BayObLG 22.1.2002 – Verg 18/01, NZBau 2002, S. 397, 398; OLG Frankfurt a.M., 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, NZBau 2004, S. 692, 693; OLG Schleswig, 7.10.2011 – 1 Verg 1/11, juris Rn. 12; OLG Jena, 22.7.2015 – 2 Verg 2/15, NZBau 2015, S. 796, 797 Rn. 41; OLG Koblenz, 3.12.2014 – Verg 8/14, ZfBR 2015, S. 308, 309.

331 Vgl. EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 35 (Stadt Halle).

332 OLG München, 19.7.2012 – Verg 8/12, NZBau 2012, S. 658, 660.

333 Vgl. OLG Celle, 30.10.2014 – 13 Verg 8/14, ZfBR 2015, S. 410, 411.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die öffentliche Hand oftmals darauf angewiesen, das fehlende Spezialwissen durch das der Berater auszugleichen.[334] Dies kommt in der Praxis dann vor, wenn es sich um Güter handelt, die nur selten beschafft werden oder es sich um besondere Technologien oder komplexe Vorhaben handelt.[335] So werden regelmäßig zur Planung von Bauvorhaben im Tief- und Hochbau externe Planungsunternehmen mit der Erstellung von Leistungsbeschreibungen beauftragt. Auch bei der Entwicklung und Beschaffung von Testzentren im Rahmen der COVID-19-Pandemie wurden private Unternehmen in die Bedarfsanalyse einbezogen.[336] Externe Berater, die die öffentliche Hand bei der Definition des Bedarfs unterstützen, können sowohl private und unabhängige Sachverständige sein als auch branchenangehörige Unternehmen, die ein wirtschaftliches Interesse an einer späteren Ausschreibung haben könnten. Dagegen spricht grundsätzlich nichts. Spätestens mit der Nachfrage nach der konkreten Leistung am Markt macht sich die öffentliche Hand den konkretisierten Bedarf »zu eigen«.

Die Inanspruchnahme externer Berater ist auch vergaberechtlich zulässig. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist hier ebenfalls § 28 VgV[337], der als nationale Umsetzung des Art. 40 VRL[338] unionsrechtskonform auszulegen ist. Art. 40 UAbs. 2 S. 1 VRL[339] legt fest, dass der öffentliche Auftraggeber vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens Rat von unabhängigen Sachverständigen einholen könne. Hierbei ist der Begriff des Sachverständigen allerdings nicht zu eng zu verstehen. Insbesondere der Vergleich mit der englischen und französischen Sprachfassung zeigt, dass in diesen Fällen lediglich von »*from independent experts*« respektive »*d'experts indépendants*« die Rede ist. Dementsprechend kann jeder Marktteilnehmer, der auf einem Gebiet eine erhöhte Expertise aufweist, ohne diese formal bestätigt zu haben, durch die öffentliche Hand in Anspruch genommen werden, so dass auch die Inanspruchnahme privater Marktteilnehmer zulässig ist.[340]

334 Vgl. auch *Behrens*, NZBau 2006, S. 752.

335 Vgl. auch *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 5, 7.

336 Siehe zur Praxis in Berlin, ein privates Unternehmen mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung für die Ausschreibung von Testzentren zu beauftragen: Tagesspiegel, 1.4.2021, https://checkpoint.tagesspiegel.de/langmeldung/5zvvxBy8GIU7KtWpNyOTPD (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

337 § 26 SektVO.

338 Art. 58 SektRL.

339 Art. 58 UAbs. 2 S. 1 SektRL.

340 So auch: *Fandrey*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 28 Rn. 10. Auch schon in Bezug auf die § 7 VOB/A a.F., § 6 VOL/A a.F., § 6 VOF a.F.: *Müller-Wrede/Lux*, ZfBR 2006, S. 327.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Beratung durch externe Berater, insbesondere branchenangehörige Unternehmen, führt jedoch in einer sich anschließenden Beschaffung zu erhöhten Anforderungen an das Vergabeverfahren. Denn die Inanspruchnahme externer Berater verlagert die Konkretisierung des Bedarfs in den Einflussbereich des Beraters. Bei solchen branchenangehörigen Unternehmen, die nicht ausschließlich beratend tätig werden, sondern vor allem ein Interesse an der späteren Erbringung der konkretisierten Leistung haben, handelt es sich um Projektanten bzw. im Sinne von § 7 Abs. 1 VgV[341] um vorbefasste Unternehmen.[342] Die staatliche Beschaffung ist dann vor dem Hintergrund einer möglichen Umgehung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens am Grundsatz des Wettbewerbs und der Chancengleichheit sowie der Transparenz aus § 97 Abs. 1 GWB zu messen. Dies legt Art. 40 UAbs. 2 S. 2 VRL[343] ausdrücklich fest. Die Beratung oder Hilfeleistung darf nicht dazu führen, dass bestimmte Unternehmen oder gar ein Unternehmen, zu dem der Berater einen unmittelbaren Bezug aufweist, in einem späteren Vergabeverfahren bevorzugt werden. Sollte sich die externe beratende Person später als Bieter in dem entsprechenden Verfahren beteiligen, muss der öffentliche Auftraggeber angemessene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bewerbers oder Bieters nicht verzerrt wird, wobei hier insbesondere dieselben Informationen anderen Bietern zur Verfügung gestellt werden müssen (Art. 41 UAbs. 1 und 2 VRL[344] und § 7 Abs. 2 VgV[345]). Ein vollständiger Ausschluss aus einem anschließenden Vergabeverfahren ist allerdings nicht notwendig und wäre vielmehr unverhältnismäßig.[346] Dies ergibt sich auch aus § 7 Abs. 3 VgV[347], nach dem dem vorbefassten Unternehmen vor einem Ausschluss zunächst die Möglichkeit zu geben ist nachzuweisen, dass seine Beteiligung den Wettbewerb nicht verzerrt.

341 § 7 Abs. 1 SektVO;
342 *Behrens*, NZBau 2006, S. 752; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 41. Kritisch zu den Tatbestandsvoraussetzungen: *Kupczyk*, NZBau 2010, S. 21, 22 ff.
343 Art. 58 UAbs. 2 S. 2 SektRL.
344 Art. 59 UAbs. 1 und 2 SektRL.
345 § 7 Abs. 2 SektVO.
346 EuGH, 3.3.2005 – C-21/03 u. C-34/03 – ECLI:EU:C:2005:127 Rn. 33–36 (Fabricom); *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 42; *Müller-Wrede/Lux*, ZfBR 2006, S. 327, 328.
347 § 7 Abs. 3 SektVO.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc. Informationsaustausch zwischen Verwaltungsträgern

Ein weiteres Mittel zur Definition des Bedarfs ist der Informationsaustausch zwischen Verwaltungsträgern. Hierbei erfolgt eine Anfrage eines Verwaltungsträgers an eine andere staatliche Stelle, um zu erfragen, auf welche Weise und mit welchen Mitteln der andere Verwaltungsträger die obliegenden Aufgaben erfüllt hat.[348] So gewinnt bspw. die Bundeswehr Analyseergebnisse für funktionale Anforderungen an den Bedarfsgegenstand aus den Erkenntnissen anderer Verwaltungen, Partnern, Alliierten oder gar aus internationalen Rüstungskooperationen.[349] Da hier »außerbetriebliche«, aber bereits vorhandene Informationen in Anspruch genommen werden, handelt es sich um eine Sekundärmarktforschung. Ferner können auch interne Arbeitsgruppen mit der Aufgabenstellung beauftragt werden. So existiert beispielsweise in Bayern ein sogenannter Beraterkreis zur IT-Ausstattung von Schulen, der sich aus Vertretern des Bayrischen Staatsministeriums, erfahrener Lehrkräfte, der Akademie für Lehrerfortbildung und Personalführung und dem Staatsinstitut für Schuldqualität und Bildungsforschung zusammensetzt.[350] An deren Voten können sich Schulen bei der Beschaffung orientieren. Ein derartiger Austausch von Informationen bleibt im Stadium der Ermittlung und Definition des Bedarfs, solange die Verwaltungsträger keine Kooperation oder die Übertragung einer Aufgabe auf den Partner anstreben.

dd. Mitgliederbefragung

Mitgliedsbasierte Körperschaften, wie Gebietskörperschaften und Personalkörperschaften, aber auch Behörden können ebenso durch die Befragung ihrer Mitglieder den Bedarf konkretisieren. Hierbei handelt es sich um einen sogenannten Fall der Primärmarktforschung, in dessen Rahmen

348 Vgl. *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug, S. 155; *Onischka*, Umwelt- und Ressourcenschutz, S. 99 f.

349 S. dazu: Customer Product Management (nov.), A.1500/3, Az 81–01–01, abrufbar unter https://www.bundeswehr.de/de/organisation/ausruestung-baainbw/ruestungsprojekte/customer-product-management (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

350 S. dazu das Votum 2022 des Beraterkreises zur IT-Ausstattung von Schulen des Bayrischen Staatsministeriums für Unterricht und Kultus. Abrufbar unter: https://mebis.bycs.de/beitrag/votum (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Vgl. auch: OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, juris Rn. 139.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gezielt Personen durch das Mittel der Befragung um Informationen erbeten werden.[351] Der Beschaffer ist nämlich nicht immer der Nutzer der entsprechenden Leistung. Bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben können Belange verschiedener Personen zutage treten. Dann kann eine Befragung der Personen erfolgen, die mit der Leistung in Verbindung treten.[352] So kann die Körperschaft zur oben erwähnten Beschaffung von digitalen Multifunktions-Tafeln das in Zukunft damit arbeitende Lehrpersonal zu den besonderen Spezifika und Erfordernissen an die Geräte befragen.[353] Im Sinne einer wirtschaftlichen Bedarfsdeckung mag es günstig sein, zunächst das Personal zu fragen, welchen Anforderungen eine neue Ausrüstung zu genügen hat, um die entsprechende Aufgabe erfolgreich zu erfüllen.

c. Ausrichtung von Wettbewerben und Auslobungsverfahren

Bei zu beplanenden Flächen kann die Ausrichtung eines Wettbewerbs i.S.d. § 103 Abs. 6 GWB der Ermittlung des konkreten Bedarfs dienen. Wettbewerbe sind demnach Auslobungsverfahren, die dem Auftraggeber aufgrund vergleichender Beurteilung durch ein Preisgericht mit oder ohne Verteilung von Preisen zu einem Plan oder einer Planung verhelfen sollen. Nach § 78 Abs. 2 S. 4 VgV plant der öffentliche Auftraggeber insbesondere bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau sowie in der Landschafts- und Freiraumplanung, ob für diese Aufgabenstellungen ein Planungswettbewerb durchgeführt werden soll, und dokumentiert seine Entscheidung. Entscheidet sich die staatliche Einrichtung für einen Wettbewerb, führt diesen durch und bepreist einen eingereichten Vorschlag, liegt darin aber noch keine abschließende Beschaffung. Vielmehr muss die staatliche Einrichtung den obsiegenden Wettbewerbsbeitrag erneut ausschreiben, um das Verfahren zu realisieren.[354] Insofern liegt in dem Abschluss des Auslobungsverfahrens das konkrete Ergebnis der Bedarfsanalyse, mithin die Bedarfsdefinition.

---

351 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 77.

352 Vgl. OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, juris Rn. 134.

353 Vgl. OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, juris Rn. 134.

354 Vgl. *Röbbe/Stöcklein,* in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, VgV § 78 Rn. 5; *Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 78 Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Ergebnis der Analyse: Bedarfsdefinition

Auch wenn sich der Prozess der Bedarfsanalyse durch wenige spezifische rechtliche Vorgaben auszeichnet, bleibt doch die Erfüllung der konkreten staatlichen Aufgabe verbindliche Zielsetzung. Am Ende der Analyse stellt die öffentliche Hand ihren konkreten Bedarf fest: die Bedarfsdefinition.[355] Die Bedarfsdefinition liefert die Antwort auf die Frage, was gefertigt oder beschafft werden soll, und kann später zur konkreten Nachfrage am Markt werden.[356] Grundsätzlich gibt die Bedarfsdefinition Aufschluss über die Quantität und Qualität, mithin die erforderlichen materiellen Eigenschaften der Güter und Dienstleistungen zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe sowie die äußeren Umstände der Leistungserbringung.[357]

Die Bedarfsdefinition kann im Einzelnen allerdings auch weniger detailliert sein. Dies ergibt sich unter anderem aus der explizit im Vergaberecht vorgesehenen Möglichkeit, einen wettbewerblichen Dialog (vgl. § 18 Abs. 7 VgV) durchzuführen, mit dem Auftraggeber und Auftragnehmer gemeinsam die zu beschaffende Lösung erarbeiten oder aus der Möglichkeit der funktionalen Leistungsbeschreibung (§ 121 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GWB, § 31 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 VgV), die die Erfüllung einer bestimmten Aufgabenstellung vorsieht. Die Bedarfsdefinition ist folglich in diesen Fällen weniger detailliert und die konkrete Detaillierung der begehrten Leistung wird zumindest teilweise den Marktteilnehmern überlassen.[358]

II. Planungsphase

Die Festlegung des Bedarfs bietet die Grundlage für die folgende Planungsphase. In dieser Phase muss sich der Staat entscheiden, in welcher Form der

355 Vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 79 f.

356 Zur Feststellung, dass Bedarf und konkrete Nachfrage zusammenfallen: *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 147.

357 Zur Festlegung der Qualität als Teil der Bedarfsdefinition: BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366, 369.

358 Zum wettbewerblichen Dialog exemplarisch: *Schwabe*, Wettbewerblicher Dialog, S. 172 f., 176 f.; *Dörn*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 18 Rn. 24. Der wettbewerbliche Dialog erweist sich in den Fällen als nützlich, in denen öffentliche Auftraggeber nicht in der Lage sind, die Mittel zur Befriedigung ihres Bedarfs zu definieren, oder zu beurteilen, was der Markt an technischen, finanziellen oder rechtlichen Lösungen zu bieten hat. Siehe 42. Erwägungsgrund der VRL.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zuvor ermittelte staatliche Bedarf gedeckt werden soll. Die zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten zur Deckung des konkreten Bedarfs zu analysieren sowie eventuell notwendige Vormaßnahmen in die Wege zu leiten und die Durchführung der Beschaffung vorzubereiten, ist in dieser Phase Aufgabe der staatlichen Stelle.[359] Dazu gehört auch die Entscheidung, mit welcher Strategie der entsprechende Bedarf gedeckt werden soll.[360] Dies betrifft im Schwerpunkt allerdings die betriebswirtschaftliche Ausgestaltung der Abläufe. Im Innenbereich der Verwaltung existieren neben haushaltsrechtlichen Bindungen kaum konkrete rechtliche Grundlagen, die eine bestimmte Strategie bei der Bedarfsdeckung vorschreiben. Maßgebend sind allenfalls verfassungsrechtliche Grundprinzipien wie die Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. Sie bilden rechtliche Rahmenbedingungen bei der Planung und werden konkretisiert durch Anhörungspflichten,[361] Dokumentationspflichten[362] und Abwägungspflichten[363]. Der Staat kann sich im Rahmen dieser Grundsätze der Formen bedienen, die er für die Aufgabe zweckgemäß und sachgerecht hält. Hierbei ist das Ziel der erfolgreichen Erfüllung der staatlichen Aufgabe weiterhin bindend.

I. *Make-or-procure*-Entscheidung (Beschaffungsentscheidung)

Die Entscheidung zwischen den einzigen privatwirtschaftlichen Bereitstellungswegen, notwendige Produktionsmittel selbst herzustellen oder am Markt einzukaufen, wird in betriebswirtschaftlicher Literatur unter dem Stichwort *Make-or-buy*-Entscheidung geführt. Die *Make-or-buy*-Entscheidung betrifft die Abwägung, eine Leistung innerhalb des eigenen Betriebes herzustellen oder zu erbringen oder eine Leistung von Externen zu bezie-

359 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 75, 127–129. Vgl. auch *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89.

360 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 129 ff.

361 Vgl. § 28 VwVfG als einfach gesetzliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips: Beteiligte sind vor Erlass eines Verwaltungsaktes grundsätzlich anzuhören.

362 Vgl. § 97 Abs. 1 S. 1 GWB, der den öffentlichen Auftraggeber zur Transparenz und damit zur Erstellung von Vergabevermerken verpflichtet. Vgl. auch den entsprechend unionsrechtlichen Grundsatz der Offenheit der Verwaltung in Art. 15 AEUV und Art. 41 Abs. 1, 2 lit. b, Art. 42 GrCh.

363 Vgl. Art. 14 Abs. 3 GG, der die Enteignung als *ultima ratio* Mittel vorsieht und damit impliziert, dass eine gründliche Prüfung der Zweck-Mittel-Relation stattgefunden hat.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen.[364] Die Entscheidung zwischen Eigen- oder Fremdbezug ist zum Zwecke der Erreichung der gesetzten Formal- und Sachziele zu treffen.[365] Dabei kann die Abwägung sowohl klassisch ein Endprodukt betreffen, aber auch Produktionsprozesse, Dienstleistungen, Anlagen, Materialien oder Bündel, die eine Kombination unterschiedlicher Güter und Leistungen enthalten.[366] Da dem Staat außerdem die Möglichkeit der Enteignung zusteht, wird im Folgenden für die Entscheidung zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug der Begriff der *Make-or-procure*-Entscheidung verwendet.[367]

a. Lokalisierung im Bedarfsdeckungsprozess

Betriebswirtschaftliche und rechtswissenschaftliche Literatur verorten die hier als *Make-or-procure* bezeichnete Entscheidung sowohl vor dem eigentlichen Beschaffungsprozess[368], innerhalb der Analysephase[369] als auch in der Planungsphase[370]. Nach letzterer Ansicht könne die Entscheidung darüber, ob eine Leistung intern produziert oder am Markt eingekauft wird, nur erfolgen, wenn der Bedarf bereits analysiert sei. Demnach müsse zunächst feststehen, was ein Betrieb benötigt, um dann feststellen zu können, ob die Leistung mit eigenen Mitteln oder fremden Mitteln erbracht werden kann.[371] Für die staatliche Bedarfsdeckung würde dies bedeuten: Zunächst

364 Vgl. *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 10 ff.; *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 16; vgl. *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 11 ff., 23; *Irle*, Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, S. 8; *Hoffjan*, Die Verwaltung 27 (1995), S. 389, 389; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 175; *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 255; *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 134.

365 *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidung, S. 36 ff.; *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 39. Vgl. auch *Hoffjan*, Die Verwaltung 27 (1995), S. 389, 393.

366 *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 10–12; *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 255 f.

367 S. Teil 1., Kap. 1, C., III.

368 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124.

369 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124; *van Weele/Eßig*, Strategische Beschaffung, S. 55.

370 *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 23, 154; *Berndt*, Marketing für öffentliche Aufträge, S. 44; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89.

371 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89; *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

müsste die staatliche Stelle feststellen, was sie zur Aufgabenerfüllung benötigt, um dann entscheiden zu können, ob es ausreichend eigene Kapazitäten zur Bewältigung der Aufgabe gibt oder ob ein Mangel durch die Zuhilfenahme anderer Akteure beseitigt werden kann. Demzufolge wäre die *Make-or-procure*-Entscheidung eine Folge der Bedarfsanalyse und erst im Rahmen der weiteren Planung anzusprechen. Die *Make-or-procure*-Entscheidung hat allerdings vielmehr eine Sonderstellung zwischen Analyse- und Planungsphase, weil durch ständiges Abwägen zwischen den Gründen für die Eigenfertigung oder den Fremdbezug ebenfalls die Bedarfsdefinition aktualisiert werden kann. Je nach vorhandenen Kapazitäten und Haushaltsmitteln kann sich die staatliche Stelle durchaus mit weniger »zufrieden geben«, was aber weiterhin geeignet ist, die staatliche Aufgabe zu erfüllen und damit den objektiven Bedarf zu befriedigen.[372] Dadurch stehen Bedarfsdefinition und die *Make-or-procure*-Entscheidung in gegenseitiger Abhängigkeit und Bedingung.

b. Voraussetzungen der *Make-or-procure*-Entscheidung

Um eine *Make-or-procure*-Entscheidung überhaupt treffen zu können, muss für die Einrichtung die Möglichkeit der Eigenfertigung bestehen. Eine *Make-or-procure*-Entscheidung erfordert, dass es der Stelle zumindest tatsächlich potentiell möglich ist, die benötigten Güter oder Dienstleistungen selbst zu produzieren.[373] Ist hingegen die Eigenfertigung von vornherein nicht möglich, weil der Bedarf nicht mit den vorhandenen Mitteln gedeckt werden kann, wäre auch eine *Make-or-procure*-Entscheidung obsolet und vielmehr eine reine Formalie.

Als Maßstab der *Make-or-procure*-Entscheidung fungiert die Fertigungstiefe der Einrichtung. Dieser betriebswirtschaftliche Begriff beschreibt die Gesamtleistung des Unternehmen, mithin wie viele Aufgaben bzw. Leistungen der Betrieb mit den bereits vorhandenen Mitteln erfüllen kann.[374]

372 Zur Feststellung, dass die Phasen der Bedarfsdeckung nicht nacheinander ablaufen: Teil 1, Kap. 1, D.

373 *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 16; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 176.

374 *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 28 f.; *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 76; *Irle*, Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, S. 17; *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 19; *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 134.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Betrieb muss evaluieren, ob er die erforderlichen materiellen und personellen Kapazitäten bereitstellen kann sowie ausreichend Kenntnisse zur Aufgabenerfüllung hat. Abwägungspositionen für eine privatwirtschaftliche *Make-or-buy*-Entscheidung können die Qualität der geforderten Leistung, die damit verbundenen Kosten und die Kapitalbindung, die verfügbare Zeit, die festgelegte Strategie des Betriebs, das verfügbare Personal und verfügbares Spezialwissen sowie Risikoaspekte sein.[375] Diese Positionen müssen vor dem Hintergrund der Einhaltung der Formalziele sorgfältig miteinander abgewogen werden.[376] Dies bedeutet, dass Fragen der Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit zu anderen Unternehmen als Wertungsgesichtspunkte in die Abwägung hineinfließen. Übertragen lassen sich diese Erwägungen mit Anpassungen auch auf die staatliche *Make-or-procure*-Entscheidung. Formalziele sind die Rechtsstaatlichkeit, Staatszielbestimmungen wie Art. 20a GG, aber auch die Beachtung der Wirtschaftlichkeit, die sich aus den haushaltsrechtlichen Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 Abs. 1 HGrG ergibt. Sofern sowohl die Eigenproduktion als auch der Kauf am Markt möglich ist, lässt sich die Wirtschaftlichkeit der *Make-or-procure*-Entscheidung mittels einer Gegenüberstellung der jeweiligen Kosten ermitteln.[377] Um eine genaue Vergleichbarkeit zu gewährleisten, müssen die miteinander verglichenen Leistungen allerdings in ihren Eigenschaften homogen sein.[378]

Entscheidet sich die öffentliche Hand hingegen für den Weg der Eigenfertigung, sind die entsprechenden Stellen zur Erstellung der Leistung anzuweisen. Das Vergaberecht gelangt dann grundsätzlich nicht zur Anwendung, da in diesen Fällen i.d.R. kein privater Wirtschaftsteilnehmer schlechter gestellt wird.[379]

375 Vgl. *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 261 ff.; *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 17 f., 87. Für die Verwaltung: *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 135.

376 Vgl. *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 23–25.

377 *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 134.

378 Vgl. *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 25, 62.

379 Zu den rechtlichen Grenzen der *Make-or-procure*-Entscheidung: Teil 2, Kap. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Wahl der Beschaffungsform

Nach der Entscheidung für die Beschaffung muss sich die öffentliche Hand auf eine Form der Beschaffung festlegen, die zur Deckung des Bedarfs zumindest geeignet ist.[380] Erforderlich sind die Entscheidung zwischen hoheitlicher Beschaffung und rechtsgeschäftlicher Beschaffung und die Entscheidung darüber, wie die rechtsgeschäftliche Beschaffung ausgestaltet werden soll. Zentrale Frage dieser Phase ist daher zumeist, ob und inwieweit ein Privater in die Aufgabenerfüllung eingebunden werden soll. Soll die Sanierung des städtischen Schwimmbads im Zuge einer rechtsgeschäftlichen einmaligen Beauftragung durchgeführt werden oder soll sogleich ein Privater die sämtliche Unterhaltung des Schwimmbads übernehmen? Die Planungsphase enthält also auch Entscheidungen über die Risikoverteilung, mithin die Verantwortungsverlagerung zwischen Privaten und dem Staat.

3. Konkretisierung der Leistung im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung

Entscheidet sich die staatliche Einrichtung zur rechtsgeschäftlichen Beschaffung, ist in der Regel für das folgende Vergabeverfahren eine Leistungsbeschreibung notwendig. Andernfalls kann kein Vergabeverfahren eingeleitet werden, denn ohne Leistungsbeschreibung, bleibt unklar, was geleistet werden soll. Abschluss der Planungsphase ist folglich auch die Erstellung der Leistungsbeschreibung, bevor der Beschaffungsprozess in die Durchführungsphase übergeht.[381] In der Leistungsbeschreibung können über die Bedarfsdefinition hinaus Merkmale gefordert werden, die sich auf den Herstellungsprozess der Leistung beziehen (sog. immaterielle Kriterien als Bestandteil einer weiteren Leistungsbestimmung)[382]. In der Literatur erfolgt allerdings nicht immer eine Abgrenzung zwischen der Bedarfsdefinition und dem konkreten Beschaffungsgegenstand, der mit der

380 *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 80 sprechen insofern von »Realisierungsalternativen«.

381 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 129; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 101, die die Leistungsbeschreibung als »Scharnier« zwischen Definition und Deckung des Bedarfs bezeichnet.

382 Zu den immateriellen Kriterien: Teil 1, Kap. 1, B., III., 2. und Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb., (2).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Leistungsbeschreibung gefordert wird,[383] obwohl eine Trennung möglich und notwendig ist.[384] Denn gerade besondere Anforderungen an den Herstellungsprozess einer Leistung können nur im Wege der rechtsgeschäftlichen Beschaffung gefordert werden und spielen grundsätzlich bei einer Eigenfertigung oder Enteignung keine Rolle.

Ferner stehen der öffentlichen Hand im weiteren Verlauf die Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Leistungsgestaltung offen. Das bürgerliche Recht der Schuldverhältnisse sieht keinen Typenzwang vor, § 241 Abs. 1, § 311 Abs. 1 BGB.[385] Für Private gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit insbesondere in der Ausformung der Freiheit, den Inhalt des Vertrages zu gestalten.[386] Ähnlich, ohne hierbei schon eine rechtliche Herleitung vorzunehmen, können staatliche Einrichtungen sach- und zweckgemäß die passende Vertragsgestaltung wählen, die ihrem Bedarf entspricht. Dies umfasst auch die Auswahl entsprechender Vertragsbedingungen[387] sowie die Verteilung der vertraglichen Risiken im Einzelnen. Zu beachtende Vertragsordnungen sind hier unter Umständen die Allgemeinen Vertragsordnungen über Bauleistungen und Leistungen (VOB/B und VOL/B) sowie für den Spezialfall vorgesehene Sonderbedingungen, die insbesondere bei Vergaben verpflichtend einzubeziehen sind.[388]

Da Inhalt der vertraglichen Gestaltung auch Regelungen über Vergütung und Risikoverteilung sind, schlägt sich die Auswahl der konkreten Beschaffungsform in den konkreten Vertragsbedingungen nieder. Dementsprechend bedingen sich die schuldrechtliche Leistungsbestimmung und die Wahl der Beschaffungsform, da insbesondere die vertraglich festgelegte Risikoverteilung zwischen Staat und Privatem ein Indiz für die Übertragung der Verantwortung bildet.[389]

383 Vgl. bspw. *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 77–90; *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 147. Siehe aber: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 78, der zwischen Beschaffungsgegenstand und Bedarfsdefinition differenziert.

384 Zur Abgrenzung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung: Teil 1, Kap. 1, E., III.

385 Vgl. *Kaulbach*, JuS 2011, S. 397, 399.

386 *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 4; *Oftinger*, in: Festgabe Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, S. 315, 316; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 477. Vgl. auch zur Privatautonomie und Vertragsfreiheit: *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136.

387 Vgl. *Müglich/Lapp*, CR 2004, S. 801, 804.

388 Dazu: Teil 1, Kap. 1, E., II., 2.

389 Zu den Formen der Privatisierung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Durchführungsphase

Analyse- und Planungsphase greifen ineinander und bedingen sich gegenseitig. Eine klare Trennung besteht allerdings zwischen diesen Phasen und der tatsächlichen Durchführung der Beschaffung. An die Phasen der Analyse und der Planung schließt sich die Durchführungsphase an. In dieser Phase leitet die Stelle die weiteren Schritte ein, die sich nach der ausgewählten Form der Bedarfsdeckung richten.[390] Insbesondere für die Durchführung der Beschaffung ist es unerheblich, ob eine Stelle mit der Durchführung der Beschaffung beauftragt wird oder die Stelle, bei der der Bedarf entsteht, die Beschaffung vornimmt.[391] Im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung erfolgt die tatsächliche Durchführung der Beschaffung, indem der Staat am Markt durch Nachfrage auftritt. Für den Fall einer öffentlichen Auftragsvergabe bedeutet dies, dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistungsbeschreibung erstellt hat, das entsprechende Vergabeverfahren, Eignungskriterien und Wertungskriterien auswählt,[392] die Ausschreibung veröffentlicht und das Verfahren schließlich bis zur Erteilung des Zuschlages durchführt. Die Durchführungsphase endet mit dem Erhalt der begehrten Leistung.

Nicht immer erfolgt eine öffentliche Ausschreibung, obgleich sich die staatliche Einrichtung in der operativen Phase des Einkaufs und damit in der Durchführungsphase befindet. Die Vergabenachprüfungsinstanzen sprechen in diesem Zusammenhang von einem materiellen Beginn des Vergabeverfahrens.[393] In materiellen Sinne liegt nach der Rechtsprechung ein Vergabeverfahren dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber intern einen Beschaffungsentschluss getroffen hat und sich mit dem Ziel eines verbindlichen Vertragsabschlusses zur Deckung des Bedarfs durch ein Ver-

390 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 93.

391 So gilt bspw. das Beschaffungsamt des Bundesinnenministerium als zentrale Anlaufstelle für die Beschaffung von Leistungen für die öffentliche Verwaltung im Geschäftsbereich des Innenministeriums. Siehe: https://www.bescha.bund.de/DE/DasBeschaffungsamt/UnsereOrganisation/unsereorganisation_node.html (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Auch die EU-RL verweisen auf Möglichkeit, Beschaffungsdienstleister in Anspruch zu nehmen. Siehe: Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 VRL; Art. 2 Nr. 13 SektRL.

392 Vgl. *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 101.

393 *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 155 Rn. 11; *Spinzig*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 155 Rn. 24; *Raabe*, NJW 2004, S. 1284, 1287.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fahren an private Unternehmen richtet.[394] Ab diesem Zeitpunkt ist eine gerichtliche Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen möglich.

IV. Kontrollphase

Auf die Durchführungsphase kann eine Kontrollphase folgen. Der öffentliche Bedarfsdeckungsprozess unterscheidet zwischen internen und externen Kontrollinstanzen.[395] So erfolgt nach der operativen Beschaffung eine interne Kontrolle in der Stelle auf den tatsächlichen Wareneingang und die Rechnung wird geprüft. Ferner wird die Leistung auf ihre Brauchbarkeit und Nützlichkeit evaluiert.[396] § 12 VOL/B sieht sogar eine im Grundsatz verpflichtende Güteprüfung der Leistung vor, die die Prüfung der Leistung auf die Erfüllung der vertraglichen Anforderungen vorsieht. Derartige Evaluationen entsprechen nicht nur den betrieblichen Gepflogenheiten, sie dienen auch dazu, entsprechende Informationen hinsichtlich der Quantität und Qualität für zukünftige Beschaffungen zu sammeln. Eine externe Kontrolle ist durch Nachprüfungsinstanzen und Rechnungshöfe möglich, wobei insbesondere die Nachprüfungsinstanzen ihre Kontrolle auf die Einhaltung kartellvergaberechtlicher Bestimmungen konzentrieren.[397] Die internen und externen Kontrollen dienen primär der Rechtmäßigkeitskontrolle und der Wirtschaftlichkeitskontrolle.[398]

394 BGH, 1.2.2005 – X ZB 27/04, NZBau 2005, S. 290, 291; OLG Düsseldorf 20.6.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, S. 696, 689 f.; 11.3.2002 – Verg 43/01, NZBau 2003, S. 55, 57; 29.10.2008 – VII-Verg 35/08, juris Rn. 21; BayObLG 22.1.2002 – Verg 18/01, NZBau 2002, S. 397, 398; OLG Frankfurt a.M., 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, NZBau 2004, S. 692, 693; OLG Schleswig, 7.10.2011 – 1 Verg 1/11, juris Rn. 12; OLG Jena, 22.7.2015 – 2 Verg 2/15, NZBau 2015, S. 796, 797 Rn. 41; OLG Koblenz, 3.12.2014 – Verg 8/14, ZfBR 2015, S. 308, 309.

395 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 142.

396 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 142; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 94. Vgl. auch *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 173; *Fuchs*, Organisationshandbuch, S. 153 f.

397 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 142.

398 *Sacher*, Die Beschaffung öffentlicher Verwaltungen, S. 39; *Schmidberger*, Öffentliche Verwaltungen, S. 226 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 94; vgl. *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 87 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

V. Kontextualisierung der Beschaffungsautonomie

Die Ausführungen zu den Phasen des Beschaffungsprozess liefern nun ein differenzierteres Bild von der Beschaffungsautonomie, welche nach allgemeiner Ansicht als Spielraum bei der Bedarfsdefinition und der Beschaffungsentscheidung bezeichnet wird.[399] Der Staat durchläuft im Rahmen des Bedarfsdeckungsprozesses unterschiedliche Phasen und muss dabei mehrere Auswahlentscheidungen treffen. Allgemein soll die Beschaffungsautonomie einen rechtlichen Spielraum bei den Entscheidungen beschreiben, die sich um die Bestimmung der Leistung und die Form der Bedarfsdeckung drehen. Konkret umfasst die Beschaffungsautonomie daher nicht nur einen Spielraum bei der Bedarfsdefinition und bei der Beschaffungsentscheidung. Sie ist vielmehr ein Konglomerat aus mehreren Spielräumen, nämlich bei:

- der Bedarfsdefinition,
- der Entscheidung zwischen Eigenfertigung und Beschaffung (*make-or-procure*),
- der Entscheidung zwischen den verschiedenen Formen der Beschaffung,
- und im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung: der weiteren Bestimmung der gewünschten Leistung, insbesondere in Bezug auf immaterielle Kriterien (hier: Leistungsbestimmung),
- und der Bestimmung der konkreten schuldrechtlichen Leistungspflichten.

Damit betrifft die Beschaffungsautonomie fünf unterschiedliche Entscheidungen, die in der Analyse- und der Planungsphase Relevanz haben. Diese Feststellung kann die mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Spielräume noch nicht rechtlich herleiten, aber sie zumindest in den reellen Ablauf der Bedarfsdeckung und Beschaffung einordnen.

E. Die Kennzeichen von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung

Nachdem die vorherigen Ausführungen ein Bild vom Ablauf des Bedarfsdeckungsprozesses gezeichnet haben, müssen die Entscheidungsspielräume, die als »Beschaffungsautonomie« zusammengefasst und auf die Bestimmung der Leistung bezogen werden, voneinander und auch gegenüber der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung abgegrenzt werden. In Recht-

399 S. Teil 1, Kap. 1, A., III.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sprechung und Literatur erfolgen bisher keine eindeutige Abgrenzung der beiden Entscheidungen voneinander.[400] Die Beschaffungsautonomie umfasst die Spielräume bei der Bedarfsdefinition, der Bestimmung zusätzlicher immaterieller Kriterien der Leistung (sog. Leistungsbestimmung) (I.) und der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung (II.). Gegenüber der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung sind Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung abzugrenzen (III.).

I. Die Bedarfsdefinition in der staatlichen Bedarfsdeckung

Bestandteil der Beschaffungsautonomie ist ein Spielraum des Staates bei der Definition des staatlichen Bedarfs,[401] der im Rahmen dieser Arbeit als Bedarfsdefinition bezeichnet wird. Die Bedarfsdefinition stellt Dreh- und Angelpunkt der weiteren Beschaffung und Eigenfertigung dar und kann, wenn fehlerhaft definiert, eine anschließende Beschaffung unwirtschaftlich werden lassen oder gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen.[402]

Was alles zur Bedarfsdefinition gehört und was Teil einer weiteren Leistungsbestimmung ist, wird im Folgenden erörtert. Den Beginn einer jeden staatlichen Bedarfsdeckungsmaßnahme bildet die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, an die die Bedarfsdefinition anknüpft. Zwischen Bedarfsdefinition und staatlicher Aufgabe muss ein Zusammenhang bestehen (1.). Gegenstände des staatlichen Bedarfs sind Güter und Dienstleistungen, welche zur Bestimmung wiederum unterschiedliche Komponenten aufweisen (2.), sowie äußere Umstände der Leistungserbringung (3.). Teil einer fakultativen Leistungsbestimmung sind nur immaterielle Eigenschaften (4.). Ändert sich der Beschaffungsbedarf während eines Vergabeverfahrens, kann der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren unter Umständen aufheben (5.).

400 Vgl. auch *Schellenberg*, der bemängelt, dass die Rechtsprechung bisher keine Möglichkeiten zur Abgrenzung zwischen Beschaffungsgegenstand und Leistungsbeschreibung hervorgebracht hat, s. *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 11.

401 S. Teil 1, Kap. 1, A., III., 1. und Teil 1, Kap. 1, D., V.

402 In Bezug auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz explizit: *Sacher*, Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen, S. 30–32. In Bezug auf vergaberechtliche Vorschriften: Teil 2, Kap. 1, B.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Zusammenhang von Bedarfsdefinition und staatlicher Aufgabe

Im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe wird zur Annahme eines öffentlichen Auftrags vertreten, dass ein Zusammenhang zwischen nachgefragter Leistung und staatlicher Aufgabe aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs der staatlichen bzw. öffentlichen Aufgabe obsolet sei.[403] Bezogen auf die staatliche Bedarfsdeckung wäre demnach auch als Grundlage jeglicher Bedarfsdeckung ein Zusammenhang zwischen Bedarf und staatlicher Aufgabe nicht notwendig. Dem ist entgegen zu halten, dass die notwendige Erfüllung staatlicher Aufgaben sowohl rechtlich als auch betriebswirtschaftlich im Sinne einer betrieblichen Zielsetzung den Anlass für den staatlichen Bedarf an Gütern und Dienstleistungen bietet.[404] Der Bedarf ist das Spiegelbild der zugrundeliegenden Aufgabe. Die an den Bedarf anschließende Beschaffung und Eigenfertigung erfolgen gerade nicht zu einem Selbstzweck. Ferner mag der Inhalt zugrundeliegender Aufgaben zwar weit sein, doch ist die Arbeit mit unbestimmten Tatbeständen der Rechtswissenschaft nicht fremd. Dementsprechend muss der begehrte Leistungsgegenstand in einer Verbindung zur angefallenen staatlichen Aufgabe stehen.[405]

Unklar ist jedoch, wie eng die Verbindung von staatlicher Aufgabe und Bedarfsdefinition sein muss. Weil den Staat die Pflicht trifft, sich selbst so funktionsfähig zu halten, alle anfallenden Aufgaben erfüllen zu können, muss die begehrte Leistung mindestens geeignet sein, entsprechende Aufgaben zu erfüllen.[406] Erfüllte die nachgefragte Leistung die Aufgabe nicht, besteht weiterhin ein staatlicher Bedarf. Folglich müsste die öffentliche Hand angesichts der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt eine erneute Beschaffung vornehmen oder die Leistung selbst fertigen. Ein derartiger Vorgang wäre gegenüber einer einmalig durchgeführten Beschaffung allerdings eine Verschwendung von Mitteln und widerspräche in jedem Fall

403 Vgl. *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 96 f. mit Verweis auf Schlussanträge des GA Geelhoed, 24.6.2004 – C-126/03 – ECLI:EU:C:2004:391 Rn. 26 (Kommission/Deutschland). OLG Düsseldorf, 28.4.2004 – VII-Verg 2/04, NZBau 2004, S. 400, 401. Zur Unbestimmtheit der Aufgabe: *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 99–103.

404 S. Teil 1, Kap. 1, B., II.

405 Vgl. OLG München, 19.1.2012 – Verg 17/11 – juris Rn. 32 f.; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 103 Rn. 46; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 192 f. Vgl. auch *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 94.

406 Zur Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit: Teil 1, Kap. 2, B.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG).[407] Dementsprechend muss die begehrte Leistung zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe zumindest geeignet sein.[408]

Aufgrund der Vielzahl und der Weite der staatlichen Aufgaben und der damit einhergehenden Schwierigkeit der Definition von Aufgaben[409] können in der Praxis die Zusammenhänge manchmal allerdings schwierig zu ermitteln sein. Wie bereits festgestellt, ist zugrundeliegende Aufgabe eine konkrete Aufgabe im Sinne eines Tätigkeitsbereichs.[410] Ob die Bedarfsdefinition nur mittelbar oder unmittelbar der Erfüllung der Aufgabe dient, ist allerdings unerheblich.[411] Tendenziell ist der Bedarf und die Nachfrage nach einer Dienstleistung enger mit der zugrundeliegenden Aufgabe verknüpft als der Bedarf nach Gütern mit der zugrundeliegenden Aufgabe.[412] Insbesondere bei der Nachfrage nach Bauwerken, die Platz für unterschiedliche Dienststellen bieten und daher der Erfüllung vieler staatlicher Aufgaben dienen, können mehrere staatliche Aufgaben die Grundlage bilden. Der Grad der Verbindung zwischen Aufgabe und staatlichem Bedarf ist in dem Fall eher schwach ausgeprägt. Das bedeutet, dass in der Praxis eine Vielzahl an möglichen Leistungen geeignet sein können, die zugrundeliegende Aufgabe zu erfüllen, so dass zur Verbindung von staatlicher Aufgabe und staatlichem Bedarf über das Erfordernis der Eignung hinaus kaum handfeste Kriterien ausgemacht werden können.

2. Gegenstände des staatlichen Bedarfs

Ein staatlicher Bedarf kann in sachlicher Hinsicht an zwei Gegenständen bestehen: Gütern (a.) und Dienstleistungen (b.). Güter können sowohl

407 Enger: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 180: »Erst recht ist mit der grundsätzlichen Anerkennung des Bedarfsdeckungszwecks nicht eine generelle Freigabe aller zu ihrer Realisierung zweckmäßig erscheinenden Mittel verbunden«. Siehe auch: *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht (4. Aufl.), GWB, § 103 Rn. 23; vgl. *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 20.

408 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 193 f., 197; *Bultmann*, Beihilfen- und Vergaberecht, S. 65.

409 S. Teil 1, Kap. 1, B., II.

410 S. Teil 1, Kap. 1, B., IV.

411 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 194. S. auch oben, nach dem eine Differenzierung zwischen konkreten Aufgaben und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit als eine Bündelung verschiedener Aufgaben nicht überzeugend ist: Teil 1, Kap. 1, B., II., 2.

412 *Holoubek/Fuchs*, in: FS Marx, S. 267, 276.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

materielle als auch immaterielle Eigenschaften[413] aufweisen, wobei letztere preisbildend sein müssen, um Teil der weiteren Leistungsbestimmung zu sein. Bei einer Dienstleistung liegt die Leistung in der Erbringung einer Tätigkeit.

a. Güter

Aufgrund der mangelnden Kenntnisse über die Leistungserstellung und mangelnder Ressourcen der öffentlichen Hand entsteht regelmäßig ein Bedarf an bereits produzierten Gütern.[414] Güter lassen sich anhand ihrer Verkehrsauffassung grob klassifizieren. Hinsichtlich der Qualität sind sie anhand ihrer materiellen und immateriellen Eigenschaften zu bestimmen.

aa. Klassifikation nach der Verkehrsauffassung

Es ist praktisch kaum möglich, abstrakt-generelle Kriterien für die Klassifikation von Gütern zu erstellen, da am Markt unzählige unterschiedliche Leistungen angeboten werden. Als eine erste grobe Bestimmung, die zu beschaffende Leistung zu klassifizieren, dient die Bestimmung der Leistung nach der Verkehrsauffassung. Hiernach ist entscheidend, inwiefern die Leistung in der Regel als funktionell austauschbar erachtet werden kann.[415] Bevor sich die beschaffende Stelle mit den einzelnen Eigenschaften einer Leistung auseinandersetzen kann, geht dieser Entscheidung denklogisch die Festlegung der Klassifikation der Leistung voraus, die den Bedarf abbildet. Das bedeutet, dass sich die staatliche Einrichtung bspw. bei der Beschaffung neuer Fortbewegungsmittel für die Polizei zwischen Fahrrädern, Kraftfahrzeugen oder Motorrädern entscheiden muss. Eine Richtschnur zur Einordnung verschiedener Klassen bietet das *Common Procurement Vocabulary* (»CPV«) der Europäischen Union. Das CPV wurde mit der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des

413 Das Kartellvergaberecht verwendet in § 127 Abs. 3 S. 2 GWB und § 31 Abs. 3 VgV den Begriff der materiellen Bestandteile der Leistung. Die VRL verwendet im 97. Erwägungsgrund den Begriff der stofflichen Beschaffenheit.

414 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124 f. In Bezug auf die Beschaffung von IT-Produkten auch: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 66.

415 Zur funktionellen Austauschbarkeit als Indikator vergleichbarer Leistungen: Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., c., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rates[416] eingeführt und enthält 9.454 sogenannte »CPV-Codes«. Hierbei handelt es sich um numerische Codes, die Güter und Dienstleistungen nach ihrer Art klassifizieren und der transparenten, grenzüberschreitenden Beschreibung der Leistung dienen. Auch wenn es sich bei diesen Codes um die Transparenz fördernde Mittel zur Leistungsbeschreibung und gerade nicht der Bedarfs- und Leistungsbestimmung handelt, können die mit den CPV-Codes bezeichneten Kategorien zumindest als Anhaltspunkt für eine bestehende Verkehrsauffassung von unterschiedlichen Gütern und Dienstleistungen herangezogen werden, wobei weitere Differenzierungen möglich sind.[417]

bb. Qualität

Zur Bedarfsdefinition gehört, die Qualität der Leistung zu bestimmen.[418] Die Qualität der Leistung setzt sich aus materiellen und immateriellen Eigenschaften zusammen. Während materielle Eigenschaften leistungs- und wertbildend sind, sind immaterielle Eigenschaften nur wertbildend.

(1) Materielle Eigenschaften

Materielle Eigenschaften sind solche, die das Produkt in seiner stofflichen Beschaffenheit oder Funktion sowie in seinen Maßen und seinem Gewicht auszeichnen.[419] Beispielsweise unterscheidet sich ein Möbelstück aus Holz von einem Möbelstück aus Metall in seiner stofflichen Beschaffenheit. Ein Möbelstück aus Eichenholz unterscheidet sich wiederum von einem Tisch

416 Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.11.2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge, EGAbl. L 340/1, zuletzt geändert in Verordnung (EU) 2022/943 der Kommission vom 17.6.2022, EUAbl. L 156/6.

417 So lässt sich bspw. die Kategorie der Berufskleidung (CPV-Code-Nr. 18112000–7) weiter aufschlüsseln in medizinische Kleidung (CPV-Code-Nr. 18112100–8) und Militärkleidung (CPV-Code-Nr. 18112200–9).

418 Auch: BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366, 369 Rn. 34.

419 Vgl. auch Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 VRL, der von materiellen Bestandteilen der Leistung spricht und damit solche Eigenschaften meint, die sich nicht nur auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode der Herstellung oder Erbringung oder auf einen anderen Prozess im Lebenszyklus der Leistung beziehen. Vgl. auch § 127 Abs. 3 a.E. GWB.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus Nussbaumholz. Die Produkte unterscheiden sich in ihrer Beschaffenheit, wobei nicht von einer strengen Unterscheidung der Beschaffenheit im Sinne einer Einzigartigkeit jedes Produkts ausgegangen wird, sondern Güter gleicher Art und Güte entsprechend § 243 Abs. 1 BGB gemeint sind. Die materiellen Eigenschaften ermöglichen eine Unterscheidung der jeweiligen Güter voneinander und spiegeln sich im staatlichen Bedarf wider, da sie geeignet sind, einen Beitrag zur bedarfsauslösenden Aufgabe zu leisten. Die materiellen Eigenschaften sind folglich auch aufgabenbezogen.

Fraglich ist, ob ökologische Eigenschaften materielle Eigenschaften und damit Teil der Bedarfsdefinition sind.[420] Werden in einem Vergabeverfahren Ziele verfolgt, die nicht primär einer wirtschaftlichen Bedarfsdeckung dienen[421], wie bspw. ökologische, soziale oder innovative Zielsetzungen, spricht man auch von der Verfolgung von Sekundärzwecken (§ 97 Abs. 3 GWB) oder noch deutlicher von beschaffungs*fremden* Kriterien.[422] Beschaffungsfremd sind diese Kriterien deshalb, weil sie dem eigentlichen Ziel der Bedarfsdeckung, nämlich dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit nicht unmittelbar dienen.[423] Sekundärzwecke bzw. beschaffungsfremde Kriterien sollen daher gerade nicht Teil des Bedarfs sein, der sich am Maßstab der staatlichen Aufgabe bildet. Daraus ließe sich schließen, dass sämtliche Eigenschaften, die einen ökologischen, sozialen oder innovativen Charakter haben, nicht Teil der Bedarfsdefinition sind. Können Leistungen, die z.B. bestimmte ökologische Eigenschaften aufweisen, also überhaupt Teil der Bedarfsdefinition sein?

420 Vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 80.

421 Zum Zweck des Vergabeverfahrens einer wirtschaftlichen Bedarfsdeckung statt vieler: *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 11. Diese wohl h.M., dass »vergabefremde« Zwecke einer wirtschaftlichen Beschaffung widersprechen, kann für die Verfolgung ökologischer Ziele durchaus infrage gestellt werden. Denn die Verfolgung ökologisch-nachhaltiger Kriterien steht nicht zwangsläufig einer wirtschaftlichen Beschaffung entgegen. So müssen zum einen die Einkaufspreise einer ökologisch nachhaltigen Leistung nicht höher als bei vergleichbaren Leistungen liegen und zum anderen können die Betriebskosten einer Leistung gegenüber den Betriebskosten einer konventionellen Leistung im Gesamtergebnis günstiger sein, da vor allem externe Kosten reduziert werden, die durch Folgen eines ungebremsten Klimawandels entstünden. Dazu: *Onischka*, Umwelt- und Ressourcenschutz, S. 30–32.

422 Zum Begriff der beschaffungsfremden Kriterien: *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 87; *ders.*, SächsVBl. 1999, S. 289, 293; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 128, 138. Vgl. auch *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 60 ff. Zum Begriff der Sekundärzwecke: *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 17–21.

423 Vgl. *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schlagen sich politische Zielsetzungen in materiellen Eigenschaften nieder, sind jene ebenfalls Teil der Bedarfsdefinition. So kann eine Leistung selbst als ökologisch nachhaltig bezeichnet werden, wie beispielsweise die Nachfrage nach Elektrobussen ökologisch nachhaltiger ist als die Nachfrage nach mit Dieselkraftstoff betriebenen Bussen.[424] Die Forderung nach einem Fahrzeug mit elektronischem Antrieb ist angesichts damit verbundener CO_2-Emissionen ökologisch nachhaltiger als ein Fahrzeug mit einem herkömmlichen Verbrennungsmotor. Aufgrund unterschiedlicher Motoren unterscheiden sich die beiden Fahrzeuge allerdings schon in ihrer Beschaffenheit, mithin in ihren materiellen Eigenschaften. Computerbildschirme mit einer hohen Energieeffizienzklasse sind ökologisch nachhaltiger als Computerbildschirme mit einer niedrigen Energieeffizienzklasse. Wenn Leistungen in Relation zu anderen Leistungen aufgrund ihrer Beschaffenheit als eine ökologisch-nachhaltigere Alternative begriffen werden, ist die Nachfrage nach letzteren nicht als beschaffungsfremd zu klassifizieren. Denn es handelt sich um einen Vergleich materieller Eigenschaften, die einen Rückschluss auf die Beschaffenheit der Leistung bieten. Dass auch ökologische Kriterien Bestandteil materieller Eigenschaften sein können, ergibt sich ferner aus Art. 20a GG, der stellvertretend für speziellere Regelungen[425] als Staatszielbestimmung zur Berücksichtigung der Umweltauswirkungen bei der Aufgabenerfüllung verpflichtet[426] und den staatlichen Aufgaben durchaus einen ökologischen Charakter verleihen kann.[427] Die Nachfrage nach derartigen Leistungen ist gerade nicht verschwenderisch.[428] Daher ist die Nachfrage nach einer ökologisch-nachhaltigeren Alternative grundsätzlich als Teil der Bedarfsdefinition aufzugreifen, sofern sie geeignet ist, die Aufgabe zu erfüllen und damit dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit dient. Dasselbe gilt, wenn eine Leistung nach ihrer Fähigkeit

424 Vgl. auch *Pietzcker*, SächsVBl. 1999, S. 289, 293, der den Bedarf nach abgasarmen Bussen als Teil der Bedarfsdefinition und nicht als beschaffungsfremdes Kriterium begreift.

425 Konkrete Regelungen treffen bspw. das KSG und die Landes-Klimaschutzgesetze sowie bestimmte Landesvergabegesetze. Dazu im Einzelnen: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1. b. bis d.

426 BVerfGE 157, 30 (138 f. Rn. 198).

427 So auch: *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 9, 87. Ähnlich auch mit Bezug auf soziale Belange: *McCrudden*, Buying social justice, S. 524. A.A. *Kayser*, Nationale Regelungsspielräume, S. 142 f., nach der ökologische Kriterien nicht Teil der Bedarfsdefinition sind, da sie den Gebrauchszweck der Leistung nicht verändern würden.

428 S. Teil 1, Kap. 1, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur Entsorgung nachgefragt wird. Auch hierbei handelt es sich um eine materielle Eigenschaft, da sich die Entsorgung des Produkts nach seiner Beschaffenheit richtet. Von derartigen materiellen Kriterien sind solche Merkmale zu unterscheiden, die sich nicht in der Beschaffenheit der Leistung niederschlagen[429], wie beispielsweise Anforderungen an den Herstellungs- oder Produktionsprozess der Leistung.

Auch die Nachfrage nach sozialen Leistungen (wie bspw. die Nachfrage nach Sozial- und Pflegediensten oder nach altersgerechter Mobilität), die ihrerseits selbst sozial sind, betreffen materielle Kriterien und sind Teil der Bedarfsdefinition.[430]

(2) Immaterielle Eigenschaften

Demgegenüber sind immaterielle Eigenschaften preisbildende Eigenschaften, die keine Berücksichtigung in der Beschaffenheit und Zusammensetzung des Endprodukts finden. Immaterielle Eigenschaften knüpfen an den Herstellungsprozess der Leistung oder an einen Punkt im Lebenszyklus des Produkts an, die sich nicht in der Beschaffenheit der Leistung niederschlagen.[431] Weil diese Eigenschaften nicht leistungsbildend sind, bedeutet das aber auch, dass sie nicht unmittelbar der Aufgabenerfüllung dienen. Auf den Zweck der Bedarfsdeckung, die Erfüllung von staatlichen Aufgaben, haben immaterielle Eigenschaften keinen Einfluss. Ein in der Beschaffenheit identisches Endprodukt kann eine Aufgabe ebenso erfolgreich erfüllen – unabhängig davon, ob es unter fairen Arbeitsbedingungen oder unfairen Bedingungen produziert wurde. Folglich sind immaterielle Anforderungen nicht Teil der Bedarfsdefinition, da sie nicht unmittelbar geeignet sind, einen Beitrag zur bedarfsauslösenden Aufgabe zu leisten und theoretisch bei der Wahl der Eigenfertigung oder Enteignung ebenfalls nicht verfolgt

429 Dazu sogleich.

430 Vgl. Information der Europäischen Kommission, Sozialorientierte Beschaffung, 2. Ausgabe (2021/C 237/01), EUAbl. C 237/1, 25.

431 Ähnlich: Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 28.11.2001 (2001/C 333/07), KOM (2001) 274 endg., S. 16 Rn. 1.2; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 491; *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, S. 1184, 1185; *Pietzcker*, SächsVBl. 1999, S. 289, 293; *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), S. 427, 465; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 453.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden können. Sie sind dann entweder Teil der weiteren Leistungsbestimmung oder Ausführungsbedingungen. Derartige immaterielle Eigenschaften lassen sich in drei Gruppen differenzieren: ortspezifische Vorgaben, soziale Vorgaben und ökologische Vorgaben.

Ob zum Beispiel ein Kleidungsstück in Asien oder in Westeuropa gefertigt wird, hat – bei Verwendung des gleichen Stoffes und gleichen Fähigkeiten der Produzenten – keinerlei Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Produkts. Die immaterielle Eigenschaft »Produktion in Asien« wird sich aber aufgrund unterschiedlicher Lohnkosten im Preis niederschlagen. Anforderungen an den Herstellungsort der Leistung sind also in der Regel immaterielle Eigenschaften. Derartige ortsspezifische Angaben sind aber nicht immer immaterielle Eigenschaften, wenn gerade mit der Herkunft eine unterschiedliche Beschaffenheit einhergeht.

Bestehen Unterschiede in der Beschaffenheit von Produkten verschiedener Bezugsquellen, handelt es sich bei dem Merkmal des Bezugsortes nicht lediglich um eine immaterielle Eigenschaft. Das Erfordernis einer bestimmten Bezugsquelle lässt sich durchaus als materielle Eigenschaft einordnen, wenn die Herkunft oder die Bezugsquelle kausal für eine Veränderung der stofflichen Beschaffenheit ist. So waren bspw. mittelbare Diskriminierungen in Fällen der Nachfrage nach irischem Blaustein oder des Ausschlusses von Streusalz aus einer marokkanischen Förderquelle durch den Verweis auf die stoffliche Verschiedenheit zu ähnlichen Blausteinen und Streusalzen gerechtfertigt.[432] Vorgebracht wurde, dass die mangelhafte Produktqualität des Streusalzes aus einer marokkanischen Förderquelle den Beschaffungsbedarf, mithin die erforderliche staatliche Aufgabe der Straßenverkehrssicherheit, nicht erfolgreich erfüllen könnte.[433] Bei Anforderungen an die Bezugsquelle oder den Herstellungsort bietet sich daher als Kontrollfrage an, ob die Herkunft kausal zu einem Unterschied bei den Leistungseigenschaften führt, um beurteilen zu können, ob es sich um eine materielle Eigenschaft handelt, die den Bedarf abbildet.

Soziale Vorgaben betreffen vor allem die personellen Bedingungen, unter denen eine Leistung hergestellt wurde. So ist sogenannter *Fair-Trade*-Kaf-

432 Irischer Blaustein wird seinem Namen entsprechend nur in der Republik Irland, Kilkenny abgebaut. Zur Nachprüfung einer Ausschreibung über die Verlegung von Natursteinböden aus irischem Blaustein: VK Münster, 24.6.2011 – VK 6/11. Zur Nachprüfung einer Ausschreibung über die Lieferung von Streusalz mit dem Ausschluss aus einer marokkanischen Förderquelle: VK Lüneburg, 15.9.2016 – VgK-34/2016, juris Rn. 69; OLG Celle, 10.11.2016 – 13 Verg 7/16, juris Rn. 33.

433 VK Lüneburg, 15.9.2016 – VgK-34/2016, juris Rn. 90–92.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fee teurer, aber in der materiellen Beschaffenheit nicht verschieden von Kaffeebohnen, die unter keinen fairen Bedingungen geerntet und geröstet wurden.[434] Die Beispiele für derartige Merkmale sind mannigfaltig: So kann gefordert werden, dass die Leistung nicht durch Kinderarbeit entstanden ist,[435] oder dass an der Herstellung der Leistung Menschen mit Behinderung beteiligt waren. Ökologische Anforderungen betreffen die Herstellung der Leistung oder bestimmte Vorprodukte. So kann bspw. Strom aus erneuerbaren Energiequellen gefordert werden oder aber, dass die Leistung in einer die Umwelt und das Klima besonders schonenden Weise oder gerade auf legalem Wege produziert wurde, wie bspw. Holz aus legalem und nachhaltigem Anbau.[436] Auch die Anforderung an den Anbieter, für entsprechende Genehmigungen zu sorgen, sind immaterielle Anforderungen.[437]

Immaterielle Eigenschaften der Leistung sind als beschaffungsfremde Eigenschaften zu klassifizieren und nicht Teil des Beschaffungsbedarfs. Immaterielle Eigenschaften können in einem folgenden Vergabeverfahren durch die Möglichkeit der Einbindung sozialer, ökologischer und innovativer Zwecke (§ 97 Abs. 3 GWB) gefordert werden. Besondere Relevanz erhalten sie bei der Beschreibung der Leistung (§ 31 Abs. 3 VgV[438]) sowie der

434 Dieses Beispiel erwähnt *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 73 f., ohne hinsichtlich der Eigenschaften zu differenzieren.

435 In Anlehnung an die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (auch: »ILO-Kernarbeitsnormen«) kann von staatlicher Seite aus verlangt werden, dass die begehrte Leistung nicht durch ausbeuterische Kinderarbeit entstanden ist. Bei den ILO-Kernarbeitsnormen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, die zwischen den vertragsschließenden Parteien rechtsverbindlich sind. Als Grenzen der Beschaffungsautonomie: Teil 2, Kap. 4.

436 Gemeinsamer Erlass der am Erlass beteiligten Bundesministerien zur Beschaffung von Holzprodukten vom 22.12.2010 – Bek. d. BMEL v. 6.10.2017 – 534–62505/0005 – GMBl. 2017 Nr. 41/42, S. 778, nach dem in den Bundesministerien eine Beschaffung von Holzprodukten aus nachhaltiger und legaler Waldbewirtschaftung erfolgen soll.

437 Vgl. OLG Düsseldorf, 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 637.

438 Vergleichbare Vorschriften in: § 28 Abs. 3 S. 2 SektVO, § 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A. Damit hat sich die Rechtslage mit Erlass der VRL geändert. Nach der alten Rechtslage zur Geltung der RL 2004/18/EG war eine Berücksichtigung immaterieller Eigenschaften, insbesondere die Anforderung nach einer fairen Lieferkette, in der Leistungsbeschreibung nicht möglich, da Anhang VI der RL 2004/18/EG derartige immaterielle Eigenschaften nicht als Teil der technischen Spezifikationen auffasste. Dementsprechend entschied der EuGH in der Entscheidung über die Nutzung des *Fair-Trade*-Gütezeichens MAX HAVELAAR, dass Anforderungen an den fairen Handel der begehrten Leistung allenfalls als Ausführungsbedingun-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bestimmung von Ausführungsbedingungen (§ 128 Abs. 2 GWB), die Teil der Leistungsbeschreibung sind.[439] Die Auswahl bestimmter immaterieller Eigenschaften ist dann Teil der weiteren fakultativen Leistungsbestimmung.

cc. Abgrenzung: Gütezeichen und technische Normen

Insbesondere wenn der Staat am Markt einkaufen möchte, ist es üblich, dass er Gütezeichen und technische Normen in der Leistungsbeschreibung verwendet, um die begehrte Leistung einfacher beschreiben zu können. Im deutschen Vergaberecht regeln § 34 VgV, § 32 SektVO die Verwendung von Gütezeichen und §§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 32 VgV, §§ 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 29 SektVO die Verwendung von technischen Normen bzw. technischen Anforderungen.

Bei Gütezeichen sowie technischen Normen (technische Anforderungen im Sinne des § 32 VgV[440]) handelt es sich um nach allgemeinen oder sektoralen Standards anerkannte Be- oder Umschreibungen bestimmter Leistungen bzw. Leistungseigenschaften und damit einen Nachweis dafür, dass bestimmte Eigenschaften vorliegen und ein entsprechender Bedarf gedeckt werden kann. Gütezeichen haben die Funktion, eine bestimmte Produktionsweise, Herkunft, spezifische umweltbezogene, soziale oder sonstige Eigenschaft sowie Qualität formell zu attestieren.[441] Aufgrund dieses »Beweischarakters« kann ein Gütezeichen selbst nur die geforderten Eigenschaften einer Leistung beschreiben, aber nicht selbst eine Eigenschaft der Leistung sein.

---

gen Teil der Ausschreibung sein könnten. Siehe: EuGH, 10.5.2012 – C-368/10 – ECLI:EU:C:2012:284 Rn. 74 ff. (Kommission/Niederlande). S. auch: *Siegel*, VergabeR 2013, S. 370; 372. Die Berücksichtigung immaterieller Eigenschaften in der Leistungsbeschreibung als Bestandteil technischer Spezifikationen ist heute mit der Regelung in Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 VRL bzw. § 31 Abs. 3 VgV möglich. So auch: *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 158.

439 Vgl. instruktiv zur Verfolgung sozial und umweltbezogener Aspekte im Vergabeverfahren: *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 15.

440 § 29 SektVO; § 15 Abs. 2 S. 2 VSVgV.

441 Art. 43 Abs. 1 VRL. Art. 2 Abs. 1 Nr. 23 VRL definiert das Gütezeichen als »ein Dokument, ein Zeugnis oder eine Bescheinigung, mit dem beziehungsweise der bestätigt wird, dass ein bestimmte Bauwerk, eine bestimmte Ware, eine bestimmte Dienstleistung, ein bestimmter Prozess oder ein bestimmtes Verfahren bestimmte Anforderungen erfüllt«.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dasselbe gilt für technische Anforderungen. Technische Anforderungen i.S.v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SektVO sind Normen und technische Zulassungen, die von anerkannten Normungsorganisationen zur wiederholten Anwendung erlassen werden.[442] Technische Normen spiegeln »abstrakt generelle Leistungsmerkmale«[443] wider und bilden die Voraussetzungen an die Eigenschaften der Leistung ab, die die Leistung erfüllen muss, um der Norm zu entsprechen. Auch bei den technischen Normen selbst handelt es sich somit nicht um Eigenschaften der Leistung. Dass es sich dabei lediglich um »Beschreibungen« handelt, ergibt sich zum einen aus der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmung des Art. 42 Abs. 1 S. 2 VRL, wonach die in den technischen Spezifikationen die für die Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen geforderten Merkmale »beschrieben« werden. Doch auch systematisch kann es sich bei den technischen Anforderungen von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SektVO nicht um die individuell geforderten Eigenschaften handeln, denn dann wäre jedes Angebot eines Bieters, welches von der Vorlage der technischen Norm und den damit geforderten Eigenschaften abweicht, nach § 32 Abs. 1 VgV, § 29 Abs. 1 SektVO als Hauptgebot zu werten und nur vom öffentlichen Auftrag auszuschließen, wenn das Unternehmen nicht die Gleichwertigkeit der Leistung nachweisen kann.[444] Dieser Umstand würde aber wiederum der Möglichkeit der Zulassung von Nebenangeboten widersprechen und der Auftraggeber könnte keine individuellen Eigenschaften fordern.[445] Damit sind Gütezeichen und technische Normen selbst keine Eigenschaften, sondern können nur zur Beschreibung oder als Beleg bestimmter Eigenschaften des jeweiligen Gutes genutzt werden. Sie sind somit lediglich Teil der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung, haben aber keinen Einfluss auf Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung. Ob Gütezeichen und technische Normen materielle oder immaterielle Eigen-

442 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 44.

443 *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV § 31 Rn. 60.

444 OLG München, 11.8.2005 – Verg 12/05, BeckRS 2005, 32161 Rn. 27; 28.7.2008 – Verg 10/08, BeckRS 2008, 17225; OLG Düsseldorf, 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, S. 169, 170; vgl. auch *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 21; *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 51.

445 OLG München, 11.8.2005 – Verg 12/05, BeckRS 2005, 32161 Rn. 27; 28.7.2008 – Verg 10/08, BeckRS 2008, 17225; OLG Düsseldorf, 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, S. 169, 170.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaften der Leistungen abbilden oder beschreiben sollen, richtet sich nach dem Inhalt der Kennzeichnungen.

Bei der Auswahl der Gütezeichen und technischen Normen genießt der Staat grundsätzlich einen weiten Spielraum, der nur durch die vergaberechtlichen Vorgaben begrenzt ist. Der Staat ist nicht verpflichtet, die gewünschte Leistung unter Verweis auf technische Anforderungen oder Gütezeichen beschreiben. In der Praxis und insbesondere im technischen Bereich ist es allerdings üblich, technische Anforderungen vorzugeben, die allgemeine Standards und schließlich den Bedarf abbilden. Da der Beschreibung der Leistung mit technischen Anforderungen und Gütezeichen jedoch das Potential des Ausschlusses von Marktteilnehmern vom Wettbewerb inhärent ist[446], sind die öffentlichen Auftraggeber an den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in Form der Zulassung von gleichwertigen Gütezeichen und technischen Normen gebunden.[447]

dd. Quantität

Ein weiterer Bestandteil der Bedarfsdefinition ist die Quantität, also die Festlegung der geforderten Menge.[448] Insbesondere bei einem wiederkehrenden Bedarf, der im Wege der rechtsgeschäftlichen Beschaffung befriedigt werden soll, bieten sich aus prozessökonomischen Gründen Rahmenvereinbarungen an, mittels derer für den vertraglichen Zeitraum entsprechende Leistungen vereinfacht abgerufen werden können. In diesem Fall

446 Schon in den 1980er Jahren hat der EuGH die Nachfrage nach Rohren aus Asbestzement für Druckrohrleitungen in Übereinstimmung mit einer irischen Norm für mit der Warenverkehrsfreiheit für unvereinbar erklärt. S. dazu: EuGH, 22.9.1988 – C-45/87 – ECLI:EU:C:1988:435 Rn. 12–27 (Kommission/Irland).

447 Bei der Vorgabe bestimmter technischer Anforderungen i.S.d. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SektVO, § 15 Abs. 3 Nr. 1 VSVgV ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Bezugnahme mit dem Zusatz »oder gleichwertig« zu versehen. Siehe: § 31 Abs. 2 S. 2 VgV; § 28 Abs. 2 S. 2 SektVO, § 15 Abs. 3 Nr. 1 a.E. VSVgV. Außerdem müssen technische Anforderungen und Gütezeichen zumindest allen potenziellen Bietern zugänglich sein, und der öffentliche Auftraggeber muss auch solche technischen Anforderungen und Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen. Siehe: § 33 Abs. 1 S. 2, § 34 Abs. 4 VgV; § 31 Abs. 1 S. 2, § 32 Abs. 4 SektVO; § 15 Abs. 4 VSVgV. Damit stellen die Regelungen eine Konkretisierung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung dar. Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als eine Grundlage des EU-Vergabeprimärrechts: *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 176.

448 Exemplarisch: VK Bund, 3.5.2022 – VK 1–27/22, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist bei der erstmaligen Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung aber die Angabe einer Höchstmenge notwendig.[449]

b. Dienstleistungen

Dienstleistungen unterscheiden sich von Gütern darin, dass sie nicht-körperlich sind. In negativer Abgrenzung sind Dienstleistungen alle Leistungen, die keine Güter darstellen.[450] Prägend ist, dass sie die Erbringung einer Tätigkeit verlangen und als Erfüllung der eingangs gestellten Aufgabe verstanden werden. Demzufolge konkretisieren Dienstleistungen die zu erfüllende Aufgabe.[451] Dienstleistungen weisen keine materiellen und immateriellen Eigenschaften auf, da ihre Eigenschaften immer sowohl leistungs- als auch preisbildend sind. Allenfalls lässt sich zwischen der Dienstleistung an sich und weiteren Anforderungen an die die Dienstleistung erbringende Person differenzieren. Um Dienstleistungen zu differenzieren, lassen sie sich zunächst anhand der Verkehrsauffassung klassifizieren (aa.), bevor sich weitere Eigenschaften ausmachen lassen (bb.). Eigenschaften von Dienstleistungen sind gegenüber vergaberechtlichen Eignungskriterien (cc.) und Ausführungsbedingungen abzugrenzen (dd.).

aa. Klassifikation nach der Verkehrsauffassung

Ebenso wie Güter können auch Dienstleistungen anhand der bestehenden Verkehrsauffassung klassifiziert werden. Auch für Dienstleistungen können die CPV-Codes als Richtschnur zur Einordnung herangezogen werden. Insbesondere Kategorien bilden die Verkehrsauffassung ab. So schlüsselt sich bspw. die Klasse der Postdienste weiter in die Kategorien Postdienste im Zusammenhang mit Zeitungen und Zeitschriften, Briefpostdienste, Paketpostdienste, Post-Schalterdienste und weitere auf.

449 EuGH, 19.12.2018 – C-216/17 – ECLI:EU:C:2018:1034 Rn. 59 ff. (Antitrust u. Coopservice).

450 Vgl. in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit *Randelzhofer/U. Forsthoff,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV, Art. 56, 57 Rn. 32.

451 Vgl. *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb. Eigenschaften von Dienstleistungen

Die CPV-Codes bieten nur einen Überblick über die Arten an unterschiedlichen Leistungen. Eigenschaften von Dienstleistungen lassen sich anhand des sachlichen Bezugs zur zugrundeliegenden Aufgabe und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit differenzieren. Nur was in einem sachlichen Bezug zur zugrundeliegenden Aufgabe steht, ist Teil des staatlichen Bedarfs. Darüber hinaus sind Qualitätsanforderungen an die Erbringung der Dienstleistungen möglich.[452] Bei letzterem handelt es sich zum Beispiel um Eigenschaften, die das die Dienstleistung erbringende Personal vorweisen soll, wie bestimmte Fortbildungen oder Kenntnisse auf einem Gebiet – ohne dass damit Anforderungen an die Unternehmenspolitik verbunden sind.[453] Derartige Anforderungen an das Personal sind untrennbar mit der Qualität der Dienstleistung verbunden, zeichnen diese aus und haben einen Bezug zur zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe. Die Anforderung, eine bestimmte Anzahl an Standorten für nachgefragte Rechtsdienstleistungen bereitzustellen, steht hingegen in keinem sachlichen Bezug zur zugrundeliegenden Aufgabe, wenn die Rechtsberatung nur für eine staatliche Stelle erfolgen soll, die an einem Ort stationiert ist. Eine derartige Nachfrage bildet keinen staatlichen Bedarf ab.[454] Folglich sind sowohl die Entscheidung über die Art der Dienstleistung als auch über die Qualität der Dienstleistung Teil der Bedarfsdefinition, wenn sie einen sachlichen Bezug zur Aufgabe aufweisen.

cc. Abgrenzung zu vergaberechtlichen Eignungskriterien

Auch wenn eine Differenzierung in materielle und immaterielle Eigenschaften bei Dienstleistungen nicht möglich ist, sind die gewünschten Eigenschaften einer Dienstleistung zumindest gegenüber vergaberechtlichen

452 Fünfter Erwägungsgrund der KonzRL: »[…] Mitgliedstaaten oder die Behörden sollten auch weiterhin im Einklang mit dem Unionsrecht die Merkmale der zu erbringenden Dienstleistungen, einschließlich qualitativer oder preislicher Anforderungen definieren und festlegen können, um Ziele von öffentlichem Interesse zu erreichen.«

453 Siehe zu Anforderungen an das die Dienstleistung erbringende Personal exemplarisch: VK Bund, 15.2.2018 – VK 1 – 161/17, S. 19.

454 Vgl. zu dieser Ausschreibung: Wirtschaftswoche online vom 4.10.2021, https://www.genios.de/document/WWON__ecf414b3e8af0464eea60278371ecb5d87ec5b01 (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eignungskriterien abzugrenzen, die nicht Teil der Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung sind und daher nicht unter die Beschaffungsautonomie fallen. Die Eignungskriterien betreffen die Person des Bieters[455] und sind nach § 122 Abs. 2 GWB abschließend festgelegt. So dürfen die Eignungskriterien nur die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit i.S.v. § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB, § 46 VgV betreffen. Am schwierigsten ist die Abgrenzung zwischen Anforderungen an die Leistung und der technischen wie beruflichen Leistungsfähigkeit als Eignungskriterium. Während die Eigenschaften einer Dienstleistung leistungsbezogen sind, also einen Bestandteil der Leistung ausmachen, sind solche Merkmale, die die Eignung betreffen, bieterbezogen. Wenn beispielsweise für die konkrete Betreuung und Versorgung von Personen mit medizinischen Artikeln eine besondere Fachausbildung notwendig ist, betrifft die Fachexpertise einen Aspekt der geforderten Leistung, aber nicht die Eignung des Bieters,[456] weil sich die Anforderungen konkret auf die geforderte Dienstleistung beziehen und nicht allgemein auf das Personal des Bieters.[457]

dd. Abgrenzung zu Ausführungsbedingungen

Entsteht dem Staat ein Bedarf an einer Dienstleistung, ist es möglich, die einzelnen Bestandteile der Dienstleistung genauer festzulegen. So lässt sich bspw. fordern, dass bei Reinigungsdienstleistungen nur Materialien genutzt werden, die biologisch abbaubar sind. In der Praxis können die vielfältigsten Anforderungen aufgestellt werden. Hier kann im Einzelnen die Abgrenzung zwischen dem Bedarf und weitergehenden Anforderungen schwierig sein. Anforderungen an Dienstleistungen, die nicht unmittelbar einen sachlichen Bezug zur zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe aufweisen, aber dennoch mit der konkreten Dienstleistung verbunden sind, lassen sich in einem anschließenden Vergabeverfahren allenfalls als Ausführungs-

455 *Burgi*, Vergaberecht, § 16 Rn. 3.
456 So dem Urteil zugrundeliegender Fall: OLG Düsseldorf, 3.8.2018 – Verg 30/18, juris Rn. 51; vgl. auch: *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 73; *Otting*, VergabeR 2016, S. 316, 325.
457 OLG Düsseldorf, 3.8.2018 – Verg 30/18, juris Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bedingungen realisieren.[458] Ausführungsbedingungen sind Teil der Leistungsbeschreibung[459] (vgl. auch § 121 Abs. 1 S. 2 a.E. GWB) und werden mit Erteilung des Zuschlages auch Vertragsbestandteil[460]. Sie dienen nicht der Deckung des Bedarfs[461] und sind dementsprechend nicht Bestandteil des staatlichen Bedarfs. Denn Ausführungsbedingungen sind im Gegensatz zu konkreten Anforderungen an die Leistung nicht besonders qualitätsbezogen, sondern betreffen gerade besondere Anforderungen an die Ausführung der Leistung. Sie können hinweggedacht werden, ohne dass die erfolgreiche Aufgabenerfüllung entfiele.

Gem. § 128 Abs. 1 GWB haben die Unternehmen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden Rechtsvorschriften zu beachten. Hierbei handelt es sich um allgemeine Ausführungsbedingungen.[462] Der zusätzliche Verweis auf die Beachtung von Rechtsvorschriften, die der Auftragnehmer bei der Erbringung der Dienstleistung ohnehin zu berücksichtigen hat, ist daher bei einer öffentlichen Ausschreibung nicht notwendig, denn die rechtskonforme Erbringung der Leistung ist dem staatlichen Bedarf immanent.[463]

Nach § 128 Abs. 2 S. 1 GWB sind Ausführungsbedingungen über die gesetzlichen Bedingungen hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags, die der Auftraggeber einseitig festlegen kann. Sie können entsprechend § 128 Abs. 2 S. 3 GWB insbesondere wirtschaftliche, innova-

458 Hingegen ist die Abgrenzung von Ausführungsbedingungen zu materiellen Eigenschaften eines Gutes einfacher, da Ausführungsbedingungen dann i.d.R. Modalitäten der Lieferung oder gerade den Herstellungsprozess betreffen und sich diese nicht unmittelbar in den materiellen Eigenschaften des Gutes niederschlagen.

459 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 14; *Kühling/Huerkamp*, VergabeR 2010, S. 545, 548.

460 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/ders., Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 128 Rn. 15.

461 OLG Koblenz, 19.2.2014 – 1 Verg 8/13, NZBau 2014, S. 317, 320. Zur Unterscheidung zwischen Leistungsbestimmung als dem eigenen Nutzen und Ausführungsbedingungen als zum Nutzen der Allgemeinheit: *Opitz*, in: Burgi/Dreher/ders., Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 128 Rn. 18. S. Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb., (2).

462 Zur Differenzierung zwischen allgemeinen und besonderen Ausführungsbedingungen: *Gyulai-Schmidt*, VergabeR 2019, S. 319, 323.

463 Das betrifft auch die Beachtung des Lieferkettensorgfaltsgesetzes (LkSG), welches bestimmte Unternehmen zur Sorgfalt verpflichtet, Menschenrechtsverletzungen oder umweltbezogene schädigende Maßnahmen durch den unmittelbaren Zulieferer abzustellen (vgl. § 7 Abs. 1 LkSG). Vgl. aber in Bezug auf die DSGVO: VK Baden-Württemberg, 13.7.2022 – 1 VK 23/22 – openJur 2022, 15440 Rn. 67 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen. Praktische Bedeutung entfaltet diese Regelung insbesondere für Dienstleistungen, bspw. im Rahmen von Cateringleistungen, indem die Verwendung von Einwegverpackungen verboten wird[464]. Ausführungsbedingungen schlagen sich nicht in den materiellen Eigenschaften der Leistung nieder,[465] wenn bspw. gefordert wird, dass an der konkreten Dienstleistung zu gleichen Teilen Frauen und Männer beteiligt sind[466]. Ausführungsbedingungen dürfen sich allerdings nicht allein nur auf die reine Unternehmenspolitik der bietenden Marktteilnehmer beziehen, ohne einen Bezug zum Auftragsgegenstand zu haben.[467] Das ergibt sich sowohl aus § 128 Abs. 2 S. 1 GWB als auch aus dem 97. Erwägungsgrund der VRL.

3. Äußere Umstände der Leistungserbringung

Äußere Umstände der Leistungserbringung sind örtliche und zeitliche Aspekte. Diese machen nach Ansicht der Rechtsprechung einen Bestandteil der Beschaffungsautonomie der staatlichen Stellen aus und sind Teil der Bedarfsdefinition.[468] Äußere Umstände der Leistungserbringung betreffen den Erfüllungszeitpunkt und Leistungs- sowie Erfüllungsort[469], die Einsatzzeit bei einer Dienstleistung und den Zeitraum der Erbringung der Leistung. Eine gegenständliche Leistung wird in aller Regel zum nächstmöglichen

464 *Gyulai-Schmidt*, VergabeR 2019, S. 319, 333.

465 Vgl. *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 14; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 158, der bei Ausführungsbedingungen unter anderem von »[ö]kologischen Anforderungen, die sich nicht auf die Merkmale des Erzeugnisses selbst, seiner Produktion oder eines sonstigen Lebenszyklus-Stadiums beziehen« spricht.

466 Vgl. 98. Erwägungsgrund der VRL.

467 So auch schon: OLG Düsseldorf, 20.12.2010 – Verg 24/10, ZfBR 2011, S. 294, 297.

468 Vgl. OLG Düsseldorf, 3.4.2008 – VII-Verg 54/07, juris Rn. 56; OLG Naumburg, 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, VergabeR 2013, S. 55, 63; OLG Celle, 19.3.2015 – 13 Verg 1/15, juris Rn. 48 f.; OLG Koblenz, 22.7.2014 – 1 Verg 3/14, juris Rn. 13; 20.4.2016 – Verg 1/16, ZfBR 2016, S. 622; OLG Frankfurt a.M., 29.3.2018 – 11 Verg 16/17, NZBau 2018, S. 498, 502; OLG Celle, 19.3.2015 – 13 Verg 1/15, juris Rn. 48; VK Rheinland-Pfalz, 17.12.2015 – VK 1–25/15, juris Rn. 33. Vgl. auch zur Feststellung, dass zwischen Ortsangaben und ortsbezogenen Anforderungen an Unternehmen zu differenzieren ist: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 103 Rn. 26.

469 Vgl. VK Bund, 6.9.2005 – VK 2 – 105/05, S. 8; vgl. auch den 56. Erwägungsgrund der KonzRL: »Als Ort der Erbringung der Dienstleistungen sollte der Ort gelten, an dem die charakteristischen Leistungen erbracht werden. Bei aus der Ferne, zum Beispiel von *Call Centern*, erbrachten Dienstleistungen sollten diese Dienstleistungen

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zeitpunkt zu beschaffen sein. Lediglich bei verschiedenen aufeinander aufbauenden Leistungen, die die Stelle eventuell vorher selbst beschaffen muss, ist eine spätere Terminierung erforderlich. Ebenso ist es möglich, Leistungen über einen längeren Zeitraum regelmäßig nachzufragen. In dem Fall können sich Zeitraum und Quantität der begehrten Leistung überschneiden.

Lieferzeit und Einsatzzeit sind stark einzelfallabhängig und richten sich in der Regel nach der individuellen Dringlichkeit des staatlichen Bedarfs. Hingegen kann sich der Erfüllungsort einer Leistung anhand des Hoheitsbereichs der Stelle, die den Bedarf definiert, zumindest grob einfassen lassen.[470] Aufgrund der Mittelbindung der Beschaffung wird eine staatliche Stelle in der Regel die Aufgaben in ihrem eigenen Hoheitsbereich erfüllen. Dasselbe gilt für die Auslagerung von Aufgaben an Private in Form der Privatisierung. Auch hier kann beispielsweise eine Kommune im Grundsatz nur für ihren Gebietsbereich Aufgaben übertragen. Ausnahmen bestehen bei der Arbeit in Zweckverbänden.

4. Abgrenzung zur Leistungsbestimmung

Häufig ist die abschließende Definition des Bedarfs zugleich auch die Bestimmung der begehrten Leistung. Die Bedarfsdefinition bildet die gewünschte materielle Qualität und Quantität der Leistungen, aber auch die äußeren Umstände der Leistungserbringung ab, wie Zeitpunkt und Ort der Leistungserbringung. Dennoch können Teil der Leistungsbestimmung auch Kriterien sein, die faktisch nur im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe am Markt nachgefragt werden können, wie bspw. soziale oder ökologische Anforderungen an den Herstellungsprozess eines Gutes oder besondere Bedingungen an die Ausführung einer Dienstleistung. Dann nutzt der Staat seine Nachfragemacht und instrumentalisiert das öffentliche Auftragswesen, um politische Ziele zu verfolgen und die Beschaffung strategisch einzusetzen.[471] Anders ist dies bei Eigenfertigungen oder Enteignungen, bei denen der Staat auf nachgelagerter Ebene keine zusätzlichen

---

als am Ort der Ausführung erbracht gelten, ungeachtet der Orte und Mitgliedstaaten, für die die Dienstleistungen bestimmt sind.«

470 So gehört zum Beispiel zur Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG auch die Gebietshoheit: BVerfGE 52, 95 (117 f.); *K. A. Schwarz,* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28 Rn. 168–177, 179.

471 Exemplarisch: *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 12 f.; *Dörr*, in: FS Müller-Graff, S. 630 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

politischen Ziele verfolgt. Folglich muss zwischen der Bedarfsdefinition, die die Grundlage jeglicher Bedarfsdeckungsmaßnahmen bildet, und einer weiterer Leistungsbestimmung, die nur im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Beschaffung möglich ist und die auf das Marktgeschehen explizit einwirken soll, differenziert werden. Insofern lassen sich Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung nicht gleichsetzen, auch wenn dies teilweise unter den Begriff des Leistungsbestimmungsrechts zusammengefasst wird.[472]

5. Änderung des Beschaffungsbedarfs als vergaberechtlicher Aufhebungsgrund

Der staatliche Bedarf hat unmittelbar Auswirkungen auf den Fortgang des vergaberechtlichen Verfahrens. Grundsätzlich hat die öffentliche Hand vor der Beschaffung die ausreichende Finanzierung der gewünschten Leistung sicherzustellen. Gründe ein Vergabeverfahren aufzuheben, finden sich abschließend in § 63 Abs. 1 VgV, § 57 SektVO, § 32 KonzVgV, § 17 VOB/A, § 17 EU Abs. 1 VOB/A und § 48 Abs. 1 UVgO. Liegt kein Aufhebungsgrund der benannten Vorschriften vor und führt die Verwaltung die Beschaffung dennoch im Wege eines Vergabeverfahrens durch, ohne die Bieter von der unsicheren Finanzierungsgrundlage in Kenntnis zu setzen, können Bieter Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses fordern.[473] Stattdessen müssen gewichtige Gründe vorliegen, derentwegen der öffentliche Auftraggeber trotz unsicherer Finanzierungslage ausgeschrieben hat, und die Bieter über diesen Umstand in Kenntnis gesetzt werden.[474] Unter diesen Voraussetzungen lässt sich eine spätere Ausschreibung rechtmäßig aufheben. Wenn der Bedarf ungenau ermittelt wurde und daher zu wenig Finanzmittel bereitgestellt werden, die Finanzierungslücke also objektiv vorhersehbar war, ist eine spätere Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht möglich.[475]

---

472 Vgl. BR-Drs. 367/15, S. 75; BT-Drs. 18/6281, S. 68; OLG Düsseldorf, 01.08.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; *Probst/Gutmacher*, ZfBR 2021, S. 238 ff.; *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 121 Rn. 28.

473 BGH, 8.9.1998 – X ZR 48–97, NJW 1998, S. 3636, 3637. Vgl. auch zum gegensätzlichen Fall, dass gerade ein Aufhebungsgrund vorliegt und daher ein Schadensersatzanspruch ausscheidet: BGH, 8.9.1998 – X ZR 99/96, NJW 1998, S. 3640, 3641.

474 *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 63 Rn. 49.

475 BGH, 8.9.1998 – X ZR 99–96, NJW 1998, S. 3640, 3641; vgl. auch BGH, 5.11.2002 – X ZR 232/00, NZBau 2003, S. 168, 169; 20.11.2012 – X ZR 108/10, NZBau 2013, S. 180, 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wenn sich der Bedarf allerdings in den einzelnen Mengen erheblich ändert, ohne dass dies für den Auftraggeber vorhersehbar war, hat der Auftraggeber einen sachlichen Aufhebungsgrund i.S.v. § 63 VgV.[476] Andernfalls würde die Beschaffung am Bedarf vorbei erfolgen und der Beschaffer würde die eingekaufte Leistung schlussendlich nicht mehr benötigen, was wiederum gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG verstoßen würde.[477] Die entsprechende Bedarfsdefinition ist dann nicht mehr geeignet, die zugrundeliegende Aufgabe zu erfüllen. Es kann aber auch sein, dass die zugrundeliegende Aufgabe vollständig entfallen ist oder durch andere Leistungen erfüllt wurde.

II. Schuldrechtliche Leistungsbestimmung

Zur Beschaffungsautonomie gehört auch der Spielraum des Staates, im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung die konkrete vertragliche Leistung zu bestimmen. Die konkrete vertragliche Leistung muss, wie auch die Bedarfsdefinition, im Zusammenhang mit der staatlichen Aufgabe stehen. Bei der Bestimmung der schuldrechtlichen Leistung lässt sich zwischen zwei Gegenständen differenzieren: Kern der Leistungsbestimmung ist neben der Bestimmung der begehrten sachlich-gegenständlichen Leistung auch die konkrete schuldrechtliche Leistung, die vom Auftragnehmer gefordert wird (1.). Begleitet wird die schuldrechtliche Bestimmung von weiteren vertraglichen Bedingungen (2.).

1. Typus der schuldrechtlichen Leistung

Von der Beschaffungsautonomie ist auch die Festlegung des schuldrechtlichen Typs der Leistung, mithin der klassischen Hauptpflichten der Leistung, umfasst.[478] Nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis ist die Leistung das »im Rahmen einer […] Verpflichtung Geleistete bzw. Gewähr-

476 VK Bund, 3.5.2022 – VK 1–27/22, S. 16 f.; *Mehlitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 63 Rn. 33.

477 VK Bund, 3.5.2022 – VK 1–27/22, S. 16.

478 Vgl. OLG Düsseldorf, 3.6.2015 – VII-Verg 3/15, juris Rn. 25; VK Rheinland Köln, 29.4.2020 – VK 17/20 – L, juris Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te« oder auch eine »Dienstleistung«[479]. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB legt fest, dass kraft Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Klarstellend ergänzt § 241 Abs. 1 S. 2 BGB, dass auch das Unterlassen als eine Leistung gilt. Eine inhaltliche Definition des Leistungsbegriffes erfolgt jedoch nicht und findet sich auch nicht in den folgenden Vorschriften des BGB. Es lassen sich daher anhand des Zivilrechts keine feststehenden Merkmale einer Leistung herausfiltern. Die Leistung wird schlicht mit dem »Geleisteten« und der »Dienstleistung« umschrieben.

Im Fall einer rechtsgeschäftlichen Beschaffung am Markt erfolgt ein Leistungserwerb. Dieser Leistungserwerb richtet sich nach der konkreten Gestalt des geplanten Rechtsgeschäfts. Für die Anwendung des Vergaberechts hat zwingend ein Erwerb zu erfolgen.[480] Dies meint aber nicht zwangsläufig die Übertragung von Eigentum, sondern schlicht die Erlangung des Nutzens der jeweiligen Leistung.[481] Güter können unter anderem mittels Kauf-, Miet- oder Leasingvertrags erworben werden. Hierbei ist zu beachten, dass das Schuldrecht keinen *numerus clausus* der Vertragstypen enthält. § 311 BGB als allgemeine Bestimmung erlaubt zwischen den Parteien grundsätzlich jede Art und Form der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung. Insbesondere steht es den Vertragsparteien frei, eigene Typen zu schaffen, die nicht unter die durch das Schuldrecht vorbestimmten Kategorien fallen. So hat sich bspw. der Leasingvertrag als ungeregelter Vertragstypus im Schuldrecht etabliert.

2. Vertragsbedingungen

Auch die Bestimmung weiterer Vertragspflichten ist Teil der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung des Staates. Dies betrifft die Festlegung von bestimmten vertraglichen Rechten und Pflichten in Bezug auf die anschließende Vertragserfüllung. Vertragsbedingungen bilden gemeinsam mit der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung den Vertragsgegenstand eines

479 Duden online, Stichwort: Leistung (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

480 Vgl. den vierten Erwägungsgrund der VRL; Art. 1 Abs. 2 VRL. Zum Beschaffungszweck des Vergaberechts: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 140 ff.; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 103 Rn. 59; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 103 Rn. 28; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 24.

481 Vgl. den vierten Erwägungsgrund der VRL.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

öffentlichen Auftrags.[482] Vertragsbedingungen, also solche, die die vertragliche Erfüllung betreffen, enthalten die früher als Verdingungsordnungen bezeichneten allgemeinen Vertragsbedingungen, insbesondere Teil B der VOB und VOL. Als standardisierte Vertragsbedingungen werden sie auch als allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB eingeordnet.[483] Nach § 8a VOB/A, § 8a-EU VOB/A und § 8a-VS VOB/A sind die Vertragsbedingungen der VOB/B und VOB/C obligatorisch einzubeziehen, während die Vorgaben der VOL/B im Rahmen von sonstigen Lieferverträgen nur in der Regel in den Vertrag einzubeziehen sind.[484] Letzteres ergibt sich aus § 29 Abs. 2 S. 1 VgV und § 21 Abs. 2 UVgO. Die Pflicht zur Einbeziehung dient dem Schutz des Vertragspartners.[485]

Teil B der VOB enthält allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen und regelt Rechte und Pflichten der Parteien des Bauvertrages, wie insbesondere auftraggeberseitige Pflichten zur Ausführung der Leistung, Bereitstellungspflichten und Betretungsbefugnisse. Ferner enthält er allgemeine Regelungen über die Risikoverteilung, die Haftung, Vertragsstrafen, Mängelansprüche und Sicherheitsleistungen. Teil B der VOL betrifft die Ausführungen von übrigen Leistungen, insbesondere von Dienst-, Kauf- und Werkverträgen, bzw. solche Verträge, die die Lieferung von herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen zum Inhalt haben.[486] Auch enthält er unter anderem allgemeine Vertragsbedingungen über die Ausführung der Leistung, Regelungen über Mängelge-

482 *Ohlerich*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 20 Rn. 31.

483 BGH, 24.7.2008 – VII ZR 55/07, NZBau 2008, S. 640; *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A/B, VOB/B Einleitung Rn. 45; *Leupertz/von Wietersheim*, in: Ingenstau/Korbion, VOB A/B, Einl. Rn. 63; *Sacher*, in: Ganten/Jansen/Voit, VOB, Teil B, Einleitung Rn. 38; *Ohlerich*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 20 Rn. 32; a.A. *Siegburg*, BauR 1993, S. 9, 9–15. Dieselbe Regelung enthalten § 8a-EU Abs. 1 S. 1 VOB/B und § 8a-VS Abs. 1 S. 1 VOB/B.

484 Vgl. § 21 Abs. 2 UVgO.

485 *Goede/Hänsel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB/A-EU, § 8a Rn. 3; *Verführth*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 29 Rn. 28. Vgl. auch zum historischen Hintergrund der früher als Verdingungsordnungen benannten Vertragsordnungen: *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A/B, VOB/B, Einl. Rn. 1; *Schubert*, in: FS Korbion, S. 389 ff.

486 Daneben existieren weitere Vertragsbedingungen, die bei öffentlichen Aufträgen anzuwenden sind, wie die EVB-IT und BVB. Hierbei handelt es sich um ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik (EVB-IT) und besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung und den Betrieb von Datenverarbeitungsanlagen und -Geräten sowie von Datenverarbeitungsprogrammen (BVB). Nach der VV-BHO zu § 55 Nr. 4.3 haben Bundesbehörden die entsprechenden Vorgaben der Vertragsbedingungen anzuwenden. Instruktiv zur Beschaffung von

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

währleistungsrechte, Obhutspflichten, Vertragsstrafen und Sicherheitsleistungen.

Neben den allgemeinen Vertragsbedingungen können Teil der Vertragsbedingungen auch Beistellungen sein.[487] Hierbei handelt es sich um vertragliche Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, wie bspw. die Zurverfügungstellung von Baustoffen, Gütern und/oder Dienstleistungen, Wasser oder Strom durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer.

III. Verhältnis von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung zur vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung nach § 121 Abs. 1 GWB, § 31 VgV, § 28 SektVO, § 15 KonzVgV, § 15 VSVgV ist ein zwingender Bestandteil der Vergabeunterlagen, ohne die die öffentliche Hand ein förmliches Vergabeverfahren nicht in die Wege leiten kann. Die Leistungsbeschreibung legt die wesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) der Leistungspflichten fest und stellt gewissermaßen das Herzstück der Vergabeunterlagen dar.[488] Hinsichtlich des Auftragsgegenstandes dient die Leistungsbeschreibung über den reinen Erwerbsvorgang hinaus als Beschaffenheitsvereinbarung für die Auftragsdurchführung, an der etwaige Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können.[489] Dementsprechend steht und fällt mit der Leistungsbeschreibung das Erwerbsgeschehen. Mit ihrer Veröffentlichung tritt der öffentliche Auftraggeber in der Regel das erste Mal auf den Markt und gibt den Marktteilnehmern seinen Beschaffungsbedarf bekannt.[490] Dennoch sind Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung mit der Leistungsbeschreibung nicht identisch.

IT-Systemen auch: *Reichling/Scheumann*, GewArch 2019, S. 7–11; *Reichling/Scheumann*, GewArch 2019, S. 58–63.

487 *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 13; *Müglich/Lapp*, CR 2004, S. 801, 804.

488 *Mehlitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 29 Rn. 38; *Prieß*, NZBau 2004, S. 20.

489 *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, GWB, § 121 Rn. 1; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 2; *Seebo*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 1. Vgl. *Mehlitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 29 Rn. 36.

490 Vgl. *Seebo*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 1; *Traupel/Schmidt*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 121 Rn. 10. Vgl. in Bezug auf die Zulassung von Nebenangeboten: OLG Düsseldorf, 20.12.2019 – Verg 35/19, NZBau 2020, S. 194, 197.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung sind aus systematischen Gründen von der Leistungsbeschreibung zu differenzieren.[491] Hierbei handelt es sich um voneinander zu trennende Schritte im Prozess der Beschaffung von Leistungen.[492] Die Leistungsbeschreibung ist als Teil des Vergabeverfahrens der erste Schritt zur Durchführung der Beschaffung, während die Bedarfsdefinition den Abschluss der Analysephase bildet. Eine weitere Leistungsbestimmung erfolgt nur im Fall der rechtsgeschäftlichen Nachfrage im Rahmen der Planungsphase. Die begehrte Leistung muss – um am Markt nachgefragt werden zu können – in einem weiteren Zwischenschritt beschrieben werden, mithin ist eine erneute »Entscheidung« notwendig.[493] Insbesondere die Differenzierung zwischen Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung spiegelt sich in den Vorschriften des Vergaberechts wider. Die Bedarfsdefinition bildet den vergaberechtlichen Auftragsgegenstand ab. So differenziert § 121 Abs. 1 S. 1 GWB ausdrücklich zwischen der Leistungsbeschreibung und dem Auftragsgegenstand. Die Leistungsbeschreibung soll den Auftragsgegenstand nur so »eindeutig und erschöpfend wie möglich […] beschreiben«, um die objektive Vergleichbarkeit der Angebote zu ermöglichen.[494] Unter gewissen Umständen ist der Leistungsbeschreibung sogar der Zusatz »oder gleichwertig« hinzuzufügen.[495] Die Leistungsbeschreibung dient also als »Übersetzung der jeweiligen Aufga-

491 A.A. *Meyer*, Politische Zielsetzung, S. 101, nach der eine Abgrenzung viel zu kleinschrittig und daher rein formalistisch sei. Für einen Gleichlauf von Leistungsbestimmung und Leistungsbeschreibung ebenso: VK Bund, 29.1.2015 – VK 2 – 117/14, S. 27, 30, 35; VK Bund, 18.10.2017 – VK 2–106/17, S. 14; *Schellenberg*, in: Hilgers/Schauer/Thom, Public Management, S. 665, 669.

492 Vgl. auch OLG Düsseldorf, 14.4.2005 – Verg 93/04, NZBau 2005, S. 532, 533; 3.4.2008 – VII-Verg 54/07, juris Rn. 58; *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 367; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74; *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 5; *Dohmen*, Jahrbuch der Deutschen Bundespost 1985, S. 198, 204; *von Wietersheim*, WiVerw 2015, S. 182, 184 f.; *Lax/Ille/Hönig,* in: Eßig, Exzellente öffentliche Beschaffung, S. 143. Im Ergebnis wohl auch: *Probst/Gutmacher*, ZfBR 2021, S. 238, 239.

493 Vgl. *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 93.

494 *Trutzel,* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 121 Rn. 4, 22; *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 21; OLG Brandenburg, 27.3.2012 – Verg W 13/11, ZfBR 2012, 513, 517; OLG Düsseldorf, 14.9.2016 – VII-Verg 7/16, juris Rn. 18; vgl. VK Berlin, 24.9.2020 – VK – B 1 – 10/19, juris Rn. 69. *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 93.

495 Diese Regelung nimmt *Krönke* als Indiz für die Unterscheidung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 75. Zu den Voraussetzungen, wann der Leistungsbeschreibung der Zusatz »oder gleichwertig« hinzuzufügen ist: Teil 2, Kap. 1, B., II., 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

benerfüllung in das Vergaberecht«[496]. Die Bezugnahme auf den Auftragsgegenstand, nicht aber die Leistungsbeschreibung findet sich unter anderem in § 127 Abs. 3 S. 1 GWB, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB, § 122 Abs. 4 S. 1 GWB, § 31 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2, Abs. 6 VgV, § 35 Abs. 1 S. 3 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2, Abs. 6 SektVO und § 16 Abs. 8 VSVgV[497]. Diese semantische und systematische Trennung indiziert die Unterscheidung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung.

Außerdem besteht die Möglichkeit der öffentlichen Hand, noch während des Vergabeverfahrens zwischen den verschiedenen Formen der Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 Abs. 1 S. 2 GWB zu wechseln, denn eine nachträgliche Änderung der Auftragsunterlagen ist möglich, solange sie transparent und diskriminierungsfrei erfolgt.[498] Dass eine Änderung der Vergabeunterlagen möglich ist, impliziert sowohl § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV, der eine Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfristen vorsieht, wenn der öffentliche Auftraggeber Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt, als auch § 17 Abs. 13 S. 3 VgV, nach dem über die Änderung der Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren Bieter zu informieren sind. Dabei bleibt der Bedarf jedoch im Grundsatz unverändert. Änderte sich der Bedarf grundlegend, würde dies vielmehr zur Aufhebung des Vergabeverfahrens nach § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 4 VgV berechtigen.

Die Leistungsbeschreibung ist folglich ein Abbild von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung, erfolgt aber zu einem anderen Zeitpunkt im Beschaffungsprozess. Sie muss mindestens den staatlichen Bedarf abbilden, da die Leistungsbeschreibung andernfalls der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe nicht dienlich wäre und damit den Zweck des Vergabeverfahrens

496 *Burgi*, Vergaberecht, § 12, Überschrift über Rn. 2. Ähnlich spricht *Krönke* von einer Übersetzungsfunktion des Vergaberechts: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 73, 74 ff.

497 § 15 Abs. 2 S. 1 VSVgV erfordert, die *Leistung* so eindeutig wie möglich zu beschreiben.

498 VK Lüneburg, 7.10.2015 – VgK-31/2015, ZfBR 2016, 398, 400; OLG Rostock, 9.10.2013 – 17 Verg 6/13 – VergabeR 2014, S. 442, 452; OLG Düsseldorf, 4.2.2013 – Verg 31/12, NZBau 2013, S. 321, 326; *Trutzel,* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 121 Rn. 16 f.; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, 22.8.2019 – WD 7 – 3000 – 132/19, S. 4. So kann der öffentliche Auftraggeber auch ein rechtsfehlerhaftes Vergabeverfahren durch transparente und diskriminierungsfreie Änderung der Vergabeunterlagen ändern und muss es nicht aufheben. Dazu: BGH, 26.9.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, S. 800, 802; OLG Düsseldorf, 12.1.2015 – Verg 29/14, ZfBR 2015, S. 502, 503.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verfehlen würde.[499] Daher lässt sich aus der Leistungsbeschreibung der staatliche Bedarf filtern, der auf diese Weise als Auftragsgegenstand am Maßstab vergaberechtlicher Vorschriften geprüft werden kann und insbesondere für immaterielle Kriterien und Ausführungsbedingungen selbst Maßstab ist (vgl. § 31 Abs. 3 VgV).

F. Fazit

Ein staatlicher Bedarf entsteht durch die notwendige Erfüllung einer staatlichen Aufgabe. In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen Aufgabe und Bedarf schwierig. Es kann lediglich insofern unterschieden werden, dass die Aufgabenstellung abstrakt-generell bleibt, während die Feststellung des Bedarfs einzelfallabhängig ist.[500] Welche Aufgabe zu welchem Zeitpunkt erfüllt wird, fällt in die Einschätzungsprärogative der staatlichen Stellen. Aufgrund begrenzter Ressourcen ist die öffentliche Hand allerdings gezwungen, zwischen anfallenden Aufgaben zu priorisieren. Diese Einschätzungsprärogative ist kein Fall der Beschaffungsautonomie, denn die Entscheidung über die Wahl der zu erfüllenden Aufgabe ist der Entstehung eines staatlichen Bedarfs vorgelagert.

Die hier zu untersuchende Beschaffungsautonomie konzentriert sich auf die Deckung des (Sach-)Bedarfs an Gütern und Dienstleistungen. Den festgestellten Bedarf kann die öffentliche Hand mittels Beschaffung oder Eigenfertigung decken. Die sog. *Make-or-procure*-Entscheidung ist nur ein Aspekt, der Teil der Beschaffungsautonomie ist. Bestandteile der Beschaffungsautonomie sind auch der staatliche Spielraum bei der Bedarfsdefinition, der Leistungsbestimmung, der Auswahl der konkreten Beschaffungsform und der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung. Vereinfacht wird im Folgenden von der Bedarfsdefinition, der Beschaffungsentscheidung, als Entscheidung über das *make-or-procure* und über die Form der Beschaffung und der Leistungsbestimmung als Bestimmung der immateriellen und schuldrechtlichen Anforderungen gesprochen.

499 Vgl. auch die Interpretierende Mitteilung der Kommission über das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001/C 333/07), KOM(2001) 274 endg., EUAbl. C 333/12, S. 15.

500 Der primäre Zweck des Vergabeverfahrens ist die Erfüllung von Aufgaben, exemplarisch: *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 2; *C. Fuchs*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die staatliche Bedarfsdefinition bildet die materiellen Eigenschaften der Güter ab, da sich der staatliche Bedarf in Anknüpfung an die zugrundeliegende staatliche Aufgabe bildet. Zumindest müssen die Eigenschaften geeignet sein, einen eigenen Beitrag zur staatlichen Aufgabe zu leisten. Da bei der Nachfrage nach Dienstleistungen nicht zwischen materiellen und immateriellen Eigenschaften unterschieden werden kann, ist für die Ermittlung der Bedarfskriterien der unmittelbare sachliche Bezug zur staatlichen Aufgabe ausschlaggebend. Immaterielle Eigenschaften sind nicht Teil der Bedarfsdefinition, können aber in einem späteren Vergabeverfahren als Sekundärzwecke oder in Form von Ausführungsbedingungen nachgefragt werden. Sie sind Teil einer weiteren fakultativen Leistungsbestimmung durch den Staat. Die Leistungsbeschreibung bildet diese Wünsche ab.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 2: Die rechtliche Herleitung der Beschaffungsautonomie

Die rechtlichen Grundlagen der Beschaffungsautonomie sind bisher nicht geklärt. Dabei können ihre rechtlichen Grundlagen Aufschluss über die Grenzen geben. Angenommen die Beschaffungsautonomie ist mit der Privatautonomie zu begründen, deren Wesensinhalt die »legitime Willkür«[501] ist, wären der staatlichen Gewalt kaum Grenzen gesetzt. Denn die Wirksamkeit des privatautonomen Akts begründet sich allein aus dem Willen.[502] Vorausgesetzt der Staat könnte sich der Privatautonomie bedienen, wäre auch nichts dagegen einzuwenden, wenn die städtische Kommune funktionsfähige militärische Ausrüstung beschaffen möchte. Auch gegen goldene Badarmaturen im Zug wäre nichts einzuwenden.[503] Denn im Sinne der Privatautonomie begründet allein der Wille die Auswahlentscheidung.

Folglich sollen Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Grundlagen der Beschaffungsautonomie auf den Prüfstand gestellt werden (A.). Privatautonomie und Vertragsfreiheit können jedoch nicht für die Beschaffungsautonomie fruchtbar gemacht werden. Die Herleitung der Beschaffungsautonomie erfolgt stattdessen zweistufig: die rechtliche Pflicht zur Deckung des staatlichen Bedarfs ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit in Verbindung mit der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe (B.). Der administrative Entscheidungsspielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung – hier als Autonomie bezeichnet – ergibt sich aus einem Zusammenspiel von gesetzlichen Vorgaben und gerichtlicher Kontrolle (C. und D.). Eine gesonderte Herleitung ist für diejenigen Privaten notwendig, die in keiner Verbindung zum Staat stehen, aber dennoch dem Kartellvergaberecht unterworfen sind (E.).

501 *Isensee*, in: ders., Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 239, 249; vgl. *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 140; *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 71.

502 *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 141; BVerfGE 103, 89 (100). Vgl. BVerfGE 81, 242 (254); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 238. Differenzierend *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 82–85.

503 Vgl. OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Privatautonomie und Vertragsfreiheit?

Insbesondere die Rechtsprechung rekurriert sowohl auf die Privatautonomie als auch auf die Vertragsfreiheit als Grundlage der Beschaffungsautonomie.[504] Die Privatautonomie ist »das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach eigenem Willen«[505] und ist ein Teil der Selbstbestimmung des Menschen[506]. Die Vertragsfreiheit stellt eine institutionelle Ausprägung der Privatautonomie dar[507] und beschreibt die Freiheit des Einzelnen, ohne Einfluss staatlicher Gewalt den Vertragspartner, die Vertragskonditionen und den Vertragsschluss nach Belieben zu gestalten und sich selbst zu binden[508].

Wenn Rechtsprechung und Literatur die Beschaffungsautonomie mit der Privatautonomie oder der Vertragsfreiheit in Zusammenhang bringen, nimmt dies Anleihen an der Fiskustheorie und deutet auf ein Verständnis vom Staat hin, der sich zwei unterschiedlicher Persönlichkeiten bedient (I.). Im Folgenden sollen daher Konzept und rechtliche Grundlagen der Privatautonomie und Vertragsfreiheit aufgezeigt werden (II.), bevor die

504 Vgl. zur Rechtsprechung: Einführung, A., III. Auch in der Literatur hält sich die Begründung der Ungebundenheit bei fiskalischen Geschäften des Staates mit der Privatautonomie: vgl. *Badura*, Staatsrecht, G Rn. 23; *Herrmann*, NZBau 2022, S. 443, 444.

505 *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136. Vgl. auch BVerfGE 72, 155 (170); 81, 242 (254 f.); 89, 214 (231); 103, 89 (100); *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 16; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 4, 174; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 2. Bereits die Vorarbeiten zum BGB enthielten eine Definition der Privatautonomie. So bedeutete die Privatautonomie in Abgrenzung zur institutionellen Autonomie als Quelle objektiven Rechts, »[die] Befugnis, innerhalb der Grenzen des dispositiven Rechtes die privaten Angelegenheiten im Wege des Rechtsgeschäftes zu regeln«. S. dazu *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1899), Bd. 1 S. 21.

506 BVerfGE 81, 242 (254 f.).

507 *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 132; *Raiser*, JZ 1958, S. 1; *Merz*, Privatautonomie, S. 3; *Roscher*, Vertragsfreiheit, S. 54–58; *Röthel,* in: Bumke/dies., Autonomie im Recht, S. 45; vgl. auch *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136, 138; BVerfGE 72, 155 (170); 81, 242 (254 ff.); 89, 214 (231 ff.); 103, 89 (100 f.); 117, 163 (181); 126, 286 (300).

508 *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 12; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 4; *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 3; *Raiser*, JZ 1958, S. 1; *Oftinger*, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, S. 315, 316; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 41; *Larenz*, Schuldrecht I (14. Aufl.), S. 40 f.; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101; *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 66; vgl. *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 119.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Übertragung dieser Grundsätze auf die Bedarfsdeckung durch den Staat überprüft wird (III.).

I. Die Fiskustheorie und das fiskalische Hilfsgeschäft

Der historische Fiskusbegriff fasste den fiskalisch agierenden Staat als eine vom hoheitlich-handelnden Staat unterschiedliche Person auf.[509] Wenn der Staat als Wirtschaftssubjekt agierte, bediente er sich der zivilrechtlichen Vorschriften und stand mit dem Bürger auf derselben Stufe. Zu den Zeiten der konstitutionellen Monarchie diente die Konstruktion der »staatlichen Doppelpersönlichkeit«[510] als ein Ersatz für den fehlenden Rechtsschutz gegenüber den Handlungen der Hoheitsgewalt.[511] Weil sich der Fiskus auf der Ebene der Bürger befand, konnte der Einzelne durch Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegenüber der Hoheitsgewalt Rechtsschutz in Anspruch nehmen und das staatliche Handeln inzident überprüfen lassen.[512] Mit der Einführung eines primären Rechtsschutzes gegen die hoheitlich handelnde Verwaltung entfiel das Bedürfnis nach einem Ersatz für fehlenden Rechtsschutz und damit auch die Notwendigkeit, eine Doppelpersönlichkeit zu konstruieren.[513]

Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erfolgte mit der Entwicklung des klassischen Verwaltungsprivatrechts[514] zumindest gedanklich ein Rückgriff auf den historischen Fiskusbegriff, um die staatliche Gewalt von den strengen Bindungen des öffentlichen Rechts zu lösen und stattdessen ihr eine dem Bürger vergleichbare Handlungsfreiheit zuzusprechen.[515] Die

509 Vgl. *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 49 ff., 119; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 39; vgl. zu den unterschiedlichen Ausprägungen des Fiskus: *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 75.

510 Gegen die »Doppelpersönlichkeit« des Staates schon: *O. Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 119 f.; vgl. auch *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 320, 321.

511 Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 76–78.

512 *O. Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 51; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 76; *Haak*, Grundrechtsbindung, S. 80 ff.

513 Vgl. *Haak*, Grundrechtsbindung, S. 74 m.w.N., der feststellt, dass zu Zeiten der Weimarer Reichsverfassung die Grundrechtsbindung des Staats bei der Bedarfsdeckung abgelehnt wurde.

514 *Wolff*, Verwaltungsrecht Bd. 1 (3. Aufl. 1959), S. 84. Vgl. zur Herkunft des Begriffes auch: *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, S. 23 f.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 37 f.

515 Vgl. *Wolff*, Verwaltungsrecht Bd. 1 (3. Aufl.), S. 83, 84 f., nach dem der Staat, der zur Bedarfsdeckung tätig wird, keine vollziehende Gewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG ausübt

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Theorie von der Doppelpersönlichkeit des Staates erfuhr eine Renaissance. Die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht differenziert zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Aufgabenerfüllung. Nur bei der unmittelbaren Erfüllung von Aufgaben mittels Privatrechts werde die Privatrechtsordnung an einzelnen Stellen »durch öffentlich-rechtliche Bindungen ergänzt, modifiziert und überlagert […], ohne dass darum das Verwaltungshandeln selbst dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre«[516]. In diesen Fällen besteht eine Bindung an das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechtsbestimmungen und einfach-gesetzliche öffentlich-rechtliche Vorschriften. Hingegen gelte der Staat als reines Privatrechtssubjekt und unterliege dann nicht den strengen öffentlich-rechtlichen Bindungen, wenn er nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar Verwaltungszwecke erfülle. Die Maßnahmen zur mittelbaren Erfüllung von Aufgaben richteten sich dann nach dem Privatrecht, auf dessen Gebiet keine öffentlich-rechtlichen Bindungen existierten. Der Staat würde insofern wie ein Privater ohne jegliche Bindung handeln. Letztere Geschäfte wurden und werden auch teilweise heute noch als fiskalische Hilfsgeschäfte bezeichnet.[517]

Im Kern soll damit die Unterscheidung von Verwaltungsprivatrecht und fiskalischen Hilfsgeschäften eine abgestufte Verfassungs- und Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt erklären. Gegen diese Aufteilung spricht aber die schwierige Differenzierung zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Erfüllung von Aufgaben[518] und die mittlerweile anerkannte lückenlose Rechtsbindung der staatlichen Gewalt in allen Handlungs- und Organisationsformen[519]. Eine Flucht in das Privatrecht ist gerade nicht

---

und sich daher auf die Privatautonomie berufen kann. Verfolgt der Staat hingegen unmittelbar öffentliche Zwecke, unterliegt er öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere den grundrechtlichen Bindungen.

516 BVerwGE 129, 9 (12); vgl. auch BGH, 26.11.1974 – VII ZR 164/74, NJW 1976, S. 709; 7.2.1985 – III ZR 179/83, NJW 1985, S. 1892, 1894; 17.6.2003 – XI ZR 195/02, NJW 2003, S. 2451, 2453; 6.11.2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, S. 531, 532 Rn. 9; 17.11.2011 – III ZR 234/10, NZBau 2012, S. 131, 133 Rn. 23; *Wolff*, Verwaltungsrecht Bd. 1 (3. Aufl.), S. 84 f.; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 2.

517 Vgl. zum Begriff: *Siebert*, in: FS Niedermeyer, S. 214, 220 f.

518 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 95–100, insb. S. 99 f.

519 BVerfGE 128, 226 (243); 138, 296 (328); BVerfG, 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, S. 3153, 3155 f.; BKartA, 29.4.1999 – VK 1–7/99, NZBau 2000, S. 53, 55; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1960), S. 167, 201 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 113 ff., 212 ff.; *Möstl*, Grundrechtsbindung, S. 76 ff., 89 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 303 ff., 318; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 442; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 71; *ders.*, NVwZ 1983, S. 121; *ders.*, NZBau 2003, S. 242, 243; *Pa-*

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

möglich. Die Fiskustheorie ist daher heute nicht mehr haltbar. Das spricht gegen die Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Grundlagen der staatlichen Beschaffungstätigkeit.

II. Konzept und rechtliche Grundlagen von Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Privatautonomie und Vertragsfreiheit sind Teil derselben Selbstbestimmung, die der Mensch kraft seiner originären Autonomie wahrnimmt. Beide Gewährleistungen sind Ausdruck von individueller Autonomie[520], haben ihren Ursprung im Liberalismus (1.) und lassen sich heute in den Grundrechten verorten (2.).

1. Ideengeschichtlicher Hintergrund

Erste wohl ausdrückliche Nennung fand die Privatautonomie bei *Johann Christian Majer* im 18. Jahrhundert, der sich des Begriffes der Autonomie aus dem Religionsrecht bediente, Autonomie aber als weltliche Freiheit verstand.[521] Die Idee der Privatautonomie lebte mit dem Liberalismus[522] und der industriellen Revolution[523] auf und hat sich aus der Vorstellung

---

che, DVBl. 2001, S. 1781; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 477; *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014, 1015; *Pünder*, VerwArch 95 (2004), S. 38, 41; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 32 f.; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 347 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 35; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 86, 107; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 29; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 105 ff.; *Sauer*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 74 f.; *Hermes*, JZ 1997, S. 909, 912 f.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1394 ff., 1411, 1417; *Schaefer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 3, § 74 Rn. 22.

520 Vgl. *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 41; *Hillgruber*, in: Riesenhuber, Das Prinzip der Selbstverantwortung, S. 165, 169; *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 351. Zur individuellen Autonomie: Teil 1, Kap. 2, C., I., 2., a., aa.

521 Nachweise bei: *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 348, 377 ff.; *Mizia*, Rechtsbegriff der Autonomie und Privatfürstentum, S. 128 f. m.w.N.; *Pohlmann*, in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 704 m.w.N.

522 *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 3 Rn. 1; differenzierend hingegen *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 138, 145.

523 *Raiser*, JZ 1958, S. 1, 2; vgl. auch *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Gleichheit aller Bürger in einer horizontalen Perspektive entwickelt.[524] Die Prämisse der Gleichheit aller Bürger soll nach der liberalistischen Vorstellung die größtmögliche Freiheit aller Bürger im ökonomischen Verkehr gewährleisten. Niemand, eingeschlossen übergeordnete Instanzen, sollten die marktwirtschaftliche Freiheit des Einzelnen begrenzen.[525] Dabei ist die Privatautonomie konstituierender Pfeiler einer Marktordnung, in der alle Akteure gleich sind, wobei rechtliche Gleichheit, nicht tatsächliche und ökonomische Gleichheit gemeint ist.[526]

Der Einzelne tritt in Ausübung seiner Privatautonomie als Wirtschaftssubjekt auf, das sich zur marktwirtschaftlichen Betätigung seiner rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten bedient. Marktwirtschaftliche Selbstbestimmung erfordert aber einen Regelungsrahmen, der die für alle Marktteilnehmer verbindlichen Rechte und Pflichten aufstellt sowie der marktwirtschaftlichen Betätigung rechtliche Anerkennung und Geltung verleiht. Die Zivilrechtsordnung dient heute der Ausübung der ökonomischen Freiheit, denn Privatautonomie und Vertragsfreiheit können nicht ohne eine bestehende Rechtsordnung existieren, die die Rechtsgültigkeit von entsprechenden Vereinbarungen und Rechtsgeschäften anerkennt.[527] Beide Freiheiten stellen damit normgeprägte Prinzipien dar.[528] Die zivilrechtlichen Normen sind damit zugleich Grundlage und Grenze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit.[529]

2. Verortung in den Grundrechten

Privatautonomie und Vertragsfreiheit sind nicht explizit im GG verankert. Eine ausdrückliche Grundlage existiert im Gegensatz zur früheren WRV

524 *Olzen*, in: Staudinger, BGB, 2. Buch, Vor § 242 Rn. 50; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 2; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 5.

525 Vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 52, nach dem sich das Privatrecht im 19. Jahrhundert als ein »schützenswerte[r] staatsfreie[r] Raum« entwickelte.

526 Vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 24; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 105; *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 143 f.; *Larenz*, Schuldrecht (14. Aufl.), S. 41.

527 *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136; vgl. auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7. § 150 Rn. 20; *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 20 ff.; *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 3, 13; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 37 f.; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 65 f.

528 Vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 85.

529 BVerfGE 81, 242 (254). *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht. Demgegenüber hieß es in Art. 152 WRV noch ausdrücklich: »Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze«. Lediglich einige Landesverfassungen führen den Grundsatz der Vertragsfreiheit in ihren Grundrechtskatalogen auf. Art. 152 Abs. 2 S. 1 der Bayrischen Verfassung, Art. 52 Abs. 1 der Rheinland-Pfälzischen Verfassung und Art. 44 S. 1 der Saarländischen Verfassung garantieren ausdrücklich das Recht der Vertragsfreiheit.[530]

Das bedeutet allerdings nicht, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht grundrechtlich gewährleistet wären. Es ist allgemein anerkannt, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit als elementare Bestandteile einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Grundordnung zentral ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG finden.[531] Daneben spiegeln auch andere Grundrechte den Aspekt der Selbstbestimmung im Rechtsverkehr wider. So betreffen arbeitsrechtliche Regelungen den grundrechtlich geschützten Bereich des Art. 12 GG.[532] Gesetze, die die Übertragung oder die Nutzung von Eigentum (im

530 Vgl. auch *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 139; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 40. Auch die GrCh normiert die Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit nicht explizit. Diese sind aus den Garantien der Ehe (Art. 9 GrCh), der Berufsfreiheit (Art. 15 GrCh), der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GrCh) und der Eigentumsgarantie (Art. 17 GrCh) herauszufiltern. Der EuGH erkennt die Vertragsfreiheit als Ausprägung der unternehmerischen Freiheit ausdrücklich an, vgl. zuerst allgemeine Anerkennung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit: EuGH, 16.1.1979 – Rs. 151/78 – ECLI:EU:C:1979:4 Rn. 19 f. (Sukkerfabriken Nykobing Limiteret); 5.10.1999 – C-240/97 – ECLI:EU:C:1999:479 Rn. 99 (Spanien/Kommission). Vgl. zur Bezugnahme auf die unternehmerische Freiheit: EuGH, 22.1.2013 – C-283/11 – ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 42 (Sky Österreich); 18.7.2013 – C-426/11 – ECLI:EU:C:2013:521 Rn. 32 (Alemo Herron); 17.10.2013 – C-101/12 – ECLI:EU:C:2013:661 Rn. 25 (Schaible). Ebenso wird die Vertragsfreiheit auch in den allgemeinen Erläuterungen der GrCh zu Art. 16 aufgeführt, s. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02), EUAbl. C 303/17, 23.

531 Zur Privatautonomie: *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 140; BVerfGE 89, 214 (232); 103, 89 (100); 134, 204 (225); 126, 286 (300); *Röthel*, NJW 2001, S. 1334. Zur Vertragsfreiheit: *Raiser*, JZ 1958, S. 1, 5; *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 18; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 27 Rn. 3; BVerfGE 8, 274 (328); BVerfG, 18.7.2019 – 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18, juris Rn. 90; BVerwGE 1, 321 (323), 2, 114 (115); 17, 306 (309); 30, 65 (69); BVerwG, 26.6.2013 – 6 C 1.12, juris Rn. 30; 5.8.2015 – 6 C 8/14, NVwZ 2016, S. 535, 536; 12.4.2018 – 3 C 20.16, juris Rn. 23; BVerwG, 20.10.2021 – 6 C 8.20, juris Rn. 94. Vgl. auch *G. Kirchhof*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, § 109 Rn. 73.

532 Vgl. BVerfGE 81, 242 (254); 134, 204 (225); 149, 126 (141 Rn. 38); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 40 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verfassungsrechtlichen Sinn) regeln, fallen in den Schutzbereich des Art. 14 GG. Ist die vertragliche Selbstbestimmung mit einer Meinungskundgabe verbunden, kann auch Art. 5 Abs. 1 GG einschlägig sein. Welchen freiheitlich geschützten Bereich der Einzelne im Rechtsverkehr wahrnimmt, ist im Einzelfall zu ermitteln, wobei die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffangtatbestand gilt.[533] Damit sind Privatautonomie und Vertragsfreiheit als ökonomische Freiheiten im Rechtsverkehr gegenüber staatlicher Gewalt zumindest in der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie auch in den unionsrechtlichen Grundrechten abgesichert.[534]

III. Widersprüche gegen die Privatautonomie des Staates

Die Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit, die ihren Ursprung im Liberalismus haben, bezeichnen die grundsätzlich legitime Willkür und erfordern keinen Rechtfertigungszwang für die getroffene Entscheidung.[535] Der eigene Wille ist Mittel und Geltungsgrund für das Rechtsgeschäft.[536] Dieses Inhalts kann sich der Staat nicht bedienen. So können zwar auch staatliche Einrichtungen durch ihre Organe einen »Willen« bilden, doch sind sie dabei aufgrund des Rechtstaatsprinzips an sachgemäße Erwägungen gebunden.

533 Eine Darstellung der verschiedenen Bereiche der Gewährleistung bei: *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 14–19; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 62–69; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 103; *Horn*, in: Stern/Becker, GG, Art. 2 Rn. 30. Zum Spezialitätsverhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 12 GG bei der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung: BVerfGE 126, 286 (300); 134, 204 (222 f.); BVerfG, 29.6.2016 – 1 BvR 1015/15, juris Rn. 49.

534 Zur Herleitung aus den EU-Grundrechten: Teil 1, Kap. 2, A., II., 2. Fn. 30.

535 Vgl. aber zur Konstellation der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten, die Private teilweise in die Pflicht zur Beachtung von Grundrechten, insb. Art. 3 Abs. 1 GG, nehmen, wenn der Private eine strukturelle Überlegenheit aufweist und über gewichtige Belange der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben Privater entscheiden kann: BVerfG, 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15 – juris Rn. 6; BVerfGE 148, 267 (283 f.). Auch § 7 Abs. 1 AGG sieht ein Benachteiligungsverbot aufgrund rassistischer Motive, des Geschlechts, der Religion, einer Weltanschauung, des Alters, einer Behinderung oder der sexuellen Identität durch den Arbeitgeber vor.

536 Vgl. *Medius/Petersen*, BGB AT, Rn. 175, 244 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

So hieß es im Herrenchiemseer Entwurf zum Grundgesetz: »[d]er Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen«[537]. Damit existiert der Staat nicht zum Selbstzweck, sondern des Erhalts des Gemeinwohls wegen. Im Sinne der Privatautonomie als eines »Strukturelement[s] der freiheitlichen Gesellschaftsordnung«[538] regelt der Einzelne seine Rechtsgeschäfte eigenverantwortlich. Der Staat, der dem Gemeinwohl verpflichtet ist, beansprucht aber von Anfang an keine Eigenverantwortung, sondern ist dem Gemeinwohl und mithin dem Gemeinwesen gegenüber verantwortlich. Der Staat bildet keinen freien Willen, sondern ist an öffentliche Interessen und öffentliche Zwecke gebunden.[539] Staatliche Willkür ist mithin niemals legitim.

Ebenso sind Staat und Bürger ideell betrachtet nicht gleichgestellt. Sie sind dem Wesen nach verschieden.[540] Die Privatautonomie beruht auf dem Grundsatz der idealen Gleichheit der miteinander agierenden Personen. Staat und Bürger sind aber von Anfang nicht gleichgestellt. Zum einen schafft der Staat als Gesetzgeber die rechtlichen Regeln des Marktes, auf dem sich Staat und Bürger treffen,[541] während der Bürger nur die Möglichkeit hat, sich diesen Regelungen zu unterwerfen, um von seiner Privatautonomie Gebrauch zu machen. Denn Privatautonomie und Vertragsfreiheit sind normgeprägte Prinzipien und ihre Grenzen insofern flexibel. Allenfalls im Fall der Fremdbestimmung ist die Privatautonomie berührt.[542] Folglich befindet sich der Staat in einer anderen Ausgangslage als der Private. Zum anderen verbleiben dem Staat eine Auswahl zwischen mehreren Mitteln der Aufgabenerfüllung. So kann er hoheitlich und privatrechtlich tätig werden[543] und diese Auswahlmöglichkeit als Verhandlungsposition nutzen.[544] Für die Beschaffung am Markt gilt, dass, wenn auch die Entscheidung

537 Herrenchiemsee Entwurf, Vorlage an den Parlamentarischen Rat, zitiert nach: *von Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 48.
538 BVerfGE 81, 242 (254).
539 *Stern*, Staatsrecht Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1407; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1961), S. 164, 197; *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 318, 332; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 387 f.
540 *Stern*, Staatsrecht Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1412; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 387 f.; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 157.
541 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 317; *Dörr*, in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 108; *Niestedt/Hölzl*, NJW 2006, S. 3680, 3682.
542 Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 89, 214 (232); 148, 267 (282).
543 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 313 m.w.N.
544 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 315.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

für eine bestimmte Leistung eher selten eine unmittelbare Außenwirkung entfaltet, dem staatlichen Handeln durch die Eröffnung eines Nachfragemarktes eine nicht zu vernachlässigende Lenkungswirkung zugrunde liegt, die die Überlegenheit des Staates indiziert. Diese strukturellen Unterschiede sprechen gegen die Inanspruchnahme der Privatautonomie durch den Staat.

Lokalisiert man Privatautonomie und Vertragsfreiheit in grundrechtlichen Bestimmungen und versteht sie als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und weiteren speziellen Grundrechtsgewährleistungen, dann fällt es nicht schwer zu schlussfolgern, dass die Beschaffungsautonomie nicht aus diesen Grundsätzen abgeleitet werden kann. Der Staat kann sich weder auf die Privatautonomie noch auf die Vertragsfreiheit stützen. Denn der Staat kann sich nicht auf Grundrechte berufen.[545] In der *Sasbach*-Entscheidung umschrieb das BVerfG anhand von Art. 14 GG, dass nur das Eigentum Privater, aber nicht das Privateigentum geschützt sei.[546] Mittlerweile ist anerkannt, dass der Staat in jeglicher Handlungs- und Organisationsform gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist. Art. 1 Abs. 3 GG ordnet eine umfassende und lückenlose Grundrechtsbindung an.[547]

Das BVerfG beschrieb es wie folgt: »Öffentliche einschließlich der öffentlich beherrschten Unternehmen können zwar ihre Kundenbeziehungen nach der Logik des Marktes gestalten, jedoch steht es ihnen nicht frei, ihre wirtschaftliche Tätigkeit nach Belieben mit subjektiv weltanschaulichen Präferenzen oder Zielsetzungen und hierauf beruhenden Differenzierungen zu verbinden.«[548] Der Staat ist folglich privatrechtsfähig, aber nicht zur Pri-

545 BVerfGE 61, 82 (104 ff.).

546 BVerfGE 61, 82 (108 f.).

547 BVerfGE 128, 226 (243); 138, 296 (328); BVerfG, 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, S. 3153, 3155 f.; BKartA, 29.4.1999 – VK 1–7/99, NZBau 2000, S. 53, 55; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1960), S. 167, 201 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 113 ff., 212 ff.; *Möstl*, Grundrechtsbindung, S. 76 ff., 89 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 303 ff., 318; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 442; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 71; *ders.*, NZBau 2003, S. 242, 243; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 477; *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014, 1015; *Pünder*, VerwArch 95 (2004), S. 38, 41; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 32 f.; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 347 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 35; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 86, 107; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 105 ff.; *Sauer*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 74 f.; *Hermes*, JZ 1997, S. 909, 912 f.

548 BVerfGE 128, 226 (249).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vatautonomie berechtigt.[549] Folglich spricht die Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt gegen den staatlichen Rückgriff auf die Privatautonomie und Vertragsfreiheit.

IV. Ergebnis

Während das Rechtsgeschäft des Individuums seinen Geltungsgrund in der individuellen Autonomie und der Rechtsordnung findet,[550] kann sich der Staat aufgrund seiner strukturellen Überlegenheit dem Bürger gegenüber, der Gemeinwohlverpflichtung und lückenlosen Rechtsbindung nicht auf die Privatautonomie oder die Vertragsfreiheit berufen. Der Staat ist stattdessen in jeder Handlungs- und Organisationsform an die Grundrechte und Verfassungsbestimmungen gebunden.

Im Übrigen ist auch die Enteignung als ein hoheitlich-imperatives Mittel eine Form der Beschaffung. Bei der Wahl zwischen dem Erwerb am Markt und dem Mittel der Enteignung würde allerdings niemand annehmen, dass diese Entscheidung auf die Privatautonomie oder Vertragsfreiheit zurückgeführt wird. Folglich kann die Beschaffungsautonomie nicht aus den ökonomischen Freiheiten hergeleitet werden.[551]

B. Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Bedarfsdeckung

Da Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht als Grundlage der Beschaffungsautonomie fruchtbar gemacht werden können, sollen andere Grundlagen ermittelt werden. Es besteht die verfassungsrechtliche Pflicht zur Bedarfsdeckung. Diese Pflicht ist die Grundlage für die mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Befugnisse[552] (III.) und stützt sich auf zwei wesentliche Erwägungen: Die Erfüllung der dem Staat zugewiesenen Aufgaben ist zunächst Pflicht des Staates und stellt den Maßstab für den Er-

549 Zu eng: *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 10 f., nach dem der Staat auch nicht privatrechtsfähig sein könne.

550 *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 41.

551 So auch: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 92. Vgl. auch *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 74; *ders.*, Staatsauftrag, S. 364.; *Ronellenfitsch* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 98 Rn. 28; *Isensee* in ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 105.

552 Befugnis wird in diesem Fall nicht als Ermächtigung zum Eingriff in subjektive Rechte verstanden. Vgl. *Stettner*, Kompetenzlehre, S. 43–48.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halt der staatlichen Funktionsfähigkeit dar (I.). Aufgaben, die dem Staat obliegen, kann dieser nicht unerfüllt lassen. Aus unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Prinzipien und Rechtsgrundlagen ergibt sich dann in der Gesamtschau, dass der Staat sich in einem Zustand halten muss, sämtliche – auch zukünftig entstehende – Aufgaben erfüllen zu können. Der Staat muss sich also funktionsfähig halten (II.). Bildlich gesprochen: die Aufgaben, die dem Staat als seine Hausaufgaben aufgegeben sind, muss der Staat erfüllen. Der Staat muss sich aber auch ständig und generell in einem Zustand halten, in dem er die immer wieder neu entstehenden Hausaufgaben erfüllen kann, also muss er im übertragenen Sinne ausreichend Papier und Tinte – oder heute: funktionsfähige Computer zur Hand haben.

I. Die Erfüllung von Aufgaben als Maßstab staatlicher Funktionsfähigkeit

Die Untersuchung hat ergeben, dass sich die staatliche Bedarfsdeckung immer an die Erfüllung einer Aufgabe anschließt.[553] Staatliche Aufgaben ergeben sich aus den Gesetzen.[554] Sie bilden den Maßstab staatlicher Funktionsfähigkeit. Erst wenn der Staat die ihm obliegenden Aufgaben erfüllen kann, ist er funktionsfähig.

Eine rechtliche Pflicht des Staates zur Erfüllung etwaiger Aufgaben wird kaum ausdrücklich erwähnt.[555] Nicht überzeugend unterscheidet die Literatur zwischen obligatorischen und fakultativen Aufgaben.[556] Vielmehr ist einer staatlichen Aufgabe die Pflicht ihrer Erfüllung inhärent. Aufgaben verpflichten nach allgemeinem Verständnis denjenigen zur Erfüllung, dem sie aufgetragen sind.[557] Eine »Aufgabe« stellt nach allgemeinem Wortverständnis eine Pflicht dar, die Verantwortung für deren Erfüllung schafft. Ebenfalls sprechen Sinn und Zweck der staatlichen Aufgaben für eine generelle Pflicht der Erfüllung. Überträgt das Volk in freier, demokratischer Entscheidung dem Staat ebenjene Aufgaben, begründet es unmittelbar die Pflicht zur Erfüllung der Aufgabe und die entsprechende Zuteilung der Ver-

553 S. Teil 1, Kap. 1, B., II.
554 S. Teil 1, Kap. 1, B., II., 1., e.
555 *Lüttmann* leitet allerdings aus einer Gesamtschau von Grundrechten und anderen Verfassungsprinzipien eine Pflicht zur Erfüllung einzelner öffentlicher Aufgaben her. S. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 31–36.
556 Vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 29 m.w.N.
557 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 26; *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgabe, S. 45 f.; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

antwortung. Eine Zuweisung an den Staat wäre obsolet, ginge man davon aus, dass der Staat diese Aufgaben ohnehin nicht erfüllen müsse und werde. Denn dann könnte die Aufgabe auch im alleinigen Verantwortungsbereich der Gesellschaft verbleiben.[558] Hinter der Aufgabenzuweisung steht also die Schaffung von Rechtssicherheit und Verantwortungsklarheit im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Wenn Klarheit über die Verantwortung des Staates besteht, macht dies auch staatliches Handeln vorhersehbar, was ein Grundanliegen von Rechtsstaatlichkeit ist.[559] Dieser Grundsatz würde torpediert, wenn der Staat die Erfüllung der ihm zugewiesenen Aufgaben unterließe. Im Hinblick darauf ist es ein rechtsstaatliches Anliegen, dass die die Beeinträchtigungen indizierenden Pflichten klar umrissen sind und als solche auch ausgeübt werden. Insofern besteht eine staatliche Pflicht zur Erfüllung all seiner Aufgaben. Diese Pflicht materialisiert sich darin, dass die Aufgabe schlichtweg erfüllt wird – sei es bspw., dass der Staat ein Gesetz i.S.v. Art. 6 Abs. 5 GG erlässt oder die Verwaltung dem Eigentümer eines einsturzgefährdeten Gebäudes eine Abrissverfügung mit dem Ziel der Gefahrenabwehr erteilt.

Schließlich kann sich die staatliche Gewalt bei der Erfüllung solcher Aufgaben nicht auf Gründe subjektiver Unmöglichkeit hinsichtlich der Erfüllung verpflichtender Aufgaben berufen. Dies würde einer rechtlichen Pflicht zuwiderlaufen und die Pflicht ihres Inhalts entleeren. Lediglich Fälle, die objektiv für jedermann unmöglich sind, können entsprechend dem Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* eine rechtliche Pflicht untergehen lassen.[560] Denn Maßnahmen, die für jedermann unmöglich sind, können auch nicht vom Staat verlangt werden, der durch seine Organe tätig wird.

558 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 27; vgl. auch *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 259; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 92 f.; BVerfGE 128, 226 (245).

559 *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 122, 123, 131; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 26 Rn. 81; krit. *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 54 f.

560 »Über das Können hinaus wird niemand verpflichtet.« Dieser Grundsatz, der dem römischen Recht entnommen ist, findet auch Anwendung im Verwaltungsrecht und damit bei staatlichem Handeln. So ist beispielsweise ein Verwaltungsakt, welchen aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, von Anfang an gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig. Vgl. auch: *S. Meyer*, JURA 2017, S. 1259, 1262.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Herstellung und Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit als staatliche Pflicht

Damit die Erfüllung von Aufgaben ohne weiteres möglich ist, muss der Staat im Vornherein einen Rahmen schaffen, in dem es ihm möglich ist, seine Aufgaben zu erfüllen. In diesem Sinne meint Funktionsfähigkeit, die Gegebenheiten zu schaffen, um die obliegenden Aufgaben erfüllen zu können.[561] Dementsprechend eröffnet sich die Frage, was einen funktionsfähigen Staat auszeichnet und was dessen Mittel sind (1.). Fraglich ist dann, ob sich aus der Rechtsordnung auch eine rechtliche Pflicht zum funktionsfähigen Selbsterhalt herleiten lässt (2.). Vereinzelt wird die Funktionsfähigkeit bestimmter staatlicher Stellen in der Rechtsprechung und Literatur aufgeführt.[562] Diese Passagen konzentrieren sich aber zumeist nur auf einzelne Stellen und die sogenannte Funktionsfähigkeit wird nicht weiter konkretisiert. Ist vom Staat in seiner Gesamtheit die Rede, wird der Erhalt der Funktionsfähigkeit regelmäßig als ungeschriebene Prämisse des Bestehens des Staates gehandelt.[563]

1. Mittel zum Erhalt der Funktionsfähigkeit

Der Erhalt der Funktionsfähigkeit erfordert, dass der Staat notwendige Vorleistungen erbringt oder beschafft und ein Umfeld erschafft, ohne welches der Staat nicht als handlungsfähig zu bezeichnen wäre. Hierzu müssen sich staatliche Stellen entsprechend organisieren (a.) sowie die zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe erforderlichen Personal-, Sach- und Finanzmittel

561 Vgl. auch *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.

562 Exemplarisch zur Funktionsfähigkeit des Parlaments als anerkanntes Rechtsgut: BVerfGE 80, 188 (219); 84, 304 (321); 96, 264 (278); 99, 19 (32); 112, 118 (140); 118, 277 (324); 130, 318 (348). Exemplarisch zur Funktionsfähigkeit der Verwaltung: BVerfGE 18, 121 (125); BVerfG, 27.4.2021 – 2 BvR 206/14, Rn. 108; *Schwarze*, DÖV 1980, S. 581, 585, 591. Exemplarisch zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege: BVerfGE 153, 1 (38 f.). Vgl. auch zur Einschränkung von Leistungsrechten: BVerfGE 33, 303 (334).

563 Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 11, 21; *Krautzberger*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 54; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 39; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 175 ff.; *Groß*, Kollegialprinzip, S. 200; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 32 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bereithalten (b.) (sog. »materielle Beiträge«).[564] Diese Beiträge sind dann als Instrumente zur Erfüllung der obliegenden Aufgaben zu verstehen.

a. Organisation

Ein wesentlicher Beitrag zur staatlichen Funktionsfähigkeit ist eine vorhandene Organisation. Organisation meint die wechselseitige Zuordnung von Funktionen, Aufgabenbereichen und Verhaltensweisen innerhalb eines sozialen Gebildes mit dem gesamtheitlichen Ziel der Erfüllung von Aufgaben.[565] Die Organisation des Staates ist notwendig und unumgänglich, weil es schlichtweg unmöglich ist und innerhalb eines gewaltengegliederten Systems rechtlich auch nicht zulässig wäre, sämtliche Aufgaben einer Einheit zu übertragen. Die Fülle staatlicher Aufgaben lässt sich nicht von einer Stelle allein erledigen. Innerhalb einer staatlichen Einrichtung müssen unterschiedliche Aufgaben verteilt werden, damit diese im Ergebnis in angemessener Zeit erfüllt werden können. Aber auch zwischen den staatlichen Stellen sind die Aufgaben zu verteilen, was sich unter anderem aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ergibt. Das Grundgesetz selbst führt eine Fülle an Organisations- und Kompetenznormen auf, die das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Funktionen regeln. Dementsprechend führt die Organisation zu einer effektiven und sachgerechten Aufgabenerfüllung und dient dazu, ein funktionierendes Gemeinwesen[566] und die Staatsstrukturprinzipien sowie Grundrechte zu

564 Vgl. *Isensee*, JZ 2005, S. 971, 978. Zwischen diesen vier Beiträgen wird auch in der Betriebs- und Verwaltungswissenschaft differenziert, vgl. *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 20; *von Känel*, Betriebswirtschaftslehre; *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 54 ff., 134 ff.

565 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 245; *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 79 Rn. 8; vgl. *Böckenförde*, in: FS Wolff, S. 292, 297 f.; *Groß*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 15 Rn. 4. Vgl. auch die betriebswirtschaftliche und sozialwissenschaftliche Perspektive: *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Betriebswirtschaftslehre, S. 486; *von Känel*, Betriebswirtschaftslehre, S. 355, 358; *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaft, S. 130; *Schreyögg*, Organisation, S. 15; *Kieser/Walgenbach*, Organisation, S. 6 f.

566 Vgl. *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht Bd. 2, § 79 Rn. 1; NWVerfGH, 9.2.1999 – VerfGH 11–98, NJW 1999, S. 1243, 1246; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 14; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 5 Rn. 15 ff.; *Krebs*, in: Isen-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewährleisten.[567] Damit erfolgt die Organisation nicht zum Selbstzweck, sondern dient primär dem Gebot von Rationalität und Sachgerechtigkeit, mithin dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. Spiegelbildlich kann dann aus dem Rechtsstaatsprinzip das Gebot einer aufgabengerechten Organisation abgeleitet werden.[568] Mithilfe von sachgerechter Organisation soll es also ermöglicht werden, Aufgaben effektiv zu erfüllen. Daraus ergibt sich, dass jede staatliche Einrichtung eine Organisation aufweisen muss, um sich selbst funktionsfähig zu halten.

b. Materielle Mittel

aa. Personal

Erst durch Personal wird der Staat nach außen handlungsfähig. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass selbst das Grundgesetz u.a. in Art. 33 Abs. 4, Art. 38 Abs. 1, Art. 40, Art. 51 Abs. 1, Art. 54, Art. 62, Art. 92 GG bestimmte Amtsträger ausdrücklich vorsieht. Ähnliche Regelungen, die Amtsträger betreffen, finden sich in den Landesgesetzen, die die kommunale Verfassung betreffen.[569] Auch Befangenheitsvorschriften implizieren den Einsatz von Personal.[570] Juristische Personen bedürfen im Ergebnis natürlicher Personen, um handlungsfähig zu sein. Das Personal kann aufgrund der Stellung als vernunftbegabtes Wesen und der Unterscheidung im Haushaltsrecht nicht mit Sachmitteln gleichgesetzt werden.[571] Der Staat ist also auf Perso-

see/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 108 Rn. 29; *Burmeister*, Institutioneller Gesetzesvorbehalt, S. 143; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 86; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 199–215; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 54.

567 *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht Bd. 2, § 80 Rn. 10; *Krebs,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 108 Rn. 89; *Ohler*, AöR 131 (2006), S. 336, 346; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 358 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 27; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 5 Rn. 18; *ders*., in: FS H. P. Ipsen, S. 333, 336; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 151.

568 *Groß*, Kollegialprinzip, S. 200; *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 84; vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 794.

569 S. unter anderem: Art. 29 ff. GO Bayern; §§ 42 ff., 56 GO Baden-Württemberg; §§ 39 ff., 49 ff. GO Hessen; §§ 45 ff., 80 ff. NKomVG; §§ 40 ff., 62 ff. GO Nordrhein-Westfalen.

570 Bspw. § 42 ZPO (i.V.m. § 54 VwGO), § 24 StPO, §§ 20, 21 VwVfG.

571 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nal angewiesen, um handlungsfähig zu sein. Damit werden auch Einstellung und Berufung von Personal notwendige Mittel für den Staat, um sich selbst funktionsfähig zu halten.

bb. Ausstattung

Die Ausstattung betrifft Güter und Dienstleistungen, die nicht durch das im öffentlichen Dienst stehende Personal erbracht werden. Sowohl Güter als auch Dienstleistungen sind zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit notwendig. Güter dienen dem sachlich-gegenständlichen Aufbau einer Einrichtung und der Aufgabenerfüllung. Denn der Staat ist nur mit entsprechendem Equipment handlungsfähig. So muss der Staat funktionsgerechte Gebäude zuzüglich Einrichtung für die Unterbringung des Personals[572] wie auch Materialien zur Bewältigung des allgemeinen Arbeitsaufwandes anbieten.

Dienstleistungen leisten einen unmittelbaren Beitrag zur Aufgabenerfüllung. Der Staat ist daher mit Dienstleistungen »ausgestattet«, die der Staat zur Aufgabenerfüllung in Anspruch nimmt. Hierbei ist zwischen solchen Dienstleistungen zu differenzieren, die durch das eigene im öffentlichen Dienst stehende Personal erbracht werden, wie bspw. die Ausstellung eines Personalausweises, und solchen Dienstleistungen, die nicht durch im öffentlichen Dienst stehende Personen erbracht werden. Dies ist bspw. der Abschleppdienst, der ein im Parkverbot stehendes Fahrzeug auf Anweisung des Staates entfernt. Haushaltsrechtlich betrachtet, handelt es sich bei letzterem Fall um einen Einsatz von Sachmitteln, denn der Dienstleistende wird nicht in den öffentlichen Dienst eingegliedert.[573] Nur solche Fälle fallen unter die Mittel der Ausstattung.

cc. Finanzmittel

Finanzmittel sind Geldmittel, mit denen in einer arbeitsteiligen Gesellschaft unkompliziert Leistungen ausgetauscht werden können. Erhoben werden diese Mittel in Form von Steuern, Gebühren und sonstigen Einnah-

572 Vgl. BVerfGE 18, 121 (125).

573 Vgl. die Vorschriften in Bezug auf das Personal: §§ 48, 49, 50, 51 BHO. *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men aus Strafen und Bußgeldern.[574] Damit der Staat funktionsfähig bleibt, muss er ausreichend Finanzmittel bereithalten, um vorliegende Aufgaben zu erfüllen.[575] Das Personal muss entlohnt werden und die notwendige Ausstattung, wozu Güter und Dienstleistungen gehören, müssen mit Finanzmitteln bezahlt werden. Finanzmittel fungieren als Tauschmittel, um die sachliche und personelle Grundlage des Staates zu schaffen. Implizit ergibt sich dies auch durch die Vorgaben der Verfassung zum Finanzwesen in den Art. 104a ff. GG. Ausgaben ergeben sich aus der Wahrnehmung von Aufgaben (vgl. Art. 104a Abs. 1 GG). Durch die Erhebung von Finanzmitteln kann der Staat garantieren, weiterhin Ausgaben zu tätigen und damit Aufgaben erfüllen zu können, so dass Finanzmittel ein notwendiges Instrument zum Erhalt der Funktionsfähigkeit sind.

c. Zwischenfazit

Festzuhalten ist, dass sich ein funktionsfähiger Staat durch eine Organisation sowie durch Personal, eine Ausstattung und Finanzmittel auszeichnet. Das bedeutet in Bezug auf bereits aufgeführte Beispiele,[576] dass das Parlament entsprechende Räumlichkeiten und Infrastruktur benötigt, um im Sinne des Demokratieprinzips einen Gesetzesentwurf öffentlich auszuarbeiten. Es benötigt aber auch Mittel zur Dokumentation des Vorgangs und zum Abschluss des Verfahrens mit der Verkündung des Gesetzes im Gesetzblatt (Art. 82 GG), seien es elektronische oder gegenständliche, wie Papier und Büromaterialien oder technische Anlagen und Systeme, wie Server, Computer und Programme. Gleiches gilt für Vorgänge in der Verwaltung. Der Staat muss die notwendigen Materialien, Leistungen und den Sachverstand besorgen, um beurteilen zu können, ob bspw. ein Bescheid zum Abriss des Gebäudes zweck- und rechtmäßig ist, und um den Bürger an diesem Verfahren beteiligen zu können. All diese Aufgaben erfordern Finanzmittel, die den Erwerb von externen Leistungen möglich machen. Fälle der Eigenfertigung oder aber der Enteignung sind zumindest mit einem Verwaltungsaufwand verbunden, der unter anderem in (Gehalts-)Kosten der Angestellten im öffentlichen Dienst besteht. All diese Mittel sind not-

574 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 139.
575 Vgl. *Waldhoff*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 116 Rn. 1 f.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 21 Rn. 1; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.
576 S. Teil 1, Kap. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wendig, um den Staat funktionsfähig zu halten, mithin dienen sie dem Erhalt der Funktionsfähigkeit.

2. Herleitung der rechtlichen Pflicht

Eine rechtliche Pflicht zum Erhalt staatlicher Funktionsfähigkeit lässt sich im Wege einer Gesamtschau verfassungsrechtlicher Normen ermitteln.[577]

a. Rechtsstaatsprinzip

Der verfassungsrechtlich zwingende Erhalt der Funktionsfähigkeit stützt sich auf das Rechtsstaatsprinzip.[578] Rechtsstaatlichkeit bedeutet, dass sämtliche staatliche Tätigkeiten aufgrund und in den Grenzen der Rechtsordnung erfolgen.[579] Üblicherweise verortet in Art. 20 Abs. 3 GG,[580] entfaltet sich das Rechtsstaatsprinzip als Staatsstrukturprinzip in mehreren strukturellen Vorgaben.[581] Aus der rechtsstaatlichen Ausprägung der Rechtsbindung staatlicher Gewalt gem. Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich die rechtliche Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit. Zum einen folgt aus der Anknüpfung an die Pflicht zur Aufgabenerfüllung[582] die Pflicht zum Funktionserhalt. Denn wenn sich Pflichten zur Aufgabenerfüllung aus der Rechtsordnung herleiten lassen, ist entsprechend dieser rechtlichen Pflichten zu handeln. Daraus folgt, neben der unmittelbaren Aufgabenerfüllung, auch die zur Erfüllung notwendigen Zwischenschritte zu erledigen, also

577 Eine Begründung der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt erfolgte bisher, soweit ersichtlich, nicht. *Lüttmann* leitet zumindest aus der Schutzfunktion der Grundrechte, den Staatszielbestimmungen und in Grenzen aus den Staatsstrukturprinzipien eine Pflicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ab. Dazu: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 31–36. Aus den Staatsstrukturprinzipien ergebe sich ihrer Ansicht nach zumindest die Pflicht zum allgemeinen Funktionserhalt. S. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

578 Vgl. auch *Herzog*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 88; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 20 Rn. 1818; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 190 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

579 *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 372.

580 Vgl. BVerfGE 35, 41 (47); 84, 133 (159); 98, 106 (117); 106, 28 (49).

581 Vgl. *Leisner*, in: Sodan, GG, Art. 20 Rn. 1; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 41; *Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer*, Staatsrecht I, S. 221.

582 S. Teil 1, Kap. 2, B., I.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die notwendigen materiellen Mittel, sowie eine funktionierende Organisation zur eigenen Funktionsfähigkeit aufzuweisen.[583] Aus der Rechtsbindung ergibt sich aber auch, dass staatliches Handeln effektiv sein muss. Wie effektiv eine Maßnahme ist, lässt sich am Maßstab des Zielerreichungsgrads bestimmen.[584] Staatliches Handeln ist an die Rechtsordnung gebunden und daher auf die in der Rechtsordnung angelegten Zielsetzungen und Handlungsvorgaben verpflichtet. Zur Anwendung des Rechts bedarf es Institutionen, die geltendes Recht setzen und Gesetze schaffen können. Ferner müssen Institutionen existieren, die kraft rechtlicher oder gesetzlicher Zuweisung dazu befugt sind, Recht und Gesetze – sei es durch Vollzug oder Kontrolle – effektiv durchzusetzen, um Rechtsstaatlichkeit in ihrer Gänze zu verwirklichen.[585] Der Staat hat also für eine effektive Anwendung und Durchsetzung des Rechts zu sorgen. Die Aufgaben können die Institutionen jedoch nur in effektiver Weise erledigen, wenn sie selbst über die notwendigen immateriellen und materiellen Mittel verfügen. Ersichtlich wird dies auch in § 882 Abs. 2 ZPO, nach dem die Zwangsvollstreckung in Sachen unzulässig ist, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Bund oder Länder unentbehrlich sind. Hier sichert das Zwangsvollstreckungsrecht den Grundsatz des Erhalts der staatlichen Funktionsfähigkeit gesondert ab. Dass die Institutionen zur Erfüllung der Aufgaben selbst funktionsfähig sein müssen, ist also untrennbar mit der Rechtsbindung verbunden.

Ferner ergibt sich unmittelbar aus dem Gebot der Gewaltenteilung eine Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt. Das Gebot der Gewaltenteilung erfordert, dass Staatsgewalt durch unterschiedliche, existierende Amtsträger ausgeübt wird. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG setzt die Funktionsfähigkeit staatlicher Organe voraus, indem die Vorschrift besagt, dass die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Diese Organe müssen selbstverständlich existent sein und ihre Aufgaben effektiv erfüllen können, was wiederum voraussetzt, dass jene funktionsfähig sind.[586] Funktionslose Organe

583 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 1., a. Vgl. auch *Hesse*, in: FS Smend, S. 71, 83; *Gramm*, Privatisierung, S. 65; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

584 *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 121 Rn. 14.

585 Vgl. BVerfGE 51, 324 (343 f.). Zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Justiz als Element von Rechtsstaatlichkeit: *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VII) Rn. 26; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92, 101; *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 54; *Hölscheidt*, JA 2001, S. 409.

586 Vgl. *von Danwitz*, Der Staat 35 (1996), S. 329, 335; *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 153 Fn. 94 a.E.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

könnten die obliegenden Aufgaben gar nicht erfüllen. Entweder wäre dann eine Zuweisung der Aufgabe an das Organ obsolet und ein anderes Organ müsste sich der Aufgabe bemächtigen, so dass eine Verlagerung der Staatsgewalt auf eine andere Stelle erfolgen würde, oder aber durch die Funktionslosigkeit wäre eine Kontrolle anderer Organe nicht möglich. Derartige Situationen hätten dann einen Gewaltenmonismus zur Folge, der dem Gebot der Gewaltenteilung widerspräche.[587] So wäre beispielsweise die Unabhängigkeit der Rechtsprechungsorgane aus Art. 97 GG konterkariert, wenn die Rechtsprechung selbst nicht funktionsfähig und stattdessen zur eigenen Aufgabenerfüllung auf andere Organe außerhalb der Rechtsprechung angewiesen wäre. Gewaltenteilende Kompetenz- und Organisationsnormen verbinden also die obliegende Aufgabe mit entsprechendem Sachverstand und Ressourcen. Eine erfolgreiche Verbindung setzt aber voraus, dass entsprechende Ressourcen verfügbar sind.

Herauszuheben ist ferner, dass das Rechtsstaatsprinzip durch Art. 79 Abs. 3 GG besonders abgesichert ist. Die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG schreibt vor, dass die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze einer formellen Verfassungsänderung nicht zugänglich sind. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, eine Erosion der grundlegenden Struktur und Prinzipien, auf die sich der Staat der Bundesrepublik Deutschland stützt, zu verhindern.[588] Wenn schon eine formell-rechtliche Berührung der Prinzipien in Art. 20 GG unmöglich ist, so darf sich der Staat auch nicht faktisch in eine Lage hineinmanövrieren, in der er die Aufrechterhaltung dieser Prinzipien mangels fähiger Einrichtungen oder Leistungen nicht mehr gewährleisten kann. Eine derartige faktische Aufgabe der eigenen Leistungsfähigkeit wäre gleichbedeutend mit der rechtlichen Abänderung der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Grundsätze. Insofern sichert Art. 79 Abs. 3 GG den Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit als Grundsatz zusätzlich ab. Dasselbe gilt im Übrigen für das folgende Sozialstaatsprinzip. Dadurch erhält auch der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit eine gesteigerte Bedeutung.

587 Vgl. BVerfGE 49, 89 (124 ff.); 67, 100 (139); 68, 1 (86 f.); 98, 218 (251 f.); 139, 19 (46); 150, 1 (99).

588 Vgl. *Dietlein*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 79 Rn. 15; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 79 Rn. 8 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 22 Rn. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Sozialstaatsprinzip

Auch aus dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG leitet sich die rechtliche Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit ab. Als objektiv-rechtlicher Rahmen bindet das Sozialstaatsprinzip alle Funktionen des Staates.[589] Zwar ist eine Herleitung konkreter Einzelmaßnahmen aus dem sozialen Staatsziel regelmäßig nicht möglich.[590] Allerdings verpflichtet das Sozialstaatsprinzip übergreifend den Staat daraufhin, für eine »gerechte Sozialordnung zu sorgen«[591]. Dies bedeutet unter anderem, Schwächere zu schützen und zu unterstützen und nicht zuletzt für ein menschenwürdiges Dasein zu sorgen. Es ist ein Anliegen des Sozialstaates, den Menschen in der Industriegesellschaft nicht sich selbst zu überlassen.[592] Ein Schwerpunkt zur Schaffung derartiger sozialer Gerechtigkeit liegt in der Bereitstellung von Leistungen, um eine Teilhabe aller am gesellschaftlichen Leben grundsätzlich zu ermöglichen.[593] Dies schließt wiederum Leistungen der Daseinsvorsorge[594] ein, die darin bestehen, dass der Staat unmittelbar für den Bürger sorgt und Leistungen erbringt, die für den Einzelnen lebensnotwendig oder -nützlich sind.[595] Derartige Leistungen sind unter anderem die Versorgung mit Strom und Wasser, die Müllentsorgung, die Abwasseraufbereitung, aber auch die

589 *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 153; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 20 Rn. 209; *Gröpl*, Staatsrecht I, Rn. 667; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 589, 596.

590 BVerfGE 1, 97 (105); 69, 272 (314); 82, 60 (80); 94, 241 (263); 110, 412 (445); *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 72; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 47; *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, S. 693, 693 f.

591 BVerfGE 69, 272 (314); 94, 241 (263); 110, 412 (445); 123, 267 (362); 138, 136 (254); ähnlich auch schon BVerfGE 27, 253 (283); 35, 202 (235 f.); 87, 1 (35).

592 *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 110; *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 35.

593 *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 74; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 20 Rn. 211 f.; *Broß*, NZBau 2004, S. 465, 466. Vgl. in Bezug auf eine Pflicht zur Erfüllung von Aufgaben: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 33 f. Fn. 80.

594 Der Begriff der Daseinsvorsorge geht auf *Ernst Forsthoff* zurück. S. *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), S. 4 ff., 12 »Vorsorge für die Lebensnotwendigkeiten«; vgl. auch *Ronellenfitsch*, in: Blümel, Kolloquium Forsthoff, S. 53, 58; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 96 Rn. 1, 3 ff.; *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 90; vgl. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 267; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 197; *Hünnekens*, Infrastruktur, S. 116–123; *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der Kommunen, S. 38; *Reidt*, NVwZ 1996, S. 1156, 1157 f.; *Broß*, NZBau 2004, S. 465, 466.

595 *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 96 Rn. 3; *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 48; vgl. *Peine*, DÖV 1997, S. 353, 356.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schaffung von ausreichender Mobilität durch Angebote des ÖPNV und des SPNV.[596] Auch die Gewährleistung eines existenziellen Minimums sowie die Bereitstellung von bspw. Schulen, Krankenhäusern und kulturellen, wie gesellschaftlichen Einrichtungen sind vom Auftrag umfasst, eine gerechte Sozialordnung zu schaffen.[597] Um diesen sozialstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden, muss der Staat ein Mindestmaß an Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, was einschließt, dass der Staat die notwendigen Ressourcen aufweist, um die angeforderten Leistungen auch tatsächlich zu erbringen. All diese Leistungen zu realisieren, ist nur möglich, wenn der Staat selbst handlungs- und funktionsfähig ist, also die notwendigen Mittel aufweist. Infolgedessen erfordert das Sozialstaatsprinzip zwingend eine leistungs- und funktionsfähige Staatlichkeit.[598]

Mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge wird angesichts knapper staatlicher Haushaltskassen das Stichwort der Privatisierung, also die Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung, in Verbindung gebracht.[599] Der Trend der Privatisierung der letzten Jahrzehnte widerspricht allerdings nicht der staatlichen Pflicht zum Funktionserhalt. Denn auch die Vermittlung von Aufgaben an Private erfordert im ersten Schritt eine funktionsfähige Staatlichkeit, die sich in der spezifischen Situation gerade dadurch auszeichnet, dass sie zwar nicht die notwendige Ausstattung zur Aufgabenerfüllung aufweist, dafür aber zur Einbindung Privater Vorgänge durch das öffentliche Personal koordinieren und die private Leistung mit Finanzmitteln bezahlen muss. Ferner trifft den Staat in den Fällen der funktionalen Privatisierung weiterhin die Gewährleistungsverantwortung, die ihn dazu anhält, das Handeln der Privaten zu überwachen.[600]

c. Grundrechte

Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte (*status negativus*) gegen staatliches Handeln, sondern verpflichten den Staat ebenfalls zu einem positiven

596 *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 28 Rn. 36.
597 BVerwG, 22.9.1967 – VII C 71/66, NJW 1968, S. 613; *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 28 Rn. 36; *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 74.
598 Im Ergebnis auch: *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 76.
599 Zur Privatisierung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b.
600 Zur Gewährleistungsverantwortung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b., aa.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Tun (*status positivus*)[601]. Dieser *status positivus* spiegelt sich in staatlichen Schutzpflichten, Leistungsrechten und Teilhaberechten wider. In diesen Dimensionen verpflichten die Grundrechte den Staat zum Tätigwerden und mitunter zum Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit.

Grundrechte als Schutzpflichten verpflichten den Staat daraufhin, die in den Grundrechten aufgefassten Rechtsgüter zu schützen. Dies ergibt sich sowohl unmittelbar aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt[602] der Grundrechtsbestimmungen selbst als auch aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, wonach die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist.[603] Der Staat ist demnach verpflichtet, drohende Beeinträchtigungen der Bürger von unterschiedlichen Quellen, wie Dritten, Naturkatastrophen oder ausländischen Stellen, abzuschirmen.[604] Diese Beeinträchtigungen kann der Staat nur abwehren, wenn er selbst funktionsfähig ist. Die Abwehr erschöpft sich nicht im Erlass von allgemeinverbindlichen Regelungen, bei dem im Übrigen der Staat einen sehr weiten Einschätzungsspielraum hinsichtlich der konkreten Umsetzungen etwaiger Schutzpflichten genießt. Bei Abwehrleistungen, bei denen es nicht ausreicht, lediglich regulierend tätig zu werden, muss der Staat unmittelbar Leistungen erbringen oder für die Erbringung sorgen. Die grundrechtlichen Schutzverpflichtungen verpflichten den Staat demnach zum funktionsfähigen Selbsterhalt.

Als Instrument der Bestimmung von Handlungspflichten fungiert das Untermaßverbot spiegelbildlich zum Übermaßverbot als unterste Grenze und Mindestschutz.[605] Das Untermaßverbot sieht vor, dass die staatliche Gewalt im Mindestmaß ihrer grundrechtlichen Verantwortlichkeit nachkommt und dass sie gerade nicht untätig bleibt. Dieser Maßstab ist unterschritten, wenn eine Maßnahme »offensichtlich ungeeignet oder völlig

601 Die Bezeichnungen vom *status negativus* und *status positivus* der Grundrechte bei: *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (2. Aufl.), S. 87.

602 Dass das Grundgesetz mit den Grundrechtsbestimmungen auch eine objektive Werteordnung ist, ist st. Rspr. seit: BVerfGE 7, 198 (203 f.)

603 Vgl. BVerfGE 39, 1 (41 f.); 46, 160 (164); 90, 145 (195); 115, 320 (346); 142, 313 (337); 149, 293 (322).

604 *Manssen*, Staatsrecht II, § 3 Rn. 58;

605 *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 84 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 198; *Gramm*, Privatisierung, S. 347–349.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unzulänglich«[606] ist. Das Untermaßverbot wird somit zum Instrument der Bestimmung einer Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit.[607]

Ferner verpflichten die leistungs- und teilhaberechtlichen Dimensionen der Grundrechte den Staat auf ein positives Tun. Leistungs- und Teilhaberechte sind darauf gerichtet, dem Einzelnen Einrichtungen oder Rechte zur Ausübung der Freiheit zu garantieren, und zielen mithin auf ein Handeln des Staates.[608] Der Staat muss die Voraussetzungen schaffen, unter denen eine gleiche Teilhabe oder zumindest Teilhabe an den Leistungen möglich ist. Ein Beispiel hierfür ist das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG als eine institutionelle Garantie.[609] Der Staat ist verpflichtet, dem Bürger den Zugang zu Gerichten zu ermöglichen sowie die Effektivität des Rechtsschutzes zu garantieren. Dies umfasst einen wirksamen Rechtsschutz vor den Gerichten im Sinne einer umfassenden Kontrolle der Entscheidungen öffentlicher Gewalt über rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte.[610] Ferner erfordert ein wirksamer Rechtsschutz auch eine angemessene Verfahrensdauer.[611] Diese beiden Aspekte erfordern eine funktionsfähige Gerichtsbarkeit, denn die Kontrolle aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte in angemessener Zeit zu erledigen, erfordert angesichts hoher Verfahrenszahlen eine entsprechende Ausstattung und zahlreiches Personal. Damit lässt sich aus Grundrechten in ihrer objektivrechtlichen Dimension als Schutzpflichten und ihrer subjektiv-rechtlichen Dimension als Leistungs- oder Teilhaberechte eine rechtliche Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit herleiten.

606 BVerfGE 88, 203 (254 f.); 142, 313 (337 f.); 157, 30 (114); *Manssen*, Staatsrecht II, § 3 Rn. 61; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 20 Rn. 1907.

607 *Gramm*, Privatisierung, S. 348 f.

608 Vgl. *Manssen*, Staatsrecht II, § 3 Rn. 66–71; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 6. Hierbei ist anzumerken, dass eine eindeutige Kategorisierung von Leistungs- und Teilhaberechten nicht immer erfolgt und möglich ist. Vgl. auch *Maurer*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 28.

609 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 14; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1442; *Rixen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, § 131 Rn. 6; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 164; *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 380.

610 BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 73, 339 (373); 78, 214 (226); 84, 34 (49); 84, 59 (77); 88, 40 (56); 101, 106 (123); 103, 142 (156); 129, 1 (20); 143, 216 (225 Rn. 20); 149, 407 (413 Rn. 19); BVerfG, 23.3.2020 – 2 BvR 2051/19 – juris Rn. 26; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 183; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 571.

611 BVerfGE 35, 382 (405); 40, 237 (257); 55, 349 (369); 63, 45 (68 f.); 88, 118 (124); 130, 1 (26 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d. Allgemeiner Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG

Ähnlich weist die Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG als sogenannter Funktionsvorbehalt[612] auf einen zwingenden Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit hin.[613] Nach dieser Vorschrift ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen. Diese Norm setzt das Vorliegen von solchen staatlichen Aufgaben, die notwendigerweise zu erfüllen sind, voraus und betrifft die Modalitäten der Aufgabenerfüllung, indem es für bestimmte Aufgaben besonderes Personal vorsieht.[614] Dazu sichert Art. 33 Abs. 4 GG das Berufsbeamtentum als institutionelle Garantie.[615] Zweck dieser Vorschrift ist, die kontinuierliche Ausübung der hoheitlichen Staatsfunktionen abzusichern.[616] Beamtenrechtliche Vorzüge, wie Statusrechte, Anspruch auf staatliche Alimentation und das Lebenszeitprinzip, sollen die Neutralität des Beamten gewährleisten.[617] Im Gegenzug trifft den Beamten eine Treue- und Loyalitätspflicht gegenüber dem Dienstherrn.[618] Derartig statusrechtlich privilegiertes Personal soll in der Idealvorstellung aufgrund der abgesicherten Stellung weniger anfällig für Missbrauch und Korruption sein und durch loyale Pflichterfüllung eine gesetzmäßige Verwaltung garantieren.[619] Denn die Alimentation und grundsätzliche Anstellung auf Lebenszeit schafft für den Beamten eine wirtschaftliche und rechtliche Sicherheit, die in Unabhängigkeit von äußeren Einflüssen mündet. Diese Unabhängigkeit ist mithin ein Garant für die Handlungs- und Funktionsfähigkeit des Staates.

---

612 *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 33 Rn. 148; *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 45; *Bickenbach*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 33 Rn. 104.

613 Im Ergebnis: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

614 *Peine*, DÖV 1997, S. 353, 356; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34; *Ernst*, Grundsatz digitaler Souveränität, S. 21; vgl. *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rn. 34, 38.

615 BVerfGE 9, 268 (285 f.); 62, 374 (382); 106, 226 (231 f.); 117, 372 (379); 121, 205 (Rn. 67); *Bickenbach*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 33 Rn. 95.

616 BVerfGE 88, 103 (114).

617 BVerfGE 148, 296 (346 ff.); *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rn. 33; *Manssen*, ZBR 1999, S. 253, 255; *M. Schwarz*, JZ 2019, S. 276, 276.

618 BVerfGE 9, 268 (286).

619 BVerfGE 7, 155 (162); 117, 372 (380); 119, 247 (260 f.); 121, 205 (Rn. 68 f.); 148, 296 (345, 347 f.); *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rn. 33; *Peine*, Die Verwaltung 17 (1984), S. 415, 423; *M. Schwarz*, JZ 2019, S. 276, 276.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dass dieser besondere Status als institutionelle Garantie vorgesehen ist, impliziert, dass der Staat sich selbst zur optimalen Aufgabenerfüllung verpflichtet hat und der Erhalt der Funktionsfähigkeit rechtliche Pflicht ist.[620] Andernfalls wäre nämlich auch die Ernennung besonderer Amtsträger obsolet. Der Einsatz besonderen Personals ist also durch den Grund legitimiert, eine optimale Aufgabenerfüllung, mithin den Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit zu gewährleisten. Damit ist der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit implizit in der Vorschrift vorgesehen.

e. Fazit

Indem sich der Staat (i.d.R. durch den Gesetzgeber) bestimmte Pflichten auferlegt, muss er fortwährend dafür Sorge tragen, diese Pflichten, mithin Aufgaben zu erfüllen.[621] Erst wenn die Aufgaben erfüllt werden, gilt der Staat als funktionsfähig. Damit ist der Erhalt der Funktionsfähigkeit nicht nur eine faktische Notwendigkeit, die sich an die Pflicht zur Erfüllung von Aufgaben anschließt, sondern auch rechtliche Pflicht des Staates. Insbesondere im Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip, den Grundrechten und Art. 33 Abs. 4 GG ist die Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit angelegt. Demnach muss der Erhalt der Funktionsfähigkeit nicht nur als legitimer Zweck, sondern auch als rechtliches Prinzip abwägend in Entscheidungsprozesse eingebunden werden.[622] Für die zugrundeliegenden staatlichen Aufgaben bedeutet dies, dass der Staat sich in einem Zustand zu halten hat, in dem er die staatlichen Aufgaben erfüllen kann.

III. Schlussfolgerungen für die Beschaffungsautonomie

Die Untersuchung hat ergeben, dass den Staat die Pflicht zum Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit trifft. Die eigene Funktionsfähigkeit ist immateriell durch Organisation und materiell durch Ausstattung, Personal und

620 Dasselbe gilt für Art. 19 Abs. 4 GG, der auch eine institutionelle Garantie enthält. Siehe: *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 14.

621 Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165, nach dem der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit ein Axiom darstellt.

622 Zu Prinzipien als Abwägungs- und Optimierungsgebote: *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Finanzmittel zu besorgen.[623] Hieraus ergibt sich insbesondere im Hinblick auf die Ausstattung die Pflicht zur staatlichen Bedarfsdeckung. Entsteht der staatlichen Stelle ein Bedarf an Gütern oder Dienstleistungen infolge der notwendigen Erfüllung einer Aufgabe, ist der Staat verpflichtet, diesen Bedarf – sei es durch Fremd- oder Eigenfertigung – zu decken. Es stellt sich nun die Frage, was dieses Ergebnis für die rechtliche Herleitung der Beschaffungsautonomie bedeutet. Die Organisationsgewalt kann entgegen vereinzelter Annahmen[624] nicht als Kompetenztitel für die in der Beschaffungsautonomie wurzelnden Befugnisse fruchtbar gemacht werden (1.). Vielmehr ergibt sich aus der Pflicht zur Bedarfsdeckung selbst die Befugnis zur Bedarfs- und Leistungsbestimmung sowie zur Beschaffungsentscheidung (2.).

1. Organisationsgewalt als Kompetenztitel für Maßnahmen der Bedarfsdeckung?

Die Organisationsgewalt taugt nicht als selbstständiger Kompetenztitel für die in der Beschaffungsautonomie liegenden Befugnisse. Der Terminus der Organisationsgewalt bietet keinen dogmatischen Mehrwert, da die Organisationsgewalt als deskriptiver Begriff[625] keine unmittelbaren Rechtsfolgen auslöst oder auch nur Aufschluss über die rechtliche Verortung bieten könnte. Gegen die allgemeine Verwendung des Begriffes der Organisationsgewalt sprechen ferner etymologische und systematische Erwägungen. Es handelt sich bei dem Begriff der Organisationsgewalt[626] um einen Begriff, der aus der Zeit der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts stammt und als ein Gegengewicht zum damals aufkommenden Parlamenta-

623 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 1.

624 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 92. Vgl. auch *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 48; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 26.

625 *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 37. Vgl. in Bezug auf Art. 86 GG: *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 36 f.; *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 86 Rn. 60.

626 Zum ersten Mal taucht der Begriff auf bei *Maurenbrecher* auf, der die Organisationsgewalt als die gesetzgebende Gewalt »die Staatsbehörden anzuordnen und die sonstigen nothwendigen und nützlichen Anstalten und Einrichtungen im Staat zu treffen, über deren Wirkungskreis Instructionen zu erlassen, so wie die Formen ihrer Geschäftsführung zu bestimmen« bezeichnet. *Vgl. Maurenbrecher*, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts (1. Aufl. 1837), § 185, S. 324 f. Vgl. auch *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 86 Rn. 60; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 21; *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 81 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rismus fungieren sollte.[627] Die Organisation der Behörden und Streitkräfte war als »Hausrecht« dem Monarchen zugeordnet. Demgemäß diente die Organisationsgewalt dem Monarchen als exklusive Kompetenz, auf die das Parlament keinen Zugriff besaß.[628] Heute ist die Annahme von absoluten Eigenbereichen der Exekutive angesichts der potentiell umfassenden Zugriffskompetenz der Legislative und der grundsätzlichen lückenlosen Kontrolle durch die Judikative überholt. Der Begriff der Organisationsgewalt lässt sich darüber hinaus nicht im Grundgesetz finden. Vielmehr hat sich der Parlamentarische Rat in den Beratungen zum Grundgesetz ausdrücklich gegen die Übernahme des Begriffes der Organisationsgewalt ausgesprochen.[629] Insofern kann dieser Begriff auch nicht für die Beschaffungsautonomie als Grundlage nutzbar gemacht werden.[630]

Ungeachtet der deskriptiven Natur der Organisationsgewalt bestehen auch Zweifel, ob die sachgegenständliche Bedarfsdeckung überhaupt unter den Begriff der Organisationsgewalt subsumierbar ist. Etymologische Gesichtspunkte sprechen dagegen. Die Organisationsgewalt lässt sich in die einzelnen Begriffe ›Organisation‹ und ›Gewalt‹ aufteilen. Gegenstand der Ordnung durch Organisation sind »die Beziehungen zwischen den Mitarbeitenden sowie zwischen den Menschen und den Sachmitteln«[631], mithin also das »In-Bezug-Setzen« von Mitarbeitern zueinander und Mitarbeitern und Sachmitteln.[632] Auch das Organisationsrecht beschäftigt sich mit »der inneren Ordnung, dem Beziehungsgefüge und den internen und externen Kompetenzen«[633] der administrativen Einrichtungen. Während Organisationsmaßnahmen also das *Wie* der Aufgabenerfüllung betreffen, betreffen die Maßnahmen zur Bedarfsdeckung das *Womit* der Aufgabenerfüllung. Organisation und Ausstattung sind dementsprechend voneinander zu tren-

627 Vgl. Darstellungen bei *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 21 ff.; *Butzer*, Die Verwaltung 27 (1994), S. 157–160; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 18 ff.; *Ermacora*, VVDStRL 16 (1958), S. 191, 202 f.; *Schnapp*, JURA 1980, S. 293, 296; *Maurer*, in: FS Vogel, S. 331, 331–333, 337–340.

628 *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 81 Rn. 5; vgl. auch *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 142.

629 Herrenchiemsee Entwurf, Vorlage an den Parlamentarischen Rat, zitiert nach: *von Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 625, 631, 641, 642.

630 Im Ergebnis auch: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 186.

631 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 486.

632 *Ermacora*, VVDStRL 16 (1958), S. 191; *Kühnreich*, Selbstorganisation, S. 33.

633 *Schmidt-De Caluwe*, JA 1993, S. 77, 78.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen.[634] Beschaffung und Eigenfertigung schaffen den sachdinglichen Rahmen, in dem Organisation institutionell bestehen und instrumentell wirken kann. Damit hat die Organisation keinen unmittelbaren Einfluss auf die Ausstattung. Allenfalls kann die Organisation mittelbar den notwendigen Sachbedarf betreffen. Infolgedessen spricht der Organisationsbegriff gegen die Einordnung der Ausstattung unter die Organisationsgewalt.

2. Bedarfsdeckung als Befugnis aus der Aufgabenstellung

Aus der Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit folgt die Befugnis, über die jeweiligen Mittel zum Erhalt der Funktionsfähigkeit entscheiden zu können. Indem der Staat bestimmt, welche Leistung er am Markt oder innerhalb seiner eigenen Struktur nachfragen oder herstellen will, leistet er die notwendige Bedingung, um sich selbst funktionsfähig zu halten. Im Sinne der *sine-qua-non*-Bedingung kann die Bedarfsdeckung von Gütern und Dienstleistungen nicht hinweggedacht werden, ohne dass die staatliche Funktionsfähigkeit entfiele, da die Ausstattung mit Gütern und Dienstleistungen eine tragende Stütze eines funktions- und handlungsfähigen Staates ist.[635] Die Ausstattung ist ein Erfolgsgarant der Aufgabenerfüllung und entscheidet neben dem einzusetzenden Personal und den Finanzen über die effektive Aufgabenerfüllung. Dies macht die Pflicht zum Funktionserhalt zu einer Pflicht der Bedarfsdeckung, was wiederum die Bedarfsdeckung im Ergebnis selbst zu einer staatlichen Aufgabe werden lässt, die der Staat erfüllen muss.[636] Die Befugnis zur Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung ist dann die notwendige rechtliche Konsequenz der staatlichen Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit.

---

634 Vgl. auch die Differenzierung zwischen der Beschaffung der Produktionsfaktoren (Sachmittel – Personal – Finanzen) und der Organisation bei *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 54 ff., 137 ff.

635 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 1., b., bb.

636 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 36 f. Zu kurz greift die Schlussfolgerung von *Wallerath*, der die Befugnis zur Bedarfsdeckung unmittelbar aus der Befugnis zur Errichtung von Organisationseinheiten ableitet. Siehe: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 198 f. Ferner bagatellisiert die Annahme, die Bedarfsdeckung leite sich als ein Annex aus der zugrundeliegenden Aufgabe ab, die Relevanz der staatlichen Bedarfsdeckung. Zu dieser Annahme: *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 93; *Brohm*, NJW 1994, S. 281, 286. Vgl. auch *Wittek*, Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht, S. 82 Fn. 226; *Altenmüller*, DVBl. 1982, S. 241, 242.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Da sich die Funktionsfähigkeit am Maßstab der erfolgreichen Aufgabenerfüllung bemisst, liegt in der Pflicht zur Funktionsfähigkeit i.V.m. der staatlichen Aufgabe die Befugnis begründet, die notwendigen Maßnahmen zur Bedarfsdeckung vorzunehmen. Denn der Pflicht zum staatlichen Selbsterhalt und damit zur Bedarfsdeckung korrespondiert die Befugnis, diejenigen zur Pflichterfüllung notwendigen Maßnahmen wahrnehmen zu dürfen.[637]

Aus dieser Herleitung folgen ferner zwei Erkenntnisse: Die staatlichen Aufgaben ziehen der Entstehung des Bedarfs eine Grenze in die Breite als auch in die Tiefe. Der staatliche Bedarf ist von der Aufgabe abhängig. Das bedeutet für das eingangs gestellte Beispiel,[638] dass Kommunen nie ein Bedarf an der Besorgung von funktionsfähigen militärischen Rüstungsgütern, die einzig und allein militärischen Einsätzen dienen, entstehen kann. Da einer Kommune nicht die Aufgabe der bundesstaatlichen Verteidigung zukommt, kann ein Bedarf auch nicht in der Besorgung von solchen Gegenständen liegen. Damit ist die staatliche Aufgabe Grundlage und äußere Grenze der Beschaffungsautonomie zugleich.

Da den Staat die Pflicht zum Funktionserhalt trifft, muss er auch für entsprechend geeignete Leistungen sorgen. Die zu besorgende Leistung darf nicht ungeeignet sein, die Aufgabe zu erfüllen.[639] Dies widerspräche der Pflicht zur Funktionsfähigkeit. So würde die Beschaffung von goldenen Badarmaturen in Zügen[640] nicht gegen die zugrundeliegende Aufgabe verstoßen. Die zugrundeliegende Aufgabenstellung, die in der Bereitstellung von Infrastruktur an die Bevölkerung liegt, spricht nicht gegen die Beschaffung goldener Badarmaturen, da die Bereitstellung hygienischer Einrichtungen einen Teil der Aufgabenerfüllung darstellt und sowohl goldene als auch kupferlegierte Armaturen im Ergebnis gleichsam effektiv die Aufgabe erfüllen können. Die Aufgabenstellung trifft demnach keine Aussage über die einzelnen materiellen Eigenschaften des *Womit* der Aufgabenerfüllung. Ob eine Leistung auch erforderlich ist, bestimmt sich hingegen nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.[641]

637 Vgl. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 198 f.
638 S. Teil 1, Kap. 2, B.
639 Zur Verbindung von staatlicher Aufgabe und der Bedarfsdefinition: Teil 1, Kap. 1, E., I., 1.
640 Vgl. OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834.
641 Dazu: Teil 2, Kap. 1, A.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Damit zieht die vorgegebene staatliche Aufgabe der Entstehung des Bedarfs und der Definition des Bedarfs die erste – zugegebenermaßen weite – Grenze.

C. Entstehung und Zulässigkeit von Autonomiebereichen bei der staatlichen Pflichterfüllung

Die mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Befugnisse liegen also in der Pflicht zur staatlichen Funktionsfähigkeit und in den staatlichen Aufgaben begründet. Ungeklärt ist, ob und inwiefern der Staat »Autonomie« bei der Bedarfsdeckung in Anspruch nimmt. Die Beschaffungsautonomie zeichnet sich durch die »Freiheit« bei der Bedarfsdefinition, der Beschaffungsentscheidung und der Leistungsbestimmung aus.[642] Nun ist der Staat, wie bereits festgestellt, nicht »frei« im Sinne einer dem Privaten zukommenden legitimen Willkür, wie es die Privatautonomie umschreibt,[643] sondern aufgrund von Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG in sämtlichen Bereichen an Recht und Gesetz gebunden. Rechtsfreie Räume gibt es im Rechtsstaat nicht. Jene »Freiheit«, die mit dem Begriff der Beschaffungsautonomie in Verbindung gebracht wird, ist also allenfalls ein rechtlicher oder politischer Spielraum staatlicher Einrichtungen bei der Bedarfsdeckung.

Um den mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Spielraum zu ermitteln, bedarf es zunächst der Untersuchung, wie sich ein staatlicher Autonomiebereich rechtlich verorten lässt. Da die Verwaltung die Aufgaben der Bedarfsdeckung im Einzelfall wahrnimmt, konzentriert sich die folgende Untersuchung auf die Entstehung und Reichweite administrativer Spielräume. Fraglich ist, in welchem Zusammenhang der Autonomiebegriff fruchtbar gemacht werden kann (I.). Administrative Autonomiebereiche sind in der Rechtsordnung zu verorten. Das Gewaltenteilungsprinzip ist zwar Ordnungsprinzip der Staatsstruktur, allein anhand dessen lassen sich aber keine konkreten Spielräume ermitteln (II.). Konkrete rechtliche Entscheidungsspielräume ergeben sich daraus, dass das Recht kein bestimmtes Handlungsprogramm vorgibt (III.), sowie durch eine verminderte gerichtliche Kontrolle (IV.).

642 Vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74.
643 S. Teil 1, Kap. 2, A., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Autonomie als Freiraum bei der Entscheidungsfindung

1. Bedeutung und historischer Hintergrund des Autonomiebegriffs

Der Begriff der Autonomie hat seinen Ursprung in der griechischen Antike und setzt sich aus den beiden Wörtern ›*autos*‹ und ›*nomos*‹ zusammen, welche ›selbst‹ und ›Gesetz‹ bedeuten.[644] Aus der Zusammensetzung beider Worte ergibt sich der Begriff Selbstgesetzgebung, wobei auch andere Deutungen wie Selbstverwaltung, Selbstverantwortung, Eigengesetzlichkeit und Selbstbestimmung gebräuchlich sind.[645] Das semantische Gegenteil von Autonomie ist Heteronomie und bedeutet übersetzt soviel wie die Fremdgesetzgebung und Fremdbestimmung.

Für sich allein genommen, besitzt der Autonomiebegriff keinen rechtlichen Gehalt. Rechtsfolgen eröffnet der Begriff nicht. Die historische Entwicklung des Wortes spricht für ein deskriptives Begriffsverständnis. Was in der griechischen Antike als »politische Kategorie«[646] verstanden wurde und lediglich die Unabhängigkeit respektive Eigenverwaltung griechischer Stadtstaaten betraf, erhielt beginnend mit Religionsangelegenheiten schließlich zu Zeiten der Aufklärung erstmalig eine individuelle Komponente.[647] Je nach Epoche, gesellschaftlicher Ordnung und Interpret erhielt der Begriff der Autonomie einen anderen Inhalt.[648] Im Autonomiebegriff

644 *Haug*, Autonomie im Öffentlichen Recht, S. 1, allerdings deutet *Haug* daraufhin, dass die Wortwurzel unklar sei und ›autos‹ und ›nemein‹ ebenso Wortgrundlage der Autonomie bilden könnten. Ausführlich zum Verständnis von Autonomie in der griechischen Antike und mit weiteren Nachweisen: *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 361 ff.; *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 701.

645 Vgl. *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 701; *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19; *Mizia*, Autonomie und Privatfürstenrecht, S. 124; *Haug*, Autonomie im öffentlichen Recht, S. 1. Vgl. auch *Prost*, NJW 1955, S. 1463, 1464 m.w.N., der Autonomie mit der Befugnis objektives Recht zu setzen verbindet.

646 *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 701; *Mizia*, Autonomie und Privatfürstenrechts, S. 124.

647 Vgl. *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 348, 377 ff.; *Mizia*, Rechtsbegriff der Autonomie und Privatfürstentum, S. 128 f. m.w.N.; *Pohlmann*, in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 704 m.w.N; *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 6; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 102 m.w.N.; *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Nachdruck Kraft/Schönecker 2016), S. 60, 63: »Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur«.

648 Vgl. *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 703.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind sowohl juristische als auch politische, religiöse, soziologische und philosophische Deutungen enthalten. Folglich sollen ausgehend vom allgemeinen Begriffsverständnis Bereiche der Autonomie fruchtbar gemacht werden.

Nach dem allgemeinen Begriffsverständnis beschreibt der Begriff der Autonomie einen Freiraum von fremden Einflüssen oder Eingriffen. Ein Freiraum erfordert allerdings auch immer einen Bereich außerhalb des Freiraumes, in dem fremde Einflüsse grundsätzlich möglich und zulässig sind. In derartigen Bereichen besteht aufgrund der potenziellen oder tatsächlichen Abhängigkeit von Entscheidungen und Handlungen Anderer keine Autonomie. Das bedeutet auch, dass neben dem Autonomieträger mindestens ein weiterer Akteur existiert, welcher potenziell Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen könnte. Denn nur dann, wenn ein weiterer Akteur keinen Zugriff auf die Entscheidung des Autonomieträgers hat, liegt ein autonomer Bereich vor. Autonomie betrifft also den Zustand während der Entscheidungsfindung und knüpft an die Entscheidung selbst an. Über dieses Verständnis kann man sich dem Autonomiebegriff rechtlich annähern.

2. Rechtliche Annäherung an den Autonomiebegriff

Eine Annäherung an den Autonomiebegriff soll einen ersten Aufschluss über Differenzierungen geben und Erkenntnisse für die Beschaffungsautonomie liefern. Die Verwendung des Autonomiebegriffes ist der Rechtswissenschaft nicht fremd[649], auch wenn die Autonomie zumindest in der deut-

649 So betrifft die Satzungsautonomie die eigenverantwortliche Regelung der Verfahrens- und Organisationsvorschriften der eigenen Körperschaft: vgl. BVerfGE 10, 20 (49 f.); 33, 125 (156); 111, 191 (215 f.); 146, 164 (212). Die Privatautonomie betrifft das Recht natürlicher und juristischer Personen des Privatrechts, die eigenen Rechtsbeziehungen nach eigenem Willen gestalten zu können: vgl. *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136. Die Tarifautonomie bezeichnet die Freiheit der Koalitionen, vorrangig die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu regeln. In diesen Bereichen enthält sich der Staat üblicherweise der Einflussnahme: vgl. BVerfG, 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, S. 815; 27.4.1999 – 1 BvR 2203–93 u. 1 BvR 897–95, NJW 1999, S. 3033, 3034; 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, S. 51, 53. Beim Unionsrecht handelt es sich um eine autonome Rechtsordnung. Das bedeutet, dass zur Auslegung des Unionsrechts nicht auf mitgliedstaatliche Gegebenheiten oder völkerrechtliche Prinzipien zurückgegriffen wird: vgl. EuGH, 15.7.1964 – C-6/64, Slg. 1964, S. 1141, 1270 (Costa/ENEL); *Ipsen*, in: FS Scheuner, S. 211, 220 f.; *Ruffert*, in: Callies/ders., EUV/AEUV, AEUV, Art. 1 Rn. 4. Vgl. zu den verschiedensten recht-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Rechtsordnung nicht positivrechtlich verankert ist. Vielmehr wird der Begriff der Autonomie verwendet, um einen Zustand von Selbstständigkeit zu umschreiben, ohne dabei ein einheitlicher Rechtsbegriff zu sein, aus dem sich feste und allgemeingültige Rechtsfolgen ableiten lassen.[650] Dementsprechend existieren keine einheitlichen Maßstäbe, wie sich Autonomie bestimmen lässt. Zur Ermittlung etwaiger Maßstäbe bietet es sich an, den Inhaber von Autonomie (a.) als auch den Gegenstand von Autonomie (b.) näher in den Blick zu nehmen.

a. Inhaber von Autonomie

Autonomie ist grundsätzlich adressatenneutral. Differenziert werden kann dementsprechend anhand des Inhabers von Autonomie. Hierbei ist zwischen Individuen (aa.) und Institutionen (bb.) zu unterscheiden.

aa. Individuelle Autonomie

Die individuelle Autonomie knüpft an den Einzelnen als Autonomieinhaber an. Als wesentliche Errungenschaft des Liberalismus und der Aufklärung ist der Einzelne als eine Persönlichkeit zu begreifen, welche eigenverantwortlich sowie selbstbestimmt die eigenen Maßstäbe für das Leben fasst und sich frei entfalten kann.[651] Die Lebensplanung und die Festsetzung eigener Werte, Vorstellungen und Maßstäbe sind Sache des Einzelnen und stehen grundsätzlich nicht zur Disposition Außenstehender.[652] Diese naturrechtlich-idealistische Vorstellung von einem Freiraum des Einzelnen von der staatlich-hoheitlichen Einflussnahme und der Möglichkeit, über sich nach eigenen Maßstäben zu verfügen, findet ihre positivrechtliche

---

lichen Deutungen von Autonomie auch die Beiträge in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht (2017).

650 Vgl. auch *Bumke*, der von einer »konzeptionellen Offenheit« des Autonomiekonzepts spricht. *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 3, 16 f.

651 *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 29. Vgl. *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 6; *von Arnauld*, Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 20 ff.; *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19.

652 Vgl. *Stern*, Staatrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 31; *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 52; BVerfGE 80, 137 (164); *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verortung in der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG und im Speziellen in den Grundrechten.[653] Das Grundgesetz wird von der Wertvorstellung des autonomen Menschen getragen, welcher unumgängliche Grundlage einer staatlichen Ordnung, aber niemals Mittel staatlicher Gewalt sein kann. Die Grundrechte im Einzelnen spiegeln eine objektivrechtliche Werteordnung wider, welche den Einzelnen, der sich frei entfalten kann, in den Mittelpunkt stellen.[654] Sie sind Abwehrrechte gegen den Staat[655] und gewährleisten einen autonomen Bereich des Individuums vor Eingriffen des Staates. Grundrechte sind aber auch Leistungsrechte, die dem Einzelnen beispielsweise staatlichen Schutz vor Beeinträchtigungen Dritter bieten. So ist die Entfaltung eigener Autonomie beispielsweise dadurch geschützt, dass der Staat strafrechtliche Regelung zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens erlässt.[656] Eine besondere Ausprägung dieser individuellen Autonomie ist die Privatautonomie, die die rechtliche Gestaltungsmacht des Einzelnen in seinen rechtsgeschäftlichen Beziehungen betrifft.[657]

bb. Institutionelle Autonomie

Die institutionelle Autonomie hingegen knüpft an eine Institution, als eine Zusammenfassung mehrerer natürlicher Personen oder eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, an.[658] Institutionelle Autonomie beschreibt unabhängig von der Natur des Autonomieträgers die Selbstverwal-

653 BVerfGE 7, 198 (204 f.); 153, 182 (261 Rn. 207 f., 264 Rn. 211); *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 52; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 31; *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 1, 32; *von Arnauld*, Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 22; vgl. auch *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 101 f.; *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 76; *Fehling*, in: Bumke/Röthel, Autonomie im Recht, S. 295, 303; *Dreier*, in: ders., GG, 3. Aufl., Art. 2 Rn. 21, 69; *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19–24.

654 BVerfGE 7, 198 (205); 65, 1 (41).

655 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 2., c.

656 Vgl. zum strafrechtlich bewehrten Schwangerschaftsabbruch: BVerfGE 39, 1 (42 ff.); 88, 203 (251 ff.).

657 *Flume,* in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136. *Isensee,* in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 7.

658 Ein institutionelles Verständnis von Autonomie: *Engel*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 2, § 33 Rn. 8; vgl. auch *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 104; *Starck*, AöR 92 (1967), S. 449 ff.; *Groß*, DVBl. 2002, S. 1182 ff.; *Prost*, NJW 1955, S. 1463, 1464.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung und Selbstgesetzgebung eigener, interner Angelegenheiten unabhängig von einem übergeordneten, fremden Einfluss. Die Selbstverwaltung betrifft sowohl das Auftreten nach außen als auch den internen Aufbau, wie sich zum Beispiel eine eigene Satzung zu geben.[659] Möchte man derartige institutionelle Freiräume rechtlich verorten, muss jedoch differenziert werden: Institutionelle Autonomie weisen sowohl private als auch staatliche oder öffentlich-rechtliche Institutionen auf. Ob eine private oder eine staatliche Institution vorliegt, richtet sich nach den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen der dahinterstehenden Träger.[660] Besteht die Mehrheit aus staatlichen Trägern, handelt es sich um eine staatliche Institution. Wenn sich die Mehrheit hingegen aus privaten Trägern zusammensetzt, handelt es sich um eine private Institution.[661]

Private Institutionen sind Individuen ähnlich. Jene verorten ihre Autonomie und damit die Möglichkeit der Selbstverwaltung ebenfalls in den Grundrechten. Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 19 Abs. 3 GG, wonach Grundrechte auch für juristische Personen Anwendung finden können, sofern sie dem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind. Staatliche Institutionen können demgegenüber keine grundrechtlichen Gewährleistungen für sich in Anspruch nehmen. Denn der Staat ist grundrechtsverpflichtet (Art. 1 Abs. 3 GG) und kann daher nicht selbst aus Grundrechten berechtigt sein. Dennoch ist der Begriff der Autonomie nicht auf private Akteure beschränkt, sondern findet auch bei der Beschreibung staatlicher Freiräume Anwendung.[662] Bei staatlichen Freiräumen geht es nicht um die Abwehr einer »übergeordneten Gewalt«, sondern um die Einhaltung der Kompetenz- und Zuständigkeitsbereiche und Freiräume gegenüber anderen staatlichen Amtsträgern, welche der entscheidenden Stelle nicht zwingend übergeordnet sein müssen. Dementsprechend kann es sich bei staatlichen Autonomiebereichen nur um Bereiche handeln, auf die andere Stellen nicht zugreifen können. Solche Bereiche müssen aber aufgrund der Rechtsgebundenheit des Staates rechtlich ausgewiesen sein.

659 Vgl. auch *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 90 Rn. 36.

660 BVerfGE 128, 226 (246 f.).

661 Vgl. BVerfGE 128, 226 (246 f.).

662 So beschreibt bspw. die Verfassungsautonomie der Länder, verankert in Art. 28 Abs. 1 GG, den weiten Spielraum der Länder im Verhältnis zum Bund bei der Gestaltung ihrer eigenen Verfassung. Vgl. BVerfGE 147, 185 (210); *Dreier*, in: ders., GG, Art. 28 Rn. 42 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für die weitere Bearbeitung ist nur der Bereich der staatlichen (institutionellen) Autonomie von Belang.

b. Die Entscheidung als Ausgangspunkt der Bestimmung von Autonomie

Ausgangspunkt der Bestimmung von Autonomie ist die Entscheidung. Denn die Selbstbestimmung und Selbstverwaltung betreffen zuallererst das Treffen von Entscheidungen. Aus Entscheidungen wiederum folgt das weitere Handeln. Handelt es sich um Entscheidungen, die »selbstbestimmt«, also nicht in Abhängigkeit von anderen Vorgaben oder nachträglicher Kontrolle getroffen worden sind, erfolgen diese Entscheidungen nach allgemeinen Wortverständnis autonom.[663] Bei autonomen Bereichen handelt es sich also um Entscheidungsfreiräume, mithin Entscheidungsspielräume. Diese Erwägungen lassen sich auch auf die staatliche Tätigkeit übertragen, denn staatliche Tätigkeiten gehen letztlich immer auf Entscheidungen zurück.[664] Wiederum für das Vorliegen eines staatlichen Autonomiebereichs ist notwendig, dass mehrere Entscheidungsmöglichkeiten und damit auch Handlungsalternativen existieren und die getroffene Entscheidung nicht durch einen anderen Akteur sanktioniert werden kann. Je weniger unterschiedliche staatliche Stellen an einer Entscheidung beteiligt sind oder beteiligt sein dürfen, desto eher liegt ein Entscheidungsspielraum vor. Dadurch offenbart sich eine Skala von Fremd- und Eigensteuerung (bb.). Ein Entscheidungsspielraum ist aber von einer Letztentscheidungsbefugnis zu differenzieren (cc.). Ferner betrifft eine autonome Entscheidung in der Regel eigene Belange des Entscheiders (aa.).

663 Vgl. auch in Bezug auf die Privatautonomie: *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 85.

664 *Krebs*, Kontrolle, S. 28 f.; *Kirchhof*, in: Isensee/ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 99 Rn. 148; *ders.*, NVwZ 1983, S. 505, 510; *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 70; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 35; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 44; *Gusy*, DÖV 1990, S. 537, 537. Vgl. BVerfG, 7.11.2017 – 2 BvE 2/11, NVwZ 2018, S. 51, 55 Rn. 218.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Zielrichtung der Entscheidung

Autonomie zeichnet aus, dass das Ziel der autonomen Entscheidung auf die Verfolgung eigener Belange gerichtet ist. Bei natürlichen Personen wäre das beispielsweise die Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse, die einen betreffen, oder im grundrechtlichen und allgemeineren Sinne verstanden, die Ausrichtung des eigenen Lebens. Bei juristischen Personen bezieht sich die Entscheidung auf die eigenen innerorganisatorischen Regelungen und Belange, wie beispielsweise die Organisation oder das Verfahren.[665] Das ergibt sich sowohl aus dem Wortsinn von Autonomie – denn Autonomie als Selbstverwaltung oder Selbstgesetzgebung ist darauf gerichtet, dass die Entscheidung in der eigenen Sphäre und für die eigene Sphäre erfolgt – als auch aus der allgemeinen Verwendung des Autonomiebegriffs in der Rechtsprechung. Bspw. beschreibt die Tarifautonomie den Freiraum der Koalitionen, solche Maßnahmen, wie den Abschluss von Tarifverträgen, zu verfolgen, die dazu dienen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Angehörigen zu verbessern.[666] Die Satzungsautonomie umreißt das Recht einer Körperschaft, eigenverantwortlich und selbstbestimmt die innerorganisatorische Ausgestaltung zu bestimmen.[667] Autonome Entscheidungen weisen als Komponente also auf, dass sie nach innen gerichtet bzw. zum Nutzen des Entscheiders getroffen werden.

bb. Verhältnis zwischen Fremd- und Eigensteuerung

Da in einer gewaltengegliederten Rechtsordnung potenziell mehrere Akteure an einer Entscheidung beteiligt sein können (und teilweise auch beteiligt sein müssen[668]), eröffnet sich eine Skala zwischen Fremd- und Eigensteuerung des Entscheidungsverhaltens einzelner Amtsträger.[669] Am einen Ende

665 Vgl. *Prost*, NJW 1955, S. 1463, 1465.

666 BVerfGE 88, 103 (114); 94, 268 (283); 103, 293 (304); BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, S. 51, 53.

667 Vgl. BVerfGE 10, 20 (49 f.); 33, 125 (156); 111, 191 (215 f.); 146, 164 (212 Rn. 119).

668 So sind bspw. in Planungs- und Genehmigungsverfahren sowohl Belange der Bürger als auch Belange anderer staatlicher Stellen zu berücksichtigen.

669 Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 7 ff., 9, 20, 31, der von einer Fremdprogrammierung und Selbstprogrammierung der Verwaltung und Bereichen »normativer Eigensteuerung« ausgeht. *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 31, 39. Zur Steuerung von Verwaltungshandeln durch Haushaltsrecht: *D. Birk*,

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Skala ist eine bestimmte Entscheidung für einen Amtsträger von einem anderen Akteur vorgegeben (Fremdsteuerung) und am anderen Ende der Skala ist dem Akteur sein Entscheidungsverhalten nicht von anderen Stellen vorgegeben (Eigensteuerung).[670] Zwischen den beiden Endpunkten ist der Verlauf zwischen Fremd- und Eigensteuerung jedoch fließend.[671]

Staatliche Entscheidungsspielräume ergeben sich aus dem Verhältnis zwischen Fremd- und Eigensteuerung und befinden sich auf dieser Skala in Richtung der Eigensteuerung. Denn Entscheidungsspielräume entstehen in abstrakter Betrachtung dort, wo Akteuren in positiver Weise ein ausdrücklicher Spielraum überlassen wird oder in negativer Weise keine konkreten steuernden Vorgaben eines anderen Akteurs existieren oder gar der Zugriff anderer Akteure begrenzt ist. In diesen Fällen kann der Amtsträger seine Entscheidungen selbst bestimmen. Dem Amtsträger ist bei Vorliegen eines Spielraums eine Auswahl zwischen mehreren Möglichkeiten möglich. Wenn Entscheidungsspielräume bestehen können, müssen auch Entscheidungsmuster existieren, die vorgegeben und unumstößlich sind, mithin einen Spielraum ausschließen und eine bestimmte Entscheidung (bsp. aufgrund konkreter gesetzlicher Regelung) erfordern. Hierbei handelt es sich um einen Fall der Fremdsteuerung. Bei der Ermittlung von Spielräumen geht es dann um das Ausloten des Verhältnisses von Fremd- und Selbststeuerung im konkreten Fall. Es stellt sich also die Frage, wo Entscheidungen vorgegeben sind, von denen nicht abgewichen werden darf, und wo staatlichen Amtsträgern viele Entscheidungsalternativen ohne die Möglichkeit der Einflussnahme anderer eröffnet sind.

cc. Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse

Bei der Arbeit mit staatlichen Bereichen der Eigensteuerung ist zwischen Entscheidungsspielräumen und Letztentscheidungsbefugnissen zu differenzieren. Ein Entscheidungsspielraum bezeichnet die Möglichkeit, zwischen

DVBl. 1983, S. 865, 867. Zur steuerungstheoretischen Betrachtung des Rechts als ein Element der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft: *Hoffmann-Riem*, AöR 115 (1990), S. 400, 405; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 28 ff.; *Siegel*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 46 Rn. 25 ff.; *Voßkuhle*, in: ders./Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 1 Rn. 17 ff. m.w.N.

670 Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 9, 35.

671 Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 9; *D. Birk*, DVBl. 1983, S. 865, 867.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mehreren Entscheidungsvarianten auszuwählen.[672] Derartige Spielräume können sowohl bei der Interpretation von rechtlichen Grundlagen als auch bei der Entscheidung für eine bestimmte Rechtsfolge bestehen.[673] In der Rechtswissenschaft versteht man letzteren Fall auch unter dem technischen Begriff des Ermessens.[674] Die unterschiedlichen Entscheidungsvarianten werden zur Entscheidungsfindung zwangsläufig in ein Verhältnis gesetzt und es erfolgt eine Abwägung, welche Entscheidung vorzugswürdig ist. Die Befugnis zur Letztentscheidung stellt einen Unterfall von Entscheidungsspielräumen dar.[675] Folglich kann es sowohl Entscheidungsspielräume mit als auch Entscheidungsspielräume ohne Letztentscheidungsbefugnisse geben. Die Befugnis zur Letztentscheidung umfasst, dass bestimmte Aspekte der Entscheidungen von Amtsträgern nicht durch die Erwägungen anderer Amtsträger faktisch ersetzt werden können. Dies ist nur der Fall, wenn keine oder nur eine reduzierte Kontrolle erfolgt. Erfolgt keine Kontrolle, kann auch keine nachträgliche Korrektur der Entscheidung erfolgen. Dem Entscheider verbleibt die Befugnis zur letztverbindlichen Entscheidung. Ihm verbleibt sprichwörtlich »das letzte Wort«. Bei der Arbeit mit Letztentscheidungsbefugnissen ist allerdings zu beachten, dass in der Regel nur einzelne Aspekte der Entscheidung der Letztentscheidung durch den staatlichen Akteur verbleiben. Bspw. kann nach allgemeiner Ansicht eine Prüfungsentscheidung nur auf die Einhaltung des Verfahrens und Willkürfreiheit untersucht werden, aber nicht darauf, ob eine andere Bewertung womöglich »richtiger« gewesen wäre.[676] Hinsichtlich der Auswahl der Prü-

672 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 88.

673 Vgl. zur Entstehung eines »Interpretationsspielraums« mangels konkreter Vorgaben: *Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (2. Aufl.), § 8 Rn. 60; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 50, 51.

674 Zur Definition des Ermessens für die Verwaltung: *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 9; *Jesch*, AöR 82 (1957), S. 163, 205 f.; *Ossenbühl*, DÖV 1968, S. 618, 619.

675 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 88; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 37. Den Begriff der administrativen Letztentscheidungsermächtigung verwendet: *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 188; vgl. auch BVerfGE 84, 34 (52); BVerfG, 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, S. 435, 437.

676 Zu den Grenzen administrativer Beurteilungsspielräume bei Prüfungsentscheidungen: BVerfGE 84, 34 (53 f.); BVerwG, 5.3.2018 – 6 B 71/17, NJW 2018, S. 2142, 2143 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fungsnote verbleibt den staatlichen Amtsträgern eine Letztentscheidungsbefugnis. Infolgedessen ist zwischen Entscheidungsspielräumen und Letztentscheidungsbefugnissen zu differenzieren.

3. Arbeitsdefinition: Autonomie – Entscheidungsspielraum – Letztentscheidungsbefugnis

Es stellt sich die Frage, ob der administrative Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung als Autonomiebereich bezeichnet werden kann. Die Beantwortung der Frage erfordert, Grundlagen und Grenzen des administrativen Entscheidungs- und Handlungsspielraums festzustellen und diesen mit dem im Rahmen der Arbeit vertretenen Autonomieverständnis abzugleichen. Dazu wird eine Arbeitsdefinition für die Autonomie erstellt.

Die Autonomie als Konzept knüpft an einen Entscheidungsprozess an und betrifft das Maß des Freiraumes bei der Entscheidungsfindung. Autonom erfolgt eine Entscheidung nur, wenn in ihr ein hohes Maß an Eigensteuerung liegt. Das ergibt sich aus dem allgemeinen wörtlichen Verständnis, nach dem Autonomie als Selbstbestimmung bzw. als Gegensatz zur Fremdbestimmung zu bezeichnen ist.[677] Insofern besteht eine Übereinstimmung mit dem, was man in der Rechtswissenschaft als Spielraum versteht. Autonomie ist ein Freiraum bei der Entscheidungsfindung und meint, die Entscheidung ohne äußere Einflüsse selbst treffen zu können. Im Gegensatz dazu kann ein Autonomiebereich dort nicht bestehen, wo bestimmte Entscheidungen von anderer Stelle vorgegeben sind – wo also eine Abhängigkeit von steuernden Regelungen (insb. Gesetzen, Rechtsverordnungen) besteht – oder wo Entscheidungen im Nachhinein kontrolliert und faktisch modifiziert werden können, weil die Entscheidung der Kontrollinstanz verbindlich ist und befolgt werden muss.[678] Die Annahme von Autonomie bedient sich also auch eines steuerungstheoretischen Ansatzes, weil zu untersuchen ist, inwiefern das Entscheidungsverhalten durch andere Akteure gesteuert wird.[679] Daneben erhält der Autonomiebegriff aber auch eine zielgerichtete Dimension, denn aus dem allgemeinen Verständnis als

677 S. Teil 1, Kap. 2, C., I., 1.

678 Vgl. zur Entstehung von Spielräumen durch positive oder negative Freistellung von Bindungen und Kontrolle: *Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (2. Aufl.), § 8 Rn. 61.

679 S. Teil 1, Kap. 2, C., I., 2., b., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbstverwaltung und Selbstgesetzgebung ergibt sich, dass Autonomie vor allem als ein Entscheidungsfreiraum bei der Regelung eigener Belange zu sehen ist. Autonomie, die Bestandteil der Beschaffungsautonomie ist, wird im Rahmen dieser Arbeit also als ein Freiraum von äußeren steuernden Vorgaben und nachträglicher äußerer Kontrolle bei der Entscheidung über eigene Belange verstanden. Sie beschreibt einen Entscheidungsspielraum über die eigenen Belange, der eine Letztentscheidungsbefugnis enthält und damit in einzelnen Aspekten nicht im Nachhinein durch Kontrollinstanzen abgeändert werden kann.

Steuerung und Kontrolle können sowohl im horizontalen Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als auch im vertikalen Verhältnis, bspw. zwischen EU und Mitgliedstaaten oder durch Aufsichtsinstanzen innerhalb der Verwaltung, ausgeübt werden. Die zur Beschaffungsautonomie ergangene Rechtsprechung stützt sich schwerpunktmäßig auf das horizontale Verhältnis. So differenziert das OLG Koblenz zwischen der rechtlichen Kontrolle durch die Gerichte und der aufsichtstechnischen Kontrolle durch die Rechnungshöfe: »Verlangt ein Aufgabenträger die Ausstattung der Zugtoiletten mit goldenen Armaturen, so ist das mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Fall für Aufsichtsbehörde oder Rechnungshof. Vergaberechtlich wäre dagegen nichts einzuwenden, weil allein der Auftraggeber entscheidet, was er haben will und wie er es haben will«[680]. Dieser Leitsatz impliziert, dass das, was als Beschaffungsautonomie begriffen wird, ein von der gerichtlichen Kontrolle losgelöster Entscheidungsspielraum – mithin eine administrative Letztentscheidung ist, die nicht durch die Wünsche der Bieter modifiziert werden kann. Folglich werden Steuerung und Kontrolle durch Rechts- und Fachaufsicht sowie die Rechnungsprüfung, deren Zweck zwar die Kontrolle und damit die Wahrung der Recht- und Zweckmäßigkeit des staatlichen Handelns ist[681],

680 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834. Ähnlich auch die VK Bund, 8.1.2004 – VK1 – 117/03, S. 8 f. So sei es »[…] grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers […], seinen Bedarf selbst zu definieren und zu entscheiden, welche Produkte er in welchen Mengen nachfragt. Schon in Ermangelung entsprechender vergaberechtlicher Vorschriften, deren Einhaltung überprüft werden könnte, ist es nicht Aufgabe vergaberechtlicher Nachprüfungsinstanzen und liegt auch nicht in deren Kompetenz, zu überprüfen, ob dieser Bedarf in sinnvoller Weise definiert wurde oder ob andere als die nachgefragten Varianten vorteilhafter bzw. wirtschaftlicher wären«.

681 Zur Rechts- und Fachaufsicht exemplarisch: *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 19–25.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die aber nicht auf die Durchsetzung subjektiver Rechte gerichtet sind, im Rahmen dieser Arbeit ausgeklammert.

Auf Grundlage dieses horizontalen Verständnisses der Beschaffungsautonomie erhält der Autonomiebegriff im Rahmen dieser Arbeit zwei Stoßrichtungen: Zum einen resultiert ein administrativer Interpretationsspielraum daraus, dass keine oder nur wenige materielle Vorgaben existieren. Der Gesetzgeber nimmt nicht steuernd auf das Entscheidungsverhalten der Verwaltung Einfluss. Zum anderen können administrative Entscheidungen nur einer reduzierten gerichtlichen Kontrolle unterliegen, so dass eine administrative Letztentscheidungsbefugnis in manchen Aspekten der Entscheidung im Verhältnis zur Judikative entsteht. Autonomie im Sinne der Beschaffungsautonomie liegt dann vor, wenn entweder keine konkreten rechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung existieren oder aber rechtliche Vorgaben existieren, diese aber im Nachhinein aufgrund einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis auf bestimmte Aspekte, wie bspw. darauf, eine andere Leistung zu beschaffen, nicht kontrolliert werden.

II. Das Prinzip der Gewaltenteilung als Grundlage staatlicher Autonomiebereiche?

Das Spannungsverhältnis von Fremd- und Selbststeuerung führt zum Prinzip der Gewaltenteilung. Denn wo Außenstehende ein Verhalten steuern können, besteht das Potential, verschiedene Funktionsbereiche miteinander zu verschränken. Fraglich ist, ob sich allein aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung konkrete Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse ableiten lassen. Dafür müssten sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip brauchbare Maßstäbe ableiten können, mithilfe derer konkrete Spielräume umrissen werden könnten.

1. Sachgerechte Entscheidungen als Ziel der Gewaltenteilung

Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist das tragende Organisations- und Funktionsprinzip der Verfassung und findet seine positivrechtliche, zentra-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

le Verankerung zuvorderst in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.[682] Demnach wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Hintergrund dieses Organisationsprinzips ist, ein System der *checks and balances* zu schaffen.[683] Das Gewaltenteilungsprinzip zielt nicht auf die Trennung der Staatsgewalt ab, sondern ordnet die gesetzgeberischen, ausführenden und rechtsprechenden Funktionen unterschiedlichen Organen (sog. Funktionsträgern) zu, welche mittels Einwirkungsbefugnissen und Beteiligungsrechten aufeinander Einfluss nehmen können, was wiederum zu einer Verschränkung der verschiedenen Funktionen miteinander führt.[684] Mittels Einflussnahme verschiedener Organe aufeinander soll die Konzentration von Macht bei einem einzigen Organ und ein potentieller Machtmissbrauch verhindert werden.[685] Plastisch lässt sich diese Gewaltenverschränkung an § 113 Abs. 1 VwGO erkennen, wonach das Verwaltungsgericht einen rechtswidrigen Verwaltungsakt, der den Kläger in seinen Rechten verletzt, aufheben kann. Hier ändert die Rechtsprechung im Ergebnis die Entscheidung der Verwaltung.

Ziel der Gewaltenteilung ist es, rationale und sachgerechte Entscheidungen des Staates zu fördern.[686] Dieses Ziel ergibt sich aus den zwei Stoßrichtungen des Gewaltenteilungsprinzips: So soll in positiver Idealvorstellung die Entscheidung das Organ treffen, welches nach »Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzun-

682 BVerfGE 3, 225 (247); 95, 1 (15); 137, 185 (231); 147, 50 (126); 148, 69 (88); BVerfG 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, S. 1434, 1439; 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 140; *Maurer*, Staatsrecht, § 12 Rn. 13; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 297; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 32; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 90; *H. A. Wolff*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 15 Rn. 67; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 476 f., Rn. 497 f.

683 *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 212 m.w.N.

684 BVerfGE 3, 225 (247); 9, 268 (279); 95, 1 (15); *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81; *Maurer*, Staatsrecht, § 12 Rn. 1 f.; *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 27 Rn. 31; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 432, 438; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 33, 39.

685 BVerfGE 3, 225 (247); 9, 268 (279); 34, 52 (59); 95, 1 (15); BVerfG, B. v. 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, S. 1434, 1439; *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81; *Maurer*, Staatsrecht I, § 12 Rn. 2.

686 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 484–499; *Sachs,* in: ders., GG, Art. 20 Rn. 81; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 298; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen«[687] zur Entscheidungsfindung verfügt. Aufgaben, mithin Funktionen, sollen also von vorneherein denjenigen Organen zugeordnet werden, die sich am besten dafür eignen.[688] In negativer Betrachtung soll das Gewaltenteilungsprinzip Eingriffe in Aufgabenbereiche oder gar die Übernahme ganzer Aufgabenbereiche von Organen verhindern, um der Zentrierung von Macht und einem möglichen Machtmissbrauch vorzubeugen. Die Verschränkung der Gewalten soll nicht zu einem Gewaltenmonismus führen, in dem eine Funktion den einzig maßgeblichen Einfluss auf die anderen Funktionen ausübt.[689]

Autonome Bereiche, in denen der Einfluss der anderen Gewalten stark reduziert ist, widersprechen der Zielsetzung des Gewaltenteilungsprinzips nicht. Denn das Prinzip der Gewaltenteilung dient der maßvollen Aufgabenerfüllung, indem es Funktionen zuweist und diese Bereiche vom Einfluss anderer Organe ausnimmt.[690] Wenn das Ziel die rationale und möglichst sachgerechte Aufgabenerfüllung ist, dürfen im Umkehrschluss ungeeignete Funktionsträger die Aufgabenerfüllung nicht an sich reißen. Damit stehen Entscheidungsspielräume, die keiner Gewaltenverschränkung unterliegen, nicht dem Ziel der Gewaltenteilung entgegen, sondern können diesem Ziel regelmäßig dienen. Um zu ermitteln, welches Organ am geeignetsten für die Aufgabe ist, muss zunächst Klarheit über die entsprechenden Funktionen und Funktionsträger bestehen, aber auch darüber, wie man diese einander zuordnen kann.

2. Methoden zur Ermittlung von exklusiven Funktionsbereichen

a. Positive Zuordnung von Funktionsbereichen

Nach der Rechtsprechung des BVerfG soll die Entscheidungen das Organ treffen, welches nach »Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen«[691] zur Entscheidungsfin-

687 BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (252).

688 BVerfGE 68, 1 (86); 98, 218 (251 f.); BVerfG, B. v. 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, S. 1434, 1439. *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81.

689 BVerfG 49, 89 (125 f.); 68, 1 (87); 95, 1 (15); 139, 321 (362); BVerfG, 21.4.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, NVwZ 2015, S. 1279, 1280.

690 Vgl. *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 498; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 536.

691 BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (252); 150, 1 (99); BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 2055/16, juris Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dung verfügt. Sachkunde und Expertise bestimmen also, wer welche Aufgabe wahrnimmt. Diese positive Stoßrichtung des Gewaltenteilungsprinzips wird auch als Gebot der Organadäquanz[692] bezeichnet. Um dieses Gebot handhabbar zu machen, müssen zunächst feste Kriterien für die Organe und ihre jeweiligen Funktionen feststehen. Das Grundgesetz bietet hier nur vage Ansätze. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normiert, dass die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Zwischen Funktionen (also der Rechtsetzung, Rechtsprechung und ausführenden Gewalt) und den Organen als Träger der Funktionen ist zu unterscheiden.[693] Das Gebot der Organadäquanz legt die Prämisse zugrunde, dass eine Zuordnung von Aufgabe zu Organen zweifelsfrei möglich ist. Eine derartige Zuordnung von Funktionen zu Funktionsträgern ist aber aus folgenden Gründen schwierig:

Damit eine Zuordnung möglich ist, müssen die Funktionen definierbar sein. Funktionen sind die Rechtsetzung, Rechtsprechung und die ausführende Gewalt. Die Legislative als rechtssetzende Funktion zeichnet sich regelmäßig durch den Erlass von abstrakt-generellen Vorschriften aus, die für Bürger und staatliche Stellen verbindlich sind und Gebote oder Verbote aufstellen.[694] Die Judikative stellt die rechtsprechende Gewalt dar. Die Rechtsprechung erfolgt regelmäßig durch die retrospektivische Kontrolle eines Sachverhalts in einem geregelten Verfahren am Maßstab des Rechts mit der Möglichkeit, eine Rechtslage im Einzelfall letztverbindlich zu klären.[695] Die Exekutive umfasst im Sinne einer Negativabgrenzung[696] alles, was nicht Legislative oder Judikative ist.[697] Angesichts letzterer Definition lassen sich Aufgaben nicht zweifelsfrei der Exekutive zuordnen, da schon unklar ist, was diese auszeichnet. Der Aufgabenbereich der Exekutive ist anhand dieser Definition nicht umgrenzbar. Es ist nicht möglich, diesen Aufgabenbereich mit materiellen Kriterien zu füllen. Wenn aber schon der Inhalt der Funktionen nicht zweifelsfrei bestimmbar ist, steht eine Zuordnung von Funktion zu Organ auf einem instabilen Fundament.

---

692 S. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 71.

693 Vgl. *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 10 f.

694 *Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer*, Staatsrecht I, S. 223.

695 *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 894; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 93; *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 410.

696 *Fastenrath*, JuS 1986, S. 194, 196; *Maurer*, Staatsrecht I, § 18 Rn. 2; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 530; *Schröder*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 106 Rn. 19. Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 734 ff.

697 *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 79; *Maurer*, Staatsrecht I, § 18 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zum anderen besteht keine feste Zuordnung von Funktionen zu Funktionsträgern. Die Exekutive kann Aufgaben der Rechtssetzung wahrnehmen, bspw. durch Rechtsverordnungen gem. Art. 80 GG, sowie Aufgaben der Rechtsprechung wahrnehmen, wenn sie Gnadenakte erlässt. Die Legislative kann Planungsaufgaben wahrnehmen.[698] Unabhängig davon würde eine feste Zuordnung von Funktionen zu Funktionsträgern der Vorstellung von der Übernahme eines »vorverfassungsmäßigen, richtigen« Modells von der Gewaltenteilung entsprechen, welches das Grundgesetz aber nicht übernommen hat.[699] Mangels positivrechtlicher Festlegung konkreter Funktionsinhalte können sich die einzelnen Aufgaben der Organe nur aus dem systematischen Zusammenhang der Verfassungsnormen und der Ausgestaltung der Funktionsträger ergeben.[700] Das bedeutet aber wiederum, dass das Gewaltenteilungsprinzip für sich genommen keine konkreten Spielräume begründen kann, sondern allenfalls bei der Auslegung von Kompetenzvorschriften unterstützend beansprucht werden kann, so dass die Ausübung der Kompetenzen einem System von gegenseitiger Kontrolle nicht zuwiderläuft.

Zum anderen ist die Voraussetzung, dass ein Organ über die »besten Voraussetzungen verfüge« ein stark wertungsabhängiges Merkmal. Dieses Merkmal lässt sich empirisch ermitteln, aber nicht dogmatisch erfassen. Materielle Maßstäbe der Bestimmung, was die besten Voraussetzungen zur Entscheidung sind, fehlen. Faktische Maßstäbe und Sachzwänge können nicht mit normativer Wirkung gleichgestellt werden. Sachverstand ist zwar Voraussetzung für die Kompetenzausübung, kann die Kompetenz aber nicht begründen.[701] Das kann im Rechtsstaat nur eine rechtliche Regelung. Eine positive Zuordnung von Kompetenzen zu Organen und damit auch von Autonomiebereichen allein aus dem Gewaltenteilungsprinzip scheitert also an mangelnden verwertbaren Kriterien.

698 Vgl. auch mit weiteren Beispielen: *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 494–497. Vgl. auch *von Danwitz*, Der Staat 35 (1996), S. 329, 337 f., der darauf hinweist, dass die Zuordnung von Funktionen zu Organen durchaus schwierig ist.

699 *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 150; vgl. *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172, 190.

700 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 500 f.

701 *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172, 191 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Negative Abgrenzung von Funktionsbereichen

Womöglich könnten aber Bereiche staatlicher Autonomie negativ betrachtet aus den Kernbereichen der Funktionen fruchtbar gemacht werden. Das GG sieht keine Gewaltentrennung vor; vielmehr sieht das grundgesetzliche Gewaltenteilungsprinzip die Möglichkeit der Verschränkung der unterschiedlichen Funktionen miteinander vor.[702] Infolgedessen können die Funktionsträger durch Mitwirkungsbefugnisse, Kontrollrechte, Initiativrechte und weitere Mittel in den Funktionsbereich einer anderen Gewalt eingreifen.

aa. Verbot des Eingriffs in den Kernbereich als Grenze der Gewaltenverschränkung

Die Grenze der zulässigen Gewaltenverschränkung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG überschritten, wenn eine Funktion in den Kernbereich einer anderen Funktion eingreift.[703] Nach der Kernbereichsrechtsprechung steht jeder Funktion ein eigener Kernbereich zu, der unveränderbar ist und nicht zur Disposition steht.[704] Der Kernbereich soll einen Bereich von Exklusivität vermitteln.[705] Ausgeschlossen ist demnach, dass »eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben verliert«[706]. Diese Rechtsprechung eröffnet wiederum die Schwierigkeit der Bestimmung der den Organen »typisch« zugeschriebenen Aufgaben.[707] Wie festgestellt, sind die Funktionen nicht in ihrer Gänze definierbar – schon gar nicht lassen sich deren Aufgabenbereiche in Gänze systematisch erfassen. Insbesondere für die Exekutive ist es schwierig, materielle Inhalte zu finden. Außerdem bleibt unklar, wie der Maßstab der typischen Aufgabe von Funktionsträgern zu bemessen ist.[708] Das Grundgesetz definiert die Funktionsinhalte nicht. Wenn man typische Aufgaben als solche versteht, die die Organe für gewöhnlich wahrnehmen, hat dies den Anschein eines

---

702 Vgl. *Achterberg*, Funktionenlehre, S. 189; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 426, 439; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 41.
703 BVerfGE 9, 268, (280); 34, 52 (60); 95, 1 (15); 139, 321 (362); 159, 223 (287).
704 BVerfGE 34, 52 (60); 95, 1 (15); 139, 321 (362); 159, 223 (287); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 33.
705 *Baer*, Der Staat 40 (2001), S. 525, 526.
706 BVerfGE 95, 1 (16).
707 Vgl. *Achterberg*, Funktionenlehre, S. 189; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 149.
708 S. Teil 1, Kap. 2, C., II., 2., a.; vgl. auch *Horn*, AöR 127 (2002), S. 426, 440.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zirkelschlusses und birgt die Gefahr von Pauschalisierungen, wie bsp. der Annahme, der Gesetzgeber schüfe abstrakt-generelle Regelungen, die Exekutive führte die Gesetze mittels konkret-individueller Regelungen aus und die Rechtsprechung kontrollierte diese Entscheidungen am Maßstab der Gesetze und träfe Entscheidungen im Einzelfall. Dies lässt aber die Wirklichkeit außer Acht, in der Bestandteile der Planung großer Projekte im Einzelfall auch dem Parlament übertragen sein kann[709] oder auch die Exekutive rechtsetzend durch abstrakt-generelle Verordnungen tätig wird. Zum anderen wird zur Bestimmung »typischer« Aufgaben wiederum an die bestehende Verfassungswirklichkeit, also an bereits bestehende Organisations- und Kompetenzvorschriften angeknüpft. Letztlich ist das Kernbereichskriterium also kaum rechtlich bestimmbar.[710] Als rechtliche Begründung eines Spielraums und einer Letztentscheidungsbefugnis taugt das Kriterium des Kernbereichs also nicht.

bb. Spezialfall: Verwaltungsvorbehalt?

Im Zusammenhang mit administrativen Eigenbereichen wird teilweise der Begriff des Verwaltungsvorbehalts aufgeworfen.[711] Dabei wird angenommen, dass der Verwaltung ein originärer, absolut geschützter Bereich zustehe, der nicht durch gesetzliche Regelung berührt werden könne.[712] Die Lehre vom Verwaltungsvorbehalt findet ihren Ursprung in der Zeit der konstitutionellen Monarchie, in der sich angesichts voranschreitender Beschränkung der Rechte des Monarchen durch das Parlament die Frage nach verbleibenden absolut geschützten Bereichen der Exekutive stellte.[713]

709 Vgl. BVerfGE 95, 1 (15 ff.).

710 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 100; *Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (2. Aufl.), § 8 Rn. 32–34; *Achterberg*, Funktionslehre, S. 189 f.; *Baer*, Der Staat 40 (2001), S. 525, 527 f.; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 426, 438 ff., 451 ff.; *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 494–497.

711 Exemplarisch: *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135 ff.; *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172 ff.; vgl. auch: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 68 ff.

712 Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 68 ff.; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 139; *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172 ff.

713 *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 142 ff. S. auch zur Organisationsgewalt als eine Ausprägung eines Verwaltungsvorbehalts: Teil 1, Kap. 2, B., III., 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In ähnlicher Weise geht allerdings auch das BVerfG im Zusammenhang mit dem Prinzip der Gewaltenteilung von einem »Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung«[714] aus, wenn Befugnisse und Aufgaben des Parlaments gegenüber der Exekutive, insbesondere der Regierung abzugrenzen sind. Dies wird teilweise als Ausprägung der Lehre vom Verwaltungsvorbehalt betrachtet.[715] Ob der Fall des Verwaltungsvorbehalts als Sonderfall der Kernbereichsrechtsprechung zu verstehen ist, kann hier dahingestellt bleiben, denn die Lehre vom Verwaltungsvorbehalt kann – wie auch die Kernbereichslehre – durchaus in Zweifel gezogen werden. Gegen einen derartigen Vorbehalt spricht nämlich das umfassende Zugriffsrecht des Gesetzgebers.[716] Auch wenn der Gesetzgeber aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes nicht zu einer Regelung verpflichtet ist, so verbleibt ihm das Recht, einen bestimmten Bereich gesetzlich zu regeln. Ebenso wenig existiert eine generelle Pflicht einer geringen Regelungsdichte, die den Gesetzgeber beschränken könnte.[717] Der Verwaltungsvorbehalt ist also keine normative Kategorie, sondern kann allenfalls als deskriptiver Begriff solche Bereiche umschreiben, in denen keine gesetzlichen Regelungen existieren und der Verwaltung im Rahmen der Verfassungs- und Kompetenzordnung weitläufige Bereiche der Eigensteuerung verbleiben.[718]

3. Zwischenergebnis

Zwar ist es die Zielsetzung der Gewaltenteilung, sachgerechte Entscheidungen hervorzubringen, doch lassen sich allein anhand des Verfassungsprinzips nicht konkrete Entscheidungsspielräume oder gar Letztentscheidungsbefugnisse normativ bestimmen. Dies liegt sowohl daran, dass eine allgemeinverbindliche Definition der Funktionsbereiche sowie die Zuordnung

714 BVerfGE 67, 100 (139); 68, 1 (87); 95, 1 (16).

715 Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 71.

716 Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 76; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 138, 156; *Maurer*, in: FS Vogel, S. 331, 345; *Burmeister*, Institutioneller Gesetzesvorbehalt, S. 93 f., 126 ff.; vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 794; *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 500 f., nach dem der Gesetzgeber einen »Legitimationsvorsprung« vor den anderen Funktionsträgern genießt. Differenzierend: *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 84 ff. Hingegen für einen gesetzlichen Totalvorbehalt: *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 205.

717 *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, S. 169.

718 So auch: *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu bestimmten Organen nicht kohärent möglich ist und sich die Zuordnung stattdessen auf heuristische Annahmen beschränkt. Ob ein Organ für eine Aufgabe »am geeignetsten« ist und die beste Sachkunde aufgibt, ist eine empirische Frage, aber kein dogmatisches Kriterium. Ebenso ist die Methode der Kernbereichsbestimmung untauglich, da unklar bleibt, was den Kernbereich einzelner Funktionen auszeichnet.[719] Auch wenn man den Verwaltungsvorbehalt als vom Kernbereich zu differenzierenden Vorbehaltsbereich aufgreifen möchte, ist diese nichts weiter als eine deskriptive Kategorie. Folglich besitzt das Gewaltenteilungsprinzip keine eigenständige praktische Bedeutung, um daraus konkrete rechtliche Spielräume abzuleiten.[720] Die Steuerungswirkung des Gewaltenteilungsprinzips wird daher auch als »eher schwach«[721] bezeichnet. Dennoch steht das Prinzip für die verfassungsrechtliche Grundentscheidung, staatlichen Einrichtungen Spielräume zuzubilligen. Damit ist das Gewaltenteilungsprinzip der hinter der Beschaffungsautonomie stehende übergreifende, verfassungsrechtliche Grundsatz, eine Herleitung der Beschaffungsautonomie aus dem Gewaltenteilungsprinzip wäre daher nicht falsch, aber ungenau.

Konkrete rechtliche Spielräume und Letztentscheidungsbefugnisse lassen sich nämlich allenfalls aus dem Zusammenspiel von Kompetenzordnung und Ordnungsvorschriften, die entweder durch den Verfassungs- oder Gesetzgeber das Gewaltenteilungsprinzip konkretisieren, sowie Grundrechten ermitteln.[722] Die Beschaffungsautonomie kann also weder als ein Kernbereich der Exekutive noch als Gegenstand eines etwaigen Verwaltungsvorbehalts gekennzeichnet werden. Da also das Prinzip der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 2 GG allein keine tragbaren Erkenntnisse liefert, bedarf es der Anknüpfung an das konkrete der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramm.[723] In welchem Rahmen der Gesetzgeber das Verwaltungshandeln steuern kann und sogar muss, ergibt sich aus

719 S. Teil 1, Kap. 2, C., II., 2., b., aa.

720 Vgl. auch: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 70; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 32a; *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 93; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 63, 74; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 427, 440, 454; *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 517.

721 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 63; *ders.*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 100 ff.

722 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81; vgl. auch *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 514; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 481.

723 Zur Feststellung, dass das Gewaltenteilungsprinzip der gesetzlichen Ausformulierung bedarf: *H. A. Wolff*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 15 Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den folgenden Verfassungsprinzipien, die die Verhältnisse der Funktionen zueinander konkretisieren.

III. Autonomie als Folge fehlender konkreter gesetzlicher Vorgaben

Administrative Entscheidungsspielräume entstehen in negativer Betrachtungsweise dort, wo keine bestimmte Entscheidung vorgegeben wird. Bestimmte Entscheidungen ordnen abstrakt-generelle Normen wie Gesetze und Rechtsverordnungen an. Diese schaffen ein allgemeines und verbindliches Entscheidungsprogramm, was für eine Vielzahl von Fällen anzuwenden ist. Durch die Vorgabe eines Entscheidungsprogramms in Form eines Gesetzes gibt der Gesetzgeber eine erste verbindliche Handlungsanweisung für die Exekutive vor und schafft einen Kontrollmaßstab für die Judikative. Wo Entscheidungsprogramme nicht vorgegeben sind, also gar keine abstrakt-generellen Regelungen existieren, stehen der Verwaltung schon mangels konkreter Vorgaben für den Einzelfall mehrere Handlungsvarianten, mithin Entscheidungsspielräume offen.[724] Doch allein das Vorliegen einer abstrakt-generellen Regelung schließt nicht automatisch administrative Entscheidungsspielräume aus. Die abstrakt-generellen Regelungen variieren in ihrem Grad der Bestimmtheit, so dass bei unbestimmten Regelungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen der rechtlichen Vorgaben gegeben sein können. Ist die Verwaltung zur selbstständigen Auslegung einer Vorschrift gezwungen, weil der Normtext eher unbestimmt bleibt, wird man diesem Akt der Auslegung zumindest einen Anteil eigener »schöpferisch-subjektiver«[725] Leistung zugestehen müssen.[726] Die Verwaltung trifft hier im Rahmen eines Entscheidungs- bzw. Interpretationsspielraums eine eigene Entscheidung und ist nicht allein ein verlängerter Arm

724 Dazu, dass Ermessensspielräume im Bereich der gesetzesfreien Verwaltung nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zurückführbar sein müssen: *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 58.

725 *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 23.

726 Vgl. *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 11 Rn. 1; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 11; *Herdegen*, JZ 1991, S. 747, 748; *Bullinger*, JZ 1984, S. 1001, 1006; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 50, 51. Vgl. auch *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 620, die von einer »Konkretisierungsermächtigung« sprechen. *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 149, spricht von der Verwaltung als Konkretisierungsinstanz.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eines richtigen gesetzgeberischen Willens.[727] Nicht nur auf unbestimmte oder weite Vorgaben folgen administrative Entscheidungsspielräume. Es gibt auch gesetzliche Regelungen, die der Verwaltung ausdrücklich mehrere Handlungsalternativen bei der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes eröffnen.[728]

Inwiefern ein Entscheidungsprogramm für die Verwaltung vorgesehen und zwingend vorzugeben ist, ergibt sich aus dem Vorrang (1.) sowie dem Vorbehalt des Gesetzes (2.) und liegt damit in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begründet.[729]

1. Gesetzesbindung und Vorrang des Gesetzes

Die Verwaltung ist in sämtlichen Bereichen und Handlungsformen gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Zum Gesetz gehören sämtliche materielle Rechtsvorschriften, also auch unmittelbar geltendes Unionsrecht, welches kraft Rechtsanwendungsbefehls des Gesetzes i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GG Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung wird[730] und nach Art. 59 Abs. 2 GG inkorporierte völkerrechtliche Verträge[731]. Recht umfasst das Gewohnheitsrecht,[732] wobei dessen Zahl und Bedeutung für die tägliche Rechtsanwendung eher gering ist. Die Verwaltung ist somit an gesetzliche und rechtliche Vorgaben gebunden und muss die darin zum Ausdruck kommenden Entscheidungsvorgaben für gleich gelagerte Sachverhalte berücksichtigen.

Die Gesetzesbindung wiederum wird durch den Vorrang des Gesetzes abgesichert. Dieses Prinzip besagt, dass das Handeln der Verwaltung nicht gegen das höherrangige Gesetz verstoßen darf.[733] Verstößt das Handeln der Verwaltung gegen gesetzliche Vorschriften, bestehen die Möglichkeiten,

727 Vgl. *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 151.
728 Vgl. § 40 VwVfG.
729 Instruktiv: *Hölscheidt*, JA 2001, S. 409 ff.
730 BVerfGE 37, 271 (280); 73, 339 (374 f.); 123, 267 (402); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 101 f.
731 Sachs, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 107.
732 *H. A. Wolff*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 1, § 15 Rn. 110; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 106.
733 *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 153; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 2; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 310; *Hölscheidt*, JA 2001, S. 409.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

administratives Handeln rückgängig zu machen[734] oder gerichtlich aufheben zu lassen[735]. Liegt also eine abstrakt-generelle Regelung in Form eines Gesetzes vor, ist die Verwaltung zunächst an das darin aufgeführte Entscheidungsprogramm gebunden und darf nicht gegen diese Regelung verstoßen. Für die Erfüllung von Aufgaben bedeutet dies, dass der Staat an die ihn bindenden Aufgaben gebunden ist, und diese zu erfüllen hat, mithin nicht mit seinen Handlungen gegen die Aufgabenstellung verstoßen darf. Denn Aufgaben, die der Staat zu erfüllen hat, sind diesem rechtlich oder gesetzlich zugewiesen und muss der Staat aufgrund der Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit erfüllen.[736] Somit können die Gesetzesbindung und der Vorrang des Gesetzes administrative Entscheidungsspielräume bei der Aufgabenerfüllung begrenzen oder ihnen zumindest vorbeugen.

2. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Die Entscheidungsmöglichkeiten der Verwaltung sind also in einem bestimmten Rahmen vorgegeben, wenn eine allgemeinverbindliche Regelung existiert. Die Frage, ob sich administratives Handeln zwingend auf eine gesetzliche Grundlage stützen muss, versucht das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes zu beantworten. Dieser Grundsatz findet seine Ursprünge im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.[737] Staatliche Einrichtungen dürfen demnach nur aufgrund eines Gesetzes handeln; es bedarf einer Ermächtigungs- bzw. Rechtsgrundlage.[738] Wo ein gesetzlicher Vorbehalt besteht, muss gleichsam verfassungsrechtlich zwingend das administrative Entscheidungsprogramm normativ vorgegeben werden. Dem Gesetzgeber ist es also verwehrt, die Entscheidung an die Verwaltung zu delegieren. Legt man dieser Situation die Skala von Fremd- und Eigensteuerung zu-

734 Vgl. § 48 VwVfG.
735 Vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.
736 S. Teil 1, Kap. 2, B., II.
737 BVerfGE 40, 237 (248 f.); 49, 89 (125); 78, 179 (197); BVerfG, 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 125; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 5; *Ohler*, AöR 131 (2006), S. 336, 341; *Maurer*, in: FS Vogel, S. 331, 341; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105; vgl. *Kau*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 41 Rn. 40.
738 Vgl. BVerfGE 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126); 83, 130 (142); 98, 218 (251); 116, 24 (58); 128, 282 (317); 147, 253 (309 f.); *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 20; *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 19; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grunde,[739] fällt die betroffene Entscheidung bei Vorliegen eines Gesetzesvorbehalts in den Bereich der Fremdsteuerung des Verwaltungshandelns. Da es sich bei der hier verstandenen Autonomie um einen Bereich der Eigensteuerung handelt, ist die Reichweite vom Vorbehalt des Gesetzes für die Ermittlung von Autonomiebereichen im Einzelnen abzustecken.

Die Rechtsordnung kennt keinen Totalvorbehalt, denn ein derartiger Vorbehalt würde in einem dem Gewaltenteilungsprinzip widersprechenden Gewaltenmonismus resultieren.[740] Daraus folgt, dass grundsätzlich drei Konstellationen zu unterscheiden sind: Im ersten Fall ist keine allgemeinverbindliche Regelung notwendig. Dann erfordert der Vorbehalt des Gesetzes schlichtweg nicht zwingend eine allgemeinverbindliche Regelung zum Tätigwerden der Verwaltung. Im zweiten Fall ist eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig, auf die sich das Handeln der Verwaltung stützen lassen muss. Dabei ist es aber nicht notwendig, dass diese allgemeinverbindliche Regelung durch das Parlament erlassen wurde. Dieser Fall bezeichnet den sogenannten Rechtssatzvorbehalt.[741] In der dritten und letzten Fallkonstellation ist gerade eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig, die durch das Parlament erlassen wurde. Dies beschreibt den sogenannten Parlamentsvorbehalt.[742]

a. Regelung durch das Parlament (Parlamentsvorbehalt)

Der Vorbehalt des Gesetzes kann so weit reichen, dass zwingend das Parlament eine allgemeinverbindliche Regelung treffen muss.[743] Wann ein

739 S. Teil 1, Kap. 2, C., I., 2., b., bb.

740 BVerfGE 49, 89 (124 ff.); 67, 100 (139); 68, 1 (86 f.); 98, 218 (251 f.); 139, 19 (46); 150, 1 (99); vgl. auch *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 108; *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 112, 409; a.A. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 205.

741 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 16; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 31; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 37 f.; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 150 f.

742 BVerfGE 134, 33 (89); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 69; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 14; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 38 ff.

743 Vgl. BVerfGE 101, 1 (34); 106, 1 (22 f.); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 11, 14; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 76; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

formelles Gesetz zur Regelung einer Entscheidung notwendig ist, beurteilt sich in der Rechtsprechung des BVerfG nach der Wesentlichkeit einer Materie. Demnach soll das Parlament »in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen«[744]. Wesentlich soll eine Entscheidung insbesondere dann sein, wenn sie auch für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlich ist, mithin einen Bezug zu Grundrechten aufweist.[745] Um diesen wesentlichen Bezug zu ermitteln, sind die Wichtigkeit der Regelung für den Einzelnen im Hinblick auf seine Grundrechte, als auch die entgegenstehenden Belange der Allgemeinheit zu betrachten.[746] Ein wesentlicher Grundrechtsbezug ist auch dann gegeben, wenn das staatliche Handeln für die Verwirklichung der Grundrechte Relevanz entfaltet.[747] Ausschlaggebende Kriterien für eine wesentliche Materie sind darüber hinaus die Größe des Adressatenkreises, die zeitliche Wirkung der Maßnahme und der Entscheidung folgende erhebliche finanzielle Auswirkungen im Staat sowie schwerwiegende Auswirkungen auf das Gefüge des Staates.[748] Betrifft die beabsichtigte Entscheidung einen wesentlichen Bereich, darf der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen der Entscheidung nicht allein der Verwaltung überlassen.

b. Notwendigkeit einer allgemeinverbindlichen Regelung (Rechtssatzvorbehalt)

Aus den vorangegangenen Ausführungen folgt im Umkehrschluss, dass nicht für jeden Sachverhalt ein formelles Gesetz notwendig ist. Es kann ausreichend sein, dass lediglich eine allgemeinverbindliche Regelung, also

744 BVerfGE 49, 89 (126 f.); 61, 260 (275); 80, 124 (132); 83, 130 (142, 151 f.); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 108, 282 (311); 134, 141 (184); 136, 69 (114); 139, 19 (45); 147, 253 (309 f.); 150, 1 (96). Vgl. BVerfG, 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 74; 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, juris Rn. 91. Vgl. auch schon BVerfGE 33, 125 (163); 34, 165 (192 f.); 45, 400 (417 f.).

745 BVerfGE 98, 218 (251); 108, 282 (311 f.); 134, 141 (184); 139, 19 (45); 147, 253 (309 ff.); 150, 1 (97); BVerfG, 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 125; *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 11 Rn. 48.

746 BVerfGE 49, 89 (127); 83, 130 (142); 150, 1 (97); vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 14; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 72 ff.

747 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 107; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113.

748 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 107; vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 114.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein materielles Gesetz, ein Entscheidungsprogramm vorgibt. Ob zumindest eine allgemeinverbindliche Regelung zwingend vorliegen muss, richtet sich nach dem Rechtssatzvorbehalt.[749] Nach diesem Vorbehalt sind staatliche Entscheidungen auf eine allgemeinverbindliche Regelung, also bspw. eine Rechtsverordnung, zu stützen. Dieser Vorbehalt leitet sich zum einen aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot ab.[750] Denn der Erlass allgemeinverbindlicher Vorgaben macht das staatliche Handeln vorhersehbar, indem für bestimmte Sachverhalte bestimmte Rechtsfolgen zu erwarten sind.[751] Dies ist eine Ausprägung der im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtssicherheit. Darüber hinaus dient der Erlass allgemeinverbindlicher Entscheidungsvorgaben der Gleichbehandlung aller von der Regelung Betroffenen gem. Art. 3 Abs. 1 GG, wenn gleiche Personengruppen gleich behandelt werden.[752]

Wie detailliert ein Normkomplex zwingend ausgestaltet sein muss, richtet sich nach dem im Rechtsstaatsprinzip verwurzelten Grundsatz der Bestimmtheit.[753] Der Grundsatz der Bestimmtheit und mithin der Rechtssatzvorbehalt hat die rechtsstaatliche Funktion, Vorhersehbarkeit für den von der staatlichen Entscheidung Betroffenen zu schaffen.[754] Der von der Entscheidung Betroffene muss konkrete Beurteilungsmaßstäbe erkennen

749 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 31; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 37 f.; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 150.

750 *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 138; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 149, 151; vgl. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 178–181; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 38.

751 BVerfGE 120, 274 (315); *Kirchhof*, in: Isensee/ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 99 Rn. 154.

752 Vgl. *Papier*, in: Götz/Klein/Starck, Die öffentliche Verwaltung, S. 36, 50; *Brohm*, NVwZ 1988, S. 794, 795; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 19. Differenzierend in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG: *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 153. Zum Art. 3 Abs. 1 GG als Grundsatz der Rechtssetzungsgleichheit und Rechtsanwendungsgleichheit exemplarisch: *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 133 ff., 181; *Manssen*, Staatsrecht II, § 32 Rn. 884.

753 Vgl. BVerfGE 21, 73 (79); 58, 257 (277); 62, 169 (183); 120, 274 (315); 149, 293 (323). Krit. zur rechtlichen Verortung des Bestimmtheitsgrundsatzes: *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 39.

754 BVerfGE 8, 274 (325); 13, 153 (160); 31, 255 (264); 56, 1 (12); 62, 169 (183); 83, 130 (145); 103, 332 (384); 113, 348 (375 f.); 128, 282 (317); 134, 141 (184); 149, 293 (324); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129; *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 11 Rn. 61–63; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VII) Rn. 50; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 83, 86; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 35, 38; *Ger-*

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

können und sein Verhalten danach ausrichten können. Allgemein-generelle Regelungen schaffen diese Vorhersehbarkeit, indem sie eine Vielzahl an Fällen für alle Betroffenen gleichermaßen regeln.[755] Wenn ein Normkomplex nicht ausreichend ausgearbeitet ist, mithin unbestimmt bleibt, ist die bestehende Lage verfassungswidrig. Dann kann der Gesetz- oder Verordnungsgeber zur Schaffung bestimmter Vorgaben für die Entscheidungsfindung verpflichtet sein. Der Vorbehalt des Rechtssatzes schafft damit verbindliche Vorgaben für das Handeln der Verwaltung und schränkt einen Eigenbereich tendenziell ein.

Doch wann ist eine Norm bestimmt? Bestimmtheit meint die inhaltliche Erkennbarkeit des Normgehalts.[756] Der Aussagehalt einer Norm muss sich erschließen lassen können, wobei die Notwendigkeit der Auslegung der Bestimmtheit einer Vorschrift nicht abträglich ist.[757] Eine Auslegung ist gerade notwendige Vorbedingung der Anwendung einer Vorschrift. Wie bestimmt eine Vorschrift sein muss, richtet sich danach, »wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist«[758]. Grundsätzlich bestimmt das BVerfG, dass »die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit umso strenger [sind], je intensiver der Grundrechtseingriff ist«[759]. Dadurch soll Rechtssicherheit für den Bürger geschaffen werden, der sein Verhalten nach den Normen ausrichten kann und der Verwaltung einheitliche Handlungsmaßstäbe aufgegeben werden.[760] Vorhersehbarkeit staatlicher Maßnahmen ist also insbesondere dann notwendig, wenn der Bürger von der staatlichen Entscheidung grundrechtlich betroffen sein kann. Diese Skalierung ist jedoch als gleitend zu verstehen, staatliche Maßnahmen müssen vor allem dann vorhersehbar sein, wenn sie mit intensiven Grundrechtsbeeinträch-

---

lach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 151; vgl. auch *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 55; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 146.

755 *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 151–153.

756 BVerfGE 83, 130 (145); vgl. auch BVerfGE 21, 73 (79); 58, 257 (277 f.); 62, 169 (183); 120, 274 (316); *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 47; *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 11 Rn. 63.

757 BVerfGE 17, 67 (82); 45, 400 (420); 83, 130 (145); 117, 71 (111); 134, 141 (184 f.); 149, 293 (324); 158, 131 (164).

758 BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 78, 205 (212); 103, 332 (384); 128, 282 (317); 134, 141 (184); 143, 38 (61); 149, 293 (323).

759 BVerfGE 128, 282 (318); 149, 293 (323 f.). Vgl. auch BVerfGE 59, 104 (114); 75, 329 (342); 86, 288 (311); 110, 33 (55); 117, 71 (111); 134, 33 (81); 143, 38 (60 f.).

760 BVerfGE 134, 141 (184).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tigungen einhergehen (wie bspw. im Strafrecht mit der Möglichkeit des Freiheitsentzugs).

3. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber kann also das Entscheidungsverhalten der Verwaltung mittels gesetzlicher Vorgaben steuern. Die Steuerungswirkung des Gesetzes wird insbesondere durch den Vorrang des Gesetzes abgesichert, nach dem die Verwaltung nicht im Widerspruch zu den gesetzlichen Grundlagen entscheiden und handeln darf. Je nach Dichte des der Verwaltungsentscheidung zugrundeliegenden Normprogramms verbleibt dann der Verwaltung ein eher geringer Bereich der Eigensteuerung. Macht das der Entscheidung zugrundeliegende Normprogramm der Verwaltung keine konkreten Vorgaben, verbleibt der Verwaltung ein weiter Bereich der Eigensteuerung. Der besteht darin, dass der Verwaltung Spielräume verbleiben, wie sie vorhandene Vorschriften interpretiert bzw. auslegt. In einem Urteil bezüglich der Vergabe von Entsorgungsleistungen formulierte es das OLG Düsseldorf insofern anschaulich: »Sofern detaillierte Einzelanweisungen […] fehlen, hat der Auftraggeber die gesetzlichen Vorgaben kraft seines genuinen Bestimmungsrechts auszufüllen«[761].

Ist ein Normprogramm eher dicht und detailliert ausgestaltet, ist die Verwaltung tendenziell eher fremdgesteuert. Ist jenes hingegen nur rudimentär ausgestaltet, verbleibt der Verwaltung ein großer Eigenbereich. Der Verlauf ist gleitend. Abseits konkreter gesetzlicher Vorgaben hat die Verwaltung einen Interpretationsspielraum, wie sie die gesetzlichen Vorgaben ausfüllt. In der Praxis entsteht so ein funktionelles Zusammenspiel zwischen Rechtssetzer und der rechtsanwendenden Verwaltung, dessen Schwerpunkt sich zwischen den Akteuren je nach Normprogramm unterschiedlich verlagern kann.[762] Wie der Gesetzgeber das Verhalten der Verwaltung steuern möchte, ist insbesondere dem Parlament aufgrund einer weiten Einschätzungsprärogative selbst überlassen. Im Grundsatz kann das Parlament aufgrund seines umfassenden Zugriffsrechts jede Materie gesetzlich regeln.[763] Feste Leitplanken sind allerdings der Vorbehalt des Gesetzes. In wesent-

761 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – Verg 105/11, ZfBR 2012, S. 826, 828.

762 BVerfGE 49, 89 (138); 87, 234 (263 f.); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 11; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 131; *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 39.

763 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 76; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 138, 156; *Burmeister*, Institutioneller Gesetzes-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Materien ist der Gesetzgeber sogar verpflichtet, eine gesetzliche Regelung zu treffen. Bei weniger wesentlichen Materien kann allerdings zumindest eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig sein.

IV. Autonomie durch Verringerung der gerichtlichen Kontrolldichte

Der Eigenbereich der Verwaltung ist also unter anderem davon abhängig, wie dicht der Gesetzgeber Vorgaben gemacht hat, die das Verwaltungshandeln steuern. Auf der anderen Seite kann die Verwaltung durch eine gerichtliche Kontrolle »fremdgesteuert« werden. Bei der gerichtlichen Kontrolle wird eine Verwaltungsentscheidung auf die Übereinstimmung mit vorhandenen Maßstäben nachgezeichnet, so dass die gerichtliche Kontrolle nicht als die primäre Entscheidung begriffen wird.[764] Allerdings bindet die abschließende Entscheidung des Gerichts die Verwaltung auch in ihren zukünftigen Entscheidungen und führt zur Einflussnahme auf das Entscheidungsverhalten der Verwaltung.[765] Liegt die Befugnis zur letztverbindlichen Entscheidung bei den Gerichten, schränkt dies einen administrativen Eigenbereich zumindest tendenziell ein, denn die Verwaltung muss damit rechnen, dass die Entscheidung im Nachhinein durch ein Gericht aufgehoben werden könnte (vgl. § 113 Abs. 1 VwGO) oder dass ihr aufgegeben wird, einen bestimmten Sachverhalt unter Einbeziehung der gerichtlichen Wertungen neu zu bescheiden (vgl. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO). Ferner kann das Gericht geeignete Maßnahmen treffen, eine Rechtsverletzung zu beseitigen (vgl. § 168 Abs. 1 GWB). Auf diese Weise kann das Entscheidungsverhalten der Verwaltung durch die Rechtsprechung im Nachhinein abgeändert und determiniert werden. Mit dem Tenor der Gerichtsentscheidung kann regelmäßig eine Gestaltungs- oder Tatbestandswirkung für das zukünftige Verwaltungshandeln ausgehen (vgl. § 121 VwGO, § 179 Abs. 1 GWB)[766], so dass die Verwaltung an die Entscheidung gebunden ist. Die entsprechende

---

vorbehalt, S. 93 ff., 126 ff. Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 794. Differenzierend: *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 84 ff. Hingegen für einen gesetzlichen Totalvorbehalt: *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 205.

764 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 618; vgl. *Krebs*, Kontrolle, S. 14–17, 55.

765 Vgl. *Krebs*, Kontrolle, S. 34–37, 56–59; *Jestaedt*, in: Pünder/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 46; *Siegel*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 46 Rn. 25.

766 *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 113 Rn. 80; *Clausing/Kimmel*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 121 Rn. 37, 38.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

staatliche Stelle ist an die Entscheidung des Gerichts insoweit gebunden, wie über den Streitgegenstand entschieden wurde und dieser in formelle und materielle Rechtskraft (§§ 322, 325 ZPO, § 121 VwGO) erwächst.[767] Eine mittelbare Bindungswirkung der Urteile für vergleichbare, aber neue Sachverhalte folgt dann aus der Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG, dass vergleichbare Fälle nicht anders beschieden werden.[768] Zumindest wirkt die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle steuernd auf das Entscheidungsverhalten der Verwaltung ein. Der Bereich der Eigensteuerung ist daher durch die Möglichkeit einer nachträglichen Kontrolle zumindest minimiert. Daher gilt es zu untersuchen, wie weit die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen im Einzelnen reicht.

I. Grundsatz: Garantie des effektiven Rechtsschutzes als lückenlose Kontrolle

a. Normative Herleitung

Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes findet sich in unterschiedlichen nationalen und völkerrechtlichen Vorschriften. Zentrale Normen sind Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, Art. 47 Abs. 1 GrCh und Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK. Daneben kennt das Unionsrecht einen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes als allgemeinen Rechtsgrundsatz[769] und das nationale Recht den allgemeinen Justizgewährungsanspruch, der sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ergibt.[770] Letzterer soll in den Fällen Relevanz entfalten, in denen der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht eröffnet ist.[771]

Aufgrund der starken Verzahnung der Grundrechtsebenen miteinander nähern sich die Gewährleistungen in ihrem materiellen Gewährleistungsge-

767 *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 112 Rn. 52; vgl. auch *Krebs*, Kontrolle, S. 57.

768 Zur Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG: *Thiele*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 72; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 192.

769 EuGH, 15.5.1986 – C-222/84 – ECLI:EU:C:1986:206 Rn. 18 f. (Johnston).

770 BVerfGE 107, 395 (406 f.); 141, 121 (134 Rn. 44); BVerfG, 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, NJW-RR 2010, S. 1474, 1475; vgl. schon BVerfGE 54, 277 (291); 85, 337 (345); 88, 118 (123); 93, 99 (107); 97, 169 (185); *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 16; *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 31.

771 BVerfGE 107, 395 (406 f.); vgl. auch BVerfGE 116, 135 (150 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halt an, so dass im Ergebnis Wertungen grundsätzlich auch für anderen Maßstäbe fruchtbar gemacht werden können. So hat sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes in der Rechtsordnung der Europäischen Union als allgemeines Rechtsprinzip aus den Art. 6 und Art. 13 EMRK[772] und den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entwickelt. Heute befindet sich eine positiv-rechtliche Regelung in Art. 47 GrCh, welche wiederum im Sinne des Kohärenzgebots aus Art. 52 Abs. 3 GrCh[773] in Bedeutung und Tragweite wie die entsprechenden Gewährleistungen der EMRK ausgelegt werden muss. Auf diese Weise entsteht eine Kohärenz zwischen den Gewährleistungen von EMRK und GrCh.[774] Das bedeutet, dass die Wertungen der EMRK auch für die Auslegung der Gewährleistungen der GrCh fruchtbar gemacht werden müssen.

Die Verzahnung zwischen GG und EMRK ergibt sich aus der vor allem durch die vom BVerfG praktizierten Auslegung nationaler Normen im Licht völkerrechtlicher Bestimmungen.[775] Nationale Vorschriften sollen nach der Rechtsprechung nach Möglichkeit so ausgelegt werden, dass diese nicht gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstoßen. Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten der nationalen Vorschriften soll diejenige gewählt

772 EuGH, 15.5.1986 – C-222/84 – ECLI:EU:C:1986:206 Rn. 18 f. (Johnston); 1.4.2004 – C-263/02 P – ECLI:EU:C:2004:210 Rn. 29 (Jégo-Quéré et Cie SA); 25.7.2002 – C-50/00 P – ECLI:EU:C:2002:462 Rn. 39 (Unión de Pequeños Agricultores); 22.12.2010 – C-279/09 – ECLI:EU:C:2010:811 Rn. 29 (DEB).

773 Zum Kohärenzgebot: *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Bd. 1, Kap. 2 Rn. 33; *Jarass*, in: ders., GrCh, Art. 52 Rn. 62–64.

774 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02), EUAbl. 2007 C 303/17, 33; *Terhechte*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, GrCh, Art. 52 Rn. 15; »Mindestschutzstandard«: EuGH, 15.3.2017 – C-528/15 – ECLI:EU:C:2017:213 Rn. 37 (Al Chodor); *Lenaerts*, EuR 2012, 3, 12 f. Vgl. auch EuGH, 22.12.2010 – C-279/09 – ECLI:EU:C:2010:811 Rn. 35, 37 (DEB); 30.6.2016 – C-205/15 – ELCI:EU:C:2016:499 Rn. 41 (Toma); 19.12.2019 – C-752/18 – ECLI:EU:C:2019:1114 Rn. 37 (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern).

775 Diese Auslegungspraxis wird auch als »Völkerrechtsfreundlichkeit« des GG bezeichnet. Vgl. dazu exemplarisch: BVerfGE 141, 1 (29). St. Rspr. des BVerfG zur Berücksichtigung der EMRK: BVerfGE 74, 358 (370); 83, 119 (128); 111, 307 (317); 120, 180, (200 f.); 148, 296 (351); BVerfG, 1.3.2004 – 2 BvR 1570/03, NVwZ 2004, S. 852, 853; 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01 u. 2 BvR 348/03, NJW 2007, S. 499, 501; 13.12.2006 – 1 BvR 2084/05, NVwZ 2007, S. 808, 812 f.; 18.3.2013 – 1 BvR 2436/11, 1 BvR 3155/11, NJW 2013, S. 2103, 2106. S. auch *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 25 Rn. 6–8; *Nettesheim*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 59 Rn. 184. Zum politischen Gleichlauf von Verfassungs- und Völkerrecht: *Streinz*, in: Dreier, GG, Art. 25 Rn. 9; *Chr. Koenig/D. König*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 25 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden, die der völkerrechtlichen Norm am ehesten entspricht.[776] Die völkerrechtlichen Bestimmungen dienen insofern als Auslegungshilfe. Dies ergibt sich aus der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes.[777] Durch die kohärente Auslegung der vergleichbaren Gewährleistungen können sich die nationalen Bestimmungen also an die völkerrechtlichen Gewährleistungen annähern, ohne diesen einen Vorrang einzuräumen.

b. Gewährleistungsgehalt

Der Grundsatz vom effektiven Rechtsschutz gewährleistet sowohl den Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren (aa.) als auch die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes (bb.). Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich auf die Kontrolle am Maßstab des Rechts. Dies umfasst die Kontrolle am Maßstab subjektiven und objektiven Rechts. Außerrechtliche Erwägungen, wie politische oder ethische Gründe, sind nicht Maßstab einer gerichtlichen Kontrolle.

aa. Zugang zum gerichtlichen Verfahren

Der Einzelne, der die Verletzung seiner subjektiven Rechte rügt, muss die Möglichkeit erhalten, vor einem unabhängigen Spruchkörper, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen und seinen subjektiven Rechten zur Durchsetzung zu verhelfen. Damit Rechtsschutz möglich ist, muss es unabhängige Gerichte geben, die zur Durchsetzung subjektiver Rechte verhelfen.[778] Insofern gewährleistet das Recht auf effektiven Rechtsschutz den Zugang zu einem unabhängigen Gericht.

Über die Kriterien, die ein Gericht auszeichnet, sind sich nationales und Unionsrecht allerdings uneins. Der Begriff des Gerichts ist im deut-

776 Deutlich: BVerfGE 141, 1 (29 f.).

777 BVerfGE 141, 1 (26 f.); *Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, S. 35 ff., 42; *Dörr*, Rechtsschutzauftrag, S. 61 ff.; *Payandeh*, JöR 57 (2009), S. 465, 470 ff.; *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rn. 9 f.

778 *Manssen*, Staatsrecht II, § 31 Rn. 843; *Epping*, Grundrechte, Rn. 919. Explizit zu Art. 19 Abs. 4 GG, der den Rechtsschutz durch ein unabhängiges staatliches Gericht i.S.d. Art. 92 und 96 GG gewährleistet: BVerfGE 11, 232 (233); BVerfG, 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76, NJW 1979, S. 154, 155. Im Unionsrecht ist der Zugang zum Gericht als Gewährleistung in Art. 47 Abs. 1 GrCh geregelt.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Recht nicht legal definiert. Zumindest gehört es nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Tätigkeit der Gerichte, in gesetzlich geregelten Verfahren Rechtssachen mit letztverbindlicher Wirkung zu entscheiden.[779] Zum Tätigwerden der Gerichte als Spruchkörper bedarf es Richter. So wird nach Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt durch Richter vorgenommen. Wenn die Mitglieder des Gerichts Richter i.S.d. Art. 92 GG sind, handelt es sich bei der staatlichen Einrichtung um einen Spruchkörper, der die Aufgabe der Rechtsprechung wahrnimmt[780] und folglich einen effektiven Rechtsschutz gewährleistet. Daher knüpft sich die Gerichtseigenschaft in der Regel an die das Gericht konstituierenden Richter. Richter wiederum zeichnen sich dadurch aus, dass sie organisatorisch selbstständig, persönlich und sachlich unabhängig[781] sowie unparteiisch gegenüber den Verfahrensbeteiligten sind[782].

Nach dem autonom-unionsrechtlichem Verständnis ist ein Gericht eine Spruchkammer, die in einem Verfahren, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter gerichtet ist, über einen Rechtsfall entscheidet.[783] Nach ständiger Rechtsprechung stellt der EuGH zur Bestimmung der Gerichtseigenschaft »auf eine Reihe von Gesichtspunkten ab, wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit«[784]. Im Gegensatz zum deutschen Gerichtsbegriff in Art. 92 GG verlangt der unionale Gerichtsbegriff keine strikte organisatorische Trennung zwischen Justiz und Exekutive.[785]

779 BVerfGE 4, 358 (363); 103, 111 (137 f.).

780 *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 92 Rn. 92; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 92 Rn. 10; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 92 Rn. 57 m.w.N.

781 BVerfGE 4, 331 (344 ff.); 27, 312 (322); 42, 206 (209); 87, 68 (85); 103, 111 (140); 133 (168 Rn. 62); 148, 69 (87 Rn. 48).

782 BVerfGE 21, 139 (147); BVerfGE 103, 111 (140); 133 (168 Rn. 62); 148, 69 (87 Rn. 48); 153, 1 (42); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 92 Rn. 7.

783 EuGH, 19.10.1995 – C-111/94 – ECLI:EU:C:1995:340 Rn. 9 (Job Centre); 25.6.2009 – C-14/08 – ECLI:EU:C:2009:395 Rn. 34 (Roda Golf).

784 EuGH, 17.9.1997 – C-54/96 – ECLI:EU:C:1997:413 Rn. 23 (Dorsch Consult); 30.11.2000 – C-195/98 – ECLI:EU:C:2000:655 Rn. 24 (Österreichischer Gewerkschaftsbund); 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 25 (HI). Vgl. EuGH, 27.4.2994 – C-393/92 – ECLI:EU:C:1994:171 Rn. 21 (Almelo). In der ersten Auseinandersetzung mit der Gerichtseigenschaft einer vorlegenden Stelle verwies der EuGH noch nicht auf das Merkmal der Unabhängigkeit. S. dazu: EuGH, 30.6.1966 – C-61/65 – Slg. (Deutsch) 1966, S. 584, 602 (Vaassen-Göbbels).

785 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 40b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Differenzierung zwischen den Gerichtsbegriffen ist nicht nur begrifflicher Natur, sondern hat auch praktische Auswirkungen. Denn nach Art. 267 AEUV sind nur Gerichte im unionsrechtlichen Sinn vorlageberechtigt. Ferner erfordert Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nach der Rechtsprechung des EuGH, dass diejenigen mitgliedstaatlichen Einrichtungen, die als Unionsgerichte im funktionalen Sinn gelten, den Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes genügen müssen.[786] Das führt dazu, dass sich staatliche Einrichtungen, die aus der deutschen Perspektive keine Gerichte i.S.d. Art. 92 und 96 GG, aber Unionsgerichte im funktionalen Sinn sind, bei der Anwendung und Auslegung von Unionsrecht an den unionsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutzes messen lassen müssen.

bb. Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes

Außerdem garantiert der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz, der unter anderem Bedingungen für die gerichtliche Kontrolldichte aufstellt. Insbesondere aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ergibt sich in ständiger Rechtsprechung des BVerfG der Anspruch auf eine vollständige Nachprüfung der angegriffenen Maßnahme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.[787] Folglich ist das nachprüfende Gericht nicht an die im Verwaltungsverfahren getroffenen Entscheidungen und Wertungen gebunden.[788] Die dahinterstehende Erwägung ist, dass die Rechte des Einzelnen nur wirksam geschützt werden können, wenn sie auch durchzusetzen sind.[789] Es bestände kein Anreiz für die Verwaltung,

786 EuGH, 27.2.2018 – C-64/16 – ECLI:EU:C:2018:117 Rn. 37 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 52 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 55 (Kommission/Polen).

787 BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 73, 339 (373); 78, 214 (226); 84, 34 (49); 84, 59 (77); 88, 40 (56); 101, 106 (123); 103, 142 (156); 129, 1 (20); 143, 216 (225 Rn. 20); 149, 407 (413 Rn. 19); BVerfG, 23.3.2020 – 2 BvR 2051/19, juris Rn. 26; vgl. auch BVerwGE 120, 227 (231). Auch für den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ist es Rechtsprechung des BVerfG, dass dieser grundsätzlich eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des vorliegenden Streitgegenstandes erfordert. Vgl. dazu: BVerfGE 54, 277 (291); 97, 169 (185); BVerfG, 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, NJW-RR 2010, S. 1474, 1475.

788 *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 35; *Maurer*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, S. 467, 489.

789 *Voßkuhle*, Rechtsschutz, S. 182; *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 333.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtmäßige Entscheidungen zu treffen, wenn eine Kontrolle ohnehin nicht erfolgen würde.[790] Zweck des Rechtsschutzes ist es daher unter anderem, der Exekutive Schranken zu ziehen.[791]

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts ist der Umfang der Rechtsschutzgewährleistung hinsichtlich der Kontrolldichte vergleichbar, auch wenn sich der EuGH bisher nicht so deutlich wie das BVerfG dazu geäußert hat. Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK gewährleisten das Recht auf eine effektive Beschwerde, die sich in der grundsätzlichen vollständigen Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Umstände entfaltet.[792] Bezieht man diese Erwägungen aufgrund des Kohärenzgebots in Art. 52 Abs. 3 GrCh auf die Gewährleistung in Art 47 Abs. 1 GrCh, muss der unionale Anspruch auf effektiven Rechtsschutz im Grundsatz auch von einer vollständigen Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Umstände ausgehen.[793]

Damit kommt im Grundsatz den Gerichten ein vollständiger Kontrollanspruch administrativer Entscheidungen und das Letztentscheidungsrecht im Hinblick auf den in Rede stehenden Vorgang zu. Auf der Kehrseite stellen von einer gerichtlichen Kontrolle ausgenommene administrative Letztentscheidungsbefugnisse eine Beeinträchtigung der Effektivität des Rechtsschutzes dar. Derartige Letztentscheidungsbefugnisse können die Durchsetzung von subjektiven Rechten erschweren oder gar unmöglich machen, so dass subjektive Rechte letztlich zu reinen Programmsätzen würden.[794] Dementsprechend müssen diese administrativen Letztentscheidungsbefugnisse gesondert begründet werden.

790 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 4.

791 Vgl. BVerfGE 10, 264 (267); *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 333.

792 EGMR, 20.10.2000 – No. 30985/96 – Rep. 2000-XI, § 100 (Hasan und Chaush); 11.10.2007 – No. 14134/02 – § 69 (Glas Nadezhda EOOD und ELenkov); *Richter*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 20 Rn. 39.

793 Vgl. auch *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 570. In der Literatur wird hingegen vielfach vertreten, dass eine lückenlose Kontrolle nicht notwendig sei. So: *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 40b. Vgl. zur unionalen Kontrolldichte: *Schwarze/Voet van Vormizeele*, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 263 Rn. 72; *Pechstein*, EU-Prozessrecht, Rn. 545.; *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, Art. 47 GrCh Rn. 39 f.

794 *Epping*, Grundrechte, Rn. 915.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Ausnahme: Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse, also Entscheidungen, die keiner weiteren gerichtlichen Kontrolle unterliegen, sind Ausnahmen vom Grundsatz einer lückenlosen Kontrolle rechtlicher und tatsächlicher Gesichtspunkte.

a. Begründung von Letztentscheidungsbefugnissen

Die Begründung von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen ist umstritten. So existieren unterschiedliche Ansätze zur Begründung von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen. Begründungsansätze stützen sich zuweilen auf die Dichte der materiellen Regelung (aa.), funktionell-rechtliche Gründe (bb.) oder die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit als Indikator (dd.). Diese Ansätze können lediglich eine Letztentscheidungsbefugnis indizieren, aber nicht überzeugend begründen. Es ist eine normative Ermächtigung notwendig (cc.).

aa. Dichte der materiellen Regelungen?

Umstritten ist, ob die mangelnde Dichte materieller Regelungen administrative Letztentscheidungsbefugnisse begründen kann. Teilweise wird vertreten, die gerichtliche Kontrolle ende dort, wo die materiell-rechtlichen Maßstäbe enden.[795] Dies wird auf die Rechtsprechung des BVerfG gestützt, nach der eine gerichtliche Kontrolle administrativer Entscheidungen nicht weiter gehen kann als das materielle Recht.[796] Ferner sei lediglich die Rechtsanwendungskontrolle Aufgabe der Rechtsprechung, aber nicht die Rechtsanwendung.[797] Wenn die Rechtsprechung ihre Erwägungen an die

795 *Franßen*, in: FS Zeidler I, S. 429, 439; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 60 f.; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 111 f.; vgl. auch *Ule*, in: GS Jellinek, S. 309, 323 f.; *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 411; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 52.

796 BVerfGE 88, 40 (59); 103, 142 (156 f.); 116, 1 (18); 129, 1 (22): »[Die materiell-rechtliche Bindung endet dort,] wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungsspielraum und Auswahlspielraum belässt«.

797 *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stelle derjenigen der Verwaltung setze, würde die Rechtsprechung ihren eigenen Funktionsbereich überhöhen und in unzulässiger Weise in den Bereich der Verwaltung intervenieren.[798]

Der Rechtsprechung des BVerfG ist insofern zuzustimmen, als die Judikative gem. Art. 20 Abs. 3 GG nur an Recht und Gesetz gebunden ist. Die gerichtliche Kontrolle erfolgt nur am Maßstab des Gesetzes und des Rechts, außerrechtliche Maßstäbe kann die Rechtsprechung nicht zum eigenen Kontrollmaßstab erheben. Wo ein Verhalten der Verwaltung nicht durch den Gesetzgeber determiniert ist, eröffnen sich der Verwaltung schon aufgrund der geringen Regelungsdichte mehrere Entscheidungsalternativen.[799] Eine geringe Regelungsdichte, spiegelbildlich die Unbestimmtheit eines Normkomplexes, begründet aber nicht automatisch eine Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung. Die Dichte einer Regelung oder eines Normkomplexes legt nicht abschließend das Verhältnis zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit im Sinne der Letztentscheidung fest. Denn die Dichte einer Regelung betrifft zunächst nur das Kompetenzverhältnis zwischen Legislative und Exekutive.[800] So lässt sich nicht verlässlich von der Unbestimmtheit einer Regelung auf eine Letztentscheidungsbefugnis schließen.[801] Aufgabe der sachlich und persönlich unabhängigen Judikative ist es nämlich unter anderem auch, unbestimmte Regelungen »zu Ende zu denken«[802].

Gerade in den Fällen, in denen eine Regelung unbestimmt bleibt, kann ein erhöhtes Bedürfnis danach bestehen, der Exekutive durch eine gerichtliche Kontrolle Schranken zu ziehen.[803] Selbst im Fall fehlender spezieller Regelungen ist immer eine Prüfung am Maßstab des Verfassungsrechts, insbesondere der Grundrechte als Teil der Rechtsordnung (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) möglich. Auch Aufgabenbestimmungen als rechtlich festgelegte Handlungsziele können als gerichtlicher Maßstab fungieren.[804] Ferner existieren nicht für jede generelle Norm spezielle Konkretisierungen. In der Praxis können fehlende gesetzliche Maßstäbe wiederum in

798 *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 111 f.
799 S. Teil 1, Kap. 2, III, 3.
800 S. Teil 1, Kap. 2, III.
801 *Grupp*, in: FS Blümel, S. 139, 145; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 583; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 338.
802 *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 583.
803 *Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005, 1009.
804 Zum Begriff der Aufgabe: Teil 1, Kap. 2, B., II., 1., e. und Teil 1, Kap. 2, B., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einem bestimmten Umfang auch durch Richterrecht ergänzt werden.[805] Dies spricht wiederum dafür, die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle nicht allein am Vorliegen eines unbestimmten Normkomplexes zu bestimmen. Ferner kann die mangelnde Dichte gesetzlicher Regelungen allein nicht rechtlich erklären, wie das schrankenlose Grundrecht des effektiven Rechtsschutzes eingeschränkt werden kann.[806] Von der Unbestimmtheit einer Regelung lässt sich also nicht automatisch der Schluss ziehen, dass die gerichtliche Kontrolle zurückzunehmen ist.

Besonders ersichtlich wird dies auch an der Prüfung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes, an dem sich auch Gesetze orientieren.[807] Insbesondere im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG als Gleichbehandlungsgebot offenbart sich trotz unveränderter materiell-rechtlicher Dichte eine Skala gleitender Kontrolldichte in der Rechtsprechung.[808] Sind personenbezogene Merkmale betroffen, erfolgt nach der deutschen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG eine dichtere Kontrolle auf die Verhältnismäßigkeit der relevanten Ungleichbehandlung. Sind nur Merkmale betroffen, die in keiner direkten Verbindung zu personenbezogenen Eigenschaften bestehen oder die die Person aktiv beeinflussen kann, ist die gerichtliche Kontrolldichte reduziert.[809] Wenn die Verwaltung Auswahlentscheidungen

805 *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 411.

806 Vgl. *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 340, 373.

807 Zum Gebot der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II.

808 In der Literatur wird anhand von Art. 3 Abs. 1 GG das funktionelle Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung anhand von Handlungs- und Kontrollnormen erörtert. Kern der Frage ist, wie tiefgehend die gesetzlichen Differenzierungen durch die Rechtsprechung kontrolliert werden dürfen. So kann es sein, dass im Verfassungsrecht zwar Vorgaben für den Gesetzgeber bestehen (Handlungsnorm), aber die Gerichte die Einhaltung dieser nur rudimentär überprüfen kann (Kontrollnorm). Der Umfang der Handlungsnorm weicht von dem Umfang der Kontrollnorm ab. Die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollnorm geht zurück auf Beiträge von *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage (1925), S. 227 ff. und *Forsthoff*, in: GS Jellinek (1955), S. 221, 232 f. S. dazu: *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 307 Fn. 47, 48. Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnormen S. auch: *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 516–518; *Hesse*, in: FS H. Huber, S. 261, 269; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 306 f. Teilweise wird auch das Begriffspaar von Bindungs- und Kontrollnorm oder -maßstab verwendet. So bspw. bei: *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 60 ff.

809 Nach der Rspr. des BVerfG »gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen«. S. BVerfGE 129, 49 (68); 132, 179 (188); 138, 136 (180); 139, 285 (309); 145, 20 (86 f.); 151, 101 (127); 152, 274 (312).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf Grundlage gesetzlicher Regelungen zu treffen hat, sind die verfassungsgerichtlichen Wertungen der Kontrolldichte von Gleichbehandlungsgeboten auch auf die gerichtliche Kontrolle von administrativen Spielräumen übertragbar.

Die Unbestimmtheit ist mithin keine hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen. Der Verwaltung ist lediglich ein größerer Entscheidungsspielraum bei der Konkretisierung der unbestimmten Vorschrift eingeräumt, der aber grundsätzlich vollständig durch die Rechtsprechung kontrolliert wird.[810] Dementsprechend eröffnet die mangelnde Dichte von Regelungen oder Normkomplexen der Verwaltung zwar mehr Entscheidungsalternativen, jene trifft aber keine hinreichende Aussage darüber, ob der Verwaltung auch die Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt ist.[811]

bb. Funktionell-rechtliche Gründe und Fallgruppen

Funktionell-rechtliche Gründe allein sind nicht ausreichend, um eine Letztentscheidungsbefugnis dogmatisch zu begründen. Zwar wird die normative Ermächtigungslehre[812] aufgrund ihrer mangelnden Praxistauglichkeit und Handhabung kritisiert[813] und zunehmend lediglich auf funktionell-rechtliche Erwägungen verwiesen[814], doch sind funktionell-rechtliche Erwägungen nicht ausreichend, um dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes Schranken zu ziehen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt ein funktionell-rechtlicher Grund, der automatisch zur Reduktion der Kon-

---

Ausführlich zur gerichtlichen Kontrolle von Gleichbehandlungsgeboten im Rahmen des Gebots der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., a.

810 Vgl. *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 620; BVerfG, 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, Rn. 54.

811 Im Ergebnis auch: *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 338 f. Vgl. auch *Herdegen*, JZ 1991, S. 747, 751; *Bullinger*, JZ 1984, S. 1005; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 581 ff.

812 Dazu: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., cc.

813 Vgl. *Franßen*, in: FS Zeidler, S. 429, 442 f.; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 63 f.

814 *Franßen*, in: FS Zeidler, S. 429, 442; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 65; *Poscher*, in: FS Wahl, S. 527, 539; *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405, 411; *Eichberger*, NVwZ-Beilage 2013, S. 18, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trolldichte führe und der keiner zusätzlichen normativen Ermächtigung bedürfe, im Erreichen der »Funktionsgrenzen der Rechtsprechung«[815].

Wo diese Funktionsgrenzen der Rechtsprechung im Einzelnen verlaufen, erörtert das BVerfG nicht. Funktionell-rechtliche Gründe will man zuvörderst aus der positiven Wirkung des Gewaltenteilungsprinzips entwickeln, wonach »staatliche Maßnahmen von denjenigen Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen«[816]. Wie bereits festgestellt, sind aber eine positiv-rechtliche Zuweisung von Funktionen und Aufgaben zu Organen oder eine negative Abgrenzung i.S.e. Kernbereichsbestimmung allein aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz schwierig und haben allenfalls heuristischen Charakter.[817] Es bedarf konkreter Anknüpfungspunkte im Gesetz, in denen sich der Grundsatz der Gewaltenteilung widerspiegelt. Denn der schlichte Verweis auf funktionell-rechtliche Gründe lässt die Systematik von Grundrechtsbeschränkungen außer Acht, wonach die Beschränkung von Grundrechten einem Gesetzesvorbehalt unterliegt. Denn ein Eingriff in den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, ob in Art. 19 Abs. 4 S. 1 oder Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verortet, steht, wie andere Grundrechte auch, unter einem gesetzlichen Vorbehalt.[818] Damit können praktische Schwierigkeiten der Methodik nicht das rechtliche Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage verdrängen.[819] Folglich bedarf es zwingend einer gesetzlichen Grundlage. Funktionell-rechtliche Gründe können dann allenfalls im Wege einer systematischen Auslegung des zugrundeliegenden Normenprogramms herangezogen werden, denn die systematische Auslegung erfordert die Betrachtung der Stellung der zugrundliegenden Norm »im Zusammenhang einer Normgruppe, einer

815 BVerfGE 84, 34 (50); 84, 59 (77 f.); 149, 407 (413 f.); BVerfG, 8.12.2011 – 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, S. 694, 696 Rn. 26, wonach auf das Erfordernis einer normativen Grundlage verzichtet werden könne, wenn die Rechtsprechung »zweifelsfrei« mit der vorzunehmenden Entscheidung an ihre *Funktionsgrenzen* stieße.

816 BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (252); 150, 1 (99); BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 2055/16, juris Rn. 67. Vgl. zur Herleitung funktionell-rechtlicher Gründe aus dem Gewaltenteilungsprinzip als positives Zuordnungsmodell: *Franßen*, in: FS Zeidler, S. 429, 443; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 65.

817 S. Teil 1, Kap. 2, C., II.

818 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 340, 373. Allgemein: *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 195.

819 Vgl. auch *Wendel*, Verwaltungsermessen im Mehrebenensystem, S. 32 f.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kodifikation, eines Teilgebiets […] oder der Gesamtrechtsordnung«[820]. Aus der Systematik der zugrundeliegenden Vorschriften lässt sich die Stellung und Funktion der entscheidenden Stelle im Verhältnis zu anderen Funktionen und Stellen ableiten, wobei der Grundsatz der Gewaltenteilung als übergreifendes Verfassungsprinzip dient. Dieses Verhältnis zwischen den zur Entscheidung befugten Stellen beschreibt dann funktionell-rechtliche Erwägungen, in denen der Gewaltenteilungsgrundsatz zum Ausdruck kommt. Funktionell-rechtliche Gründe können folglich im Wege einer systematischen Auslegung des zugrundeliegenden Normenprogramms im Einzelfall als Indiz für eine normative Ermächtigung herangezogen werden, sie ersetzen eine normative Ermächtigung allerdings nicht.[821]

Die Rechtsprechung versucht mit der Einordnung unter Fallgruppen funktionell-rechtliche Gründe greifbar zu machen.[822] Allein das Vorliegen einer Fallgruppe kann allerdings nicht mit Sicherheit für eine administrative Letztentscheidungsbefugnis sprechen. Als Beispiel sei die Beurteilung von weisungsunabhängigen pluralistisch besetzen Gremien genannt, welche sich durch eine erhöhte Fachexpertise auszeichnen.[823] Grundsätzlich kann sich die Rechtsprechung in Verfahren immer Sachverständiger bedienen, um komplexe Sachverhalte aufzuklären[824], so dass das Argument, die Verwaltung weise in bestimmten Materien eine höhere Fachexpertise auf, nicht tragbar ist. Insbesondere im Rahmen der Beschaffung ist die Kenntnis der Verwaltung von den verfügbaren Lösungsmöglichkeiten sogar häufig

820 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 744.

821 Im Ergebnis auch: *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 622; *Schoch*, JURA 2004, S. 612, 615 f.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 40; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 371, 374 f.; a.A. *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 134–138.

822 Vgl. zu Prüfungsentscheidungen: BVerfGE 84, 34 (50 ff.); 84, 59 (73 ff.). Vgl. zu Entscheidungen von unabhängigen, pluralistisch besetzten Gremien: BVerwG, 23.1.1961 – BVerwG II C 129/59, NJW 1961, S. 1321, 1323; BVerwGE 59, 213 (216 f.); 91, 221 (215 f.); 99, 371 (377 f.); 129, 27 (33). Vgl. zu beamtenrechtlichen Bewertungen: BVerwGE 21, 127 (S.); 60, 245 (S.); 97, 128 (129); BVerfGE 39, 334 (354). Vgl. zu Prognoseentscheidungen: BVerwGE 79, 208 (213); 82, 295 (299 ff.); 72, 300 (316 f.); 81, 185 (190 ff.). Zur Kritik an den einzelnen Fallgruppen ausführlich: *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 341; *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz, S. 386 ff.

823 Vgl. BVerwGE 12, 20 (26 f.); 59, 213 (216 f.); 91, 221 (215 f.); 99, 371 (377 f.); 129, 27 (33).

824 Vgl. BVerfGE 88, 40 (58); *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 585.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als gering einzustufen.[825] Ferner laufen Fallgruppen Gefahr, die rechtliche Anbindung zu verlieren und unreflektiert übernommen zu werden.[826] Insofern muss für jedes einzelne Normprogramm ermittelt werden, ob eine administrative Letztentscheidungsbefugnis vorliegt.

cc. Normative Ermächtigungslehre

Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung sind nur durch eine normative Ermächtigung zu begründen. Dies ist die Prämisse der Lehre von der normativen Letztentscheidungsermächtigung.[827] Diese Lehre bildet das durch den Grundsatz der Gewaltenteilung geforderte Zusammenspiel zwischen den drei staatlichen Funktionen ab, an dessen Ende die Herausbildung von Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung steht.[828] Der Gesetzgeber schafft einen verbindlichen Handlungsrahmen für Verwaltung und Rechtsprechung, die ihrerseits gem. Art. 20 Abs. 3 GG an das Recht und die Gesetze gebunden sind.[829] Abschließend legt der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung fest, indem der Verwaltung die Letztentscheidungsbefugnis übertragen und implizit der Gerichtsbarkeit eine Kontrollrücknahme vorgeschrieben wird.

Diese Vorgehensweise ist damit zu begründen, dass es sich bei der Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG um ein schrankenloses Grundrecht handelt. Das schrankenlose Grundrecht kann wiederum nur durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden.[830] Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheit der Verfassung.[831]

---

825 Zur Notwendigkeit der Markterkundung im Bedarfsdeckungsprozess: Teil 1, Kap. 1, D. I., 2., b.

826 Ein Gegenbeispiel bietet das BVerwG, indem es in ausdrücklicher Abkehr von der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 83, 130 (138)) die Entscheidungen der Prüfstelle für jugendgefährdende Medien vollständig gerichtlich zu überprüfen erkennt. S. BVerwG, 30.10.2019 – 6 C 18/18, NVwZ 2020, S. 233, 235.

827 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184a-184c, 186; BVerfGE 61, 82 (111); 129, 1 (22).

828 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180; *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405, 410; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 343.

829 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 186.

830 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 340 f.; vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184.

831 *Manssen*, Staatsrecht II, § 8 Rn. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dieses kollidierende Verfassungsrecht muss durch eine formell-gesetzliche Grundlage zum Ausdruck kommen.[832] Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss zur Begründung von normativen Letztentscheidungsbefugnissen ein hinreichend gewichtiger Sachgrund vorliegen.[833] Je weiter die Kontrolle der Gerichte eingeschränkt wird, desto gewichtiger muss der dafür vorgebrachte Sachgrund im Sinne der Verhältnismäßigkeit sein.[834] Im Ergebnis muss daher aus den der Entscheidung zugrundeliegenden Normen ein hinreichend gewichtiger Grund zu ermitteln sein, der den effektiven Rechtsschutz in verhältnismäßiger Weise einschränken kann.

Ob eine normative Befugnisübertragung vorliegt, ist dann vor allem durch eine systematische Auslegung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramms zu ermitteln.[835] Wortlaut und Historie der Norm werden selten ergiebig sein. Bei der systematischen Auslegung ist der Inhalt der Norm aus dem Zusammenhang ebenjener mit anderen Vorschriften zu ermitteln.[836] Eine systematische Auslegung ist notwendig, denn die Entscheidung der Verwaltung stützt sich regelmäßig nicht nur auf eine singuläre Norm, sondern entsteht durch ein Zusammenspiel von Organisations-, Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften, sowie materieller Prinzipien.[837] So sind die besondere Stellung, Organisation und Arbeitsweise der mit der Entscheidung betrauten Stelle zu berücksichtigen.[838] Dies bedeu-

832 Ähnlich erfordert die Beschränkung von Art. 47 GrCh nach Art. 52 Abs. 1 GrCh eine gesetzliche Regelung, die ihrerseits verhältnismäßig ist und den von der Union anerkannten Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht.

833 BVerfGE 129, 1 (23); vgl. *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 122; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 622.

834 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., Art. 19 Abs. 4 Rn. 128; *Wendel*, Verwaltungsermessen im Mehrebenensystem, S. 412; vgl. auch *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 68.

835 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187. Vgl. auch BVerfGE 129, 1 (22); BVerwGE 158, 387 (396 Rn. 29); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 84; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 589; *Bullinger*, JZ 1984, S. 1001, 1007.

836 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 744.

837 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als allgemeine Ordnungsidee, Kap. 4 Rn. 67; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 41. Für eine »Einzelnormanalyse« unter anderem: *Ludwigs*, JZ 2009, S. 290, 295; *Burgi*, NJW 2006, S. 2439, 2444; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 242.

838 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187; *Hill*, NVwZ 1989, S. 401, 403; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 78; vgl. auch *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tet, dass bei der Auslegung auch (verfassungs-)rechtliche Erwägungen der Organadäquanz, mithin funktionell-rechtliche Gründe Berücksichtigung finden können, wenn sie sich aus der Systematik der zugrundeliegenden Vorschriften ableiten.[839] Bei der Auslegung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normprogramms ist auch die Intensität der Beeinträchtigung materieller Grundrechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit in Betracht zu ziehen.[840] Im Ergebnis ist also zwingend eine normative Ermächtigung, mithin eine gesetzliche Grundlage zur administrativen Letztentscheidung zu ermitteln.

dd. Grundrechtsbetroffenheit?

Die Grundrechtsbetroffenheit desjenigen, der von der Rücknahme der Kontrolldichte betroffen ist, schafft nach allgemeiner Ansicht keine weitere, eigenständige Kategorie in der Kontrolldichtendogmatik, denn die Intensität der Kontrolle richtet sich allein nach Art. 19 Abs. 4 GG.[841] Die vom Einzelfall abhängige Grundrechtsbeeinträchtigung des Individuums ist nicht geeignet, allein den Umfang der Kontrollintensität zu bestimmen, denn die konkreten Umstände des Eingriffs können nicht die »abstrakte Frage«[842] nach der normativen Ermächtigung lösen.[843] Obgleich die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit des Einzelnen keinen verbindlichen Gradmesser zur Bestimmung von Letztentscheidungsbefugnissen im Verhältnis von Verwaltung und Rechtsprechung bildet, wird überwiegend vertreten, dass die

839 Vgl. *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 411. Zur Organadäquanz als positive Ausprägung der Gewaltenteilung: Teil 1, Kap. 2, C., II., 2., a. Zu funktionell-rechtlichen Gründen, die zwar keine normative Ermächtigung ersetzen, aber im Wege der systematischen Auslegung herangezogen werden können, sofern sie sich aus dem der Entscheidung zugrundeliegendem Normprogramm ergeben: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., bb.

840 Dazu: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., dd. *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 297; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 397 ff.; vgl. auch *Geis*, NVwZ 1992, S. 25, 29; *Redeker*, NVwZ 1992, S. 305, 308; *Reidt*, DÖV 1992, S. 916, 919 f.; *Hufen*, JuS 1992, S. 249, 250; *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 772, 775 f.; *Burgi*, DVBl. 2006, S. 269, 274.

841 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180a; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 618 f.; *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 297; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 470; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 398.

842 *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, S. 281, 282.

843 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 618; *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, S. 281, 282.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wahrscheinlichkeit der Zulässigkeit einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis mit der steigenden Grundrechtsbeeinträchtigung sinke.[844] Dies ergebe sich unter anderem aus der Wesentlichkeitstheorie, nach der das Parlament in grundrechtswesentlichen Materien eine Regelung zu treffen habe.[845] Der Gesetzgeber müsse grundrechtswesentliche Bereiche selbst regeln und zumindest auch die Durchsetzung dieser Rechte in seinen Erwägungen berücksichtigen.[846]

Allerdings ist zwischen der Dimension von Gesetzgeber und Verwaltung sowie der Dimension von Verwaltung und Rechtsprechung zu unterscheiden. Die Grundrechtsbeeinträchtigung löst das funktionelle Spannungsverhältnis zwischen dem Gesetzgeber und der Verwaltung aus – so bedarf es in Bereichen mit wesentlichem Bezug zur Grundrechtsverwirklichung zwingend einer rechtlichen Grundlage durch den Gesetzgeber.[847] Der Bezug zur Grundrechtsausübung entscheidet mitunter über die Dichte des materiell-rechtlichen Normprogramms. Das Funktionenproblem der reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte bildet hingegen das vom Gesetzgeber geregelte Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung ab. Nur der Gesetzgeber kann der Verwaltung mittels normativer Ermächtigung eine Letztentscheidungsbefugnis zuweisen, die nicht oder nur reduziert durch die Gerichte kontrolliert wird. Hierbei ist der nationale Gesetzgeber an Art. 19 Abs. 4 GG bzw. Art. 47, 52 GrCh gebunden. Bei der Erteilung dieser normativen Ermächtigung können durchaus Grundrechte Relevanz entfalten, nämlich insofern, als in besonders grundrechtssensiblen Bereichen der Gesetzgeber zur besonderen Begründung bei der Ermächtigung der Verwaltung zur Letztentscheidung verpflichtet ist.[848] Denn administrative Letztentscheidungsbefugnisse können die erschwerte Durchsetzung von subjektiven Rechten zur Folge haben, was wiederum die Effektivität des Rechtsschutzes schmälert.[849] Das bedeutet aber wiederum, dass sich aus dem zugrundeliegenden Normenprogramm, welches einen grundrechtssensiblen Bereich berührt und aus dem sich vermeintlich eine adminis-

844 Vgl. *Geis*, NVwZ 1992, S. 25, 29; *Redeker*, NVwZ 1992, 305, 308 f.; *Reidt*, DÖV 1992, S. 916, 919 f.; *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 772, 775 f.; *Brohm*, JZ 1995, S. 369, 370 f.; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 396.

845 *Geis*, NVwZ 1992, S. 25, 29; *Reidt*, DÖV 1992, S. 916, 919 f.

846 Zum Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie: Teil 1, Kap. 2, C., III., 2.

847 Zum Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie: Teil 1, Kap. 2, C., III., 2.

848 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 622.

849 Vgl. *Voßkuhle*, Rechtsschutz, S. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

trative Letztentscheidung ergibt, besonders gewichtige Gründe für die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle ergeben müssen. Damit bestehen aber nur erhöhte Anforderungen an die Begründung einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis in grundrechtssensiblen Bereichen, sie sind nicht *per se* unzulässig.

b. Arten von Spielräumen und Letztentscheidungsbefugnissen

Der Gesetzgeber kann der Verwaltung also administrative Spielräume mit Letztentscheidungsbefugnis gegenüber der Rechtsprechung zuweisen. Administrative Spielräume werden allgemein in Ermessen, Beurteilungsspielraum, Planungsermessen und das Regulierungsermessen unterschieden.[850] Diese Unterteilung beruht auf der Prämisse, dass zwischen konditional abgefassten Normen (»Wenn-Dann«-Bedingung) und final abgefassten Normen (»Zielerreichung«) normstrukturell unterschieden werden kann.[851] Eine konditional abgefasste Norm wiederum lässt sich in die Bestandteile von Tatbestand und Rechtsfolge aufgliedern. Während das Ermessen eine administrative Wahlfreiheit auf Rechtsfolgenseite bezeichnet[852] und durch Begriffe wie »darf«, »kann« oder »ist ermächtigt« indiziert wird,[853] finden sich Beurteilungsspielräume auf der Seite des Tatbestandes wieder, wobei zur Annahme des Beurteilungsspielraums ein unbestimmter Rechtsbegriff notwendig ist.[854] Ein Planungsermessen kommt der Verwaltung hingegen nur auf Grundlage einer finalen Normstruktur zu.[855] Im Rahmen der Zielerreichung muss die Verwaltung dann widerstreitende Belange gegeneinander abwägen. Der Fall des Regulierungsermessens hingegen stellt eine Verschränkung von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite dar, in dem auf Tatbestandsseite ein Beurteilungsspielraum und auf Rechtsfolgenseite ein

850 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8; *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114.
851 *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 12.
852 *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Stand: 35. EL Sep. 2018), § 114 Rn. 13; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 114 Rn. 16; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 7.
853 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 9.
854 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 26. Vgl. dazu *Bachof*, JZ 1955, S. 97 ff.; *Ule*, in: GS Jellinek, S. 309, 311 ff.
855 BVerwGE 34, 301 (304 ff.); 48, 56 (59); BVerwG, 9.2.2015 – 4 BN 20.14, ZfBR 2015, S. 489 Rn. 5; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 114 Rn. 183 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ermessen vorliegt.[856] Die Rechtsordnung bringt also zahlreiche Variationen an Spielräumen hervor. Hieran schließt sich eine ebenso differenzierte Fehlerlehre an.

Diese Differenzierung in unterschiedliche Gruppen lässt sich jedoch in Frage stellen. Die Zweiteilung von Ermessen und Beurteilungsspielraum geht ursprünglich auf *Reuss*[857] zurück und ist nicht in jeder Rechtsordnung anzutreffen.[858] In England und Frankreich wird zum Beispiel nicht zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum unterschieden.[859] Letztere Rechtsordnung war unter anderem Vorbild für das unionale Rechtsschutzsystem. So unterscheidet die unionale Rechtsprechung zur Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte ebenfalls nicht zwischen Spielräumen auf Seiten von Tatbestand und Rechtsfolge, sondern verweist auf die »*discretion*« der Einrichtungen, um einen administrativen Spielraum mit Letztentscheidungsbefugnis zu kennzeichnen.[860] Das Unionsrecht kennt keine Unterscheidung zwischen Gestaltungs-, Einschätzungs- und Ermessensspielräumen. Ein derartiger Rechtsvergleich legt wiederum nahe, dass Entscheidungsspielräume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene im Grundsatz ähnlich sind und ähnliche Entscheidungsstrukturen aufweisen. Dies spricht für eine ähnliche Behandlung von Entscheidungsspielräumen in der deutschen Rechtsordnung.

Ungeachtet dessen bereitet es Schwierigkeiten, in der Normstruktur einer Vorschrift unterschiedliche Spielräume mit unterschiedlichen Fehlerlehren zu verorten, weil die konkrete Formulierung von Normen häufig rein zufäl-

856 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 65; *Ludwigs*, JZ 2009, S. 290, 291.

857 Die Aufteilung und Zuordnung gehen im Kern auf folgende Beiträge zurück: *Reuss*, DVBl. 1953, S. 585 ff., *ders.*, DVBl. 1953, S. 649, 651. Im Anschluss kritisch: *Schütz*, DÖV 1954, S. 557 f. Zustimmend dann: *Bachof*, JZ 1955, S. 97, 98.

858 Diese Unterscheidung findet sich z.B. auch in den Rechtsordnungen Polens, Österreichs und der Schweiz. S. dazu *Huber*, in: von Bogdandy/Cassese/ders., Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 5, § 73 Rn. 190; vgl. auch *Grabenwater*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 5, § 90 Rn. 19 ff.

859 *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405, 409; *Huber*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 5, § 73 Rn. 188 ff.; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 111 f., 192 ff., 235 f.; *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, S. 47 f.; *Jestaedt*, in: Pünder/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 32.

860 *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 862 ff.; vgl. auch *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 127; vgl. auch *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 111; *ders.*, DVBl. 1998, S. 380, 384; *Wendel*, Verwaltungsermessen, S. 46; *Schwarze*, NVwZ 2000, S. 241, 249.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lig bleibt.[861] Ob sich ein Spielraum auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite eröffnet, ist oftmals dem Zufall überlassen. So kann ein unbestimmter Rechtsbegriff mit gebundener Entscheidung ebenfalls in ein Ermessen umgedeutet werden. Wenn aber diese Festlegung rein zufällig ist, ergibt es keinen Sinn, eine differenzierte Fehlerlehre anzuschließen.

Diese Erwägungen sprechen dafür, administrative Spielräume einheitlich zu behandeln. Im Ergebnis wird daher der administrative Autonomiebereich keinem der Spielräume untergeordnet, sondern als einheitlicher Bereich der Eigensteuerung begriffen.

c. Kontrolle des Entscheidungsverfahrens

Autonomie betrifft einen Zustand beim Treffen einer Entscheidung. Der finalen Entscheidung geht aber ein Entscheidungsverfahren voraus. Um eine Entscheidung treffen zu können, müssen wesentliche Erwägungen als Entscheidungsgrundlage gesammelt und festgelegt werden. Dabei müssen eventuell auch andere Personen angehört oder eine besondere Begründung abgegeben werden. Insofern ist es als rechtsstaatlicher Ausgleich der mangelnden Ergebniskontrolle möglich, dass zumindest das Entscheidungsverfahren (auf die Berücksichtigung bestimmter Aspekte) gerichtlich überprüft wird.[862] Die Gerichte können überprüfen, ob zumindest das zur Entscheidung notwendige Verfahren rechtmäßig abgelaufen ist, ob der Entscheidung eine vernünftige Sachverhaltsermittlung vorausgegangen ist oder die Entscheidung begründet wurde. Überprüft wird also, ob der staatliche Amtsträger zumindest »auf dem richtigen Weg« zur Entscheidung gelangt ist. Auf diese Weise wird der Verwaltung ein Bereich der Eigensteuerung überlassen, denn die finale Entscheidung steht nicht unmittelbar zur Disposition durch andere Organe.

Die Notwendigkeit der Kontrolle von bestimmten Entscheidungsparametern ergibt sich zum einen aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.[863] Subjektive Rechte können nicht durchgesetzt werden, wenn Verfah-

861 *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Stand: 35. EL Sep. 2018), § 114 Rn. 3, Vorb. § 113 Rn. 18 ff.; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 620.

862 Bspw. werden unbestimmte Rechtsbegriffe auf Verfahrensfehler, sachfremde Erwägungen oder darauf, dass die Behörde von einem falschen Sachverhalt ausgegangen ist, kontrolliert. S. dazu: BVerfGE 84, 34 (53 f.)

863 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 109 Rn. 24; *Laubinger*, VerwArch 73 (1982), S. 60, 83 ff. Hingegen ergeben sich Verfah-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rensvorschriften die Durchsetzung verhindern. Ein Verfahren muss so ausgestaltet sein, dass diese Rechte durchgesetzt werden können. Ein Verfahren ist ein Mittel zur Rechtmäßigkeitskontrolle und vermittelt Rationalität bei staatlichen Entscheidungsverfahren.[864] Denn ein Verfahren schafft Vorhersehbarkeit bei der Entscheidungsfindung und liegt somit im Interesse der rechtsstaatlichen Rechtssicherheit. So kann die Regelung des Verfahrens einen rechtsstaatlichen Ausgleich für eine geringe Regelungsdichte bieten.[865] Im Unionsrecht folgt die Notwendigkeit der Kontrolle des Verwaltungsverfahrens unmittelbar aus den Grundfreiheiten, die auch als Verfahrensrechte gelten.[866] Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten zeigt sich insbesondere im Kartellvergaberecht, für das (vor der umfangreichen Harmonisierung durch das Sekundärrecht) Verfahrensvorgaben, wie der Grundsatz der Transparenz, aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot hergeleitet wurden.[867] Erfolgt eine Kontrolle auf die Einhaltung derartiger Verfahrenserfordernisse, wie Begründungs- oder Dokumentationserfordernisse etc., beschränkt dies grundsätzlich nicht den staatlichen Amtsträger in seinem Autonomiebereich. Der Inhalt der Entscheidung wird durch bestimmte Verfahrenserfordernisse grundsätzlich nicht abgeändert. Es sind zwar die Verfahrensparameter vorgegeben auf Grundlage deren der Staat seine Entscheidung zu fällen hat, liegen diese aber vor, genießt der Verwaltungsträger einen Freiraum, welche Entscheidung er im Einzelnen fällen will und wie die einzelnen Erwägungen zu

renserfordernisse nicht unmittelbar aus den materiellen Grundrechten. So aber: BVerfGE 52, 380 (390); 53, 30 (65 f.); 65, 1 (44); *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 21; *Pünder*, in: Ehlers/ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 15.

864 *Pünder*, in: Ehlers/ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 15; *Huber*, Grundrechtsschutz, S. 80; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 109 Rn. 2.

865 Vgl. *Bullinger*, JZ 1984, S. 1001, 1009. Vgl. zur unionalen Praxis: *Pache*, DVBl. 1998, S. 380, 385.

866 Vgl. EuGH, 7.5.1991 – C-340/89 – ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 22 (Vlassopoulou); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 195; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 41; *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten, S. 277–296; *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 505.

867 Vgl. EuGH, 18.11.1999 – C-275/98 – ECLI:EU:C:1999:567 Rn. 31 (Unitron Scandinavia A/S); 7.12.2000 – C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 Rn. 61 (Teleaustria); 18.10.2001 – C-19/00 – ECLI:EU:C:2001:553 Rn. 41 (SIAC); 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 45 (Hospital Ingenieure); 12.12.2002 – C-470/99 – ECLI:EU:C:2002:746 Rn. 91 (Universale-Bau). Zum Grundsatz der Transparenz als Grenze der Beschaffungsautonomie: Teil 2, Kap. 1, B., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewichten sind. Insofern belassen derartige Verfahrensvorgaben tendenziell einen Bereich der Eigensteuerung.

3. Zwischenergebnis

Den Gerichten obliegt die rechtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen. Diese Kontrolle muss wiederum im Grundsatz lückenlos erfolgen. Die Rechtsprechung kann entsprechend dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes administrative Entscheidungen, die gegen das Recht verstoßen, abändern oder gar aufheben. Indem vom Tenor der Gerichtsentscheidung eine Tatbestandswirkung ausgeht (vgl. § 121 VwGO, § 179 Abs. 1 GWB), darf die Verwaltung nicht entgegen den gerichtlichen Feststellungen entscheiden und handeln. Eine mittelbare Bindungswirkung der Urteile für vergleichbare, aber neue Sachverhalte folgt dann aus der Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG, dass vergleichbare Fälle nicht anders beschieden werden.[868] In der gerichtlichen Kontrolle liegt die Möglichkeit der »Fremdsteuerung« der Verwaltung durch die Gerichte. Der administrative Entscheidungsspielraum, mithin der Autonomiebereich, ist dann begrenzt. Spiegelbildlich besteht ein administrativer Autonomiebereich in einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis, die keiner weiteren Kontrolle unterliegt. Administrative Letztentscheidungsbefugnisse sind allerdings eine begründungsbedürftige Ausnahme vom Grundsatz einer lückenlosen Rechtskontrolle. Sie bedürfen der normativen Verankerung durch den Gesetzgeber.

V. Verhältnis der beiden Begründungsansätze zueinander

Nach der Arbeitsdefinition stellt Autonomie in dem hier verstandenen Sinne den Entscheidungs- und Handlungsspielraum über eigene Belange dar, der durch die Abwesenheit von äußeren steuernden Vorgaben oder nachträglicher gerichtlicher Kontrolle entsteht.

Durch eine geringe Regelungsdichte, die der Verwaltung bei der Ausfüllung der Normen einen weiten Entscheidungs- und Handlungsspielraum belässt, verbleibt der Verwaltung ein Autonomiebereich. Je dichter das Ent-

868 Zur Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG: *Thiele*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 72; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 192.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheidungsverhalten der Verwaltung durch gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, desto geringer ist der administrative Anteil an einer schöpferischen Eigenleistung.[869] In den Bereichen, in denen keine oder nur vereinzelt rechtliche Regelungen bestehen, verbleibt der Verwaltung ein weiter Bereich der Eigensteuerung. Wie weit dieser Bereich reicht, ist allerdings im Einzelfall anhand der der Entscheidung zugrundeliegenden Normen zu bestimmen. Feste Leitplanken der Bestimmung des Autonomiebereichs sind wesentliche Materien, die den Gesetzgeber zur Regelung von staatlichem Verhalten verpflichten und folglich für die Verwaltung ein bestimmtes Entscheidungsprogramm vorgeben.[870] Das betrifft häufig Materien mit einem Bezug zur Verwirklichung der Grundrechte, aber auch solchen Materien, die fundamentale Auswirkungen auf den Staat und sein Gefüge haben. Wo subjektive Rechte betroffen sind, wie bspw. im Rahmen einer Enteignung, besteht grundsätzlich kein Autonomiebereich der Verwaltung, denn der Gesetzgeber muss konkrete Ermächtigungsgrundlagen schaffen, an die die Verwaltung gebunden ist. Infolgedessen ist im Einzelfall zu ermitteln, welche Steuerungskraft von den gesetzlichen Vorgaben für die Verwaltung ausgeht. Administrative Autonomie entsteht dort, wo der Verwaltung mangels gesetzlicher Regelung tendenziell ein weiter Bereich der Eigensteuerung verbleibt.

Andererseits kann ein Autonomiebereich entstehen, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis gegenüber der Judikative zuweist. Denn dann kann die administrative Entscheidung auf entsprechende Aspekte nicht nachträglich kontrolliert werden. Bei der Zuweisung von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen ist der Gesetzgeber aber an die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG und die unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 47 GrCh gebunden, über deren Einfalltor die potenzielle grundrechtliche Relevanz der Verwaltungsentscheidung berücksichtig werden kann. In Bereichen, die kaum grundrechtsrelevant sind, muss der Gesetzgeber keine konkreten Ermächtigungsgrundlagen erlassen, so dass das der Entscheidung zugrundeliegende Normprogramm grundsätzlich schwächer ausgestaltet ist. In der Regel wird dieser Bereich dann allein durch Aufgaben-, Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften determiniert. Dennoch müssen i.S.d. normativen Ermächtigungslehre zwingend administrative Letztentscheidungsbefugnisse ausge-

869 Vgl. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 23; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 148.

870 S. Teil 1, Kap. 2, C., III., 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wiesen werden. Denn die gerichtliche Kontrolle kann weiterhin auf die Einhaltung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramms erfolgen. In diesem Fall lässt sich im Sinne der normativen Ermächtigungslehre argumentieren, dass die Abwesenheit weiterer konkreter gesetzlicher Vorgaben in der Hinsicht eine administrative Letztentscheidungsbefugnis zur Folge haben soll.

Die relative Eigenständigkeit der Verwaltung, die sich aus dem funktionalen Zusammenspiel der Verwaltung zwischen gesetzlichen Vorgaben und nachträglicher rechtlicher Kontrolle ergibt, ist damit im Einzelfall anhand des zugrundeliegenden Normprogramms auszuloten.[871] Ein administrativer Autonomiebereich besteht dort, wo ein Entscheidungsspielraum (also die rechtliche Möglichkeit zwischen mindestens zwei verschiedenen Entscheidungen auszuwählen) vorliegt, auf den der Einfluss des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung gering ist.

D. Begründung der Beschaffungsautonomie als Autonomiebereich

Ein administrativer Autonomiebereich lässt sich also anhand des Zusammenspiels von gesetzlichen Vorgaben und gerichtlicher Kontrolle ermitteln. Wie ordnet sich nun die Beschaffungsautonomie in dieses Kompetenzgefüge ein? Wenn diese Frage überhaupt auf das Interesse stößt, dann allenfalls in der vergaberechtlichen Rechtsprechung.[872] Diese rekurriert zur Begründung der staatlichen Letztentscheidungsbefugnis bei der Bedarfsdefinition beispielsweise auf die Kompetenzverteilung zwischen Gerichten und dem Rechnungshof. So könne die Bedarfsdefinition nicht auf ihre Rechtmäßigkeit kontrolliert werden. Ihre Kontrolle sei allenfalls die Aufgabe des Rechnungshofs.[873] Grundsätzlich erfolgt in der Praxis nur eine stark reduzierte

871 Vgl. auch *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 154 f.; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 51 f. Krit. *Peters*, Eigenständigkeit der Verwaltung, S. 14–25.

872 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834. Ähnlich auch die VK Bund, 8.1.2004 – VK1 – 117/03, S. 9, nach der es weder Aufgabe noch Kompetenz der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen sei, die Bedarfsdefinition zu kontrollieren. An anderen Stellen wird allerdings auf eine Begründung verzichtet: vgl. OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735.

873 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerichtliche Kontrolle der Bedarfsdefinition, die sich auf eine Willkürkontrolle beschränkt.[874]

Das Zusammenspiel gesetzlicher Vorgaben und gerichtlicher Kontrolle soll also in Bezug auf die Beschaffungsautonomie des Staates untersucht werden. Die Beschaffungsautonomie wird dabei als rechtlicher Autonomiebereich beim Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit zur Aufgabenerfüllung verstanden.[875] Das im Rahmen dieser Arbeit vertretene Verständnis von der Autonomie als einem Phänomen der Eigensteuerung der Verwaltung erfordert die Untersuchung des rechtlichen Spielraums ausgehend von der Verwaltung als primärem Akteur der Bedarfsdeckung im Einzelfall.[876] Tatsächlich sind der Verwaltung kaum gesetzliche oder rechtliche Vorgaben bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung gemacht, so dass die grundsätzlich geringe Dichte des der Entscheidung zugrundeliegenden Normprogramms der Verwaltung einen relativ weiten Bereich der Eigensteuerung belässt (I.). Diese gesetzlichen Vorgaben sind teilweise unterschiedlich dicht zu kontrollieren (II.). Auch aus dem Unionsrecht ergeben sich keine strengeren Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle (III.).

I. Gesetzliche Vorgaben durch die Legislative für die Bedarfsdeckung

Die Bedarfsverwaltung wird häufig als ein Bereich der weitestgehend gesetzesfreien Verwaltung, oder auch der nicht gesetzesakzessorischen Verwaltung bezeichnet.[877] Dieser Begriff bezeichnet Bereiche, in denen nur

874 Vgl. OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/21, NZBau 2012, S. 785, 789; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – VII 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625; OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17, NZBau 2018, S. 427, 429 Rn. 37; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139; OLG Rostock, 1.9.2021 – 17 Verg 2/21, NZBau 2021, S. 750, 752 Rn. 36; BayObLG, 29.7.2022 – Verg 13/21, NZBau 2023, S. 135, 137 Rn. 34; OLG Frankfurt, 16.4.2019 – 11 Verg 2/19, juris Rn. 79; LG Bonn, 26.10.2022 – 1 O 161/22, juris Rn. 26; VK Südbayern, 28.1.2019 – Z3–3–3194–1–35–10/18, juris Rn. 112.

875 Stimmen in der Literatur bezeichnen die Beschaffungsautonomie teilweise als einen politischen Freiraum: vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74; *Bock*, Europäisches Vergaberecht, S. 7.

876 Vgl. *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 237.

877 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 27; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 308.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine sehr geringe normative Dichte besteht.[878] Die Bezeichnung ist missverständlich, da sie suggeriert, dass im Rahmen der Bedarfsverwaltung keine gesetzlichen Vorgaben existieren. Im Rahmen der Bedarfsverwaltung bewegt sich die Verwaltung im Rahmen der staatlichen Aufgaben und muss sich an die haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG), Zuständigkeits- und Kompetenzvorschriften, vergaberechtlichen Vorschriften sowie übergeordneten Regelungen und Grundsätze, insbesondere das Europarecht und die Grundrechte, halten.

Im Zusammenhang mit der Bedarfsdeckung stellt sich die Frage, wie weit der administrative Entscheidungsspielraum durch derartige gesetzliche Vorgaben beschränkt ist. Gesetzliche Maßstäbe können unmittelbar steuernd auf die Bedarfsdefinition, Beschaffungsentscheidung und Leistungsbestimmung Einfluss nehmen. Diese gesetzlichen Vorgaben sind zugleich auch Grenzen der Beschaffungsautonomie, da sie der Verwaltung bestimmte Vorgaben zur Entscheidungsfindung machen und sie auf diese Weise »fremdsteuert«.

1. Vorhandene rechtliche Maßstäbe

Aufgrund des Vorrangs des Gesetzes muss die Verwaltung bei ihren Entscheidungen eine Vielzahl unterschiedlicher Vorschriften beachten. Die Untersuchung beschränkt sich hingegen auf die für die Bedarfsdeckung und insbesondere die für die rechtsgeschäftliche Beschaffung relevantesten Vorgaben. Als vorhandene gesetzliche Maßstäbe kommen die gesetzlichen Aufgaben (a.), Normen mit Bedarfsbezug (b.), haushaltsrechtliche Bestimmungen (c.) und vergaberechtliche Regelungen (d.) in Betracht.

a. Aufgabennorm und Zuständigkeitsvorschriften

Ziel der Bedarfsdeckung ist die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe.[879] Staatliche Aufgaben sind solche, die der Staat zulässigerweise wahrnimmt – eine gesetzliche oder rechtliche Grundlage ist mithin impliziert. Wenn

878 Vgl. *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 13 f.; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 10.

879 Zur Erfüllung staatlicher Aufgaben als Grund und Ziel der Bedarfsdeckung: Teil 1, Kap. 1, B., II. und Teil 1, Kap. 2, B., I. und III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Verwaltung mittels Beschaffung oder Eigenfertigung ihre eigene Funktionsfähigkeit und damit die Erfüllung von gesetzlich umrissenen Aufgaben gewährleistet, bewegt sie sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Da die Bedarfsdeckung zur Aufgabenerfüllung verpflichtend ist, sind die gesetzlichen Aufgaben zugleich auch Maßstab der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung.[880] Die Aufgabennorm schreibt als abstrakt-generelle Norm allerdings keinen konkreten Bedarf vor,[881] vielmehr bleibt die Aufgabennorm im Sinne einer finalen Bestimmung lediglich auf ein Ziel verpflichtend, so dass die Verwaltung eine wesentliche Eigenleistung erbringen muss. Diese Eigenleistung besteht darin, dass die Verwaltung diejenigen Güter und Dienstleistungen auswählt, die die in Rede stehende Aufgabe in geeigneter Weise erfüllen können.[882] Das Entscheidungsprogramm ist durch den Gesetzgeber also nur im Hinblick auf das Ziel, das in der Erfüllung der Aufgabe und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit liegt, aber nicht auf die Mittel vorgegeben. Im weiteren Sinne konkretisiert die Verwaltung mit der Bedarfsdefinition die Aufgabennorm, indem die Verwaltung bestimmt, was nach ihrer Vorstellung zur Aufgabenerfüllung benötigt wird. Insgesamt gibt die Aufgabenstellung also nur eine schwache rechtliche Programmierung vor, so dass der Verwaltung ein weiter Eigenbereich verbleibt, der in dem Entscheidungsspielraum besteht, wie und mit welchen Mitteln die Aufgabe erfüllt werden soll.

b. Normen mit Bedarfsbezug

Normen mit Bedarfsbezug sind solche Normen, die die öffentliche Hand entweder in Anknüpfung an eine konkrete Aufgabe oder abstrakt-generell zur Festlegung bestimmter materieller Eigenschaften des Leistungsgegenstandes verpflichten. Diese Normen gelten unabhängig vom Kartell- und Unterschwellenvergaberecht und schränken die Beschaffungsautonomie ein, indem sie die Bedarfsdeckung durch die öffentliche Hand regulieren.[883] Als Normen mit Bedarfsbezug stehen insbesondere Vorschriften mit ökologischem Bezug im Mittelpunkt, wie § 45 Abs. 2 KrWG, § 13 KSG

880 Zum Prozess der Bedarfsdeckung: Teil 1, Kap. 1, D.
881 Zur Differenzierung zwischen Aufgabe und Bedarf: Teil 1, Kap. 1, B., II., 3.
882 S. Teil 1, Kap. 1, E., I., 1. und Teil 1, Kap. 2, B., III., 2.
883 S. zum SaubFahrzeugBeschG als Grenze der Beschaffungsautonomie: *Schröder*, NZBau 2021, S. 499, 503. Zur Vorgängerregelung: *Knauff*, VergabeR 2021, S. 1, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und § 5 Abs. 1 SaubFahrzeugBeschG, die die öffentliche Hand zur Einbeziehung bestimmter ökologischer Faktoren in den Bedarfsdeckungsprozess verpflichten. Als spezialgesetzliche Ausprägungen der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, aber auch aufgrund politischer Handlungsnotwendigkeiten wird der Schutz ökologischer Ressourcen, mithin der Klimaschutz, zu einer Querschnittsmaterie, die auch das Bedarfsdeckungs- und Beschaffungsrecht betrifft.[884] Dies bedeutet, dass die Erwägungen des Klimaschutzes und der ökologischen Nachhaltigkeit in allen staatlichen Entscheidungen mindestens Berücksichtigung finden müssen. Bei näherer Analyse der einzelnen Normen mit Bedarfsbezug offenbaren sich unterschiedliche Instrumente zur Verfolgung der gesetzten Zwecke: Berücksichtigungspflichten (aa.), Bevorzugungspflichten (bb.) und Befolgungspflichten (cc.).

aa. Berücksichtigungspflichten

Ein Berücksichtigungsgebot sieht beispielsweise § 13 Abs. 1 S. 1 KSG vor. Demnach haben Träger öffentlicher Aufgaben auf Bundesebene bei Planungen und Entscheidungen, also auch bei Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung[885], den Zweck des KSG und die zur Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen.[886] Das bedeutet aber nur, dass die öffentliche Hand bei ihren Entscheidungen zumindest die ökologischen Konsequenzen ihres Handelns mit in die Abwägung der Entscheidung einbeziehen muss.[887] Dabei ist nicht auszuschließen, dass im Wege der Abwägung andere Zwecke den Zweck des Klimaschutzes im Ergebnis überlagern können.[888] Insofern verbleibt der Verwaltung weiterhin ein weiter Eigenbereich.

884 *Albrecht*, NuR 2020, S. 370, 378; *Kment*, NVwZ 2020, S. 1537, 1542; vgl. *Siegel*, NZBau 2022, S. 315, 316.

885 Vgl. BT-Drs. 19/14337, 36.

886 Das KSG betrifft in erster Linie nur die Verwaltung auf Bundesebene. § 13 Abs. 1 S. 2 KSG sieht ausdrücklich vor, dass den Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden die Kompetenz verbleibt, das Berücksichtigungsgebot innerhalb ihres Verantwortungsbereichs auszugestalten. Auch auf landesrechtlicher Ebene existieren mittlerweile Klimaschutzgesetze.

887 *Kment*, NVwZ 2020, S. 1537, 1544; a.A. wohl *Siegel*, NZBau 2022, S. 315, 316.

888 Vgl. BVerfGE 157, 30 (139 Rn. 198, 165 Rn. 246); BVerwG, 4.5.2022 – 9 A 7.21, juris Rn. 85; *Albrecht*, NuR 2020, S. 370, 377; *Scharlau/von Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina*, NVwZ 2020, S. 1, 6; *Siegel*, VergabeR 2022, S. 14, 18, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb. Bevorzugungspflichten

Stärker ist die Beschaffungsautonomie im Fall von Bevorzugungspflichten eingeschränkt. Derartige Bevorzugungspflichten sehen § 45 Abs. 2 KrWG und § 13 Abs. 2 S. 2 KSG vor.

Nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG sind bei der Beschaffung von Materialien oder Gebrauchsgütern, Bauvorhaben oder sonstigen Aufträgen solche Erzeugnisse mit ökologisch-nachhaltigen Eigenschaften, wie einer ressourcenschonenden Herstellung, Langlebigkeit und Reparaturfreundlichkeit zu bevorzugen. Diese Bevorzugungspflicht gilt unter dem Vorbehalt, dass die Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Im gesamten Beschaffungsprozess, also von der Bedarfsdefinition bis zur Erteilung des Zuschlags, ist die öffentliche Hand an diese Pflicht gebunden.[889]

Eine Bevorzugungspflicht enthält ebenfalls das im Jahr 2019 erlassene KSG. § 13 Abs. 2 S. 1 KSG statuiert die Prüfpflicht für den Bund im Beschaffungsprozess, wie die Beschaffung im Einzelfall zur Erreichung der Klimaziele nach § 3 KSG beigetragen kann. Wenn mehrere Möglichkeiten, also mehrere Leistungen in Betracht kommen, ist der Bund nach § 13 Abs. 2 S. 2 KSG verpflichtet, derjenigen Möglichkeit den Vorzug zu geben, die die Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus zu den geringsten Kosten mindert. Ökologische Kriterien fließen also unmittelbar in den Prozess der Bedarfsdefinition ein. Zwischen mehreren möglichen Handlungsoptionen ist dann die Möglichkeit zu wählen, welche am ehesten dem Zweck des Klimaschutzes dient.

Derartige Bevorzugungspflichten schränken die Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand stärker ein, denn eine Bevorzugungspflicht erfordert nicht nur die Erwägung unterschiedlicher Zwecke, sondern verpflichtet gerade zur unmittelbaren Befolgung und Beachtung jener Ziele.[890] Bevorzugungspflichten beeinflussen daher nicht nur das Entscheidungsverfahren (wie Berücksichtigungspflichten), sondern auch unmittelbar das Ergebnis des Entscheidungsprozesses.

889 BT-Drs. 19/19373, S. 71.
890 Vgl. auch *Braun*, NzBau 2021, S. 707, 709.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc. Befolgungspflichten

Auch schlichte Befolgungspflichten schränken die Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand ein, wie beispielsweise § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG. Das SaubFahrzeugBeschG ist eine Eins-zu-eins-Umsetzung der RL (EU) 2019/1161[891] und ersetzt die vorherigen § 68 VgV a.F. und § 59 SektVO a.F., die die Leistungsbeschreibung bei der Beschaffung von Fahrzeugen regelten.

Das SaubFahrzeugBeschG schränkt unmittelbar den staatlichen Entscheidungsspielraum bei der Auswahl materieller Eigenschaften der Leistung ein. § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG verpflichtet die öffentliche Hand bei der Neubeschaffung von Fahrzeugen nämlich zur Einhaltung der in § 6 SaubFahrzeugBeschG angegebenen Mindestziele. Mindestziele sind als ein Mindestprozentsatz an einer Gesamtzahl an beschafften Fahrzeugen, die unter den Emissionsgrenzen liegen, innerhalb eines Referenzzeitraumes zu verstehen.[892] Die Emissionsgrenzen finden sich im Anhang des SaubFahrzeugBeschG und sind nach Fahrzeugklassen differenziert. Die vorgegebenen Referenzzeiträume sind mehrjährige Zeiträume.

Nach dem SaubFahrzeugBeschG sind öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung von Fahrzeugen und Dienstleistungen verpflichtet, die für die bestimmten Referenzzeiträume in § 6 festgelegten Mindestziele insgesamt einzuhalten. In einem Referenzzeitraum muss damit von allen neu beschafften Fahrzeugen eine Mindestquote an sauberen Fahrzeugen, die den im Gesetz festgelegten Emissionsgrenzwerten entsprechen, beschafft werden. Im Gegensatz zu Berücksichtigungspflichten, die allenfalls die Zweckrichtung des staatlichen Handelns ergänzen und lenken, und im Gegensatz zu Bevorzugungspflichten, die erst in Relation zu anderen Möglichkeiten entscheidungslenkend wirken, erfordert die Befolgungspflicht des § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG die Einhaltung

891 RL (EU) 2019/1161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, EUAbl. 2019 L 188/116.

892 So ist nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 SaubFahrzeugBeschG im Zeitraum vom 2.8.2021 bis zum 31.12.2025 für leichte Fahrzeuge ein Mindestziel von 38,5 Prozent, für LKW der Fahrzeugklassen N2 und N3 10 Prozent und für Busse der Fahrzeugklasse M3 45 Prozent vorgesehen. Im Zeitraum vom 1.1.2026 bis zum 31.12.2030 ist für leichte Fahrzeuge ein Mindestziel von 38,5 Prozent, für LKW der Fahrzeugklassen N2 und N3 15 Prozent und für Busse der Fahrzeugklasse M3 65 Prozent vorgesehen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einheitlicher und verbindlicher Maßstäbe.[893] Derartige Befolgungspflichten stellen grundsätzlich eine feste Grenze eines administrativen Eigenbereichs dar und haben den Anspruch, das administrative Handeln zu steuern.

c. Haushaltsgesetz und Haushaltsrecht

Zur Deckung des staatlichen Bedarfs sind finanzielle Mittel notwendig, um die rechtsgeschäftlich geforderten Leistungen zu bezahlen. Die Verwendung finanzieller Mittel wird durch den in Form des Haushaltsgesetzes verabschiedeten Haushaltsplan und das Haushaltsrecht geregelt. Während der Haushaltsplan die vorhandenen Mittel in Haushaltstiteln veranschlagt, regelt das Haushaltsrecht die Einzelheiten der Planung, des Vollzugs und der Kontrolle des Haushaltsplanes.[894] Vorhandene Maßstäbe für die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung können also sowohl der Haushaltsplan in Form des Haushaltsgesetzes und das Haushaltsrecht sein.

Der Haushaltsplan veranschlagt die für das Jahr zu erwartenden Eingaben und Ausgaben und wird durch die parlamentarische Feststellung mittels Haushaltsgesetzes rechtsverbindlich.[895] Als Gesetz binden Haushaltsplan und Haushaltsgesetz die Verwaltung. Die verfügbaren Mittel, die unter anderem für die Beschaffung weiterer Leistungen gebraucht werden, werden gesetzlich festgesetzt und sind im Innenverhältnis zwischen Parlament und Exekutive für die administrativen Entscheidungen verbindliche Maßstäbe.[896] Der Haushaltsplan ist für das administrative Entscheidungsverhalten allerdings eher von untergeordneter Natur, wenn Sachgesetze und Haushaltsgesetze miteinander kollidieren. Dies wäre bspw. der Fall, wenn für eine gesetzliche Pflicht keine Mittel zur Verfügung ständen. Das Sach-

893 Wie weit die materiellen Vorgaben des SaubFahrzeugBeschG reichen, ist Gegenstand der Grenzen der Beschaffungsautonomie: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., c.

894 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 133.

895 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 78.

896 So heißt es in § 3 Abs. 2 BHO/LHO und § 3 Abs. 2 HGrG, dass durch den Haushaltplan weder Ansprüche noch Verbindlichkeiten begründet oder aufgehoben werden. Dazu auch: BVerfGE 1, 299 (307); 38, 121 (126); BVerfGE 55, 349 (362); 79, 311 (327); BVerfG, 6.6.2012 – 1 BvR 503/09, Rn. 4; BVerfG, 20.5.2019 – 2 BvR 649/19, NVwZ 2019, S. 1034, 1035. S. auch: *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 64; *von Lewinksi/Burbat*, Bundeshaushaltsordnung, § 3 Rn. 3; *Kirchhof*, NVwZ 1983, S. 505, 506; *Isensee*, JZ 2005, S. 971, 977.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gesetz erforderte dann ein Tätigwerden der Verwaltung, während das Haushaltsgesetz mangels veranschlagter Mittel dem Tätigwerden widerspräche. Die gesetzlich festgelegten Aufgaben sind aufgrund des Rechtsstaatsprinzips unabhängig von den vorhandenen Mitteln zu erfüllen.[897] Wie bereits festgestellt, bestimmt der staatliche Aufgabenkatalog den Umfang der zu erhebenden Mittel und nicht umgekehrt folgen die Aufgaben den vorhandenen Mitteln.[898] Das Haushaltsrecht folgt der Prämisse, dass sich der Staat immer funktionsfähig halten muss.[899] Dieser »Vorrang der Sachgesetze« ist auch im Haushaltsrecht selbst angelegt, welches bspw. vorsieht, einen Nachtragshaushalt zu verabschieden (§ 33 BHO/LHO) oder nachrangig über- oder außerplanmäßige Ausgaben bewilligen zu lassen (§ 37 BHO/LHO). Diesen Vorschriften ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bereits vorhergesehen hat, dass die veranschlagten Mittel zur Wahrnehmung der verpflichtenden Sachaufgaben nicht ausreichen können.

Relevanz erhält das Haushaltsgesetz dann, wenn der Gesetzgeber der ausführenden Gewalt rechtliche Entscheidungsspielräume überlassen hat.[900] Wo keine expliziten allgemeinverbindlichen Vorgaben existieren, also der Verwaltung kein bestimmtes sachgesetzliches Entscheidungsprogramm vorgegeben ist, bestehen mehrere Entscheidungsalternativen. Diese Entscheidungsalternativen sind zum einen durch das Haushaltsgesetz beschränkt. Denn eine Überschreitung der Mittelzuweisungen im Haushaltsplan, die dann schließlich in unwirtschaftlicher Weise erfolgen, macht den Mitteleinsatz rechtswidrig.[901] Indem das Parlament den Haushaltsplan in Form des Haushaltsgesetzes beschließt, nimmt der Gesetzgeber damit im Einzelnen mittelbar Einfluss auf die Steuerung der administrativen Ent-

897 *Heintzen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 110 Rn. 32; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 81.

898 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 187; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 72. Vgl. auch BVerfGE 79, 311 (329); 119, 96 (Rn. 168); 130, 318 (343); *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 110 f., 303; *Schulze-Fielitz*, in: *Grimm*, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11, 18; *Kirchhof*, in: Isensee/ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 99 Rn. 99.

899 *Leisner*, Die Leistungsfähigkeit des Staates, S. 143; *Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 120 Rn. 53. Zum Erhalt der Funktionsfähigkeit als staatliche Pflicht: Teil 1, Kap. 2, B., II.

900 *Kirchhof*, NVwZ 1983, S. 505, 509, 511 f.

901 Vgl. BVerfGE 45, 1 (34); *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 65; *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 60; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 350; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheidungen.[902] Für die Planung, den Vollzug und die Kontrolle des Haushaltsplanes wird zusätzlich das Haushaltsrecht relevant.[903] Der Vollzug des Haushaltplanes wird an den Kautelen von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nach § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 HGrG gemessen, die den Amtsträger zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Entscheidung verpflichten.[904] Die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit können also bei der Frage, mit welchen Mitteln die Aufgabe erfüllt werden soll und wie der Bedarf ausgestaltet werden soll, lenkend das Entscheidungsverhalten der Verwaltung beeinflussen.[905] Denn jede Bedarfsentscheidung ist auch eine Wirtschaftlichkeitsentscheidung. So kann das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung Grenzen bei der Definition der Qualität der begehrten Leistung Grenzen ziehen, wenn die Verwaltung bspw. die Entscheidung zu treffen hat, ob ein Mittel- oder Oberklasse-Personenkraftwagen beschafft werden soll.[906]

d. Vergaberechtliche Vorschriften

Vor allem vergaberechtliche Vorschriften setzen gesetzliche Maßstäbe, die die Verwaltung bei der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung beachten muss. Jene sind vor allem der vierte Teil des GWB und die entsprechenden Vergabeverordnungen (VgV, SektVO, KonzVgV, VSVgV und die UVgO) sowie unmittelbar anwendbares Unionsrecht, wie die Grundfreiheiten[907] und die VO (EG) Nr. 1370/2007. Die Vergabe- und Vertragsordnungen, früher als Verdingungsordnungen bezeichnet, werden zwar nicht vom Gesetzgeber erlassen, aber über entsprechende Verweisungsvorschriften (§ 2 S. 2 VgV für die EU-VOB/A, § 2

902 Vgl. *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 75; *ders.*, DÖV 2000, S. 810, 814; *Kirchhof*, NVwZ 1983, S. 505, 505, 509, 511 f.; *D. Birk*, DVBl 1983, S. 865; *A. Peters*, DÖV 2001, S. 749, 750 ff., 762; *Isensee*, JZ 2005, S. 971, 978; *Jung*, in: Goede/Stoye/Stolz, Handbuch des Vergaberechts, Kap. 14 Rn. 30.

903 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 133.

904 *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, HGrG § 6 Rn. 6; Die BHO und LHO gelten allerdings nur für Bund und Länder und binden nicht die Kommunen. Das kommunale Wirtschaftlichkeitsgebot muss zusätzlich landesrechtlich geregelt sein, wie bspw. in § 110 Abs. 2 NKomVG.

905 *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, HGrG § 6 Rn. 9; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 223.

906 *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, HGrG § 6 Rn. 9.

907 *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 2 S. 2 VSVgV für die VS-VOB/A) zwingende Grundlage öffentlicher Ausschreibungen.

Grundsätzlich findet das Vergaberecht erst mit Durchführung eines Vergabeverfahrens Anwendung, mithin in der Durchführungsphase des Beschaffungsprozesses.[908] Auch wenn Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung in die vorangehenden Phasen der Analyse und Planung fallen, können in manchen Fällen die vergaberechtlichen Vorschriften aber auf diese Phasen vorwirken, wenn ein Vergabeverfahren angestrebt wird.[909] Insbesondere das Gebot der produktneutralen Ausschreibung[910], die Trias von Wettbewerb, Transparenz und Chancengleichheit aus § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB, die Forderung nach einem »Design für alle« aus § 121 Abs. 2 GWB sowie § 67 VgV kommen als rechtliche Maßstäbe für die Bedarfsdefinition in Betracht. So verbietet das Gebot der produktneutralen Ausschreibung den Verweis auf bestimmte Eigenschaften der Leistung in der Leistungsbeschreibung, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder begünstigt werden, und der Verweis nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt werden kann. Damit sehen die vergaberechtlichen Regelungen verbindliche Vorgaben für die Berücksichtigung bestimmter materieller und immaterieller Kriterien vor.

Dass schon die Bedarfsdefinition nicht ungeachtet unionsrechtlicher Vorgaben getroffen werden kann, ergibt sich auch aus den Erwägungsgründen der unionsrechtlichen Richtlinien, die Grundlage für das Vergaberecht im Oberschwellenbereich bilden. So müssen die Mitgliedstaaten die Merkmale der begehrten Leistung *im Einklang mit dem Unionsrecht*, also insbesondere im Einklang mit den Grundsätzen von Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitiger Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz, festlegen.[911] Die Effektivität des Unionsrechts gebietet, dass diese Grundsätze auch schon bei der Bedarfsdefinition und Leis-

908 Zu den Phasen des Bedarfsdeckungsprozesses: Teil 1, Kap. 1, D.

909 Zur Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften: Teil 2, Kap. 1, B., I.

910 § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7 Abs. 2 VOB/A, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A, § 24 Abs. 5 UVgO.

911 Fünfter Erwägungsgrund der VRL. Vgl. auch die Interpretierende Mitteilung der Kommission über das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001/C 333/07), KOM(2001) 274 endg., EUAbl. C 333/12, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsbestimmung beachtet werden.[912] So erfordert Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 VRL[913] ausdrücklich, dass das Vergabeverfahren nicht so gestaltet werden darf, es vom Anwendungsbereich der Richtlinien auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Mit der Leistungsbeschreibung, die Bedarf und Leistungsbestimmung abbildet, öffnet sich die Tür vom kaum reglementierten Bereich der Aufgabenerfüllung zum Vergaberecht. Wenn sich die öffentliche Hand für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, muss sie vor allem darauf achten, nicht schon im Abschnitt der Analyse- und Planungsphase gegen das Unionsrecht verstoßen zu haben. Dementsprechend können ihr Grenzen in Bezug auf die Definition der begehrten Leistung und der Leistungsbestimmung auferlegt sein.

Hingegen ist die Beschaffungsentscheidung nicht ausdrücklich und spezialgesetzlich durch das Vergaberecht determiniert. Insbesondere besteht keine Pflicht zur rechtsgeschäftlichen Beschaffung mittels Vergabeverfahren, wenn auch andere Handlungsformen in Betracht kommen.[914] Dies ergibt sich unter anderem ausdrücklich aus den Erwägungsgründen der vergaberechtlichen Richtlinien, nach denen es ausdrücklich im Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten verbleibt, ob sie eine Leistung an Dritte oder nach außen vergeben, selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge vornehmen wollen[915], und der Rechtsprechung des EuGH.[916] Allerdings ist auch bei der *Make-or-procure*-Entscheidung das Vergabeprimärrecht zu beachten.[917]

912 Zur Effektivität des Unionsrechts: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 457 f.

913 Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 SektRL; Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 KonzRL.

914 So auch: *Kühling*, WiVerw 2008, S. 239, 241.

915 Fünfter Erwägungsgrund der VRL; fünfter Erwägungsgrund der KonzRL.

916 EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 48 (Stadt Halle); 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 48 (Parking Brixen); 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 48 f. (Coditel Brabant); 9.6.2009 – C-480/06 – ECLI:EU:C:2009:357 Rn. 45 (Stadtreinigung Hamburg); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 57 (Sea); 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 43–45 (Irgita).

917 EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 f. (Irgita).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen: Wesentlichkeit der Bedarfsdeckung?

Erfolgt eine Entscheidung in einem Bereich mit Bezug zur Grundrechtsverwirklichung oder betrifft sie eine andere wesentliche Materie, unterliegt die Entscheidung dem Vorbehalt des Gesetzes. Der Gesetzgeber ist dann verpflichtet, die Entscheidung gesetzlich zu regeln. Dadurch fungiert der Vorbehalt des Parlamentsgesetzes als eine negative Grenze bei der Bestimmung administrativer Autonomiebereiche, da die gesetzliche Regelung der Verwaltung in einem gewissen Rahmen ein bestimmtes Entscheidungsprogramm vorgibt. Muss das staatliche Handeln aus Gründen der Rechtssicherheit vorhersehbar gestaltet werden, ist zumindest ein allgemeinverbindlicher Rechtssatz notwendig.[918]

Inwiefern Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung gesetzlich reguliert werden müssen, ergibt sich aus der Wesentlichkeit der einzelnen Entscheidungen. Ausschlaggebend für eine wesentliche Materie können insbesondere die Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme, die Größe des Adressatenkreis, die zeitliche Wirkung der Maßnahme und der Entscheidung folgende erhebliche finanzielle Auswirkungen im Staat sowie schwerwiegende Auswirkungen auf das Gefüge des Staates sein.[919] Damit eine Entscheidung aber überhaupt grundrechtliche Relevanz entfalten kann, muss der Staat bei dieser Entscheidung zumindest an Grundrechte gebunden sein. Während die Grundrechtsbindung bei imperativen Beschaffungsformen unumstritten ist, war die Grundrechtsbindung des sich wirtschaftlich betätigenden Staates, sei es durch öffentliche Aufträge oder eigene unternehmerische Tätigkeit, lange Zeit umstritten.[920] Die Fiskalgeltung der Grundrechte ist mittlerweile allerdings in Literatur und Rechtsprechung anerkannt[921], so dass der Staat auch im Bereich der rechtsgeschäftlichen Beschaffung am Markt an die Grundrechte gebunden ist und damit sein Handeln grundsätzlich grundrechtliche Relevanz entfalten kann.

---

918 S. Teil 1, Kap. 2, C., III., 2., b.

919 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 107; vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 f.

920 Gegen eine Fiskalgeltung der Grundrechte noch: *Dürig*, in: Festschrift Nawiasky (1956), S. 157, 186 f.; *H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 176 ff.; *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, S. 14 f., der dem Staat wohl Abwehrrechte zubilligt, aber nicht deutlich macht, gegen wen sich der Staat schützen muss.

921 S. Teil 1, Kap. 2, A., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wenn der Staat die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Güter und Dienstleistungen durch hoheitliche oder rechtsgeschäftliche Mittel beschaffen oder aber die Leistungen selbst herstellen und erbringen möchte, kann dies auf dem ersten Blick in Widerspruch zu drei grundrechtlichen Gewährleistungen stehen: der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG, der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

a. Bedarfsdefinition

Die Definition des Bedarfs wird in der Analysephase des Bedarfsdeckungsprozesses vorgenommen, welcher rechtlich unmittelbar durch Aufgabennormen, Zuständigkeitsvorschriften, haushaltsrechtliche Bestimmungen und teilweise Normen mit Bedarfsbezug geprägt ist. Die rein innerorganisatorische Definition des Bedarfs entfaltet keine Außenwirkung und bleibt daher im Hinblick auf die Grundrechte irrelevant. Erst wenn sich die Definition des Bedarfs in Form der imperativen oder rechtsgeschäftlichen Nachfrage nach außen manifestiert, kann das staatliche Verhalten überhaupt relevant für Grundrechte werden. Ist dann die staatliche Nachfrage so gestaltet, dass sie in Rechte des Bürgers eingreift (insbesondere im Fall der imperativen Beschaffung) oder so konkret ist, dass in einem anschließenden Vergabeverfahren nur ein Anbieter in Betracht käme, könnte die Bedarfsdefinition einen grundlegend normativen Bereich betreffen. Es stellt sich damit die Frage, ob über Aufgabennormen und Haushaltsvorschriften hinaus ein Vorbehalt bestimmter Gesetze gilt, die die Bedarfsdefinition reglementieren müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aufgrund der Nachfragemacht des Staates[922] kann die staatliche Nachfrage eine mittelbar-faktische Wirkung auf das Marktgeschehen entfalten, so dass hier auf den ersten Blick staatliche Nachfrage und staatlichen Warnungen, welche wiederum als Grundrechtseingriffe betrachtet werden, vergleichbar sein könnten.[923] Dies ist allerdings nicht der Fall. Während eine staatliche Warnung von »außen« in die Wettbewerbsordnung eingreift und marktuntypisch ist, gliedert sich der Staat mittels Bedarfsdefinition in das System von Angebot und Nachfrage ein.[924] Das BVerfG spricht in diesem

922 Das jährliche Auftragsvolumen der Bundesrepublik betrug für das Jahr 2018 geschätzt 500 Mrd. EUR. Es hatte damit einen Anteil von 15 Prozent am BIP und machte 35 Prozent der Staatsausgaben aus. Siehe: OECD, Öffentliche Vergabe in Deutschland: Strategische Ansatzpunkt zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum, 2019. Abrufbar unter https://www.oecd.org/germany/offentliche-vergabe-in-deutschland-48df1474-de.htm. (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Für einen Überblick über das Auftragsvolumen der Bundesrepublik Deutschland und den Anteil am BIP der Jahre 2010–2017 vgl. BT-Drs. 19/12870, S. 2–4. Ferner gibt es insgesamt rund 30.000 Vergabestellen in Bund, Ländern und Kommunen. Siehe: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/behoerden/DE/bescha.html (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Die öffentlichen Ausgaben für Güter und Dienstleistungen betrugen im Jahr 2018 innerhalb der EU ca. 16 Prozent des BIP. S. den achten Erwägungsgrund der RL (EU) 2019/1161. Für eine Nachfragemacht des Staates auch: *Fehling,* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 36; *Stober,* in: Wolff/Bachof/ders./Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 42a; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 4; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 39 ff.; *Dörr,* in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 108; ders., in: FS Müller-Graff, S. 630, 634; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 22; *ders*., JZ 2000, S. 877, 880; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 306–308; *ders*., AöR 107 (1982), S. 61, 63, 71; *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 98 Rn. 31; *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 14; *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, S. 16; *Pache*, DVBl. 2001, S. 1781, 1782; *Rixen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, § 131 Rn. 14; *Lausen/Pustal*, NZBau 2022, S. 3. So schon *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, S. 8 f.; *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 38, 42 f.; *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 318, 331.

923 Zu staatlichen Warnungen als mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe: BVerfGE 105, 252; 105, 279; BVerwGE 82, 76 ff.; 87, 37 ff.; 90, 112 ff. Zur Vergleichbarkeit von staatlichen Warnungen und staatlicher Nachfrage: *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879. Dazu, dass die staatliche Nachfrage einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen kann, auch: *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 456, 482; *Binder*, ZZP 113 (2000), S. 195, 209.

924 BVerfGE 116, 135 (152). In der Literatur zur Ablehnung der abwehrrechtlichen Dimension der Bedarfsverwaltung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG auch: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 310; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 204 ff.; *Englisch*, VerwArch 98 (2007), S. 410, 419; *Pietzcker*, NZBau 2003, S. 242, 244; *ders*., ZfBR 2007, S. 131, 132; *Burgi*, NZBau 2001, S. 64, 66; *Gaier*, NZBau 2008, S. 289, 290 f.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 199.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenhang von den »Funktionsbedingungen des Wettbewerbs«[925], denen sich der Staat unterwirft, wenn er am Markt tätig wird. Ausprägung der in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Wettbewerbsfreiheit[926] ist nur die individuelle Freiheit, am Wettbewerb in der Ausformung von Angebot und Nachfrage ohne einen staatlichen »marktuntypischen« Eingriff teilzuhaben.[927] Folglich entfaltet die staatliche Nachfrage – unabhängig von konkreten Marktverhältnissen – keine wesentlichen Wirkungen im Hinblick auf die Grundrechtsausübungen Privater.

Ebenso scheiden leistungsrechtliche Ansprüche auf einen bestimmten staatlichen Bedarf aus. In der leistungsrechtlichen Dimension lassen sich aus den Grundrechten subjektiv-rechtliche Ansprüche auf ein bestimmtes staatliches Handeln ableiten.[928] Ein allgemeiner subjektiv-rechtlicher Anspruch auf die Nachfrage eines bestimmten Gutes oder einer bestimmen Dienstleistung ist nach allgemeiner Ansicht allerdings ausgeschlossen.[929] Die individuelle Wettbewerbsfreiheit gewährleistet weder die Erfüllung von Gewinnerwartungen noch bloßer Chancen.[930] So ist es ein dem marktwirtschaftlichen System immanentes Risiko, dass eine Leistung nicht mehr oder verstärkt nachgefragt wird, mithin alte Bedarfe untergehen und neue Bedarfe entstehen. Dies muss auch dann gelten, wenn sich der private Marktteilnehmer kraft seiner Privatautonomie von der staatlichen Nachfrage abhängig gemacht hat, weil er in einem Markt agiert, in dem der Staat der einzige Nachfrager ist, wie bspw. bei der Nachfrage nach Rüstungsgütern.[931]

925 Zum Begriff der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs, welcher das Dogma von Angebot und Nachfrage beschreibt: BVerfGE 116, 135 (152).

926 Die Herleitung der Wettbewerbsfreiheit erfolgt unterschiedlich. In der Regel verortet das BVerfG die Wettbewerbsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG. Nach der Rechtsprechung des BVerwG tritt auch teilweise Art. 2 Abs. 1 GG als Auffangfreiheit dazu. Vgl. zur Herleitung aus Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfGE 115, 205 (229). Vgl. zur Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 GG noch: BVerwGE 17, 306 (309); 30, 191 (198); 60, 154 (159); 65, 167 (174). Vgl. zur Herleitung aus Art. 12 Abs. 1 GG: BVerwGE 71, 183 (189); BVerwG, 21.3.1995 – 1 B 211/94, juris Rn. 11; BVerwG, 31.5.2011 – 8 C 52.09, juris Rn. 24; BVerwG, 3.11.2020 – 9 A 13.19, juris Rn. 12.

927 BVerfGE 32, 311 (316 f.); 46, 120 (137); 105, 252 (265); 115, 205 (229); 116, 135 (152).

928 *Epping*, Grundrechte, Rn. 16.

929 *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 444; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 302 f.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 200.

930 BVerfGE 116, 135 (152); *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879.

931 BVerfGE 116, 135 (153); *Gaier*, NZBau 2008, S. 289, 291; *Pietzcker*, NZBau 2003, S. 242, 244; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 203; A.A. *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879 f., der in Fällen einer Marktbeherrschung des Staates und der damit verbundenen Abhängigkeit von Wirtschaftszweigen einen Schutz aus Art. 12 GG

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Aus der freiwilligen Entscheidung, in einer Branche tätig zu sein, erwächst kein Bestandsschutz auf eine staatliche Nachfrage, die dann bedient werden könnte. Die staatliche Nachfrage bleibt daher im Hinblick auf die Freiheitsrechte Einzelner »grundrechtsneutral«[932]. Ebenso wenig ist die Bedarfsdefinition für das staatsorganisatorische Gefüge relevant, auch wenn sie zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit erfolgt. Die Auswirkungen auf das staatliche Gefüge sind begrenzt, denn die Beschaffung erfolgt nicht ihrer selbst wegen, sondern gerade in Abhängigkeit der Erfüllung einer Aufgabe. Dementsprechend sind auch die einzelnen finanziellen Auswirkungen eines entsprechenden Bedarfs eher als gering einzustufen. Folglich gilt für die staatliche Bedarfsdefinition mangels grundlegend normativer Relevanz grundsätzlich kein gesetzlicher Vorbehalt.[933]

Eine grundrechtliche Relevanz der Bedarfsdefinition, die sich in einer rechtsgeschäftlichen Nachfrage am Markt äußert, kann allenfalls aus dem Gleichbehandlungsgebot folgen. Der Staat ist in sämtlichen Handlungsformen an das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.[934] Das gilt für die staatliche Bedarfsdefinition, wenn sich diese als konkrete Nachfrage am Markt manifestiert. Die normative Relevanz der staatlichen Bedarfsdefinition steigt mit der Konkretisierung des Bedarfs. Je konkreter der Bedarf definiert wird, der sich später in der Nachfrage widerspiegelt, desto mehr Differenzierungen im Hinblick auf die zur Leistungserbringung fähigen Marktteilnehmer werden vorgenommen und für den Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung mittels öffentlichen Auftrags von vorneherein ausgeschlossen. Insbesondere in solchen Märkten, in denen es nur wenige Anbieter gibt, besitzen Differenzierungen eher das Potential, andere Marktteilnehmer in diskriminierender Weise auszuschließen.[935] Grundlegend normativ wird die staatliche Bedarfsdefinition also allenfalls dann, wenn sie eine rechtswidrige Ungleichbehandlung etwaiger Marktteilnehmer zur

nicht ausschließt. Beispiele für Märkte mit staatlichem Nachfragemonopol sind die Märkte für Rüstungsgüter, den Straßenbau und auch die straßengebundene Abfallbeseitigung.

932 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 336.

933 Im Ergebnis auch: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 391.

934 BVerfGE 116, 135 (153). S. explizit im Hinblick auf die Bedarfsdefinition: *Traupel*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 14 Rn. 9.

935 Vgl. *Hindelang/Eisentraut*, EuZW 2019, S. 149, 151.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Folge hat.[936] Die gesetzliche Grundlage für die Differenzierung zwischen Marktteilnehmern durch die Bestimmung der begehrten Leistung findet sich im Gebot der produktneutralen Ausschreibung[937] wieder. Die den Bedarf aktivierende Aufgabennorm und die Haushaltsvorgaben sind daher im Hinblick auf die Festlegung des Bedarfs als Maßstab der Bedarfsdefinition ausreichend.

b. Beschaffungsentscheidung: *Make-or-procure*-Entscheidung

Wenn die Verwaltung zwischen Eigenfertigung und Beschaffung entscheidet, trifft sie die *Make-or-procure*-Entscheidung. Grundsätzlich fehlt es an der individuellen Betroffenheit des Einzelnen, wenn zwischen Beschaffung und Eigenfertigung zum Zweck der Aufgabenerfüllung entschieden wird.[938] Dementsprechend ist auch die *Make-or-procure*-Entscheidung grundsätzlich von untergeordneter normativer Relevanz. Der private Anbieter trägt in der wirtschaftspolitischen Ordnung der Marktwirtschaft das unternehmerische Risiko, dass seine angebotene Leistung nicht mehr nachgefragt wird. Dieses allgemeine Risiko kann nicht auf den Staat verlagert werden.[939] Der Einzelne besitzt keinen Anspruch oder eine Anwartschaft auf die Bedienung oder Belieferung der öffentlichen Hand.[940] Die grundrechtlich gewährleistete Wettbewerbsfreiheit ist nicht als Leistungsrecht ausgestaltet, welches dem Einzelnen das Recht auf Erfolg im Wettbewerb zuspricht.[941]

Anders könnte der Fall aber sein, wenn die staatliche Entscheidung zwischen Eigenfertigung und Beschaffung in einem Bereich erfolgt, in dem ein Marktteilnehmer abhängig von der staatlichen Nachfrage ist. Die Entscheidung für die staatliche Eigenfertigung hat dann faktische Auswirkungen auf diese Wirtschaftszweige und kann im Extremfall den Untergang eines

936 Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 428, nach dem sich aus dem Gleichheitssatz erst ein grundrechtswesentlicher Vorbehalt ergebe, wenn eine »spezielle Anfälligkeit« der staatlichen Nachfrage für Ungleichbehandlungen besteht.

937 § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7 Abs. 2 VOB/A, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A, § 24 Abs. 5 UVgO. Zur materiellen Reichweite Teil 2, Kap. 1, B., II.

938 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 346.

939 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 352.

940 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 131 f., 210; vgl. auch *Bultmann*, Beihilfen- und Vergaberecht, S. 65.

941 BVerfGE 116, 135 (152); *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zweiges zur Folge haben. Dann käme die Entscheidung einem Eingriff oder der zwangsweisen Auflösung eines Betriebs gleich. Es ist fraglich, ob diese faktischen Wirkungen ausreichen, um von einer grundlegend normativen Relevanz der Entscheidung auszugehen. Diese Frage weist auf den ersten Blick eine unmittelbare Nähe zum »Recht gegen staatliche Konkurrenz«[942] auf. Begründet wird dieses Recht wie folgt: Die privatwirtschaftliche Betätigung des Staates erhöht in der Marktwirtschaft gegenüber privaten Anbietern den Konkurrenzdruck.[943] Die Wettbewerbsfreiheit schützt aber nicht vor der Möglichkeit von Konkurrenz durch die öffentliche Hand.[944] Die Wettbewerbsfreiheit schützt nur »die Freiheit zum Wettbewerb, nicht die Freiheit vom Wettbewerb«[945]. Erst wenn ein staatlicher Verdrängungswettbewerb erfolgt, also die staatliche Maßnahme auf die Verdrängung privater Anbieter ausgerichtet ist und der Staat es dadurch der privaten Konkurrenz unmöglich macht, am Wettbewerb teilzunehmen, gewährleistet die Wettbewerbsfreiheit Schutz vor staatlicher Konkurrenz.[946]

Theoretisch wird mit jeder Entscheidung für die staatliche Eigenfertigung der private Anbieter ein Stück weit vom Wettbewerb ausgenommen, wenn dessen Leistungen nicht mehr nachgefragt werden und der Staat sich stattdessen um die eigene Herstellung der Güter und Dienstleistungen bemüht. Doch wird die Einzelfallentscheidung für die interne Leistungserstellung nicht die Intensität eines Verdrängungswettbewerbs erreichen.[947] Denn in der Regel stehen selbst Marktteilnehmer, die in solchen Branchen tätig sind, in denen der Staat ein Nachfragemonopol aufweist, mehreren staatlichen Nachfragern gegenüber, so dass die Entscheidung einer einzelnen staatlichen Einrichtung nicht unmittelbar den Untergang des Unternehmens oder des Wirtschaftszweiges zur Folge haben würde, wie beispielsweise im Bereich der Abfallentsorgung, die eine kommunale Aufgabe ist. Anders wäre der Fall, wenn ganze Wirtschaftszweige »verstaat-

942 Exemplarisch: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 344 ff.; *Ehlers*, JZ 1990, S. 1089 ff.; *Gusy*, JA 1995, S. 253 ff.; *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421 ff.

943 BVerwGE 71, 183 (193); BVerwG, 21.3.1995 – 1 B 211/94, juris Rn. 11.

944 BVerwG, 22.2.1972 – I C 24.69, juris Rn. 23; 21.3.1995 – 1 B 211/94, juris Rn. 11; OLG München, 31.3.2016 – Verg 14/15, NZBau 2016, S. 583, 589 f.; *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421, 426; *Gusy*, JA 1995, S. 253.

945 *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421, 425; vgl. *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879.

946 BVerwG, 21.3.1995 – 1 B211/94, juris Rn. 11; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 29; *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn. 103. Vgl. auch OLG München, 31.3.2016 – Verg 14/15, NZBau 2016, S. 583, 589 f.

947 A.A. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 448.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

licht« werden sollten. Dann ließe sich die normative Relevanz allerdings nicht nur anhand ihrer grundrechtlichen Wirkungen, sondern auch an den Auswirkungen auf das Staatsgefüge begründen.[948] Ungeachtet dessen muss die Entscheidung für die Eigenfertigung nicht zwangsläufig ein erwerbswirtschaftliches Handeln in Konkurrenz zu privaten Marktteilnehmern zur Folge haben. Die einzelfallabhängige *Make-or-procure*-Entscheidung ist nicht von grundlegender normativer Relevanz, so dass der Verwaltung ein weiter Eigenbereich dabei verbleibt, zu entscheiden, ob sie eine Leistung nachfragen oder selbst herstellen möchte.

c. Wahl der Beschaffungsform

Teil der Beschaffungsautonomie ist auch die Wahl der konkreten Beschaffungsform, also die Entscheidung zwischen der rechtsgeschäftlichen oder der imperativen Beschaffung und die Entscheidung nach dem Grad der Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung (»Privatisierung«). Grundsätzlich bleibt auch diese Einzelfallentscheidung ohne Außenwirkung und ist aufgrund ihres Einzelfallcharakters weder von besonderer finanzieller Relevanz noch im Hinblick auf das Staatsgefüge erheblich.

Die normative Relevanz der Beschaffungsentscheidung im engeren Sinne liegt in den Kautelen des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips begründet, die insbesondere bei dieser Entscheidung zu beachten sind. Denn je nach Entscheidung gehen andere Wirkungen vom Verwaltungsverhalten aus. So betrifft die Entscheidung zur imperativen Beschaffung, wie die Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG, einen grundlegend normativen Bereich, sobald sich die Entscheidung nach außen manifestiert. Aufgrund der einschneidenden Grundrechtsbelastung unterliegt die Entscheidung dem Vorbehalt einer Regelung durch den Gesetzgeber. Enteignende oder enteignungsgleiche Maßnahmen sind *ultima ratio*, also das letzte verfügbare Mittel, welches der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben nutzen darf.[949] Dieses Stufenverhältnis spiegelt sich auch in formellen Gesetzen, wie bspw. im BauGB wider. So erfordert § 87 Abs. 2 BauGB, dass sich die öffentliche

948 Spiegelbildlich zur Frage nach einem Gesetzesvorbehalt für eine Privatisierungspolitik: *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 291.

949 Deutlich: BVerfGE 24, 367 (404 f.). Vgl. auch BGH, 7.7.1988 – III ZR 134/87, NJW 1989, S. 216, 218.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hand vor der Enteignung eines Grundstücks zunächst in ernsthafter Weise um einen freihändigen Erwerb bemüht haben muss.[950]

Dem gegenüber steht die Entscheidung für die rechtsgeschäftliche Beschaffung, die mangels Außenwirkung im Hinblick auf etwaige Grundrechte irrelevant bleibt. Dasselbe gilt für die Entscheidung zur rechtsgeschäftlichen Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung.[951] Der einmalige Einsatz Privater für die staatliche Aufgabenerfüllung bleibt schließlich zeitlich begrenzt. Anders läge der Fall nur bei der Bestimmung einer übergreifenden Privatisierungspolitik. So handelt es sich bei der Festlegung einer Privatisierungspolitik um eine grundlegend normative Frage, da die Neustrukturierung der Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Gesellschaft neue haftungsrechtliche, grundrechtliche und auch rechtsstaatliche und demokratische Fragen eröffnet.[952] Da die Wahl der Beschaffungsform eine Einzelfallentscheidung, aber keine Entscheidung zur Änderung der Politik darstellt, lassen sich diese Aspekte allerdings nicht als Grenzen der Beschaffungsautonomie fruchtbar machen.

Durch diesen durch das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip abgesteckte Rahmen wird die Autonomie der Verwaltung bei der Beschaffungsentscheidung im engeren Sinne eingeschränkt. Eine darüber hinausgehende rechtliche oder gesetzliche Regelung zur Entscheidung über die konkrete Form der Beschaffung ist nicht notwendig.

d. Leistungsbestimmung: Bestimmung immaterieller Leistungskriterien

Auch die weitere Bestimmung immaterieller Kriterien im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung berührt keinen grundlegend normativen Bereich.[953] Die Bestimmung immaterieller Leistungseigenschaften, wie die Forderung nach einem bestimmten Herstellungsprozess oder einer bestimmten Herkunft der Leistung, hat mittelbare Auswirkungen auf das Marktgeschehen und die Stellung der Marktteilnehmer.[954] Auch hier liegt es in der selbstbestimmten Verantwortung der Marktteilnehmer, welche Leis-

950 Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 245.
951 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 285; vgl. auch *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962, 970; a.A. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 452.
952 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 291.
953 So auch: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 391 f.
954 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 392.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungen mit welchen Eigenschaften sie anbieten und ob sie sich bspw. um eine nachhaltige Produktion bemühen wollen. Sie haben keinen Anspruch darauf, ob und dass eine bestimmte Nachfrage getroffen wird. Insofern erfolgt die Leistungsbestimmung durch die öffentliche Hand in einem Bereich, der nicht grundrechtswesentlich ist. Allenfalls eine finanzielle Mehrbelastung geht typischerweise mit der gezielten Nachfrage nach besonderen immateriellen Kriterien einher. Da aber bspw. § 31 Abs. 3 S. 2 VgV[955] und § 128 Abs. 2 S. 1 GWB einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand und seinem Wert erfordern, ist die vorhandene gesetzliche Grundlage für die Verfolgung immaterieller Leistungskriterien ausreichend. Speziellerer gesetzlicher Grundlagen bedarf es nicht.[956] Folglich ist für die Bestimmung immaterieller Kriterien der Leistung keine zusätzliche gesetzliche Grundlage erforderlich.

e. Schuldrechtliche Leistungsbestimmung

Entscheidet sich der Staat für die rechtsgeschäftliche Beschaffung, muss er neben der begehrten gegenständlichen Leistung auch die konkrete schuldrechtliche Leistung bestimmen. Dazu gehört, den Vertragstypus und entsprechende Vertragsbedingungen festzulegen.[957] Die schuldrechtliche Leistungsbestimmung im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung ist allerdings freiheitsrechtlich unbedeutend, denn sowohl die Bestimmung des Vertragstypus als auch der Vertragsbedingungen im Einzelfall berühren grundsätzlich keinen Bereich, der für die Verwirklichung der Grundrechte relevant wäre. Hier lässt sich auf das oben Gesagte zur Bedarfsdefinition verweisen.[958] Dass der Staat einzelne Vertragsbedingungen aufstellt, nach denen sich die Bieter zu richten haben, ist gerade ein marktypisches Verhalten und kein Eingriff von außen in die Funktionsbedingungen des Marktes. Allenfalls wenn mit den Vertragsbedingungen solche Belastungen auferlegt werden, dass die Vertragserfüllung unzumutbar wird, greift der Staat in die Handlungs- und Berufsfreiheit der Marktteilnehmer ein, so

955 § 28 Abs. 3 S. 2 SektVO; § 15 Abs. 2 S. 2 KonzVgV.
956 Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 435, der gesetzliche »Grundaussagen« für die Verfolgung von Sekundärzwecken fordert.
957 S. Teil 1, Kap. 1, E., II.
958 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2., a.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass dieser Fall geregelt werden muss.[959] Ein Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses oder der unzumutbaren Belastung ist in § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A geregelt. Das ist zwar keine gesetzliche Regelung, aber zumindest verweisen der Gesetz- und Verordnungsgeber auf die zwingende Beachtung der Vorgaben.

3. Zwischenergebnis

Weder existieren in Bezug auf Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung konkrete gesetzliche Vorgaben noch fallen diese Entscheidungen in grundlegend normative Bereiche, in denen eine Entscheidung durch den Gesetzgeber zwingend oder eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig wäre. Aufgrund ihres Einzelfallcharakters und dem regelmäßig geringen grundrechtlichen Bezug bedarf es keiner konkreten gesetzlichen Vorschriften über die Aufgabennormen und Haushaltsvorgaben hinaus. Jene Entscheidungen, die in der Analyse- und Planungsphase des Bedarfsdeckungsprozesses getroffen werden müssen, sind lediglich durch Aufgabennormen und haushaltsrechtliche Bestimmungen, im Zweifel durch Normen mit Bedarfsbezug geprägt. Vereinzelt können vergaberechtlichen Vorschriften auf die Bedarfsdefinition vorwirken. Der Begriff der »gesetzesfreien Verwaltung«, der häufiger für den Fall des Staates in seiner Funktion der Bedarfsdeckung verwendet wird,[960] ist daher unpassend, da mit diesen Maßstäben durchaus gesetzliche Vorgaben existieren, anhand derer Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung zu messen sind. Weitere Vorgaben durch den Gesetzgeber sind nicht verfassungsrechtlich verboten. Vielmehr handelt es sich um einen »vorbehaltsreduzierten Bereich«. Da allerdings insbesondere die Aufgabennormen nur als ein generelles Handlungsprogramm des Staates für Beschaffung und Eigenfertigung dienen und sie in einem hohen Maße konkretisierungsbedürftig sind, verbleibt der Verwaltung ein weiter Spiel-

959 Vgl. auch ähnlich *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 435 f. Ähnlich ist der Fall in solchen Situationen, in denen eine Vertragspartei aufgrund ihrer Wirtschaftsmacht Regelungen faktisch einsetzen kann, die eine Partei unsachgemäß benachteiligen und die die Selbstbestimmung der Privatautonomie in eine Fremdbestimmung umschlagen lassen. Dann ist die hinter der Privatautonomie stehende Handlungsfreiheit beeinträchtigt. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, dieses Ungleichgewicht im Wege der praktischen Konkordanz zu lösen. Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 89, 214 (232); 148, 267 (282).

960 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 27; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 308.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

raum bei der Entscheidung, wie und mit welchen Mitteln sie die Aufgaben erfüllen will.

II. Intensität der gerichtlichen Kontrolle von staatlichen Bedarfsdeckungsmaßnahme

Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes sieht eine lückenlose Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen durch die Gerichte vor. Das bedeutet, dass die Verwaltungsentscheidungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig durch die Gerichte kontrolliert werden.[961] Die Beschaffungsautonomie als ein Konglomerat von staatlichen Befugnissen, die mit einer weiten administrativen Letztentscheidungsbefugnis versehen sind, widerspricht dem Grundsatz auf eine lückenlose Kontrolle auf den ersten Blick.[962] Doch wie lässt sich diese Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle für die Beschaffungsautonomie rechtlich begründen? Im Folgenden sollen die oben entwickelten Maßstäbe[963] auf die Bedarfsdeckung übertragen werden.

1. Gerichtliche Kontrolle von Bedarfsdeckungsmaßnahmen

Die Anforderungen an die Kontrolle staatlicher Bedarfsdeckungsmaßnahmen richten sich vor allem danach, ob der Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG (a.) bzw. der Schutzbereich von Art. 47 GrCh (b.) eröffnet ist.

a. Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 19 Abs. 4 GG

Art. 19 Abs. 4 GG erfordert zur Eröffnung des Schutzbereichs, dass jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Jemand ist jede natürliche und juristische Person des Privatrechts, sowie juristische Per-

961 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., bb.

962 Die Gerichte überprüfen die Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung inhaltlich kaum. Vgl. dazu: OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/21, NZBau 2012, S. 785, 789; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – VII 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139.

963 S. Teil 1. Kap. 2. C. IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sonen des öffentlichen Rechts, welche Grundrechte wahrnehmen.[964] Ferner muss die Ausübung öffentlicher Gewalt zu einer Verletzung subjektiver Rechte führen. Als eine normgeprägte Garantie setzt Art. 19 Abs. 4 GG die zu schützenden subjektiven Rechte voraus.[965] Rechtsschutz kann also nur derjenige in Anspruch nehmen, der durch die Maßnahme der öffentlichen Gewalt in seinen subjektiven Rechten verletzt wurde. Aus haushaltsrechtlichen Bestimmungen, wie auch aus den Aufgabennormen und Normen mit Bedarfsbezug lassen sich häufig keine subjektiven Rechte herleiten, da es sich dabei entweder um schlichtes Innenrecht handelt oder aber insbesondere im letzteren Fall subjektive Rechte ausdrücklich ausgeschlossen sind.[966] So können Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung erst Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle werden, wenn diese Entscheidungen durch die Nachfrage des Staates Außenwirkung entfalten, sei es durch die Ausschreibung einer begehrten Leistung, die Aufnahme von zielgerichteten Verhandlungen mit Marktteilnehmern[967] oder die Anordnung einer imperativen Maßnahme.

Nicht unumstritten ist die Auslegung des Begriffes der öffentlichen Gewalt, wenn die Verwaltung zur Deckung des staatlichen Bedarfs tätig wird. Das BVerfG differenziert zwischen imperativen und sonstigen Handlungsformen der Verwaltung. Unzweifelhaft sind imperative Mittel zur Bedarfsdeckung, wie die Enteignung oder die Inpflichtnahme Privater, Fälle der Ausübung von öffentlicher Gewalt.[968] Schwierigkeiten bereitet hingegen die Einordnung des staatlichen Nachfrageverhaltens, wenn die Bedarfsdeckung mit rechtsgeschäftlichen Mitteln erfolgt. Hier vertritt das BVerfG ein enges Begriffsverständnis von der öffentlichen Gewalt. Nach Ansicht des BVerfG könne nicht jedes staatliche Handeln die Gewährleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG eröffnen, sondern nur dasjenige staatliche Handeln, welches ein typisches Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger schaffe.[969] Die teleologische und historische Auslegung ergebe, dass der

964 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 43 ff.; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 113 f.

965 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 619.

966 Vgl. § 4 Abs. 1 S. 10 KSG; § 45 Abs. 2 KrWG; § 3 Abs. 2 BHO/LHO. In Bezug auf Normen mit Bedarfsbezug kritisch: *Krohn*, NZBau 2021, S. 707, 709 f.

967 Zum materiellen Beginn eines Vergabeverfahrens: Teil 1, Kap. 1, D., I., 1., 2., b., bb.

968 Vgl. BVerfGE 116, 135 (149); *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 59; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 118; *Manssen*, Staatsrecht II, § 31 Rn. 837; *Maurer*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 468, 478 f.

969 BVerfGE 116, 135 (149).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes allein vor dem Risiko der missbräuchlichen und willkürlichen Inanspruchnahme von übergeordneter, im Zweifel mit Zwang durchsetzbarer Hoheitsgewalt schützen sollte.[970] Nur vor dem Hintergrund dieses spezifischen Schutzzweckes könne der Begriff der »öffentlichen Gewalt« in Art. 19 Abs. 4 GG ausgelegt werden.[971] Da sich aber bei der marktwirtschaftlichen Nachfragetätigkeit des Staates Bürger und Staat auf gleicher Ebene befänden, handle es sich bei den Maßnahmen der fiskalisch handelnden Verwaltung nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt.[972]

Gegen dieses enge Begriffsverständnis sprechen systematische, teleologische sowie historische Gründe. Der Begriff der öffentlichen Gewalt wird auch in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG verwendet. Beschwerdegegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist eine Verletzung durch die öffentliche Gewalt. Diese umfasst nach allgemeiner Ansicht alle Handlungsformen des Staates, solange sie Außenwirkung entfalten.[973] Die Notwendigkeit der einheitlichen Verfassungsauslegung[974] spricht für die gleiche Auslegung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, denn die Interessenlage zwischen grundrechtlicher Bindung und effektiver Durchsetzung von subjektiven Rechten ist vergleichbar. Zwischen der Bindung an die Grundrechte und der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes besteht ein Gleichlauf.[975] Diesen Gleichlauf sah schon der Parlamentarische Rat in den Besprechungen zum Grundgesetz vor.[976] Eine Bindung an die Grundrechte wäre hinfällig, wenn keine Instrumente zur effektiven Durchsetzung dieser Grundrechte existieren würden. Effektiver Rechtsschutz soll vor der missbräuchlichen Anwendung des Rechts

970 BVerfGE 116, 135 (149). Vgl. auch BVerfGE 107, 395 (404); *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 45.

971 BVerfGE 116, 135 (149).

972 BVerfGE 116, 135 (149 f.).

973 *Ruppert/Schorkopf,* in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 90 Rn. 65; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 93 Rn. 341.

974 Zur Einheit der Rechtsordnung: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 774–776; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 7 Rn. 41 ff. Vgl. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 430.

975 *Pünder*, VerwArch 95 (2004), S. 38, 54; *Niestedt/Hölzl*, NJW 2006, S. 3680, 3682; *Englisch*, VerwArch 98 (2007), S. 410, 416 f.; *Knauff*, NVwZ 2007, S. 546, 547; *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014; *ders*., in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 107; *Brüning*, in: Stern/Becker, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 85; *Remmert*, JURA 2014, S. 906, 910.

976 Herrenchiemsee Entwurf, Vorlage an den Parlamentarischen Rat, zitiert nach: *von Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 183 f.; vgl. *Remmert*, JURA 2014, S. 906, 910.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schützen und dient mithin der effektiven Grundrechtsausübung durch die Individuen, denn die Ausübung eines Rechts ist erst dann effektiv, wenn dieses auch durchgesetzt werden kann.[977] Folglich ist der Begriff der öffentlichen Gewalt im GG im Zusammenhang mit den nationalen Verfassungsvorschriften einheitlich zu verstehen.

Doch selbst wenn man annimmt, der Begriff der öffentlichen Gewalt müsste eng ausgelegt werden, erfolgt die rechtsgeschäftliche Nachfrage des Staates in einem faktischen Über-Unterordnungsverhältnis, das sich als öffentliche Gewalt begreifen lässt. Staat und Private befinden sich in unterschiedlichen Ausgangslagen. So genießt der Staat gegenüber dem Privaten abseits der Möglichkeit, mit Zwang tätig zu werden, besondere Privilegien. Es bestehen beispielsweise staatliche Sonderrechte im Rahmen der Zwangsvollstreckung: Nach § 882 Abs. 2 ZPO ist die Zwangsvollstreckung in Sachen unzulässig, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Bund oder Länder unentbehrlich sind. Auch sind nach § 17 VwVG Zwangsmitteln gegen Behörden grundsätzlich unzulässig.[978] Der Staat befindet sich aufgrund dieser Regelungen in einer besonders privilegierten Ausgangsposition am Markt, die nicht nur auf ökonomischer Ungleichheit, sondern auch auf rechtlicher Ungleichheit fußt. Nicht zuletzt ist die Nachfrageposition des Staates eine besondere Position, da die staatliche Nachfrage unmittelbar das Geschehen am Markt beeinflussen kann. Der Staat hat eine besondere Nachfragemacht, die vergleichbar mit einem Privaten ist, der eine Monopolstellung innehat.[979] Diese Nachfragemacht verdichtet sich bei der rechtsgeschäftlichen Nachfrage zu einer immensen Steuerungsmacht, die der Ausübung einer »übergeordneten öffentlichen Rechtsmacht«[980] gleichkommt. So kann es beträchtliche Auswirkungen auf das marktwirtschaftliche Geschehen haben, wenn bspw. eine staatliche Stelle, plötzlich an Stelle von Schlauchboten Helikopter zur Seenotrettung beschaffen will.[981] Diese Steuerungskraft wird dadurch verstärkt, dass der Staat einseitig die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs festlegen kann.[982] Wie bereits festgestellt, können individuelle Privatautonomie und Vertragsfreiheit nur in

977 *Voßkuhle*, Rechtsschutz, S. 182; *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 333.
978 Vgl. auch: BVerfGE 61, 82 (105 f.); vgl. auch *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 318, 323.
979 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2., a.
980 BVerfGE 116, 135 (150).
981 Beispiel bei *Arrowsmith*, Public Procurement (1. Aufl.), S. 585 Fn. 43.
982 *Dörr*, in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 108; *Niestedt/Hölzl*, NJW 2006, S. 3680, 3682.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einer bestehenden rechtlichen Rahmenordnung bestehen und sich entfalten.[983] Der Staat hat wiederum die Möglichkeit, diese rechtliche Rahmenordnung zu schaffen, zu ändern und aufzuheben. Dementsprechend ist die rechtsgeschäftliche Bedarfsdeckung als öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG aufzufassen.

Somit ist ungeachtet der gewählten Handlungsform gegen administrative Entscheidungen in der Bedarfsverwaltung ein effektiver und infolgedessen lückenloser Rechtsschutz zu gewähren. Ein Rückgriff auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip, um etwaige Rechtsschutzlücken zu schließen, ist nicht notwendig.

b. Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 47 GrCh

Im Rahmen vollständig vereinheitlichten Unionsrechts sind die Unionsgrundrechte Maßstab für die staatliche Gewalt.[984] Im Oberschwellenbereich, der das Auftragswesen oberhalb der durch die Kommission festgelegten Schwellenwerte vereinheitlicht[985], sind dann die Grundsätze der Effektivität des Unionsrechts und das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GrCh maßgeblich.

Art. 47 GrCh knüpft im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 4 GG nicht an das Vorliegen einer öffentlichen Gewalt an, so dass sich die gerichtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen der Bedarfsdeckung grundsätzlich am Maßstab von Art. 47 GrCh messen lässt. Allerdings muss die GrCh überhaupt im Rahmen der staatlichen Bedarfsdeckung anwendbar sein. Art. 51 Abs. 1 Alt. 2 GrCh bestimmt, dass die Mitgliedstaaten ausschließlich »bei der Durchführung des Rechts der Union« an die GrCh gebunden sind. Wann die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen, hat der EuGH konkretisiert. Eindeutig sind die Konstellationen, in denen die Mitgliedstaaten das Unionsrecht unmittelbar vollziehen (sog. »*agency situation*«[986])[987] und in denen sich die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung der Einschrän-

983 S. Teil 1, Kap. 2, A., II.
984 BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, juris Rn. 42–49, 50.
985 S. dazu: Art. 6 VRL; Art. 17 SektRL; Art. 9 KonzRL; Art. 68 VS-RL. Eine Auflistung der aktuell geltenden Schwellenwerte findet sich unter https://forum-vergabe.de/themen/rechtsvorschriften/ (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).
986 Zum Begriff: *Weiler*, in: Neuwahl/Rosas, The EU and Human Rights, S. 51, 67; vgl. auch *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, EUV, Art. 6 Rn. 30b.
987 EuGH, 13.7.1989 – C-5/88 – ECLI:EU:C:1989:321 Rn. 17 f. (Wachauf).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kung von Grundfreiheiten auf die unionsrechtlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berufen.[988] Im Einzelnen unklar bleibt die weite Linie der *Åkerberg Fransson*-Rechtsprechung des EuGH. Demnach ist der Anwendungsbereich der GrCh eröffnet, wenn Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln.[989] So seien »keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären«[990]. In seiner Folgerechtsprechung konkretisiert der EuGH seine Rechtsprechung dahingehend, dass zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte mindestens ein hinreichender Zusammenhang eines gewissen Grades zwischen der nationalen Maßnahme und dem Unionsrecht erforderlich sei.[991] Es reiche nicht aus, wenn die Sachbereiche lediglich benachbart sind oder der eine Sachverhalt eine mittelbare Auswirkung auf den anderen hat.[992] Um beurteilen zu können, ob ein hinreichender Zusammenhang besteht, ist zu prüfen, ob mit der Durchführung der nationalen Regelung die Durchführung einer unionsrechtlichen Bestimmung bezweckt werden soll, welchen Charakter die nationale Regelung hat, ob mit ihr anstatt unionsrechtlicher Ziele nicht andere Ziele verfolgt werden, selbst wenn diese einen mittelbaren Einfluss auf das Unionsrecht haben und abschließend, ob es nicht eine speziellere unionsrechtliche Regelung gibt, die diesen Bereich regelt.[993] So sei insbesondere die Grundrechtsbindung ausgeschlossen, wenn das Unionsrecht keine bestimmten Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten im Hinblick auf den bestimmten Sachverhalt bereithält.[994]

---

988 EuGH, 18.6.1991 – C-260/89 – ECLI:EU:C:1991:254 Rn. 43 (ERT); 30.4.2014 – C-390/12 – ECLI:EU:C:2014:281 Rn. 33 (Pfleger); vgl. EuGH, 14.6.2017 – C-685/15 – ECLI:EU:C:2017:452 Rn. 56 ff. (Online Games).

989 EuGH, 26.2.2013 – C-617/10 – ECLI:EU:C:2013:105 Rn. 17–22 (Åkerberg Fransson); 30.4.2014 – C-390/12 – ECLI:EU:C:2014:281 Rn. 33 (Pfleger); *Streinz/Michl*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 51 GrCh Rn. 6; *Thym*, NVwZ 2013, S. 889, 890; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 641.

990 EuGH, 26.2.2013 – C-617/10 – ECLI:EU:C:2013:105 Rn. 21 (Åkerberg Fransson).

991 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 24 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 34 (Hernández).

992 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 24 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 34 (Hernández).

993 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 25 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 37 (Hernández).

994 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 26 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 35 (Hernández); 14.12.207 – C-243/16 – ECLI:EU:C:2017:969 Rn. 34 (Miravitlles Ciurana); 19.4.2018 – C-152/17 – ECLI:EU:C:2018:264 Rn. 34 f. (Consorzio Italien Management); 19.11.2019 –

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wendet man diese Rechtsprechung auf die Bedarfsverwaltung an, eröffnen die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung grundsätzlich nicht den Anwendungsbereich der GrCh. Zwar ergibt sich der staatliche Bedarf zwangsläufig aus der Pflicht zum funktionsfähigen Erhalt und der notwendigen Erfüllung einer Aufgabe, welche durchaus ihre Grundlage im Unionsrecht finden kann, doch besteht zwischen Durchführung der Aufgabe und der staatlichen Bedarfsdefinition allenfalls ein mittelbarer Zusammenhang. Von einem hinreichenden Zusammenhang gewissen Grades kann hier nicht die Rede sein. Dasselbe gilt für die Leistungsbestimmung. Die Beschaffungsentscheidung ist sogar ausdrücklich durch das Sekundärrecht vom Unionsrecht ausgenommen. So heißt es nach dem fünften Erwägungsgrund der VRL, dass die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Leistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistung selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne der Richtlinie organisieren möchten. Auch Art. 2 Abs. 1 KonzRL überlässt den Mitgliedstaaten den Spielraum zu entscheiden, wie die Erbringung von Bau- und Dienstleistungen im Mitgliedstaat am besten gesteuert werden könne, damit bei öffentlichen Dienstleistungen an hohes Maß an Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung sowie die Förderung des allgemeinen Zugangs und der Nutzungsrechte sichergestellt werden könne. Die Beschaffungsentscheidung steht nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Durchführung von Unionsrechten.

Nur in den Fällen, in denen die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung den unionsrechtlichen Grundfreiheiten oder den sie konkretisierenden Vergaberichtlinien widersprechen, ist die GrCh anwendbar. Für das Vergabeverfahren wurden die Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit dahingehend konkretisiert, dass sich daraus die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung, gegenseitigen Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz ableiten.[995] Wer-

C-609/17 und C-610/17 – ECLI:EU:C2019:981 Rn. 53 (TSN); 24.9.2020 – C-223/19 – ECLI:EU:C:2020.753 Rn. 79 (YS).

995 EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 (Irgita); vgl. auch EuGH, 9.7.1987 – C-27/86 bis 29/86 – ECLI:EU:C:1987:355 Rn. 15 (CEI); 7.12.2000 – C-324/98 – ECLI:EU:C:2000:669 Rn. 60 (Teleaustria); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 38 (Sea); 6.10.2021 – C-598/19 – ECLI:EU:C:2021:810 Rn. 33 (Conacee).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den diese Grundsätze durch die staatlichen Entscheidungen beeinträchtigt und beruft sich die nationale Stelle dazu auf Rechtfertigungsgründe, eröffnet die den Anwendungsbereich der GrCh. Tangiert das staatliche Beschaffungsverhalten den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, lässt sich durchaus von einer Durchführung des Unionsrechts sprechen, der auch einen hinreichenden Zusammenhang zwischen Unionsrecht und nationalem Recht aufweist. Wenn also Grundfreiheiten beeinträchtigt oder die im Kartellvergaberecht geltenden Grundsätze und Regelungen tangiert sind, ist der dagegen zu richtende Rechtsschutz ebenfalls an Art. 47 GrCh zu messen.

2. Akteure der vergaberechtlichen Nachprüfung

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz umfasst das Recht auf Zugang zu einem Gericht. Erfolgt die Bedarfsdeckung durch ein Vergabeverfahren, erfolgt die Nachprüfung der administrativen Entscheidung nach einer besonderen Zuständigkeitsverteilung. So führen die Überprüfung des Vergabeverfahrens in erster Instanz die Vergabekammern, wobei die Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden (wie auch durch die Rechnungshöfe) unberührt bleiben (§ 155 GWB), und in zweiter Instanz die Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten durch. Auf Bundesebene besteht eine Vergabekammer, die beim Bundeskartellamt angesiedelt ist, und für Vergaben durch die Länder und die ihnen zuzurechnenden Einheiten, existieren entsprechende Vergabekammern auf Landesebene (§ 156 GWB). Da die Vergabekammern des Bundes und der Länder vollständig der Exekutive im organisatorischen Sinne zugeordnet sind[996] und als Verwaltungsbehörden gelten[997], stellt sich die Frage, inwiefern die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen in erster Instanz als Gerichte gelten. Denn Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 47 GrCh sichern die Einrichtung eines Rechtsschutzes durch ein

996 Siehe zur Auflistung der zuständigen Vergabekammern der Länder: *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 158 Anhang 2.

997 *Neun*, in: Gabriel/Krohn/ders., Handbuch Vergaberecht, § 40 Rn. 10. Vgl. BGH, 9.12.2003 – X ZB 14/03, NZBau 2004, S. 285, 286; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 168 Rn. 72; *Lux*, VergabeR 2010, S. 899, 900; *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 157 Rn. 2; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 157 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gericht.[998] Dementsprechend gelten die entwickelten Rechtsschutzmaßstäbe auch nur für Gerichte in deren Sinne.

a. Erste Instanz: Vergabekammern als Gerichte?

Ob die Vergabekammern Gerichte darstellen, hängt davon ab, welcher Gerichtsbegriff zugrunde gelegt wird. Der nationale und unionsrechtlich autonome Gerichtsbegriff sind nämlich nicht deckungsgleich.[999]

aa. Nationaler Gerichtsbegriff

Es ist fraglich, inwiefern die Mitglieder der Vergabekammern als unabhängig gelten. Nach dem nationalen Verständnis zeichnet sich ein Gericht dadurch aus, dass die Richter organisatorisch selbstständig, persönlich und sachlich unabhängig sowie unparteiisch gegenüber den Verfahrensbeteiligten sind.[1000] Für die sachliche Unabhängigkeit der Mitglieder der Vergabekammer sprechen § 157 Abs. 1 GWB, nach dem die Vergabekammern ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung ausüben und § 157 Abs. 4 S. 2 GWB, nach dem die Mitglieder der Kammer unabhängig entscheiden und nur dem Gesetz unterworfen sind. Daraus folgt die Weisungsfreiheit der Mitglieder der Vergabekammer.[1001] Eine im deutschen Sinne persönliche und organisatorische Unabhängigkeit der Vergabekammern besteht allerdings nicht. Persönliche Unabhängigkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 2 GG meint, dass der Richter ohne seinen Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und aufgrund gesetzlicher Vorgaben und Gründe versetzt oder seines Amtes enthoben werden kann[1002]. Das GWB regelt nur die verbindliche Festlegung der Amtszeit auf fünf Jahre in § 157 Abs. 4 S. 1 GWB. Allein aus der Festlegung der Amtszeit auf fünf Jahre lässt sich nicht schließen, dass die Mitglieder für diesen Zeitraum nicht aus anderen

998 Vgl. auch BT-Drs. 13/9340, S. 12 (rechte Spalte).
999 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., aa.
1000 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., a., b., aa.
1001 Auch: BT Drs. 13/9340, S. 17 (Spalte links).
1002 BVerfGE 4, 331 (344 f.); 14, 56 (70); 18, 241 (255); 27, 312 (322); 42, 206 (209); 87, 68 (85). Zur Verortung der persönlichen Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 2 GG: *Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer*, Staatsrecht I, S. 245; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 97 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gründen unabsetzbar wären.[1003] Eine Abberufung, Versetzung oder ähnliches dürfen aber nur aufgrund einer richterlichen Entscheidung ergehen, um weiterhin die persönliche Unabhängigkeit der Richter zu gewährleisten. Zwar enthält das GWB keine Vorgaben über die Versetzung und Abberufung der Mitglieder der Vergabekammer, doch ist § 157 Abs. 4 S. 1 GWB insofern nicht abschließend. Dementsprechend ist auf die Vorschriften des BBG und des BeamtStG zu verweisen, da zumindest der Vorsitzende und der hauptamtliche Beisitzer Beamte sein werden.[1004] Ein Rückgriff auf die Vorschriften des DRiG ist hingegen nicht möglich, da nach § 2 DRiG die Vorschriften nur für Berufsrichter gelten und ein Verweis im GWB auf das DRiG fehlt.[1005] Für die ehrenamtlichen Beisitzer kann § 86 VwVfG fruchtbar gemacht werden, der die Abberufung ehrenamtlich Tätiger bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vorsieht.[1006] BBG und BeamtStG sehen unter bestimmten Voraussetzungen die Abordnung, Versetzung und Zuweisung vor (§§ 27–29 BBG, §§ 14–15 BeamtStG). Weder im BBG und im BeamtStG noch im VwVfG ergeht die Abberufung von der Tätigkeit allerdings durch richterliche Entscheidung, so dass die Voraussetzungen des Art. 92 Abs. 2 GG nicht erfüllt sind und die Mitglieder der Vergabekammer keine persönliche Unabhängigkeit genießen.[1007]

Außerdem zeichnet sich die Richtereigenschaft durch eine organisatorische Selbstständigkeit aus. Das bedeutet, dass sich der Spruchkörper, der aus Richtern besteht, vollständig von Einrichtungen der exekutiven oder legislativen Gewalt abgrenzen lassen kann.[1008] In dieser Voraussetzung kommt das rechtsstaatliche Ziel der Gewaltenteilung zum Tragen. Eine organisatorische Selbstständigkeit weisen die Vergabekammern allerdings nicht auf, da die Vergabekammern den Ministerien oder den Mittelbehörden eingegliedert sind und jene auch die Infrastruktur der exekutiven

1003 Vgl. zur Annahme der persönlichen Unabhängigkeit allein auf Grundlage von § 157 Abs. 4 S. 1 GWB: *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 157 Rn. 7; *Neun*, in: Gabriel/Krohn/ders., Handbuch Vergaberecht, § 40 Rn. 10; *Steck*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 157 Rn. 56. Wohl auch *Stockmann*, der von einer »Unabsetzbarkeitsgarantie« spricht. Siehe: *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 157 Rn. 6.

1004 *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 143.

1005 Vgl. auch *Horn/Graef*, NZBau 2022, S. 142, 143.

1006 *Steck*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 157 Rn. 59.

1007 Im Ergebnis auch: *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 144.

1008 *Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 92 Rn. 12, 15; *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 92 Rn. 68. Vgl. zur Trennung von Justiz und Verwaltung: BVerfGE 10, 200 (215 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Einheiten nutzen.[1009] Insofern lassen sich die Vergabekammern nicht vollständig von der exekutiven Gewalt abgrenzen lassen. Folglich sind Vergabekammern keine Gerichte i.S.v. Art. 92 GG, da sie weder persönlich noch organisatorisch unabhängig sind.[1010] Vielmehr handelt es sich bei ihnen – wie auch der deutsche Gesetzgeber sie einordnet – um lediglich »gerichtsähnliche Instanz[en]«[1011].

bb. Unionsrechtlicher Gerichtsbegriff

Fraglich ist, ob in Anbetracht des Unionsrechts etwas anderes gilt. Unter anderem für die deutschen Vergabekammern hat der EuGH deren Gerichtsqualität bejaht.[1012] Der unionsrechtliche Unabhängigkeitsbegriff weist einen internen und einen externen Aspekt auf. Der externe Aspekt der Unabhängigkeit erfordert, dass der Richter und die entscheidende Stelle vor Interventionen und Druck von außen im Hinblick auf die Entscheidungsfindung und das Entscheidungsergebnis geschützt sind.[1013] Die Entscheidungsträger sollen folglich ohne hierarchische Abhängigkeit oder Unterordnung ihre Tätigkeit ausüben können. Der interne Aspekt der Unabhängigkeit erfordert als Unparteilichkeit einen gleichen Abstand zu den Prozessbeteiligen, also Sach-

1009 *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 143. Mit der Anpassung des deutschen Vergaberechts an das EU-Richtlinienpaket zur öffentlichen Auftragsvergabe aus dem Jahr 2014 hat sich im Hinblick auf die Vorschriften über die Nachprüfungsbehörden kaum etwas geändert. S. dazu BT-Drs. 18/6821, S. 134 ff.

1010 Auch: OLG Karlsruhe, 19.11.2007 – 17 Verg 11/07, juris Rn. 4; OLG Rostock, 2.7.2008 – 17 Verg 2/08, ZfBR 2008, S. 828, 830; OLG Brandenburg, 7.8.2008 – Verg W 11/08, openJur 2012, 9066.

1011 BT Drs. 13/9340, S. 20 (Spalte rechts). Vgl. auch für die Vergabeüberwachungsausschüsse i.S.d. § 57c HGrG a. F.: *Schulze-Fielitz*, Dreier, GG, Art. 92 Rn. 55.

1012 EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 – ECLI:EU:C:2014:2235 Rn. 22 f. (Bundesdruckerei GmbH). Schon früh hat der EuGH für Vergabenachprüfungsinstanzen in Österreich deren Gerichtseigenschaft anerkannt, die zu dem Zeitpunkt der Entscheidung zwar als unabhängig und weisungsfrei galten, aber Verwaltungsbehörden waren. S. dazu: EuGH, 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 26 f. (HI); *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht, S. 196. Seit dem 1.1.2014 existieren die Vergabekontrollsenate nicht mehr. Stattdessen übernehmen die Verwaltungsgerichte die Nachprüfung der Vergabeentscheidungen. Zur Gerichtsqualität polnischer Vergabenachprüfungsstellen: EuGH, 13.12.2012 – C-465/11 – ECLI:EU:C:2012:801 Rn. 17 f. (Forposta SA).

1013 EuGH, 19.9.2006 – C-506/04 – ECLI:EU:C:2006:587 Rn. 51 (Wilson); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 63 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 72 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichkeit und Neutralität der Spruchkammer.[1014] Beide Aspekte erfordern das Bestehen von Regelungen über »die Zusammensetzung der Einrichtung, die Ernennung, die Amtsdauer und die Gründe für Enthaltung, Ablehnung und Abberufung«[1015] der Mitglieder. Die Unabhängigkeit ist ferner beeinträchtigt, wenn der Eindruck entsteht, Maßnahmen werden als Mittel zur politischen Kontrolle der Entscheidungen genutzt.[1016]

Der interne Aspekt der Unabhängigkeit ist bei den Vergabekammern geschützt, da die Vergabekammern nach § 157 Abs. 1 GWB ihre Tätigkeit unabhängig ausüben und die Mitglieder der Vergabekammern nach § 157 Abs. 4 S. 2 GWB unabhängig entscheiden und nur dem Gesetz unterworfen sind, mithin weisungsfrei agieren (vgl. § 62 Abs. 1 S. 3 BBG).

Der externe Aspekt der Unabhängigkeit speist sich für die Vergabekammer aus mehreren Gründen. Zwar ist die Amtszeit der Mitglieder der Vergabekammern nach § 157 Abs. 4 S. 1 GWB auf fünf Jahre beschränkt und auch die Länder, die abweichende landesrechtliche Vorgaben getroffen haben, haben die Amtszeit zeitlich begrenzt.[1017] Der Grundsatz der Unabsetzbarkeit schließt allerdings nicht aus, dass eine Amtszeit begrenzt ist.[1018]

1014 EuGH, 19.9.2006 – C-506/04 – ECLI:EU:C:2006:587 Rn. 52 (Wilson); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 65 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 73 (Kommission/Polen).

1015 EuGH, 19.9.2006 – C-506/04 – ECLI:EU:C:2006:587 Rn. 53 (Wilson); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 66 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 74 (Kommission/Polen).

1016 EuGH, 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 67 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 77 (Kommission/Polen).

1017 Eine Begrenzung auf fünf Jahre haben getroffen: Baden-Württemberg (§ 1 Abs. 3 S. 1 Verordnung der Landesregierung über die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge), Berlin (§ 3 Abs. 2 Verordnung zur Regelung von Organisation und Zuständigkeiten im Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge); Brandenburg (§ 3 Abs. 2 Verordnung über die Nachprüfungsbehörden); NRW (§ 2 Abs. 4 S. 2 Verordnung über Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer); Rheinland-Pfalz (§ 1 Abs. 3 S. 1 Landesverordnung über die Nachprüfungsbehörden für die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen); Saarland (§ 2 Abs. 3 S. 2 Verordnung über die Regelung der Nachprüfungsverfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen im Sinne von § 106 des GWB); Sachsen (§ 2 Abs. 4 S. 1 Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Errichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaates Sachsen). Keine expliziten Vorgaben haben getroffen: Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

1018 EuGH, 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 76 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Explizite Vorschriften für die Abberufung der Mitglieder der Vergabekammer enthält das GWB nicht, insofern lassen sich die allgemeinen Vorschriften des BBG (bzw. der entsprechenden Landesbeamtengesetze) heranziehen. Das BBG und das BeamtStG sehen unter bestimmten Voraussetzungen die Abordnung, Versetzung und Zuweisung vor (§§ 27–29 BBG, §§ 14–15 BeamtStG). Längere Abordnungen oder Abordnungen zu einem anderen Dienstherrn, wie auch die Versetzung zu Stellen mit einem niedrigeren Endgrundgehalt bedürfen der Zustimmung des Beamten. Nur in den umrissenen Fällen der §§ 27–29 BBG, §§ 14–15 ist es möglich, die Beamten ohne ihre Zustimmung aus den Vergabekammern zu entfernen. Im Ergebnis können die Mitglieder der Vergabekammer daher unter Umständen gegen ihren Willen abberufen werden.[1019] Aus den Regelungen folgt allerdings nicht, dass sie für eine politische Kontrolle der Mitglieder der Vergabekammer genutzt werden. Auf die Zustimmung des Beamten wird lediglich verzichtet, wenn alte und neue Stelle gleichwertig sind, die Abordnung innerhalb der Stelle erfolgt oder von kurzer Dauer ist. Ohne Zustimmung lässt sich der Beamte daher zumindest nicht vollständig aus dem Dienst entfernen. Dementsprechend stehen die beamtenrechtlichen Vorschriften der externen Unabhängigkeit der Vergabekammern nicht entgegen.

Regelungen für die Zusammensetzung und Ernennung der Mitglieder der Vergabekammern enthält das GWB. Die Einrichtung der Bundesvergabekammer und die Ernennung ihrer Mitglieder obliegt nach § 158 Abs. 1 GWB dem Präsidenten des Bundeskartellamtes. Bei der Auswahl muss der Präsident die fachliche Qualifikation der Mitglieder gem. § 157 Abs. 2 GWB berücksichtigen. Die Einrichtung der Landesvergabekammern und die Ernennung deren Mitglieder übernehmen nach § 158 Abs. 2 GWB die nach Landesrecht zuständigen Stellen oder, sofern keine Regelung getroffen wurde, die Landesregierung. Damit existieren eine Reihe an Vorschriften, die die Zusammensetzung der Spruchkammer gesetzlich regeln, ohne dass der Eindruck entsteht, die Mitglieder der Vergabekammer unterlägen einer politischen Kontrolle. Dementsprechend sind die deutschen Vergabekammern auch unabhängig im Sinne des externen Aspekts.

1019 A.A. *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 158 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Ergebnis sind damit die deutschen Vergabekammern trotz ihrer formellen Erscheinung als Verwaltungsbehörden und organisatorischen Eingliederung in die Exekutive Unionsgerichte im funktionalen Sinne.[1020]

cc. Zwischenergebnis

Vergabekammern gelten aufgrund ihrer organisatorischen Abhängigkeit von der Exekutive nicht als Gerichte i.S.v. Art. 92 GG. Stattdessen sind sie Teil der öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG, gegen deren Entscheidungen entsprechender Rechtsschutz gewährt werden muss. Da die Vergabekammern aber als Unionsgerichte im funktionalen Sinn in den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV fallen, müssen sie der Rechtsschutzgarantie des Art. 47 GrCh genügen, was die Pflicht zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes umfasst.[1021] Das bedeutet wiederum, dass die Maßstäbe des Art. 47 GrCh auch für die Prüfung durch die Vergabekammern im Anwendungsbereich des Unionsrechts gelten. Im Hinblick auf das hier vertretene horizontale Autonomieverständnis bedeutet das, dass aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts die Entscheidungen der Vergabekammer als funktionale Unionsgerichte den Autonomiebereich administrativer Einrichtungen begrenzen können. Denn nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Die Entscheidung ergeht in Form eines Verwaltungsakts (§ 168 Abs. 3 S. 1 GWB), an den die staatliche Stelle gebunden ist.

b. Zweite Instanz: Oberlandesgerichte

Im Fall der sofortigen Beschwerde entscheidet nach § 171 Abs. 3 S. 1 GWB das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht über den Rechtsstreit im Nachprüfungsverfahren. Bei den Oberlandesgerichten handelt es sich um Gerichte i.S.d. Art. 92 GG und Unionsgerichte im funk-

1020 Im Ergebnis auch: *Chen*, Vergaberechtsschutz, S. 311. Vgl. auch *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 143 f.

1021 Vgl. EuGH, 27.2.2018 – C-64/16 – ECLI:EU:C:2018:117 Rn. 37 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 52 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 55 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionalen Sinn. Folglich sind diese Ausprägung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und des Art. 47 GrCh.[1022]

3. Vorliegen einer normativen Ermächtigung zur administrativen Letztentscheidung?

Da also grundsätzlich für jegliche Formen der Bedarfsdeckung der Kontrollmaßstab des Art. 19 Abs. 4 GG gilt, müssen sich Ausnahmen von der lückenlosen Kontrolle, wie bei der Beschaffungsautonomie, rechtlich begründen lassen. Derartige Letztentscheidungsbefugnisse lassen sich durch eine systematische und teleologische Auslegung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramms ermitteln.[1023] Die Auslegung muss einen hinreichend gewichtigen Sachgrund hervorbringen, der den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes einschränken kann.[1024] Da die Bedarfsdeckung an die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe anschließt, bietet sich die Aufgabennorm als ein zugrundeliegendes Normenprogramm an (a.). Daneben existieren Normen mit Bedarfsbezug (b.). Ferner lassen sich das Haushaltsrecht (c.) und das unionsrechtlich geprägte Vergaberecht (d.) als Normkomplexe heranziehen, die formelle Vorgaben an die Beschaffung stellen.

a. Aufgabennorm

Die Bedarfsdeckung knüpft an die Erfüllung von staatlichen Aufgaben an. Staatliche Aufgaben sind solche, die sich der Staat gesetzlich zugewiesen hat.[1025] Da der Staat zum funktionsfähigen Selbsterhalt verpflichtet ist, muss er sich in einem Zustand halten, die Aufgaben erfüllen zu können. Das bedeutet, er muss für die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Mittel sorgen und seinen Bedarf in einer der Aufgabenerfüllung geeigneter Weise definieren. Folglich bietet die Aufgabennorm das der Entscheidung zugrundeliegende Normenprogramm für die Bedarfsdeckung. Dementsprechend wäre eine gerichtliche Kontrolle der staatlichen Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung am Maßstab der Aufgabennorm auf die Eignung der begehrten Leistung grundsätzlich möglich.

1022 Vgl. auch BT-Drs. 13/9340, S. 12 (rechte Spalte).
1023 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., cc.
1024 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., cc.
1025 S. Teil 1, Kap. 1, B., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die konkrete Aufgabenerfüllung kann allerdings nicht kontrolliert werden, denn in der Aufgabennorm liegt die normative Ermächtigung für eine administrative Letztentscheidung über die anschließende Bedarfsdeckung. In der gesetzlichen Zuweisung der Aufgabe liegt für die Verwaltung die Befugnis begründet, eine verbindliche Letztentscheidung über die konkreten Eigenschaften der begehrten Leistung zu treffen, welche nicht weiter durch die Gerichte kontrolliert werden können. Dies ergibt sich aus einer Auslegung der zugrundeliegenden Aufgabennormen. Eine Aufgabennorm ist eine Handlungsnorm[1026]; sie weist den Staat an, in einem bestimmten Bereich – dem Aufgabenbereich – mit dem Ziel der Aufgabenerfüllung zu handeln. Definiert die staatliche Stelle ihren Bedarf an Gütern und Dienstleistungen und entscheidet sich für eine Beschaffung oder Eigenfertigung, trifft die staatliche Stelle gleichsam eine Entscheidung über die Art und Weise der Aufgabenerfüllung. Wie und mit welchen Mitteln die staatlichen Stellen ihre Aufgaben erfüllen wollen, ist aber durch die Gerichte allein anhand der Aufgabennorm nicht zu kontrollieren, denn die Aufgabennorm, als manifestierter Wille des Gesetzgebers, lässt die Wahl der Mittel und Formen offen.

Diese systematische Auslegung wird unterstützt durch funktionell-rechtliche Gründe. Die Aufgabennorm gibt nur einen groben Zielmaßstab vor, welcher mit vielen Mitteln in unterschiedlicher Güte erreicht werden kann. Es gibt für die zugrundeliegende staatliche Aufgabe nicht die eine objektiv-beste Lösung und häufig stehen mehrere mögliche Varianten zur Auswahl, um den Grundbedarf zu decken.[1027] Bspw. besteht zur Sicherung der Verkehrswege im Winter die Möglichkeit, zwischen Streusalz, aber auch salzfreien Alternativen, wie Sand oder Kies auszuwählen. Ferner muss anhand des zu erwartenden Aufwands die benötigte Menge bestimmt werden. Bei der Entscheidung über die Aufgabenerfüllung trifft die staatliche Stelle dann eine planerische Prognoseentscheidung, denn es muss zum einen berücksichtigt werden, in welchem Umfang in der Zukunft die Aufgabe erfüllt werden muss, welche öffentlichen Interessen berührt sind und zum anderen wie der Staat insgesamt ausgestattet sein muss, um funktionsfä-

1026 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 33; *Franzius*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 4 Rn. 2 ff. Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnormen: *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 516–518; *Hesse*, in: FS H. Huber, S. 261, 269.

1027 Zum Ablauf des Bedarfsdeckungsprozesses: Teil 1, Kap. 1, D.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hig zu bleiben. Im Zuge dessen muss die Verwaltung den Bestand der verfügbaren Ressourcen, aber auch die vorhandenen Fähigkeiten des mit der Leistung in Berührung kommenden Personals berücksichtigen. Für die Aufgabenerfüllung im Einzelnen kann die beschaffende Stelle teilweise auf Erfahrungswerte der vergangenen Jahre zurückgreifen.[1028] Insbesondere bei wiederkehrenden Bedarfen besteht ein über die Jahre gewachsener Erfahrungsschatz im Hinblick auf die Nutzung von Gütern und Dienstleistungen. Bezogen auf die Aufgabe der Sicherung von Verkehrswegen muss die beschaffende Stelle unter anderem berücksichtigen, wieviel Streumaterial noch vorhanden ist, wieviel Streumaterial in Zukunft voraussichtlich benötigt wird, welches Material verwendet werden soll und womöglich sogar, welche Umwelt- und Klimaauswirkungen die Verwendung bestimmter Streumaterialien zur Folge hat. Da der Einsatz der Streumaterialien von den Witterungsverhältnissen abhängt, die nicht im Einzelnen genau vorhergesagt werden können, muss die staatliche Stelle planerisch-schätzend tätig werden. Die zur Aufgabenerfüllung verpflichtete Stelle kann folglich im Grunde am besten ermitteln, wie sie die Aufgabe erfüllen kann. Das umschließt auch die Entscheidung darüber, ob eine Leistung am Markt eingekauft werden soll oder mithilfe eigener Dienststellen erstellt werden soll. Derartige Wertungen können nicht durch die Gerichte kontrolliert werden, denn eine gerichtliche Kontrolle würde i.S.d. Gewaltenteilungsprinzips kein »besseres« Ergebnis liefern.

Im Übrigen geht allein von der Aufgabennorm und dem Handeln der Verwaltung, das sich auf sie stützt, keine ernsthafte Relevanz für die Grundrechte der Bürger aus, denn die Aufgabennorm beschreibt zwar einen Zuständigkeitsbereich des Staates, ermächtigt aber nicht zum Eingriff in grundrechtliche Schutzbereiche.[1029] Die einzelfallabhängige Art und Weise der Aufgabenerfüllung ist damit nicht am alleinigen Maßstab der Aufgabennorm justiziabel. Dementsprechend lässt sich anhand der Aufgabennorm nicht kontrollieren, ob ein anderes unter gleich geeigneten Mitteln für die Aufgabenerfüllung besser gewesen wäre.

1028 *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 174.

1029 Zur Abgrenzung zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen: *Schoch*, JuS 1994, S. 391, 396; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 43 ff.; § 3 Rn. 1 f. Zur grundrechtlichen Betroffenheit als ein Indiz gegen eine administrative Letztentscheidungsbefugnis: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., dd.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Normen mit Bedarfsbezug

Außervergaberechtliche Normen mit Bedarfsbezug schränken den Eigenbereich der Verwaltung bei der Definition des staatlichen Bedarfs zumindest teilweise ein.[1030] Fraglich bleibt dabei, inwieweit die Vorgaben der Normen mit Bedarfsbezug in der Phase der Bedarfsanalyse und -planung gerichtlich zu kontrollieren sind. Normen mit Bedarfsbezug sind als gesetzliche Vorschriften grundsätzlich vollständig justiziabel. Dabei liegen administrative Letztentscheidungsbefugnisse weniger in der geringen Regelungsdichte der geforderten Berücksichtigung ökologischer Belange bei der staatlichen Entscheidungsfindung (wie bspw. § 13 Abs. 1 KSG) begründet, als vielmehr in der Schwierigkeit, gerichtlich zu bestimmen, was eine vorzugswürdige Leistung ist (vgl. § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG und § 13 Abs. 2 KSG), und in der Abhängigkeit der Erreichung der Mindestziele von zukünftigen Beschaffungen (§ 5 SaubFahrzeugBeschG)[1031].

aa. Berücksichtigungspflichten

Ein Berücksichtigungsgebot, wie beispielsweise § 13 Abs. 1 KSG, welches die öffentliche Hand bei Planungen und Entscheidungen zur Berücksichtigung der ökologischen Auswirkungen ihres Handelns und zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen verpflichtet, ist grundsätzlich vollständig durch die Gerichte zu kontrollieren. Das bedeutet allerdings nur, dass das staatliche Handeln daraufhin zu kontrollieren ist, ob der Klimaschutz zumindest in der Entscheidung *berücksichtigt* wurde.[1032] Insofern beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle inhaltlich auf das Vorliegen entsprechender Erwägungen. Das Ergebnis der Bedarfsdefinition verbleibt dem administrativen Eigenbereich.

1030 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 1., b.
1031 Zur materiellen Reichweite des SaubFahrzeugBeschG: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., c.
1032 BVerwG, 4.5.2022 – 9 A 7.21, juris Rn. 85; *Kment*, NVwZ 2020, S. 1537, 1544; *Schink*, in: Frenz, Klimaschutzrecht, KSG, § 13 Rn. 23, 25; *Scharlau/von Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/ Klinski/Sina*, NVwZ 2020, S. 1, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb. Bevorzugungspflichten

Dasselbe gilt für Bevorzugungspflichten, wie sie § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG und § 13 Abs. 2 KSG statuieren. Derartige Bevorzugungspflichten werden im Beschaffungsprozess zu zwei Zeitpunkten relevant: zuerst in der Analyse- und Planungsphase, wenn die staatliche Stelle ihren Bedarf definiert und dazu zwischen verschiedenen Möglichkeiten abwägen muss. Erfolgt im Anschluss daran ein Vergabeverfahren, verpflichtet die Bevorzugungspflicht den Staat bei Erteilung des Zuschlages zur Bevorzugung des den Kriterien eher entsprechenden Angebots. So sind nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG solche Erzeugnisse mit ökologisch-nachhaltigen Eigenschaften, wie einer ressourcenschonenden Herstellung oder Langlebigkeit und Reparaturfreundlichkeit zu bevorzugen. Da die Beschaffungsautonomie den Entscheidungsspielraum in Analyse- und Planungsphase betrifft, ist nur die Justiziabilität der ersten Auswahlentscheidung von Interesse. Während § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG im Hinblick auf die Erteilung des Zuschlags vollständig justiziabel ist,[1033] ist keine gerichtliche Kontrolle daraufhin zu unternehmen, ob die öffentliche Hand eine womöglich nachhaltigere Alternative hätte wählen können, um ihren Bedarf zu definieren. Das gilt ebenso für die im KSG festgelegte Bevorzugungspflicht. Wenn mehrere Möglichkeiten, also mehrere Leistungen als Bedarfsdefinition in Betracht kommen, ist der Bund nach § 13 Abs. 2 S. 2 KSG verpflichtet, derjenigen Möglichkeit den Vorzug zu geben, die die Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus zu den geringsten Kosten mindert. Bei zwei vergleichbaren Leistungen kann also eine gerichtliche Kontrolle darauf erfolgen, ob die nachhaltigere Lösung gewählt wurde.

Beiden Vorschriften ist allerdings eine administrative Letztentscheidungsbefugnis hinsichtlich der Bestimmung der begehrten Leistung nach ihrer Verkehrsauffassung immanent. Eine Kontrolle würde nämlich erfordern, dass es eine objektiv geeignetste und nachhaltigste Lösung für die jeweilige Aufgabe gäbe. Welche Leistung sich allerdings am besten eignet, ist von der zugrundeliegenden Aufgabe abhängig und wird individuell von zahlreichen tatsächlichen Faktoren beeinflusst. Dazu gehören bspw. die schon vorhandene Ausstattung der staatlichen Stelle, wie lange der Gegenstand genutzt werden kann und muss und, insb. für Beschaffungen im Anwendungsbereich des KrWG, der tatsächliche Einzugsbereich und die zurückzulegenden Strecken zur Abfallentsorgung. Ferner ließe sich

1033 *Dippel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, KrWG § 45 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

absolut betrachtet immer eine nachhaltigere Lösung finden. Eine Kontrolle daraufhin, ob eventuell eine bessere, umweltfreundlichere Alternative zur Aufgabenerfüllung gewählt hätte werden können, ist in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramm allerdings nicht angelegt. Eine gerichtliche Kontrolle würde in diesem Fall keinen »rechtlichen Mehrwert« schaffen, sondern lediglich die administrativen Wertungen durch gerichtliche Wertungen ersetzen. Damit liegt in der Bevorzugungspflicht die normative Ermächtigung, abschließend über die Leistung nach Art ihrer Verkehrsauffassung zu entscheiden.

Auf alternative Lösungen ist die administrative Entscheidung nicht zu kontrollieren. Dies ist auch im Hinblick auf die Beeinträchtigung etwaiger Grundrechte nicht notwendig, da das KSG keine subjektiven Rechte begründet (§ 4 Abs. 1 S. 10 KSG) und § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG Rechtsansprüche Dritter ausschließt, welche für eine gerichtliche Kontrolle sprechen können.[1034]

cc. Befolgungspflichten

Befolgungspflichten sind grundsätzlich vollständig gerichtlich zu kontrollieren. Die Mindestziele im SaubFahrzeugBeschG sind gesetzliche Maßstäbe, die auf ihre Einhaltung hin gerichtlich überprüft werden können. Die Besonderheit beim SaubFahrzeugBeschG liegt jedoch darin, dass die nach § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG verpflichtend einzuhaltenden Mindestziele eine über einen bestimmten mehrjährigen Zeitraum festgelegte Gesamtzahl betreffen. So lässt sich die Erreichung der Mindestziele erst aus einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Neubeschaffungen innerhalb des Referenzzeitraumes ermitteln.[1035] Dementsprechend ist keine individuelle

1034 Vgl. auch *Siegel*, NZBau 2022, S. 315, 318; ders., VergabeR 2022, S. 14, 20 f. In Verbindung mit dem Vergaberecht (§ 97 Abs. 6 GWB) differenzierend: *Braun*, NZBau 2021, S. 707, 709. Zur Feststellung, dass die Wahrscheinlichkeit der Zulässigkeit einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis mit Zunahme der grundrechtlichen Betroffenheit durch die Entscheidung sinkt: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., dd.

1035 Insofern ist die Aussage der VK Bund vom 20.1.2022 – VK 2–135/21, S. 22 missverständlich, wonach sich aus den Mindestzielen des SaubFahrzeugBeschG nicht ergebe, »dass jeder Beschaffungsvorgang von Nutzfahrzeugen des Bundes davon umfasst wird«. Das SaubFahrzeugBeschG findet auf jede Neubeschaffung eines Fahrzeugs mit Ausnahme der in § 4 SaubFahrzeugBeschG angeführten Fälle Anwendung.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Überprüfung der einzelnen Beschaffungsentscheidung möglich, da für eine richtige Kontrolle sämtliche (und auch zukünftige) Neubeschaffungen in der Summe betrachtet werden müssten.[1036] Jede Beschaffungsentscheidung für ein Fahrzeug, hält es sich im Rahmen der vorgegebenen Emissionsgrenzen oder nicht, hat Auswirkungen auf die Erreichung des Mindestziels. Zum einen ist also eine gerichtliche Kontrolle einer einzelnen Beschaffungsentscheidung am Maßstab der vorgegebenen Mindestziele praktisch äußerst schwierig. Zum anderen liegt der Einzelfallentscheidung ebenso ein gewichtiges planerisches und koordinatives Element zugrunde, was wiederum für eine administrative Letztentscheidungsbefugnis spricht. Indem der Gesetzgeber nur Mindestziele in einem Referenzzeitraum vorgibt, will er der Verwaltung gerade die Letztentscheidungsbefugnis über das Ob und Wann der Beschaffung sauberer Fahrzeuge übertragen. Denn bei der Erreichung der Mindestziele in einem Zeitraum stehen die Entscheidungen in Abhängigkeit zu anderen, zukünftigen Entscheidungen. Die Gerichte würden im Fall der gerichtlichen Kontrolle lediglich ihre Wertung an die Stelle der administrativen Entscheidung setzen.

Eine gerichtliche Kontrolle erfolgt auch nicht in dem Fall, wenn Mindestziele nicht mehr erreicht werden können.[1037] Dieser These liegt die Annahme zugrunde, dass sich ein Zeitpunkt verlässlich bestimmen ließe, zu dem die Mindestziele nicht mehr erreicht werden könnten. Da im Referenzzeitraum allerdings keine Höchstmenge an zulässigen Neubeschaffungen angegeben ist und die Mindestziele lediglich einen Prozentsatz an der Gesamtzahl, der im Referenzzeitraum neu beschafften Fahrzeuge angeben, können bis zum Ablauf der Referenzzeiträume Anteile variieren. Im Extremfall könnte die Stelle angesichts der drohenden Unterschreitung des Mindestziels vermehrt saubere Fahrzeuge beschaffen, um die Anteile auszugleichen, was allerdings dem übergreifenden Sinn und Zweck des SaubFahrzeugBeschG (dem Ziel einer nachhaltigen Verkehrswende) widersprechen würde und einen umgekehrten Effekt zur Folge hätte. Darüber hinaus würde eine plötzliche Kontrolle eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG derjenigen darstellen, die zu einem früheren Zeitpunkt keine gerichtliche Kontrolle in Anspruch nehmen konnten, so dass auch bei Neubeschaffungen, die in den Anwendungsbereich des SaubFahrzeugBeschG fallen, eine administrative Letztentscheidungsbefugnis vorliegt. Im Übrigen

1036 So auch: *Schröder*, NZBau 2021, S. 499, 503.
1037 So aber: *Schröder*, NZBau 2021, S. 499, 503.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

folgen aus dem SaubFahrzeugBeschG i.S.d. Schutznormtheorie keine subjektiven Rechte, sondern es verfolgt allgemeine politische Ziele,[1038] so dass eine reduzierte gerichtliche Kontrolle nicht den individuellen Rechtsschutz verkürzt.

c. Haushaltsrecht und Haushaltsgesetz

Grundsätzlich ist eine Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die Gerichte am Maßstab des Haushaltsrechts und des Haushaltsgesetzes möglich, denn das Haushaltsrecht und Haushaltsgesetz sind gesetzliche Grundlagen.[1039] Das Haushaltsrecht enthält allerdings keine gesetzlichen Vorgaben zur Definition des staatlichen Bedarfs oder der Beschaffungsentscheidung. Es existieren lediglich einige Normen, die die Beschaffung regulieren. § 55 BHO/LHO und § 30 HGrG legen generell die grundsätzliche Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung beim Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen fest. § 54 BHO/LHO regelt die Beschaffung von Baumaßnahmen und größerer Beschaffungs- und Entwicklungsvorhaben, § 63 BHO/LHO den Erwerb von Vermögensgegenständen und § 64 Abs. 3, Abs. 5 BHO/LHO den Erwerb von Grundstücken. All diese Normen legen formelle Verfahrensvoraussetzungen fest, die insbesondere in der Durchführungsphase zu befolgen sind. So dürfen beispielsweise Baumaßnahmen nach § 54 Abs. 1 BHO/LHO erst mit Vorlage der ausführlichen Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen begonnen werden. Dasselbe gilt nach § 54 Abs. 2 BHO/LHO für größere Beschaffungen und Entwicklungsvorgaben, welchen zwingend ausreichende Unterlagen zugrunde zu legen sind.

Diesen Vorschriften lässt sich keine Aussage hinsichtlich der Definition des Beschaffungsbedarfs, der Leistungsbestimmung oder aber der Beschaffungsentscheidung entnehmen. Das allein schließt aber nicht zwingend auf

1038 Vgl. *Siegel*, VergabeR 2022, S. 14, 18. In Bezug auf den bieterschützenden Charakter der Vorgängervorschrift § 68 VgV: *Zeiss*, NZBau 2012, S. 201, 205 f.; *Stockmann/Rusch*, NZBau 2013, S. 71, 78; *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 67 Rn. 26; *Fandrey*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV Rn. 4. A.A. *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 172–183, 183; *Schröder*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 68 VgV Rn. 54–57; *Knauff*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 68 Rn. 6.

1039 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 566; *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 60; vgl. *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine administrative Letztentscheidungsbefugnis. So mögen die BHO/LHO und das HGrG zwar keine expliziten Regelungen zur Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung enthalten, doch ist jede Definition des Bedarfs und jede Entscheidung über eine Beschaffung auch eine Wirtschaftlichkeitsentscheidung. Jede begehrte Leistung, ob sie durch eigene Stellen hergestellt oder von außerhalb eingekauft wird, muss mit öffentlichen Mitteln, die größtenteils durch Steuereinnahmen bereitgestellt werden, bezahlt werden. Demnach lassen sich Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung an den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG messen. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind als unbestimmte Rechtsbegriffe[1040] grundsätzlich gerichtlich kontrollierbar.

In der Praxis erfolgt eine gerichtliche Kontrolle am Maßstab von haushaltsrechtlichen Vorschriften allerdings nur selten.[1041] Dies liegt daran, dass die Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit (sog. Finanzkontrolle) nach Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 88 BHO, § 42 HGrG ausdrücklich dem Rechnungshof zugewiesen ist.[1042] In der rechtlichen Zuweisung der Aufgabe und Kompetenz an die Rechnungshöfe, die Haushalts- und Wirtschaftsführung der staatlichen Einrichtungen zu kontrollieren, liegt die systematische Begründung der administrativen Letztentscheidungsbefugnis gegenüber den Gerichten. Die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des administrativen Handelns wird durch die Zuweisung an den Rechnungshof und die Rechnungsprüfungsinstanzen bereits durch eine entsprechende Stellen kontrolliert, die den Sachverstand für finanz- und haushaltsrechtliche Fragen aufweisen.

Eine gerichtliche Kontrolle ist darüber hinaus auch nicht notwendig, denn das Haushaltsrecht gewährt dem Einzelnen keine Klage- und Kontrollrechte über den Vollzug des Haushaltsplans (vgl. § 3 Abs. 2 BHO/

1040 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 566; vgl. *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 19; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

1041 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 566.

1042 Dies gilt auch für die Bundesländer und die dazugehörigen Landesrechnungshöfe. Entsprechende Regelungen finden sich in: Art. 83 Abs. 2 BWVerf; Art. 80 Abs. 1 S. 2 BayVerf; Art. 95 Abs. 1 BerlVerf; Art. 105 Abs. 2, Art.107 Abs. 1 BrdbgVerf; Art. 133a BremVerf; Art. 71 Abs. 1 S. 1 HamVerf; Art. 144 HessVerf; Art. 67 Abs. 2 S. 1, Art. 68 MeckPVerf; Art. 70 Abs. 1 NVerf; Art. 86 Abs. 2 NRWVerf; Art. 120 Abs. 2 RhldPfVerf; Art. 106 Abs. 2 S. 3 SaarlVerf; Art. 100 Abs. 1 SachsVerf; Art. 97 Abs. 2, Art. 98 Verf LSA; Artt. 64, 65 SHVerf; Art. 103 Abs. 1, 3 ThürVerf.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

LHO).[1043] Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz dient nur dem öffentlichen Interesse und begründet keine subjektiv-rechtlichen Positionen für den Einzelnen.[1044] Folglich gibt es keine grundrechtlichen Positionen, die durch eine fehlende gerichtliche Kontrolle nicht durchgesetzt werden könnten und gegen eine administrative Letztentscheidungsbefugnis sprächen. Aus diesen organadäquanzzentrierten Erwägungen ergibt sich eine administrative Letztentscheidungsbefugnis, die zumindest gerichtlich kontrollfest ist. Welche Bedarfsdefinition die öffentliche Hand für wirtschaftlich hält und ob sie die Leistung beschaffen oder selbst fertigen möchte, ist damit nicht durch die Gerichte zu kontrollieren.

d. Vergaberechtliche Normen

Sofern neben Aufgabennormen und Haushaltsrecht keine weiteren Vorschriften die Grundlage der staatlichen Entscheidung bilden, verbleibt der Verwaltung im Hinblick auf die Qualität der gewünschten Leistung und die Beschaffungsentscheidung grundsätzlich eine Letztentscheidungsbefugnis. Leitet die Verwaltung im Folgenden allerdings ein Vergabeverfahren ein, ist am Maßstab des Vergaberechts eine Kontrolle der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung eingeschränkt möglich. In den Mittelpunkt rücken hier vor allem der Grundsatz der Chancengleichheit aus § 97 Abs. 2 GWB, das Wettbewerbsprinzip aus § 97 Abs. 1 GWB und das Gebot der produktneutralen Ausschreibung[1045]. Daneben existieren die Pflicht zur Gestaltung nach einem »Design für alle« (§ 121 Abs. 2 GWB), das Verbot eines ungewöhnlichen oder unzumutbaren Wagnisses (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A), Vorgaben über die Laufzeit von Verträgen[1046] und die Pflicht bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen, die höchste Energieeffizienzklasse zu fordern (§ 67 Abs. 1, Abs. 2 VgV).

Vielfache Begründung für die reduzierte Kontrolle der Beschaffungsautonomie ist, dass Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung dem

1043 *von Lewinski/Burbat*, in: dies., BHO, Vorb. vor Teil V Rn. 3.

1044 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 350 f.; *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 102; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

1045 § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7 Abs. 2 VOB/A, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A, § 24 Abs. 5 UVgO.

1046 S. Teil 2, Kap. 1, B. III., 3., a.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vergabeverfahren vorgelagert und daher vergaberechtlich nicht zu kontrollieren seien.[1047] Dieser Aussage ist nur bedingt zuzustimmen. Die Bedarfsdefinition lässt sich mittelbar anhand der Leistungsbeschreibung überprüfen, denn die Leistungsbeschreibung schafft in Teilen ein Abbild der Bedarfsdefinition und schuldrechtlichen Leistungsbestimmung.[1048] An der Leistungsbeschreibung öffnet sich damit die Möglichkeit der vergabegerichtlichen Kontrolle der Bedarfsdefinition und der Leistungsbestimmung auf die Einhaltung des Vergaberechts. Fraglich ist wiederum, wie dicht die gerichtliche Kontrolle zu erfolgen hat.

aa. Kontrolle der Bedarfsdefinition

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verbietet in der Leistungsbeschreibung den Verweis auf bestimmte Eigenschaften der Leistung, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder begünstigt werden, es sei denn der Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Ziel und Zweck des Gebots der produktneutralen Ausschreibung ist unter anderem die Sicherstellung des freien Warenverkehrs und eines funktionierenden Wettbewerbs.[1049] Letzteres umschließt die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer.[1050] Die Leistungsbeschreibung, die in Teilen die Bedarfsdefinition abbildet, darf nicht so gestaltet sein, dass sie von vorneherein nur auf einen Marktteilnehmer zugeschnitten ist und den Ausschluss anderer Marktteilnehmer zur Folge hat. Dies würde dazu führen, dass der Wettbewerb beeinträchtigt und andere Anbieter ungleich behandelt werden würden.

1047 Unter anderem st. Rspr. des OLG Düsseldorf: OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, BeckRS 2010, 6143; 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 27.6.2012 – VII Verg 7/12, BeckRS 2012, 15939; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, juris Rn. 36; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, juris Rn. 20; 31.5.2017 – VII-36/16, NZBau 2017, S. 623, 625.

1048 S. Teil 1, Kap. 1, E., III.

1049 EuGH, 10.5.2012 – C-368/10 – ECLI:EU:C:2012:284 Rn. 62 (Kommission/Niederlande); OLG Düsseldorf, 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 24.9.2014 – VII-Verg 17/14, NZBau 2015, S. 314, 318; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 49; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 19 Rn. 45.

1050 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 17, 26 ff; *Prieß*, NZBau 2004, S. 87, 92. S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 1., b. und Teil 2, Kap. 1, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung erfordert keine gerichtliche Kontrolle darauf, ob eine andere Leistung im Sinne ihrer Verkehrsauffassung zur Aufgabenerfüllung womöglich besser geeignet oder vernünftig wäre.[1051] Dies ergibt sich sowohl aus der geringen grundrechtlichen Relevanz der Entscheidung für eine begehrte Leistung – denn wie festgestellt, besteht kein Anspruch auf die Belieferung der öffentlichen Hand[1052] – als auch aus den Gesetzgebungsmaterialien zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (»VergRModG«) und einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (»VergRModVO«). In der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung zum VergRModG heißt es zu § 97 Abs. 1 GWB: »Durch die klarstellende Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit Blick auf die Anforderungen an das Vergabeverfahren wird das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nicht angetastet; dieser bestimmt auch weiterhin selbst, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht«[1053]. Ferner seien im Hinblick auf § 31 Abs. 6 VgV »Einschränkungen, die aus der Definition des Beschaffungsgegenstandes resultieren, […] grundsätzlich hinzunehmen«[1054]. Die Formulierung zeugt von dem Willen des Gesetzgebers, die Entscheidung über die Definition des Beschaffungsgegenstandes und die Auswahl der materiellen Eigenschaften, solange sie nichtdiskriminierend sind, letztverbindlich der Verwaltung zuzuweisen. Das bedeutet, dass der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis darüber zusteht, welche Leistung sie im Sinne ihrer Verkehrsauffassung besorgen möchte. Ob die öffentliche Hand zur Sicherung der Verkehrswege also bspw. Streusalz oder Streumittel aus Sand oder Kies beschaffen möchte, unterliegt keiner gerichtlichen Kontrolle. Erfolgt die Bedarfsdefinition allerdings in einer Weise, die andere Marktteilnehmer benachteiligt, ist die Entscheidung auf das Vorliegen einer relevanten Ungleichbehandlung und

1051 OLG Düsseldorf, 9.1.2013 – VII-Verg 33/12, VergabeR 2013, S. 599, 601; *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen, S. 287; a.A. OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736.

1052 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2., a. und b.

1053 BT-Drs. 18/6281, S. 68.

1054 BR-Drs. 87/16, S. 186. Auch wenn § 31 VgV, § 28 SektVO als Verordnungen durch den Verordnungsgeber und nicht den Gesetzgeber erlassen wurden, der allerdings als Einziger eine normative Ermächtigung ausweisen kann, lässt sich doch aus der Gesetzesbegründung zu den Grundsätzen der Vergabe der generelle Wille des Gesetzgebers filtern, die Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung nicht der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtfertigungsgründen zu kontrollieren.[1055] Der Gesetzgeber gestattet dem öffentlichen Auftraggeber nämlich eine produktspezifische Ausschreibung, wenn sie durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Damit räumt der Gesetzgeber dem öffentlichen Auftraggeber eine Differenzierungsmöglichkeit ein, aber keine Letztentscheidungsbefugnis in Bezug auf die Rechtfertigung. Wie tiefgehend die Rechtfertigung kontrolliert werden kann, ist eine Frage der materiellen Reichweite des Gebots der produktneutralen Ausschreibung[1056], die im Rahmen der Grenzen thematisiert wird.

Ferner ist die Pflicht zur Gestaltung nach einem »Design für alle« (§ 121 Abs. 2 GWB) vollständig durch die Gerichte zu kontrollieren. Das Gleiche gilt für die Pflicht bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen, die höchste Energieeffizienzklasse zu fordern (§ 67 Abs. 1, Abs. 2 VgV). Wenn die Laufzeit von Verträgen durch rechtliche Regelungen begrenzt ist, sind diese auch vollständig durch die Gerichte zu kontrollieren.

bb. Kontrolle der weiteren Leistungsbestimmung

Nach § 31 Abs. 3 VgV[1057] ist der Verwaltung ein gesetzlicher Spielraum eingeräumt, den Auftragsgegenstand mit qualitätsbezogenen, innovationsbezogenen, sozialen wie umweltbezogenen Merkmalen als auch mit solchen Merkmalen zu versehen, die Aspekte des Herstellungsprozesses oder eines Stadiums im Lebenszyklus betreffen. Die Auswahl insbesondere der Merkmale, die den Herstellungsprozess betreffen, ist Bestandteil der weiteren Leistungsbestimmung. Ebenso lassen sich Dienstleistungen mit weiteren Ausführungsbedingungen versehen (§ 121 Abs. 2 GWB), die als Teil der Leistungsbestimmung gelten. Derartige Merkmale sind vollständig gerichtlich darauf zu kontrollieren, ob sie in Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.[1058] Auch ist die schuldrechtliche Leistungsbestimmung vollständig auf das Verbot eines ungewöhnlichen oder unzumutbaren Wagnisses (§ 7 Abs. 1

1055 Zu den materiell-rechtlichen Grenzen des Gebots der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II.

1056 Zur unterschiedlichen Kontrolldichte von Art. 3 Abs. 1 GG als ein Fall der materiellen Dichte: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., aa.

1057 § 28 Abs. 3 SektVO, § 15 Abs. 2 KonzVgV.

1058 So auch in Bezug auf § 31 Abs. 3 VgV: VK Bund, 3.5.2017 – VK 2 – 38/17, S. 18 ff., die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zur Entlohnung unter anderem am Maßstab von § 31 Abs. 3 VgV prüft. *Prieß/Friton*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nr. 3 VOB/A, § 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A) zu kontrollieren.

III. Einfluss des Unionsrechts auf die staatliche Bedarfsdeckung

In bestimmten Konstellationen richtet sich die Kontrolle von Bedarfsdefinition, Beschaffungsentscheidung und Leistungsbestimmung auch nach dem Maßstab des Art. 47 GrCh.[1059] Es stellt sich die Frage, ob sich aus dem Unionsrecht weitergehende Anforderungen an die staatliche Bedarfsdeckung ableiten. Die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten spricht nicht *per se* gegen eine unionsrechtliche Regulierung der mitgliedstaatlichen Bedarfsdeckung und ihre Kontrolle. Die Verwaltungsautonomie liefert daher keine rechtliche Begründung für die Beschaffungsautonomie (1.). Stattdessen sind im Einzelnen die Grundlagen und Anforderungen eines unionalen Rechtsschutzes zu ermitteln (2.).

1. Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten?

Wie bereits festgestellt, engt unmittelbar anwendbares Unionsrecht als Teil der nationalen Rechtsordnung administrative Eigenbereiche aufgrund der Rechtsbindung ein und führt tendenziell zur Fremdsteuerung der staatlichen Stellen.[1060] Die Beschaffungsautonomie wird dennoch teilweise mit der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten begründet. Mangels bestehender Kompetenz zur Regelung der Verwaltungsverfahrens und der -organisation seien die Mitgliedstaaten autonom in ihrer Beschaffungsentscheidung.[1061] Das überzeugt nicht.

Prieß, VgV-Kommentar, § 31 Rn. 41; *Wagner-Cardenal*, in: Dieckmann/Scharf/ders., VgV/UVgO, § 31 Rn. 78. Dasselbe gilt für Vorgaben, die in einem Vergabeverfahren als Ausführungsbedingungen gefordert werden: *Ricken*, Entscheidungsspielräume, S. 318.

1059 Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 47 GrCh: Teil 1, Kap. 2, D., II., 1., b.

1060 Dazu, dass Unionsrecht aufgrund des Rechtsanwendungsbefehls i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG Teil der nationalen Rechtsordnung wird und an das die Verwaltung aufgrund des Vorrangs des Gesetzes dementsprechend gebunden ist: Teil 1, Kap. 2, C., III., 1.

1061 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 93. Vgl. in Bezug auf den »Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung« differenzierend: *Eisentraut*, EuZW 2022, S. 981, 983 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Begriff der Verwaltungsautonomie umschreibt das Kompetenzverhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union. Die Europäische Union ist zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts in einem Großteil der Fälle auf die Vollzugsorgane der Mitgliedstaaten angewiesen.[1062] Nur in wenigen Bereichen greift die Europäische Union auf eigene Vollzugsorgane zurück.[1063] Da die Europäische Union keine Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht besitzt,[1064] wenden die Mitgliedstaaten zum Vollzug des Unionsrechts das nationale Verwaltungsverfahrensrecht an und greifen auf die eigene Verwaltungsorganisation zurück. Wo keine unionsrechtlichen Bestimmungen existieren, spricht man vom sogenannten »Grundsatz« der Verfahrens-[1065] oder auch Verwaltungsautonomie[1066] der Mitgliedstaaten, nach dem die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts mangels organisatorischer oder prozessualer unionsrechtlicher Vorschriften das nationale Verfahrens- und Prozessrecht anwenden.[1067] So verbleibt mangels unionsrechtlicher Zuständigkeit auch die Kompetenz zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei den Mitgliedstaaten, was die Festlegung der Kontrolldichte der Gerichte umfasst.[1068] Bei jenem »Grundsatz« handelt es sich allerdings nur um eine heuristische Beschreibung und keine konstitutive

1062 Zum Fall des indirekten Vollzugs: *Augsberg*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 6 Rn. 14; *Hegels*, EG-Eigenverwaltungsrecht, S. 28, 31–34; vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/ders., Das Recht der EU, AEUV, Art. 291 Rn. 10.

1063 Zum Fall des direkten Vollzugs: *Augsberg*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 6 Rn. 14; *Hegels*, EG-Eigenverwaltungsrecht, S. 26, 29 f.

1064 *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 35 Rn. 32; *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 304 f.

1065 Erstmalig: EuGH, 7.1.2004 – C-201/02 – ECLI:EU:C:2004:12 Rn. 67 (Wells). Vgl. auch *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 302 f. m.w.N.

1066 Vgl. Art. 2 Abs. 1 KonzRL.

1067 EuGH, 21.9.1983 – C-205/82 – ECLI:EU:C:1983:233 Rn. 17 (Deutsche Milchkontor).

1068 EuGH, 14.12.1995 – C-312/93 – ECLI:EU:C:1995:437 Rn. 12 (Peterbroeck); 16.5.2000 – C-78/98 – ECLI:EU:C:2000:247 Rn. 31 (Preston); 19.9.2006 – C-392/04 – ECLI:EU:C:2006:586 Rn. 57 (i-21 Germany und Arcor); 13.3.2007 – C-432/05 – ECLI:EU:C:2007:163 Rn. 39 (Unibet); 8.5.2014 – C-604/12 – ECLI:EU:C:2014:302 Rn. 41 (H.N.); 13.12.2017 – C-403/16 – ECLI:EU:C:2017:960 Rn. 26 (El Hassani); 19.10.2017 – C-425/16 – ECLI:EU:C2017:776 Rn. 40 (Raimund); 28.2.2018 – C-518/16 – ECLI:EU:C:2018:126 Rn. 24 (ZPT); *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 459; *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, EUV, Art. 4 Rn. 102; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 577; *Schwarze*, NVwZ 2000, S. 241, 244; *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 35 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

negative Kompetenzabgrenzung.[1069] Aufgrund der Effektivität und des Vorrangs des Unionsrechts können nationale Verfahrens- und Organisationsstrukturen durch das Unionsrecht überlagert werden.[1070] Der Vorrang des Unionsrechts steht unter der Prämisse, dass eine supranationale Rechtsgemeinschaft nur funktionieren kann, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in allen Mitgliedstaaten gleich ausgelegt und angewendet werden.[1071] Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, nach dem die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen ergreifen, die aus den EU-Verträgen oder den Handlungen der Organe der EU ergeben. Wenn eine unionale Norm aufgrund bestehender innerstaatlicher Organisations- oder Verfahrensregelungen nicht zur Anwendung gelangen kann, verliert das Unionsrecht gleichsam an Effektivität.[1072] Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen die nationalen Verfahrens- und Organisationsvorschriften daher einen unionalen Sachverhalt nicht ungünstiger als einen nationalen Sachverhalt regeln (Äquivalenzprinzip) und die nationalen Regelungen dürfen die Ausübung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen (Effektivitätsprinzip).[1073] Zwar mag die Organisation der entsprechenden Stellen in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleiben, doch müssen die Mitgliedstaaten auch bei Ausübung dieser Zuständigkeit die unionsrechtlichen Verpflichtungen einhalten.[1074] Folglich kann das Unionsrecht auch Einfluss auf die nationale Verfahrens- und Organisationsstruktur entfalten.

Auch im Rahmen der Bedarfsverwaltung gilt der Vorrang des Unionsrechts. Besonders anschaulich sind hier die Grundfreiheiten, die zur Trans-

1069 *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 62 f.; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 314, 346; *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, S. 90 f.

1070 Vgl. auch *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 502 ff.

1071 EuGH, 5.2.1963 – C-26/62 – Slg. 1963, S. 3, 24 ff. (Van Gend en Loos); 15.7.1964 – C-6/64 – Slg. 1964, S. 1141, 1269 ff. (Costa/ENEL).

1072 Vgl. *Schroeder*, EuR 1999, S. 452, 453; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 308.

1073 Exemplarisch: EuGH, 14.12.1995 – C-312/93 – ECLI:EU:C:1995:437 Rn. 12 (Peterbroeck); 21.1.1999 – C-120/97 – ECLI:EU:C:1999:14 Rn. 32 ff. (Upjohn); 7.1.2004 – C-201/02 – ECLI:EU:C:2004:12 Rn. 67 (Wells); 13.3.2007 – C-432/05 – ECLI:EU:C:2007:163 Rn. 43 (Unibet); 15.4.2008 – C-268/06 – ECLI:EU:C:2008:223 Rn. 46 (Impact); 13.12.2017 – C-403/16 – ECLI:EU:C:2017:960 Rn. 26 (El Hassani); 19.12.2019 – C-752/18 – ECLI:EU:C:2019:1114 Rn. 33 f. (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern).

1074 EuGH, 15.7.2021 – C-791/19 – ECLI:EU:C:2021:596 Rn. 56 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

formation des deutschen Vergaberechts vom schlichten Haushaltsrecht zur Verfahrensordnung mit subjektiven Rechten beigetragen haben.[1075] Das bedeutet wiederum, dass die Beschaffungsautonomie kein konstitutiver Eigenbereich der mitgliedstaatlichen Verwaltungen ist, denn ein derartiger, absoluter Spielraum steht tendenziell der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts entgegen. Der staatliche Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung kann also durch das Unionsrecht überlagert werden. Dementsprechend lässt sich die Beschaffungsautonomie nicht allein mit der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten begründen. Wie weit die Beschaffungsautonomie des Staates im Kompetenzverhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union reicht, bemisst sich nach den einschlägigen unionsrechtlichen Maßstäben und ist im Einzelnen zu ermitteln.[1076]

2. Unionsrechtlich geforderte Intensität der gerichtlichen Kontrolle

Offen bleibt die Frage, ob sich aus dem Unionsrecht weitergehende Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle der Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung ergeben. Die Gewährleistungen eines unionsrechtlich geforderten Rechtsschutzes ergeben sich zum einen aus dem Grundsatz der notwendigen Effektivität des Unionsrechts als Verpflichtung an die Mitgliedstaaten (a.) und aus der subjektiv-rechtlichen Gewährleistung des Rechts auf einen effektiven Rechtsschutz, primär verankert in Art. 47 GrCh[1077]. Welche Vorgaben sich daraus für das nationale Rechtsschutzniveau ergeben, leitet sich aus der unionalen Rechtsschutzpraxis ab (b.).

a. Effektivität des Unionsrechts

Die unionalen Anforderungen an den Rechtsschutz ergeben sich aus dem Effektivitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV[1078] und aus Art. 19 Abs. 1

1075 Instruktiv: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 45–54.

1076 Zu den materiell-rechtlichen Grenzen der Beschaffungsautonomie: Teil 2.

1077 Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 47 GrCh: Teil 1, Kap. 2, D., III., 1., b.

1078 Ausdrücklich: EuGH, 19.10.2017 – C-425/16 – ECLI:EU:C2017:776 Rn. 40 f. (Raimund); *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, EUV, Art. 4 Rn. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

UAbs. 2 EUV, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die erforderlichen Rechtsbehelfe zur effektiven Durchführung und Durchsetzung des Unionsrechts zu schaffen. Übertragen auf den Rechtsschutz, dürfen die Regelungen mit Bezug zum Unionsrecht weder ungünstiger ausgestaltet sein als diejenigen Regelungen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln, noch die Ausübung der von der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.[1079] Wenn die Mitgliedstaaten also zum Vollzug von Unionsrecht verpflichtet sind, müssen sie gleichsam für einen effektiven Rechtsschutz sorgen.[1080] Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung erfolgen allerdings nicht in unmittelbarer Durchführung einer unionalen Pflicht, sondern allenfalls als notwendige Vorbedingung zur Durchführung dieser Pflichten. Daher wird weniger die Bedarfsdeckung als die konkrete (Nicht-)Erfüllung der unionalen Aufgabe Gegenstand einer unionalen Überprüfung sein. Relevant wird der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts dann, wenn durch die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung oder Beschaffungsentscheidung Unionsrecht, insbesondere die vergaberechtlichen Richtlinien und die Grundfreiheiten beeinträchtigt werden. Die Grundfreiheiten binden als unmittelbar wirksames Unionsrecht die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte.[1081] Dies gilt auch für das Vergabeprimärrecht, das aus den Grundfreiheiten folgt. Fragt der Staat beispielsweise eine spezielle Leistung nach, die aufgrund nationaler Gegebenheiten nur Anbieter im Heimatstaat erbringen können, wären aufgrund der mittelbaren Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit die Diskriminierungsverbote aus Art. 34 AEUV, Art. 49 AEUV und Art. 56 AEUV beeinträchtigt. Könnte der Einzelne dann die Rechte aus den Grundfrei-

1079 EuGH, 14.12.1995 – C-312/93 – ECLI:EU:C:1995:437 Rn. 12 (Peterbroeck); 16.5.2000 – C-78/98 – ECLI:EU:C:2000:247 Rn. 31 (Preston); 7.1.2004 – C-201/02 – ECLI:EU:C:2004:12 Rn. 67 (Wells); 19.9.2006 – C-392/04 und C-422/04 Rn. 57 (i-21 Germany und Arcor); 26.10.2006 – C-168/05 – ECLI:EU:C:2006:675 Rn. 24 (Mostaza Claro); 24.4.2008 – C-55/06 – ECLI:EU:C:2008:244 – Rn. 170 (Arcor); 13.12.2017 – C-403/16 – ECLI:EU:C:2017:960 Rn. 26 (El Hassani); 19.10.2017 – C-425/16 – ECLI:EU:C2017:776 Rn. 40 (Raimund); 19.12.2019 – C-752/18 – ECLI:EU:C:2019:1114 Rn. 33 f. (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern); *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 522 ff.; *Gärditz*, JuS 2009, S. 385, 388. Zum Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz: Teil 1, Kap. 2, D., III., 1.

1080 *Huber*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 18; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar, EUV, Art. 19 Rn. 70 ff.; *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 457.

1081 *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heiten aufgrund einer als extensiv und absolut verstandenen Beschaffungsautonomie nicht gerichtlich durchsetzen, würde dies im Ergebnis die Gewährleistungen praktisch untergehen lassen und die Effektivität der Unionsrechts schmälern. Infolgedessen muss aufgrund des Effektivitätsgebots aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV der nationale Rechtsschutz so ausgestaltet sein, dass die Vereinbarkeit der mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Beschaffung mit dem Unionsrecht grundsätzlich überprüft werden kann.[1082] Dabei darf sich der Kontrollumfang jedoch nicht auf eine reine Willkürkontrolle beschränken.[1083]

b. Unionale Praxis bei der Kontrolle von Maßnahmen zur Bedarfsdeckung

Bei Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten ist der nationale Rechtsschutz sowohl am Effektivitätsgebot als auch am Maßstab des Art. 47 GrCh zu messen.[1084] Nach der Rechtsprechung des EuGH muss zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes i.S.d. europäischen Grundrechte (Art. 47 GrCh) die nationale Kontrolle nicht strenger ausgestaltet sein als in vergleichbaren unionalen Fällen.[1085] Die nationale Kontrolldichte ist also nur anzupassen, wenn sie unter das vom Unionsrecht geforderte Niveau fällt. Eine strengere nationale Kontrolle widerspricht nicht dem Unionsrecht. Dies führt zur Frage des unionalen Rechtsschutzniveaus. Grundsätzlich sieht die Kohärenz zwischen Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK und Art. 47 Abs. 1 GrCh eine vollständige Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Umstände vor.[1086] Staatliche Entscheidungen sind hingegen nicht auf ihre Zweckmäßigkeit zu kontrollieren. Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, der eine reine Rechtskontrolle und keine Kontrolle

1082 Vgl. *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 474.

1083 Vgl. EuGH, 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 63 (HI); 11.12.2014 – C-440/13 – ECLI:EU:C:2014:2435 Rn, 43 (Croce Amica One); *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 520; *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 592.

1084 Vgl. auch die Rspr. des EuGH, dass der Rechtsschutz, der sich aus den Grundfreiheiten ergibt, dem effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GrCh entsprechen muss: EuGH, 17.3.2011 – C-372/09 u. C-373/09 – ECLI:EU:C:2011:156 Rn. 62 (Peñarroja).

1085 EuGH, 21.1.1999 – C-120/97 – ECLI:EU:C:1999:14 Rn. 35 (Upjohn). Vgl. auch *Schwarze*, NVwZ 2000, S. 241, 249; *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 571.

1086 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., a. und Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Handelns auf Zweckmäßigkeit und Billigkeit vorsieht[1087] sowie aus einem Umkehrschluss von Art. 261 AEUV, der die Möglichkeit vorsieht, dem EuGH eine Befugnis zur lückenloser Ermessenskontrolle zu übertragen[1088]. Auch die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV, die als theoretischer Vergleichsmaßstab das vom Unionsrecht geforderte Rechtsschutzniveau abbildet und deren Gegenstand die Rechtmäßigkeitskontrolle von Handlungen der EU-Organe ist, sieht im Wesentlichen eine Rechtmäßigkeitskontrolle vor, die sich nach Art. 263 Abs. 2 AEUV auf die Verletzung wesentlicher Formvorschriften, die Verletzung der Verträge oder sekundär- und tertiärrechtlicher Rechtsnormen und den Ermessensmissbrauch konzentriert.[1089] Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse sind damit im Unionsrecht grundsätzlich anerkannt.

Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechungspraxis zu erfolgten Vergabeverfahren durch EU-Organe wider. In den Fällen, in denen das EuG Vergabeentscheidungen der EU-Organe gerichtlich überprüft, billigt das Gericht den Organen ein weites Ermessen zu, welches lediglich auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften, Begründungspflichten und Beurteilungsfehlern und Ermessensmissbräuchen kontrolliert werden kann.[1090] Im Grundsatz steht der öffentlichen Hand ein weiter Spielraum bei der Beurteilung der Gesichtspunkte zu, die für die Entscheidung zur Vergabe eines Auftrags zu berücksichtigen sind.[1091] Zu diesen für die Vergabe eines Auftrags relevanten Gesichtspunkt gehört auch die Leistungsbeschreibung, die immerhin in Teilen ein Abbild der Bedarfsdefinition schafft.[1092] Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidungen sind demnach auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts auf andere Aspekte, die über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften oder über das eingeräumte Ermessen hinausge-

1087 *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 377; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 301.

1088 *Pache*, DVBl. 1998, S. 380, 382; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 302 f.

1089 Vgl. *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 378 f.; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 302 f.

1090 EuG, 24.2.2000 – T-145/98 – ECLI:EU:T:2000:54 Rn. 147 (ADT Projekt/Kommission); 26.2.2002 – T-169/00 – ECLI:EU:T:2002:40 Rn. 95 (Esedra/Kommission); 23.11.2011 – T-514/09 – ECLI:EU:T:2011:689 Rn. 121 (bpost/Kommission); 7.10.2015 – T-299/11 – ECLI:EU:T:2015:757 Rn. 58 (European Dynamics/HABM).

1091 EuG, 23.11.2011 – T-514/09 – ECLI:EU:T:2011:689 Rn. 121 (bpost/Kommission); 7.10.2015 – T-299/11 – ECLI:EU:T:2015:757 Rn. 58 (European Dynamics/HABM).

1092 S. Teil 1, Kap. 1, E., III.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen, nicht gerichtlich zu kontrollieren. Damit erfordert das Unionsrecht keine strengere gerichtliche Kontrolle.

Wie tiefgehend die Kontrolle der Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung im Einzelnen erfolgt, richtet sich nach dem zugrundeliegenden Maßstab, an dem die Entscheidung kontrolliert wird. Letztentscheidungsbefugnisse sind im Unionsrecht also grundsätzlich anerkannt, so dass ein administrativer Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung grundsätzlich nicht dem unionsrechtlich geforderten Rechtsschutzniveau widerspricht.

IV. Fazit

Die Beschaffungsautonomie als Eigenbereich der Verwaltung lässt sich mit folgenden Beobachtungen erklären: Die gesetzlichen Vorgaben belassen der Verwaltung einen weiten Bereich der Eigensteuerung bei der Entscheidung über die eigenen Belange, die hier im Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit und der Erfüllung der gesetzten Aufgaben liegt. Denn die staatliche Aufgabennorm gibt dem Staat nur eine grobe Zielverpflichtung vor. Aufgrund der geringen grundrechtlichen Relevanz der Bedarfsverwaltung ist insbesondere im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Bedarfsdeckung keine explizite rechtliche Grundlage notwendig, um tätig zu werden. Generell betrifft die einzelfallabhängige Entscheidung in der Bedarfsverwaltung keine wesentliche Materie, die gesetzlich geregelt werden müsste. Wenn die Gerichte feststellen, es bedürfe keiner besonderen vergaberechtlichen Ermächtigungsgrundlage[1093], stimmt dies insofern, als die Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung nicht ihre Grundlage im Vergaberecht finden, sondern in der zugrundeliegenden Aufgabe in Verbindung mit der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt.[1094] Grenzen der Beschaffungsautonomie lassen sich hingegen teilweise aus den Normen mit Bedarfsbezug, dem Haushaltsrecht und vergaberechtlichen Vorschriften, die unter anderem ihre Grundlage im Unionsrecht haben, filtern.

1093 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651 f.; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, juris Rn. 36; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716.

1094 S. Teil 1, Kap. 2, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inwieweit die Vorgaben für die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung gerichtlich kontrollierbar sind, ist im Einzelfall anhand der der Entscheidung zugrunde liegenden Normen zu ermitteln. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes erfordert grundsätzlich eine lückenlose gerichtliche Kontrolle.[1095] Dass die gerichtliche Kontrolldichte unterschiedlich intensiv ausgestaltet sein kann, zeigt sich insbesondere an den Normen mit Bedarfsbezug, für die keine einheitliche Systematik entwickelt werden kann. Gewähren die rechtlichen Grundlagen keine subjektiv-rechtlichen Positionen, ist die Zulässigkeit einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis eher wahrscheinlich. Hinsichtlich der haushaltsrechtlichen Bestimmungen verbleibt der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis, die nicht durch die Gerichte zu kontrollieren ist. Fest steht, dass die staatliche Bedarfsdefinition nicht darauf zu kontrollieren ist, ob eine objektiv bessere Möglichkeit in Betracht käme. Insbesondere die Entscheidung über die Verkehrseigenschaft der Sache ist tendenziell weder durch den Gesetzgeber geregelt, noch kann sie gerichtlich kontrolliert werden. Damit steht den administrativen Stellen ein Autonomiebereich sowohl bei der Entscheidung über die Art der Leistung nach ihrer Verkehrsauffassung zu, die sie besorgen möchten, als auch bei der Entscheidung über den Zeitpunkt und das Ob der Beschaffung. Das beschreibt den sachlich-inhaltlichen Kern der Beschaffungsautonomie.

E. Die Herleitung der Beschaffungsautonomie privater Akteure

Sobald die Erfüllung einer Aufgabe durch staatliche Einrichtungen erfolgt, ist die Beschaffungsautonomie in das Kompetenzgefüge des Staates einzuordnen. Die Beschaffungsautonomie des Staates ergibt sich dann aus der Pflicht zum Funktionserhalt und mangelnden rechtlichen Vorgaben oder einer nur reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte. Fraglich ist, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen Private bei der Beschaffung der benötigten Leistungen an das Vergaberecht gebunden sind. Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts sind Konstellationen denkbar, in denen ausschließlich Private als öffentliche Auftraggeber gelten.

Allein aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts lassen sich keine Anhaltspunkte ableiten, aus denen die Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber folgt (I.). Stattdessen ist im Einzelnen zu untersuchen,

1095 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ob der Private in die staatliche Organisation durch staatliche Beherrschung oder die Übertragung einer Aufgabe mit hoheitlichen Befugnissen eingebunden ist (II.).

I. Keine Herleitung aus dem Kartellvergaberecht

Zwischen der Herleitung der Beschaffungsautonomie staatlicher Einrichtungen und der Herleitung der Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber i.S.d. Kartellvergaberechts besteht kein Gleichlauf. Das europäisch geprägte Vergaberecht enthält einen funktionalen Auftraggeberbegriff.[1096] So ist es möglich, dass Private als öffentliche Auftraggeber gelten, ohne dass sie Hoheitsrechte ausüben oder von staatlichen Anteilseignern so beherrscht werden, dass die Verantwortung für die juristische Person des Privatrechts beim Staat liegt. Insbesondere letzteres ist ein Kriterium für die Bindung an Grundrechte.[1097] So können bspw. Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB oder öffentliche Auftraggeber iSv § 99 Nr. 2 lit. b oder Nr. 4 GWB ausschließlich Private sein. Diese sind zwar als öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber an die Vorgaben aus dem Kartellvergaberecht gebunden, aber weiterhin aus den Grundrechten berechtigt.

Die Bindung auch ausschließlich Privater an das Vergaberecht erklärt sich vor allem mit dem Ziel der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Union. So sind Private, die für entsprechende Baumaßnahmen oder Dienstleistungen i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB zu mehr als fünfzig Prozent durch öffentliche Stellen subventioniert werden, an das Kartellvergaberecht gebunden. Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist unter anderem, eine Umgehung des Vergaberechts, insbesondere des Wettbewerbsgrundsatzes, durch den Staat zu unterbinden.[1098] Der Vorschrift liegt die Gefahr zugrunde, dass der Staat über die Finanzierung Privater diese als

1096 *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 6; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 14; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 2, 33 ff. Vgl. auch EuGH, 20.9.1988 – C-31/87 – ECLI:EU:C:1988:422 Rn. 11 (Beentjes).

1097 BVerfGE 128, 226 (246 f.).

1098 *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 3 Rn. 72; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

seinen »verlängerten Arm«[1099] auftreten lassen könnte, um vergaberechtliche Vorschriften zu umgehen. Außerdem liegt die Vermutung nahe, dass sich der finanzierte oder subventionierte Auftraggeber bei seinen Beschaffungsentscheidungen nicht allein von markt- und betriebswirtschaftlichen Gründen und Erwägungen leiten lassen wird.[1100] Private, die der staatlichen Aufsicht unterliegen und gem. § 99 Nr. 2 lit. b GWB als öffentliche Auftraggeber gelten, weisen aufgrund der Aufsicht, mit der Einfluss auf das Beschaffungsverhalten genommen werden kann, eine Staatsverbundenheit auf.[1101]

Vergleichbar ist die Bindung von Sektorenauftraggebern i.S.d. § 100 i.V.m. § 102 GWB an das Kartellvergaberecht, die gem. § 98 GWB als Auftraggeber im Sinne des vierten Teils des GWB gelten. Nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB sind natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die aufgrund von besonderen oder ausschließlichen Rechten eine Sektorentätigkeit gem. § 102 GWB ausüben, und keinem beherrschenden Einfluss einer staatlichen Stelle unterliegen, ebenfalls Sektorenauftraggeber. Die in § 102 GWB aufgeführten Sektorentätigkeiten betreffen klassische Felder der Infrastruktur und Daseinsvorsorge. Notwendig ist, dass die Sektorentätigkeit eines Privaten auf Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte erfolgt. Dies sind nach der Legaldefinition in § 100 Abs. 2 S. 1 GWB Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung der Sektorentätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Hierbei handelt es sich um einen Begriff, der im Sinne von Art. 106 AEUV ausgelegt wird.[1102] Diese Rechte müssen nach Art. 4 Abs. 3 SektRL durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften gewährt werden. Eine faktisch beste-

1099 *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 98; vgl. auch EuGH, 12.9.2013 – C-526/11 – ECLI:EU:C:2013:543 Rn. 20 (IVD).

1100 *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 4 Rn. 84; vgl. auch EuGH, 3.10.2000 – C-380/98 – ECLI:EU:C:2000:529 Rn. 17 (University of Cambridge).

1101 Vgl. EuGH, 1.2.2001 – C-237/99 – ECLI:EU:C:2001: Rn. 48 ff. (Kommission/Frankreich); 27.2.2003 – C-373/00 – ECLI:EU:C:2003: Rn. 69 (Truley); *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 99–101; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 99 Rn. 87.

1102 *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 100 Rn. 11; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 23; OLG München, 12.5.2011 – Verg 26/10, NZBau 2011, S. 630, 632; VK Mainz, 11.12.2008 – VK 38/08, NZBau 2009, S. 470, 471; a.A. für einen eigenständigen vergaberechtlichen Begriff: *Schröder*, NZBau 2012, S. 541, 542 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hende marktbeherrschende Position ist nicht ausreichend, um die Sektoreneigenschaft zu begründen.[1103] Die Bindung an der Vergaberecht erklärt sich daraus, dass diese Privaten in Bereichen tätig sind, in denen schon aufgrund der Materie der Wettbewerb regelmäßig stark eingeschränkt ist und die Märkte abgeschottet sind.[1104] In diesem Zusammenhang wird vermutet, dass die Monopol- bzw. Quasimonopolstellung nicht ausschließlich zu betriebswirtschaftlichen Handeln anleitet.[1105] Der Mangel an Wettbewerb soll durch die Bindung an das Vergaberecht wiederum abgefedert werden.[1106]

Diese Ansätze, die staatsverbundene Personen dem Vergaberecht unterwerfen und dem Wettbewerbsrecht entlehnt sind, genügen jedoch nicht, um eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte zu begründen. Denn private Marktmacht bzw. die Erwägung, dass der Staat mittelbar über Private auf den Wettbewerb Einfluss nehmen möchte, ist nicht mit Hoheitsgewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG gleichzusetzen. Der lediglich mittelbare Einfluss des Staates durch die Übertragung ausschließlicher Rechte, die Ausübung von Aufsichtsrechten oder aber die staatliche Finanzierung begründet keine Bindung an die Grundrechte. Die Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte begründet für den privaten Sektorenauftraggeber keine unmittelbare grundrechtliche Bindung. Allenfalls sind mit der Übertragung besonderer oder ausschließlicher Rechte erhöhte Anforderungen für den Sektorenauftraggeber im geschäftlichen Verkehr verbunden, die ihn zur Gleichbehandlung seiner tatsächlichen und potenziellen Kunden verpflichtet.[1107] Da Sektorenauftraggeber i.d.R. auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge agieren, haben sie einen erheblichen Einfluss auf die Gestaltung der Lebensverhältnisse. Das beschreibt aber nur das Verhältnis zwischen Sektorenauftraggeber und seinen eigenen Kunden. Bei der Nachfrage nach Leistungen ist nicht ersichtlich, dass erhöhte grundrechtliche Anforderungen an den Sektorenauftraggeber bestehen. Vielmehr liegt in der Gewährleis-

1103 OLG München, 28.8.2019 – Verg 15/19, NZBau 2020, S. 198, 199.

1104 *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 4, Rn. 46; *Pünder*, in: Schellenberg/ders., Vergaberecht, GWB, § 98 Rn. 4; *Schröder*, NZBau 2012, S. 541; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 3 Rn. 75; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 100 Rn. 8, 23.

1105 *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 4 Rn. 46; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 100 Rn. 8.

1106 *Bosselmann*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 100 Rn. 17.

1107 Vgl. BVerfGE 148, 267 (283 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung eines unverfälschten Wettbewerbs und der Regulierung, Private den Kautelen des Kartellvergaberechts zu unterwerfen, ein sachlicher Grund die Privatautonomie und Vertragsfreiheit Privater einzuschränken.[1108] Folglich ist bei der Herleitung der Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber im Einzelnen zu differenzieren.

II. Funktionale Betrachtung

Ob die Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber mit der Privatautonomie gleichbedeutend ist, richtet sich nach danach, ob der Private im Fall der eigenen Bedarfsdeckung grundrechtsberechtigt ist. Private, die funktional nicht dem Staat zuzuordnen sind, können sich auf Grundrechte berufen. Bei juristischen Personen des Privatrechts entscheidet das dahinterstehende Eigentumsverhältnis darüber, ob sie als Private gelten oder funktional dem Staat zuzuordnen sind.[1109] Hält der Staat vollständig oder mehrheitlich Anteile an einer juristischen Person des Privatrechts, ist diese funktional dem Staat zuzuordnen und an die Grundrechte und die staatliche Pflicht zum Funktionserhalt gebunden.[1110] Funktional betrachtet handelt es sich bei diesen juristischen Personen des Privatrechts dann nicht um Private, sondern um staatliche Einrichtungen, die weiterhin gem. Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsverpflichtet sind. Eine Flucht ins Privatrecht ist gerade nicht möglich.[1111] Die Freiheit bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung der Privaten, die funktional nicht dem Staat zugeordnet sind, folgt dann selbstverständlich aus der Privatautonomie, die sich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit und den ökonomischen Freiheiten ergibt.[1112] In Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG können sich auch juristische Personen des Privatrechts, auf diese Gewährleistungen berufen, da die allgemeine Handlungsfreiheit und die ökonomischen Freiheit dem Wesen nach auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar

1108 Zur Herleitung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit: Teil 1, Kap. 2, A., II., 2.
1109 Dies ist insbesondere relevant für ÖPP, die häufig in Form von juristischen Personen des Privatrechts agieren, sowie juristische Personen des Privatrechts als Produkt einer Organisationsprivatisierung.
1110 Vgl. BVerfGE 128, 226 (245 f.).
1111 Zur lückenlosen Grundrechtsbindung des Staates in allen Organisations- und Handlungsformen: Teil 1, Kap. 2, A., III.
1112 Zur Herleitung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit: Teil 1, Kap. 2, A., II., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind.[1113] Diese Privatautonomie wird wiederum durch die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Grundlagen und Grenzen wirtschaftlicher Tätigkeit aufzeigen, und durch die vergaberechtlichen Regelungen beschränkt.

Ein Grenzfall ist der Beliehene, der selbst öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB sein kann.[1114] Beliehene sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen durch den Staat Hoheitsbefugnissen zum selbstständigen Tätigwerden übertragen werden.[1115] Durch einen Rechtsakt, sei es ein Gesetz, eine Rechtsverordnung, ein Verwaltungsakt oder ein Verwaltungsvertrag, wird der Beliehene berechtigt und verpflichtet, die staatliche Aufgabe wahrzunehmen.[1116] Durch die Übertragung der hoheitlichen Befugnisse wird der Private zum Verwaltungsträger und Teil der mittelbaren Staatsverwaltung, also ein Teil der vollziehenden Gewalt.[1117] Dementsprechend ist der Private als Beliehener bei der Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben auch unmittelbar an die Grundrechte, die Staatszielbestimmungen und Unionsrecht gebunden.[1118] Da der Beliehene bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben Teil der mittelbaren Staatsverwaltung wird und durch die gesetzliche Grundlage verpflichtet wird, die hoheitlichen Befugnisse auszuüben, trifft ihn im Rahmen der ihm übertragenen Befugnisse die Pflicht zum Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit, die darin besteht, sich in einem Zustand zu halten, die ihm verliehene Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung erfolgen dann mit dem Ziel der Erfüllung der übertragenen Aufgabe. Folglich liegt auch hier der Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung in den geringen rechtlichen Vorgaben und einer reduzierten gerichtlichen Kontrolle.

1113 Vgl. *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 90; *Jarass*, in: ders/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 18 f.

1114 Vgl. *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 58; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 99 Rn. 86.

1115 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 58; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 23. Zu den in der Praxis vielfältig existierenden Beispielen der Beleihung: *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581, 582 ff.

1116 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 59.

1117 *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329, 346 f.; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 23; *Ronellenfitsch*, in: Bader/ders., BeckOK VwVfG, § 1 Rn. 72.

1118 *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581, 592; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 60; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 127; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders., GG, Art. 1 Rn. 232. Vgl. auch BVerfG, 20.2.1986 – 1 BvR 859/81, 1 BvR 937/81, NJW 1987, S. 2501, 2502; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Zwischenergebnis

Allein die Bindung an das Kartellvergaberecht bietet kein hinreichendes Indiz für die rechtliche Grundlage der Beschaffungsautonomie. Stattdessen ist die unmittelbare Bindung an Grundrechte ausschlaggebend. Ob ein Privater unmittelbar an Grundrechte gebunden ist, richtet sich danach, ob der Private mit der Aufgabe verbundene Hoheitsrechte in Anspruch nimmt und in die Verwaltungsorganisation eingebunden ist oder aber im Fall der staatlichen Beherrschung bspw. bei der gegenseitigen Beteiligung an einer Gesellschaft, der Staat mehrheitlicher Anteilseigner ist. Solange das nicht der Fall ist, verbleibt dem Privaten trotz staatlicher Nähe durch staatliche Finanzierung oder Subventionierung und trotz besonderer Marktmacht die grundrechtliche Privatautonomie.

Die Privaten unterliegen dann maßgeblich ihren selbst gesteckten betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen. Die Auswahl der gewünschten Leistungen und die Entscheidung über das *make-or-buy* folgt dann allein betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen und ist gerade Ausprägung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit, die sich wiederum aus den Grundrechten ableiten.[1119]

F. Ergebnis

Der rechtliche Grund für die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung liegt in der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt in Verbindung mit den zugrundeliegenden staatlichen Aufgaben. Der Staat muss sich in einem Zustand halten, die ihm obliegenden Aufgaben erfüllen zu können. Dementsprechend darf der Staat nur solche Leistungen nachfragen, die geeignet sind, die zugrundeliegende Aufgabe zu erfüllen.

Der Autonomiebereich, den der Staat im Rahmen der Analyse- und Planungsphase der Bedarfsdeckung genießt, ist wiederum ein relativer Eigenbereich der Verwaltung, der sich aus der Abwesenheit konkreter gesetzlicher Vorgaben und der reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte ergibt. Die Beschaffungsautonomie bildet folglich ein Funktionenproblem

1119 S. Teil 1, Kap. 2, A., II, 2. Zur autonomen Zielsetzung privater Unternehmen exemplarisch: *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwischen legislativer Steuerung und der gerichtlichen Kontrolle administrativer Entscheidungen ab. Als ein Konglomerat von administrativen Entscheidungsspielräumen[1120] resultiert die Beschaffungsautonomie aus einer geringen rechtlichen Regelungsdichte und der reduzierten gerichtlichen Kontrolle der Entscheidungen im Bedarfsdeckungsprozess. Sie fungiert als das staatliche Pendant zur Privatautonomie und Vertragsfreiheit, wenn sie auch enger zu fassen ist.[1121] Die Beschaffungsautonomie ist demnach der relative Eigenbereich der Verwaltung bei der Bedarfsdeckung, die erfolgt, um sich selbst funktionsfähig zu halten.[1122]

Damit ist die Beschaffungsautonomie allerdings kein absoluter Spielraum, wie ein Kernbereich der Exekutive, sondern ein relativer Spielraum, dessen Reichweite jeweils im Einzelnen zu ermitteln ist. Unter anderem ist sie ein Produkt fehlender gesetzlicher Vorgaben.[1123] Fehlerhaft wäre es daher, die Beschaffungsautonomie als einen konstitutiven Eigenbereich zu begreifen, der weder durch gesetzliche Regelung noch durch gerichtliche Kontrolle antastbar wäre. Damit ist auch das Vorgehen, vergaberechtliche Vorschriften »im Lichte der Beschaffungsautonomie«[1124] auszulegen, methodisch falsch.[1125] Da der Gesetzgeber jeden Sachbereich regeln kann, sind Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung keine ausschließlich der Verwaltung zugewiesenen Kompetenzen. Ergänzt werden die gesetzlichen Vorgaben durch das Unionsrecht, an die die staatlichen Stellen bei der Bedarfsdeckung gebunden sind.[1126] Folglich können gesetzliche Vorschriften nicht im Licht der Beschaffungsautonomie ausgelegt werden. Richtig wäre es, die vergaberechtlichen Vorschriften im

1120 Insofern kann die Beschaffungsautonomie auch nicht einer Gruppe von administrativen Spielräumen untergeordnet werden. A.A. *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, S. 288, 341, der die Beschaffungsautonomie als einen Beurteilungsspielraum aufgreift.

1121 Vgl. *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 119, nach dem es »im öffentlichen Recht kein durchgängiges, dem privatrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechendes Prinzip« gebe.

1122 Vgl. auch *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 388.

1123 Ähnlich auch: *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 381, nach dem das »Leistungsbestimmungsrecht« der öffentlichen Hand erst außerhalb der rechtlichen Grenzen des Wettbewerbsprinzips beginnt. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 391, nach der gesetzliche Vorgaben »im Bereich der Beschaffungsautonomie« zulässig seien.

1124 S. Einführung, A., III.

1125 Im Ergebnis auch: *Antweiler*, VergabeR 2011, S. 306, 324.

1126 S. Teil 1, Kap. 2, C., III., 1. und Teil 1, Kap. 2, D., I., 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lichte des Zwecks der Aufgabenerfüllung und des Erhalts der staatlichen Funktionsfähigkeit auszulegen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Teil 2: Grenzen der Beschaffungsautonomie

Die Beschaffungsautonomie beschreibt den Spielraum bei Bedarfsdefinition, Beschaffungsentscheidung und Leitungsbestimmung durch staatliche Einrichtungen. Aufgrund der lückenlosen Bindung des Staates in jeder Handlungs- und Organisationsform an Recht und Gesetz ist der Staat bei diesen Entscheidungen nicht frei wie ein Privater. Nur beim öffentlichen Auftraggeber, der im Grunde Privater ist, liegt der Entscheidungsspielraum bei der Bedarfsdefinition in der Privatautonomie begründet, die durch die gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften beschränkt wird.[1]

Aus den materiell-rechtlichen Grundlagen, einschließlich des Unionsrechts, welches kraft Rechtsanwendungsbefehls unmittelbar geltendes Recht innerhalb der nationalen Rechtsordnung wird, können sich Grenzen für die Beschaffungsautonomie ergeben. Auch wenn die Europäische Union grundsätzlich keine Kompetenz zur Regelung der staatlichen Organisation oder des Verwaltungsverfahrens besitzt, kann das Unionsrechts aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts, der unmittelbaren Wirkung der Grundfreiheiten und der Effektivität des Unionsrechts auch für staatliche Vorgänge Wirkungen entfalten, die nicht sekundärrechtlich geregelt sind. Im Folgenden werden daher die materiell-rechtlichen Grenzen anhand der vergaberechtlichen Bezugspunkte der Beschaffungsautonomie beleuchtet.

1 S. Teil 1, Kap. 2, E., III.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 1: Grenzen bei der Bedarfsdefinition

Die Bedarfsdefinition umfasst die Festlegung der materiellen Eigenschaften der gewünschten Leistung und erfolgt in der Analysephase des Bedarfsdeckungsprozesses.[2] Die Grenzen werden gezogen durch haushaltsrechtliche Vorschriften (A.), vergaberechtliche Vorschriften für den Oberschwellen- (B.) und Unterschwellenbereich (C.), die Landesvergabegesetze (D.) sowie vergabefremde Vorschriften, die aber einen Bedarfsbezug aufweisen (E.).

A. Haushaltsrechtliche Vorschriften: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Nach § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 Abs. 1 HGrG sind bei der Ausführung des Haushaltsplanes die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Da die Bedarfsdefinition mit der Planung von verfügbaren finanziellen Ressourcen zusammenhängt und damit der Haushaltsplan ausgeführt wird, sind diese Grundsätze auch bei der Bedarfsdefinition zu beachten.[3] Die Bedarfsdefinition ist damit eine Wirtschaftlichkeitsentscheidung.[4] Nach Ziffer 2 zu § 7 BHO in der VV-BHO sind vor jeder finanzwirksamen Maßnahme, also auch vor der Durchführung einer Beschaffung, sowohl einzel- als auch gesamtwirtschaftliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen vorzunehmen. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sind Instrumente zur Durchsetzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes in § 7 Abs. 1 BHO/LHO.[5] Sie erfordern von der öffentlichen Hand unter anderem die Analyse der Ausgangslage und des Handlungsbedarfs, die Zielfestsetzung bzw. -feststellung und die Feststellung der davon ausgehenden relevanten Lösungsmöglichkeiten sowie deren Eignung im Hinblick auf das Ziel. Bei der Analyse sind die rechtlichen, organisatorischen und personellen

2 S. Teil 1, Kap. 1, D., I., 2.

3 Im Ergebnis auch: BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366, 369 Rn. 34; *Demir*, in: Heuer/Scheller, BHO, § 7 Ls. 7. Zum Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung in Kommunen: *Sacher*, Die Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen, S. 233 ff.

4 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 1., c.

5 *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rahmenbedingungen einzubeziehen. Während sich bei unterkomplexen Beschaffungen, wie der Beschaffung von Büromaterialien, die Frage eher darauf beschränkt, zu welchen Konditionen ein Einkauf wirtschaftlich ist, ist bei komplexen Beschaffungsvorhaben eine ausführliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung durchzuführen.[6] Insbesondere in solchen Fällen wird sich die Frage stellen, welche Lösungsmöglichkeit sich am ehesten zur Zielerreichung eignet. Da es sich bei der VV-BHO jedoch um eine Verwaltungsvorschrift handelt, ist ihre Einhaltung nicht durch die Gerichte zu kontrollieren.[7]

Doch wann ist eine Maßnahme überhaupt (un)wirtschaftlich? Positiv formuliert ist eine Maßnahme wirtschaftlich, wenn die ergriffene Maßnahme *im Verhältnis* zum verfolgten Zweck günstig ist.[8] Zentrales Element der Wirtschaftlichkeit ist die Relation zwischen Zweck und Mittel. Wirtschaftlichkeit erfordert gerade nicht nur, dass ein möglichst billiges Mittel gewählt wird. Den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit konkretisiert die VV-BHO in Ziffer 1 zu § 7 Abs. 1 BHO wie folgt: »Nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ist die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln (Ressourcen) anzustreben. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit umfasst das Sparsamkeits- und das Ergiebigkeitsprinzip. Das Sparsamkeitsprinzip (Minimalprinzip) verlangt, ein bestimmtes Ergebnis mit möglichst geringem Mitteleinsatz zu erzielen. Das Ergiebigkeitsprinzip (Maximalprinzip) verlangt, mit einem bestimmten Mitteleinsatz das bestmögliche Ergebnis zu erzielen«[9]. Was wiederum ein angemessener Mitteleinsatz ist, richtet sich auch nach dem zugrundeliegenden Haushaltsplan, denn nach § 2 S. 2 BHO/LHO und § 2 S. 2 HGrG ist der Haushaltsplan die Grundlage für die staatliche Haushalts- und Wirtschaftsführung. Anhand des Haushaltsplanes, der den geplanten Mitteleinsatz für verschiedene Bereiche und Posten vorsieht, wird ersichtlich, wie viele Mittel ungefähr im vorherigen Haushaltsjahr verbraucht und wie viele für das kommende Haushaltsjahr veranschlagt werden. Verstößt eine staatliche Maßnahme gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, ist die Maßnahme

6 *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, HGrG § 6 Rn. 13.
7 BVerwG, 26.4.1979 – 3 C 111/79, NJW 1979, S. 2059, 2060.
8 *Demir*, in: Heuer/Scheller, BHO, § 7 Ls. 4.
9 S. auch: *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 19 f.; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 34 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtswidrig.[10] Daher sind auch die in der Analysephase zugrundeliegende Aufgabe und der Bedarf sorgfältig zu ermitteln. So kann eine anschließende Beschaffung unwirtschaftlich werden, wenn schon die zugrundeliegende Aufgabe nicht sorgfältig ermittelt und definiert wurde. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass der staatlichen Einrichtung die Aufgabe gar nicht oblag oder der Bedarf fehlerhaft definiert wurde und deswegen der Beschaffungsprozess wiederholt werden muss.[11]

Da sich aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit allerdings keine subjektiven Rechte ableiten,[12] können Private seine Verletzung nicht geltend machen. In der Regel hat der Bürger nämlich keinen Anspruch auf die wirtschaftliche Verwendung der staatlichen Gelder, die sich überwiegend aus den Steuergeldern der Bürger speisen. Denn die durch den Bürger gezahlten Steuern stellen keine Gegenleistung für eine besondere staatliche Leistung dar (vgl. § 3 Abs. 1 AO).[13] Lediglich im Wege der Fach- oder Rechtsaufsicht können unwirtschaftliche Bedarfsdefinitionen unmittelbar gerügt werden. Insofern begrenzt der haushaltsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit die administrativen Entscheidungsspielräume.

B. Kartellvergaberechtliche Vorschriften

Grenzen für die Bedarfsdefinition können sich aus dem Vergaberecht ergeben. Das im Rahmen dieser Arbeit bezeichnete Vergaberecht ist ein Rechtsbereich, welcher sich aus unterschiedlichen Rechtsquellen speist und die Vergabe öffentlicher Aufträge regelt. In der deutschen Rechtsordnung ist das Vergaberecht zweigeteilt: nämlich in den sog. Oberschwellenbereich, für den sich das Rechtsregime aus den §§ 97 ff. GWB, den Vergabeverordnungen (VgV, KonzVgV, SektVgV, VSVgV) und der VOB/A-EU (2. Abschnitt der VOB/A) sowie der VOB/A-VS (3. Abschnitt der VOB/A) ergibt, und den Unterschwellenbereich, für den sich die verbindlichen Regelungen aus

10 *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 60, 97; *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 121 Rn. 22; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 114 Rn. 107 ff.

11 Beispiele unwirtschaftlicher Beschaffungen aus der Praxis bei: *Sacher*, Die Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen, S. 30 f.

12 *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 102; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 350 f.; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135; *von Lewinski/Burbat*, in: dies., BHO, § 7 Rn. 7.

13 *von Lewinski/Burbat*, in: dies., BHO, § 7 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der UVgO, dem Haushaltsrecht und dem ersten Abschnitt der VOB/A ergeben.[14] Daneben existieren landesvergabegesetzliche Vorschriften und das EU-Vergabeprimärrecht. Die Grenze zwischen den unterschiedlichen Vergaberechtsregimen bilden die Schwellenwerte, welche die Kommission der Europäischen Union im Zweijahresrhythmus mittels delegierter Verordnungen für die verschiedenen Teilbereiche festlegt.[15]

Die Rechtsvorschriften, die im Oberschwellenbereich gelten und im Folgenden als Kartellvergaberecht bezeichnet werden, dienen der Umsetzung der EU-Richtlinien für das öffentliche Auftragswesen in den Mitgliedstaaten, namentlich der VRL, der KonzRL, der SektRL und der VS-RL[16]. Die sekundärrechtlichen Vorschriften wiederum sind unter anderem eine Konkretisierung der primärrechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. AEUV) sowie der Niederlassungs- (Art. 49 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)[17] und daher primärrechtskonform auszulegen[18]. Außerhalb des Anwendungsbereichs der sekundärrechtlichen Richtlinien (aufgrund Ausnahmevorschriften, unterhalb des Schwellenwertes etc.) finden die Regelungen des AEUV – insb. das sog.

14 *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 6.

15 S. dazu: Art. 6 VRL; Art. 17 SektRL; Art. 9 KonzRL; Art. 68 VS-RL. Eine Auflistung der aktuell geltenden Schwellenwerte findet sich unter https://forum-vergabe.de/themen/rechtsvorschriften/ (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

16 Richtlinie über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit, Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates 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, EUAbl. 2009 L 216/76.

17 S. dazu den ersten Erwägungsgrund der VRL, den vierten Erwägungsgrund der KonzRL und den zweiten Erwägungsgrund der SektRL. Siehe zur historischen Entwicklung der Vergaberichtlinien aus den Grundfreiheiten auch *Schoenmaker*, Die historische Entwicklung des Vergabeverfahrens, S. 598–600. Ferner dienen die Richtlinien auch der Umsetzung des *Agreement on Government Procurement* (GPA). Vgl. auch *Pache*, DVBl. 2001, S. 1781 ff.

18 *Egger*, Europäisches Vergaberecht, S. 44. Zur Auslegung von Sekundärrecht im Lichte des Primärrechts: EuGH, 13.12.1983 – C-218/82 – ECLI:EU:C:1983:369 Rn. 15 (Kommission/Rat); 25.11.1986 – C-201/85 – ECLI:EU:C:1986:439 Rn. 21 (Klensch); 29.6.1995 – C-135/93 – ECLI:EU:C:1995:201 Rn. 37 (Spanien/Kommission); 26.6.2007 – C-305/05 – ECLI:EU:C:2007:383 Rn. 28 (Ordre des barreaux francophones et germanophone); 28.2.2018 – C-518/16 – ECLI:EU:C:2018:126 Rn. 29 (ZPT). Insbesondere in Bezug auf das Vergaberecht: EuGH, 6.10.2015 – C-61/14 – ECLI:EU:C:2015:655 Rn. 49 (Orizzonte Salute); 17.11.2015 – C-115/14 – ECLI:EU:C:2015:760 Rn. 68 (RegioPost); 6.10.2021 – C-598/19 – ECLI:EU:C:2021:810 Rn. 33 (Conacee).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vergabeprimärrecht – unmittelbare Anwendung.[19] Die nationalen Vorgaben sind entsprechend unionsrechtskonform auszulegen.[20]

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Bedarfsdefinition, die vor Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens erfolgt, überhaupt den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnen kann (I.). Ist der Anwendungsbereich eröffnet, ist zu untersuchen, ob und inwieweit sich Grenzen aus den rechtlichen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung ergeben, insbesondere aus dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung (II.) und der Pflicht zur Öffnung des nationalen Beschaffungsmarktes für den Wettbewerb (III.). Diese Grenzen werden vom Transparenzgebot flankiert (IV.). Hierbei stellt sich die Frage, ob im Zuge der Ermittlung des Bedarfs vergaberechtlich verpflichtende Markterkundungen durchzuführen sind (V.). Grenzen können sich ferner aus der Pflicht zur Berücksichtigung sozialer (VI.) und ökonomischer Belange (VII.) ergeben. Unklar ist, ob die Berücksichtigung mittelständischer Interessen (VIII.) sowie die vergaberechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit (IX.) und Verhältnismäßigkeit (X.) bestimmte Folgen für die Bedarfsdefinition haben.

I. Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften auf die Bedarfsdefinition?

Da die Definition des Bedarfs und der begehrten Leistung vor dem förmlichen Vergabeverfahren stattfinden, ließe sich schlussfolgern, dass vergaberechtliche Vorschriften auf die Bedarfsdefinition keine Anwendung fänden.[21] Hartnäckig hält sich in Rechtsprechung und Literatur das Mantra,

19 Zum EU-Vergabeprimärrecht exemplarisch: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 179–216. Zur Nichtanwendung des Primärrechts, wenn eine abschließend harmonisierende Richtlinie einschlägig ist: EuGH, 17.11.2015 – C-115/14 – ECLI:EU:C:2015:760 Rn. 57 (RegioPost); 7.9.2017 – C-6/16 – ECLI:EU:C:2017:641 Rn. 15 (Eqiom und Enka); 27.2.2019 – ECLI:EU:C:2019:144 Rn. 49 (Palavra).

20 St. Rspr. des EuGH: EuGH, 4.2.1988 – C-157/86 – ECLI:EU:C:1988:62 Rn. 11 (Murphy); 13.11.1990 – C-106/89 – ECLI:EU:C:1990:395 Rn. 8 (Marleasing); 26.9.2000 – C-262/97 – ECLI:EU:C:2000:492 Rn. 39 (Engelbrecht); 11.1.2007 – C-208/05 – ECLI:EU:C:2007:16 Rn. 68 (ICT); 19.12.2013 – C-84/12 – ECLI:EU:C:2013:862 Rn. 75 (Koushkaki); 24.6.2019 – C-573/17 – ECLI:EU:C:2019:530 Rn. 55 (Poplawski); 18.1.2022 – C-261/20 – ECLI:EU:C:2022:33 Rn. 26 (Thelen Technopark/»HOIA«); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 179, 186–188.

21 S. dazu auch die Rechtsprechung des EuGH, nach dem die *Make-or-procure*-Entscheidung nicht in den Anwendungsbereich der VRL fällt, da die Entscheidung in einem Stadium vor Einleitung eines Vergabeverfahrens getroffen wird: EuGH,

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das Vergaberecht regele nicht das *Was* der Beschaffung, sondern nur das *Wie*.[22] Richtig an dieser Feststellung ist, dass Beschaffungs- und Vergabeverfahren nicht deckungsgleich sind. Das Vergabeverfahren bildet nur einen Teilausschnitt des Bedarfsdeckungsprozesses und ist mit dem Ziel einer rechtsgeschäftlichen Einigung nur eine mögliche Form der Beschaffung unter mehreren.[23] Während die staatliche Beschaffung primär der Deckung eines Bedarfs und der Erfüllung von staatlichen Aufgaben dient, soll das Vergabeverfahren – als eine spezielle Form der Beschaffung – unter anderem für eine gleiche Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sorgen, die sich um den Auftrag bemühen.[24] Ungenau ist aber die Annahme, das Vergaberecht regele in keiner Weise das *Was* der Beschaffung. Die These ist insofern korrekt, als das Vergaberecht keine expliziten Vorgaben zum Gegenstand der Beschaffung enthält. Das Vergaberecht macht dem Staat keine Vorgaben darüber, ob er bspw. ein neues Computersystem oder die Aktualisierung des bereits vorhandenen Systems beschaffen soll. Da die vergaberechtlichen Vorschriften aber die Chancengleichheit der Marktteilnehmer zum Ziel haben, kann ein zu eng definierter Bedarf, der nur durch einen Marktteilnehmer befriedigt werden kann, durchaus gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen.[25] Die Effektivität des Unionsrechts gebietet, dass diese Grundsätze auch schon bei der Bedarfsdefinition beachtet werden.[26] So erfordert Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 VRL[27] ausdrücklich, dass das Vergabeverfahren nicht mit der Absicht gestaltet werden darf, es vom

3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 44 (Irgita). Vgl. auch *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen, S. 292, nach dem erst mit Feststellung des Beschaffungsgegenstands die vergaberechtlichen Vorschriften anwendbar seien.

22 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657 Rn. 18; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, juris Rn. 104; *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366; *Tugendreich*, NZBau 2013, S. 90; *Laumann/Scharf*, VergabeR 2013, S. 539, 540; *Rung*, VergabeR 2017, S. 440; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 38; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74; *Gabriel/Voll*, NZBau 2019, S. 83; *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 11. Vgl. auch: OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Naumburg, 23.4.2009 – 1 Verg 7/08, juris Rn. 37; *Scharen*, GRUR 2009, S. 345; *ders.*, NZBau 2009, S. 679, 682; *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 6; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 2.

23 S. Teil 1, Kap. 1, D., III.

24 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 95–102, 124–126.

25 Siehe zum Verlauf der Grenzen im Einzelnen sogleich.

26 Zur Effektivität des Unionsrechts: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 457 f.

27 Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 SektRL; Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 KonzRL.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Anwendungsbereich der Richtlinien auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Insofern entfalten die kartellvergaberechtlichen Vorschriften unter Umständen eine Vorwirkung.

Die Kontrolle der Bedarfsdefinition am Maßstab vergaberechtlicher Vorschriften ist möglich, da die Leistungsbeschreibung, mit der der öffentliche Auftraggeber seinen Bedarf dem Markt eröffnet, die Bedarfsdefinition abbildet.[28] Die Leistungsbeschreibung wird damit zum Herzstück der Vergabeunterlagen. Die Leistungsbeschreibung wiederum lässt sich am Maßstab der vergaberechtlichen Vorschriften messen. Auch wenn der öffentliche Auftraggeber keine förmliche Ausschreibung in die Wege leitet und folglich keine öffentliche Leistungsbeschreibung erstellt, sondern auf dem direkten Weg eine Leistung am Markt einkaufen möchte, lässt sich die Beschaffungsentscheidung und damit die Bedarfsdefinition am Maßstab vergaberechtlicher Vorschriften messen. Die Nachprüfung der Entscheidung richtet sich dann nach dem materiellen Beginn des Vergabeverfahrens.[29] In diesem materiellen Sinne liegt nach der Rechtsprechung ein Vergabeverfahren dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber intern einen Beschaffungsentschluss getroffen hat und sich mit dem Ziel eines verbindlichen Vertragsabschlusses zur Deckung des Bedarfs durch ein Verfahren ausrichtet.[30] Hingegen eröffnen reine Vorstudien des Marktes, die lediglich in Vorbereitung der Beschaffung ergehen und nur vorbereitende interne Überlegungen hinsichtlich dessen betreffen, was beschafft werden soll und wie es beschafft werden soll, nicht den Anwendungsbereich des harmonisierten Vergaberechts.[31] Erst die finale Entscheidung, was beschafft werden soll, lässt sich anhand vergaberechtlicher Maßstäbe kontrollieren. Dazu muss im Folgenden auch ein Einkauf durchgeführt werden.

---

28 S. Teil 1, Kap. 1, E., III. Vgl. auch: *Seebo*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 1; *Pollmann*, Gleichbehandlungsgrundsatz im Vergaberecht, S. 61.

29 *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, § 155 Rn. 11; *Spinzig*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 155 Rn. 24; *Raabe*, NJW 2004, S. 1284, 1287.

30 BGH, 1.2.2005 – X ZB 27/04, NZBau 2005, S. 290, 291; OLG Düsseldorf 20.6.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, S. 696, 689 f.; 11.3.2002 – Verg 43/01, NZBau 2003, S. 55, 57; 29.10.2008 – VII-Verg 35/08, juris Rn. 21; BayObLG 22.1.2002 – Verg 18/01, NZBau 2002, S. 397, 398; OLG Frankfurt a.M., 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, NZBau 2004, S. 692, 693; OLG Schleswig, 7.10.2011 – 1 Verg 1/11, juris Rn. 12; OLG Jena, 22.7.2015 – 2 Verg 2/15, NZBau 2015, S. 796, 797 Rn. 41; OLG Koblenz, 3.12.2014 – Verg 8/14, ZfBR 2015, S. 308, 309.

31 EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 35 (Stadt Halle).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung

Die wohl prominenteste Grenze der Bedarfsdefinition ziehen die Regelungen zur Leistungsbeschreibung. Im Zentrum dieser Regelungen stehen § 31 Abs. 1 VgV, § 28 Abs. 1 SektVO, § 15 Abs. 1 S. 2 KonzVgV, § 15 Abs. 1 VSVgV, nach denen die Leistungsbeschreibung so zu formulieren ist, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung[32] im Oberschwellenbereich konkretisiert die vorstehenden Vorschriften und ist in den § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A geregelt. Es verbietet den Verweis auf eine bestimmte Produktion, Herkunft oder ein besonderes Verfahren, welches die Erzeugnisse oder die Dienstleistung eines bestimmten Unternehmens kennzeichnen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.[33] Wenn die deutsche Umsetzung der Richtlinien auf ein »Unternehmen« verweist, meint dies einen Markt- bzw. Wirtschaftsteilnehmer, der sowohl eine natürliche als auch juristische Person sein kann. So können auch Einzelpersonen an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen.[34]

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist eine Konkretisierung der Grundsätze von Chancengleichheit, Wettbewerb und Transparenz (1.). Es ist verletzt, wenn der Verweis auf bestimmte Eigenschaften der begehrten Leistung ein bestimmtes Unternehmen kennzeichnet (2.), diese Kennzeichnung zu einer Ungleichbehandlung anderer Unternehmen oder

32 Zum Begriff exemplarisch: *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 10.

33 Bei den im Wortlaut ähnlichen Vorschriften § 31 Abs. 6 VgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 28 Abs. 6 SektVO und § 15 Abs. 8 VSVgV handelt es sich um die Umsetzungen von Art. 42 Abs. 4 VRL, Art. 36 Abs. 2 KonzRL, Art. 60 Abs. 4 SektRL und Art. 18 Abs. 8 RL 2009/81/EG. Für den weiteren Verlauf der Untersuchung wird die Vorschrift des § 31 Abs. 6 VgV zwecks Übersichtlichkeit als Maßstab genommen. Sollten Unterschiede zwischen den einzelnen Vergabeordnungen bestehen, wird darauf hingewiesen.

34 Das ergibt sich aus den zugrundeliegenden Richtlinien, in denen durchgängig der Begriff »Wirtschaftsteilnehmer« verwendet wird, der sich nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 10 VRL sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen, wie auch öffentliche Einrichtungen bezieht.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Produkte führt (3.) und der Verweis nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (4.).

1. … als Konkretisierung der Gebote von Chancengleichheit und der Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb

Die Vorschriften zur Leistungsbeschreibung sind eine Konkretisierung des Wettbewerbsprinzips aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB und des Grundsatzes der Chancengleichheit aus § 97 Abs. 2 GWB, welche auslegungsleitend für die Regelungen zur Leistungsbeschreibung sind.[35] Flankiert werden diese Gebote durch den Grundsatz der Transparenz,[36] der den Staat dazu verpflichtet, seine Entscheidungen nachvollziehbar zu gestalten.[37]

a. Verhältnis der Gebote von Chancengleichheit und Wettbewerb zueinander

Eine Abgrenzung zwischen den beiden Grundsätzen ist nicht immer eindeutig. Häufig werden die Grundsätze als sich bedingend begriffen.[38] Auch wenn die Gebote von Chancengleichheit und Wettbewerb in unterschiedlichen Absätzen des § 97 GWB aufgeführt sind, kann die Gewährleistung der Chancengleichheit als die Bedingung für einen unverfälschten Wettbewerb im vergaberechtlichen Sinne verstanden werden[39]. Der Begriff Wettbewerb bezeichnet das Streben von mindestens zwei Akteuren nach einem Ziel,

35 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 378; *Frister*, VergabeR 2011, S. 295, 296 f. Die Gesetzesbegründung verweist sowohl auf das das Diskriminierungsverbot als auch auf den Wettbewerbsgrundsatz: BT-Drs. 18/7318, S. 171, 172.

36 Vgl. EuGH, 10.10.2013 – C-336/12 – ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 28 (Manova); 10.7.2014 – C-213/13 – ECLI:EU:C:2014:2067 Rn. 63 (Impresa Pizzarotti).

37 Dazu: Teil 2, Kap. 1, B., IV.

38 Häufig ist die Rede von einem »chancengleichen Wettbewerb« oder davon, dass sich die Grundsätze gegenseitig bedingen. S. dazu: *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 46; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 97 Rn. 12; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, Vorb. § 97 Rn. 8. Selbst in der Gesetzesbegründung zum VgV verweist der Verordnungsgeber an unterschiedlichen Stellen einmal auf das Diskriminierungsverbot und einmal auf den Wettbewerbsgrundsatz als Ausprägung der Vorschriften zur Leistungsbeschreibung. Siehe: BT-Drs. 18/7318, S. 171 und S. 172.

39 Auch: *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 66.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wobei der Grad der Zielerreichung bei den Akteuren variiert.[40] Bezogen auf die öffentliche Auftragsvergabe erfordert ein Wettbewerb immer zumindest zwei potenzielle Marktteilnehmer, die sich um den öffentlichen Auftrag (das Ziel) bewerben können.

Damit der Wettbewerb für eine wirtschaftliche Beschaffung sorgt, muss der Wettbewerb seinerseits unverfälscht und effektiv sein.[41] Dies ist nur der Fall, wenn die vergleichbaren Marktteilnehmer, die nach dem öffentlichen Auftrag streben, dieselben Chancen auf den Erhalt des staatlichen Auftrags haben und der Staat einzelnen Marktteilnehmern nicht durch einseitige Maßnahmen einen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern gewährleistet. Das Kräftemessen der Marktteilnehmer muss unter denselben Rahmenbedingungen erfolgen. Damit wird die Aufrechterhaltung der Chancengleichheit zu einer notwendigen Bedingung eines unverfälschten Wettbewerbs im vergaberechtlichen Sinne.[42] Diese Auslegung ergibt sich auch aus Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1, 2 VRL, nach dem das Vergabeverfahren nicht mit der Absicht konzipiert werden darf, den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbs gilt als gegeben, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht konzipiert wurde, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Ähnliche Formulierungen enthalten Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 KonzRL und Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 SektRL. Die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs ist also nicht Selbstzweck, sondern Ausdruck der Aufrechterhaltung der Chancengleichheit vergleichbarer Marktteilnehmer.

b. Herleitung des Gebots der Chancengleichheit

Das vergaberechtliche Gebot der Chancengleichheit aus § 97 Abs. 2 GWB ist wiederum sowohl Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG[43] als auch der unionsvergaberechtlichen Grundsätze von

40 Gabler Wirtschaftslexikon, S-Z (16. Aufl.), Stichwort: Wettbewerb (S. 3325).

41 S. auch die Rspr. des EuGH, nach der eine ungerechtfertigte Vorteilsverschaffung im Vergabeverfahren den Wettbewerb verfälscht. EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 51 (Stadt Halle); 15.10.2009 – C-196/08 – ECLI:EU:C:2009:628 Rn. 56 (Acoset).

42 Auch: VK Arnsberg, 11.3.2010 – VK 01/10, juris Rn. 94.

43 *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 4; *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 86; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 46; *Ziekow*, in: ders./Völlink,

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung[44]. Letztere speisen sich aus den Grundfreiheiten als speziellen Diskriminierungsverboten[45], dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz bzw. aus Art. 20, 21 GrCh sowie aus den sekundärrechtlichen Richtlinien (Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 VRL, Art. 36 Abs. 1 UAbs. 1 SRL, Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 KonzRL), welche wiederum primärrechtskonform auszulegen sind[46].

Eine unterschiedliche Wirkung geht von den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung nicht aus, vielmehr stellt der Grundsatz der Nichtdiskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH einen Unterfall des Gleichbehandlungsgebots dar.[47] Die Doppelung liegt in der durch den EuGH erfolgten Herleitung des öffentlichen Auftragswesens aus dem Unionsrecht begründet. Der Begriff der Nichtdiskriminierung leitet sich von den Grundfreiheiten ab, die als besondere Diskriminierungsverbote an die Eigenschaft der Staatsangehörigkeit anknüpfen.[48] Den Grundsatz der Gleichbehandlung fasst der EuGH dahingegen als ein Gleichbehandlungsgebot ungeachtet der Staatsangehörigkeit auf.[49] Andererseits verwen-

---

Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 18; *Summann*, Vergabegrundsätze, S. 34. Ausdrücklich zur Bindung des Staates an den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Beschaffung: BVerfGE 116, 135 (153).

44 *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 11.

45 Dass sich das Recht des öffentlichen Auftragswesens von den Grundfreiheiten des AEUV ableitet, ergibt sich zum einen aus den Erwägungsgründen der Richtlinien selbst, aber auch aus der Rspr. des EuGH, der teilweise Maßnahmen des staatlichen Einkaufs am Maßstab der Grundfreiheiten prüft. Siehe zur Rechtsprechung: EuGH, 22.9.1988 – C-45/87 – ECLI:EU:C:1988:435 Rn. 12–27 (Kommission/Irland); 24.1.1995 – C-359/93 – ECLI:EU:C:1995:14 Rn. 27 (Kommission/Niederlande); 21.7.2005 – C-231/03 – ECLI:EU:C:2005:487 Rn. 15–28 (Coname); 14.11.2013 – C-221/12 – ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 35 ff. (Belgacom). Ferner versteht der EuGH die Grundfreiheiten als spezielle Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. S. dazu: EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 49 (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 21–24 (ANAV); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 39 f. (Sea); 17.12.2015 – C-25/14 u. C-26/14 – ECLI:EU:C:2015:821 Rn. 38 (UNIS).

46 Siehe bspw. zur Auslegung des Art. 20 VRL im Sinne des Vergabeprimärrechts: EuGH, 6.10.2021 – C-598/19 – ECLI:EU:C:2021:810 Rn. 33 (Conacee).

47 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 48 (Parking Brixen); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 39 (Sea); *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 15 f.

48 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 48 (Parking Brixen). S. auch: *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 15 f.

49 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 48 (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 20 (ANAV); 18.12.2007 –

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

det der EuGH in anderen Bereichen die Begriffe von Ungleichbehandlung und Diskriminierung synonym[50], so dass eine Aufrechterhaltung der Differenzierung für den weiteren Verlauf der Arbeit nicht vielversprechend ist. Im Folgenden erfasst das hier bezeichnete Gebot der Chancengleichheit alle Fälle der Ungleichbehandlung, inklusiver solcher aufgrund der Staatsangehörigkeit.

Im Rahmen der Arbeit wird anstelle des Gebots der Gleichbehandlung der Begriff der Chancengleichheit verwendet, da der Begriff die Besonderheiten der staatlichen Nachfrage am besten abbildet. Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass die Marktteilnehmer bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen.[51] Da kein Marktteilnehmer Anspruch auf die Belieferung der öffentlichen Hand besitzt[52] und dem Staat nicht unendliche Ressourcen zur Beschaffung zur Verfügung stehen, geht es bei der Gleichbehandlung darum, dass die Marktteilnehmer im Wettbewerb die gleichen Chancen auf den Erhalt des staatlichen Auftrags haben. Es soll für vergleichbare Marktteilnehmer der gleiche Zugang zur begrenzten Ressource des öffentlichen Auftrags bestehen. Der Wettbewerb unterliegt den durch den Staat gesetzten Rahmenbedingungen, und dieser Rahmen soll nicht einseitig so durch den Staat modifiziert werden, dass vergleichbaren Marktteilnehmer durch den Staat unterschiedliche Chancen und dadurch ein Vorsprung versprochen werden.

C-220/06 – ECLI:EU:C:2007:815 Rn. 74 (APERMC); 15.10.2009 – C-196/08 – ECLI:EU:C:2009:628 Rn. 48 (Acoset). Siehe auch: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 196. Zum allgemeinen Gleichheitssatz als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz der Unionsrechtsordnung schon: EuGH, 19.10.1977 – C-117/76 – ECLI:EU:C:1977:160 Rn. 7 (Ruckdeschel); 19.10.1977 – C-124/76 u. C-20/77 – ECLI:EU:C:1977:161 Rn. 14/17 (Moulins et Huileroes de Pont-à-Mousson).

50 Vgl. EuGH, 9.11.1995 – C-479/93 – ECLI:EU:C:1995:372 Rn. 23 (Francovich); 19.9.2000 – C-156/98 – ECLI:EU:C:2000:467 Rn. 83 (Deutschland/Kommission); 13.6.2002 – C-430/99 – ECLI:EU:C:2002:364 Rn. 36 (Sea-Land Service); *Rengeling/Szczekalla*, Europäische Grundrechte, Rn. 870.

51 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:2005:650 Rn. 48 (Parking Brixen); 2.6.2016 – C-27/15 – ECLI:EU:C:2016:404 Rn. 36 (Pizzo).

52 Eine Ausnahme im weiteren Sinne sind *Open-House*-Verfahren, bei denen jeder Marktteilnehmer, der die Voraussetzungen der Ausschreibung erfüllt, den Staat beliefern darf. Doch auch in diesen Fällen kann ein Marktteilnehmer nicht im Vorneherein rechtlich geltend machen, dass gerade seine angebotene Leistung überhaupt durch den Staat nachgefragt werden soll. S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Struktur von Gleichbehandlungsgeboten

Gleichbehandlungsgebote existieren sowohl in der deutschen Rechtsordnung als auch in der Unionsrechtsordnung. Für das Vergaberecht relevante Gleichbehandlungsgebote sind Art. 3 Abs. 1 GG, die Grundfreiheiten, das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV und der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeiner Rechtsgrundsatz bzw. verortet in Art. 20 und Art. 21 GrCh. Diese Gleichbehandlungsgebote lassen sich in spezielle Gleichbehandlungsgebote, die an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen (aa.), und allgemeine Gleichbehandlungsgebote (bb.) aufteilen.

aa. Gleichbehandlungsgebote, die an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen

Als spezielle Gleichbehandlungsgebote kommen die Grundfreiheiten und Art. 18 AEUV in Betracht, die auch als Diskriminierungsverbote bezeichnet werden. Die Grundfreiheiten verbieten im Anwendungsbereich einer wirtschaftlichen Tätigkeit explizit die staatliche Differenzierung anhand des Merkmals der Staatsangehörigkeit. Hierbei wird zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen unterschieden.[53] Unmittelbare Diskriminierungen sind solche staatlichen Maßnahmen, die zur Unterscheidung an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen,[54] wie beispielsweise der staatliche Ausschluss ausländischer Bieter aus dem Vergabeverfahren. Mittelbare Diskriminierungen sind solche, die zwar an neutrale Merkmale anknüpfen, im Ergebnis aber ausländische Wirtschaftsteilnehmer faktisch benachteiligen.[55] Stellt das staatliche Handeln eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung dar, ist es rechtfertigungsbedürftig. Unmittelbare

53 Prägnant bei: EuGH, 16.12.2010 – C-137/09 – ECLI:EU:C:2010:774 Rn. 58 (Josemans).

54 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 491 f.; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 28. Vgl. EuGH, 29.10.1998 – C-114/97 – ECLI:EU:C:1998:519 Rn. 31–43 (Kommission/Spanien).

55 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 493; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 28. Vgl. EuGH, 3.2.1982 – C-62/81 – ECLI:EU:C:1982:34 Rn. 8 (Seco); 13.6.2002 – C-430/99 – ECLI:EU:C:2002:364 Rn. 36 (Sea-Land Service); 19.9.2000 – C-156/98 – ECLI:EU:C:2000:467 Rn. 83 (Deutschland/Kommission); *Hailbronner*, WiVerw 1994, S. 173, 178.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diskriminierungen können allerdings nur durch geschriebene Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden.

Art. 18 AEUV schützt vor Diskriminierungen anhand des Merkmales der Staatsangehörigkeit und verbietet unmittelbare wie mittelbare Diskriminierungen.[56] Derartige Diskriminierungen sind rechtfertigungsbedürftig. Im Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots ist jegliche Tätigkeit geschützt, die in irgendeiner Weise durch das Unionsrecht erfasst wird.[57] Da die staatliche Nachfrage in der Regel solche Personen betrifft, die sich wirtschaftlich betätigen, und damit den Anwendungsbereich der Warenverkehrs-, der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit eröffnet, ist der Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 18 AEUV konsequenterweise ebenfalls erfasst. Allerdings tritt das allgemeine Diskriminierungsverbot hinter den wirtschaftlichen Grundfreiheiten zurück. Die Subsidiarität ergibt sich aus dem Wortlaut aus Art. 18 AEUV, nachdem der Anwendungsbereich »unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge« eröffnet ist. Dementsprechend ist das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV für die staatliche Nachfrage von geringer Relevanz.[58]

bb. Allgemeine Gleichbehandlungsgebote

Allgemeine Gleichbehandlungsgebote knüpfen nicht an ein bestimmtes Differenzierungskriterium an, sondern verpflichten zur Gleichbehandlung vergleichbarer Personengruppen bzw. Sachverhalte. Hinsichtlich der Prüfung verhalten sich die unterschiedlichen Gleichbehandlungsgebote im nationalen Recht und Unionsrecht ähnlich. Der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Rechtsprechung des BVerfG verpflichtet zur gleichen Behandlung von wesentlich Gleichem und der Ungleichbehandlung von

56 EuGH, 13.4.2010 – C-73/08 – ECLI:EU:C:2010:181 Rn. 40 (Bressol); 18.6.2019 – C-591/17 – ECLI:EU:C:2019:504 Rn. 42 (Österreich/Deutschland).

57 *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV, Art. 18 Rn. 34; *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn. 19 f.; *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV Art. 18 Rn. 26; *Epiney*, EurLJ 2007, S. 611, 615. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss sich die Person in einer »[unions]rechtlich geregelten Situation befinden«. S. EuGH, 2.2.1989 – C-186/87 – ECLI:EU:C:1989:47 Rn. 10 (Cowan).

58 Im Ergebnis auch: *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 267.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wesentlich Ungleichem.[59] Ähnlich prüft der EuGH das Vorliegen einer Ungleichbehandlung im Rahmen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes darauf, dass »vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden«[60]. Da Personen oder Sachen für sich genommen nie einer anderen Person oder einer anderen Sache gleichen, sind Vergleichsgegenstände die Eigenschaften von Personen oder Sachen.[61] Die Bestimmung von vergleichbaren Eigenschaften erfordert einen relativen Bezugspunkt, anhand dessen die Vergleichbarkeit jener Eigenschaften von Sachen oder Personen festgestellt werden kann. Dazu wird ein gemeinsamer Bezugspunkt (*tertium comparationis*) mithilfe eines gemeinsamen Oberbegriffs gebildet.[62] Mit der Bildung eines gemeinsamen Bezugspunkts ist aber die Möglichkeit verbunden, dass der gemeinsame Bezugspunkt beliebig erweitert wird, um möglichst viele

59 BVerfGE 98, 365 (385); 112, 268 (279); 116, 164 (180); 122, 210 (230); 126, 268 (277); 133, 177 (407); 145, 106 (141 f. Rn. 98); 148, 147 (183 Rn. 94); BVerfG, 8.12.2021 – 2 BvL 1/13, juris Rn. 51.

60 In Bezug auf den vergabeprimärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz: EuGH, 10.10.2013 – C-336/12 – ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 30 (Manova). In Bezug auf den allgemeinen Gleichheitssatz als allgemeinen Rechtsgrundsatz bzw. zu Art. 20 GrCh und Art. 21 GrCh: EuGH, 8.10.1980 – C-810/79 – ECLI:EU:C:1980:228 Rn. 16 (Überschär); 7.7.1993 – C-217/91 – ECLI:EU:C:1993:293 Rn. 37 (Spanien/Kommission); 13.12.1994 – C-306/93 – ECLI:EU:C:1994:407 Rn. 30 (SMW Winzersekt); 3.3.2005 – C-21/03 u. C-34/03 – ECLI:EU:C:2005:127 Rn. 27 (Fabricom); 16.12.2008 – C-127/07 – ECLI:EU:C:2008:728 Rn. 23 (Arcelor); 14.9.2010 – C-550/07 P – ECLI:EU:C:2010:512 Rn. 55 (Akzo Nobel Chemicals); 18.7.2013 – C-234/12 – ECLI:EU:C:2013:496 Rn. 15 (Sky Italia); 4.5.2016 – C-477/14 – ECLI:EU:C:2016:324 Rn. 35 (Pillbox); 7.3.2017 – C-390/15 – ECLI:EU:C:2017:174 Rn. 41 (RPO); 30.1.2019 – C-220/07 – ECLI:EU:C:2019:76 Rn. 36 (Planta Tabak); 17.12.2020 – C-336/19 – ECLI:EU:C:2020:1031 Rn. 85 (Centraal Israëlitisch Consistorie van België). Da die Gebote von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung Teil des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes sind, lassen sich die Prüfungsvoraussetzungen auf den vergaberechtlichen Grundsatz der Chancengleichheit übertragen.
Ferner sieht der EuGH auch die Grundfreiheiten, die wiederum die primärrechtliche Grundlage für das Vergaberecht bilden, als Ausprägung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes an: EuGH, 8.10.1980 – C-810/79 – ECLI:EU:C:1980:228 Rn. 16 (Überschär); 5.12.1989 – C-3/88 – ECLI:EU:C:1989:606 Rn. 8 (Kommission/Italien); 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 48 (Parking Brixen); 16.12.2010 – C-137/09 – ECLI:EU:C:2010:774 Rn. 58 (Josemans).

61 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 362; *Kischel*, AöR 124 (1999), S. 174, 182; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 1.

62 *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 619–621; *Thiele*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 36; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 80; *Kingreen*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 3 Rn. 264.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Personengruppen unter sich zu vereinen. Vielmehr ist es daher herrschende Rechtsprechung, zur Prüfung der Ungleichbehandlung ein wertendes Kriterium hinzuzufügen. Insofern müssen die zwei Vergleichsgruppen »wesentlich« gleich sein.[63] Um das Merkmal der Wesentlichkeit mit konkretem Inhalt zu füllen, sind die Gegebenheiten und Funktionsweisen des zugrundeliegenden Sachbereichs zu berücksichtigen.[64] Sind vergleichbare Personengruppen wesentlich gleich und werden dennoch unterschiedlich behandelt, liegt eine relevante Ungleichbehandlung vor, die rechtfertigungsbedürftig ist.

d. Zwischenergebnis

Das vergaberechtliche Gebot der Chancengleichheit erfasst – seinem grundfreiheitlichen und unionsrechtlichem Ursprung folgend – sowohl unmittelbare als auch mittelbare Ungleichbehandlungen. Daneben schützt es als allgemeines Gleichbehandlungsgebot vor Ungleichbehandlungen aller Bieter bzw. Marktteilnehmer. Hinter der im Zusammenhang mit dem Gebot der Produktneutralität gelegentlich aufgeworfenen Frage, wie viel Wettbewerb der Staat durch seine Nachfrage eröffnen muss,[65] steht die Frage, in welchen Fällen die staatliche Bedarfsdefinition zur Begünstigung oder zum Ausschluss anderer Marktteilnehmer führt. Denn notwendige Bedingung eines Wettbewerbs ist die Chancengleichheit aller vergleichbaren Marktteilnehmer.

---

63 Das BVerfG rekurriert auf das Merkmal der »Wesentlichkeit«: BVerfGE 98, 365 (385); 112, 268 (279); 116, 164 (180); 122, 210 (230); 126, 268 (277); 130, 151 (175); 133, 1 (21); 133, 177 (407); 145, 106 (141 f. Rn. 98); 148, 147 (183 Rn. 94); BVerfG, 8.12.2021 – 2 BvL 1/13, juris Rn. 51. Der EuGH beruft sich hingegen auf das Merkmal der »Vergleichbarkeit«: EuGH, 16.12.2008 – C-127/07 – ECLI:EU:C:2008:728 Rn. 23 (Arcelor); 7.3.2017 – C-390/15 – ECLI:EU:C:2017:174 Rn. 41 ff. (RPO); 30.1.2019 – C-220/17 – ECLI:EU:C:2019:76 Rn. 37 (Planta Tabak); 26.3.2020 – C-113/19 – ECLI:EU:C:2020:228 Rn. 36 (Luxaviation).

64 Zur Rechtsprechung des EuGH: EuGH, 12.5.2011 – C-176/09 – ECLI:EU:C:2011:290 Rn. 32 (Luxemburg/Parlament und Rat); 30.1.2019 – C-220/07 – ECLI:EU:C:2019:76 Rn. 37 (Planta Tabak). Zur Rechtsprechung des BVerfG: vgl. BVerfGE 55, 72 (90 f.); 93, 386 (397).

65 Exemplarisch bei: *Rechten/Portner*, NZBau 2014, S. 276, 277.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Verweis auf bestimmte Eigenschaften einer Leistung

Damit der Verbotstatbestand des Gebots der produktneutralen Ausschreibung eröffnet ist, muss die Leistungsbeschreibung zunächst auf eine bestimme Produktion[66], Herkunft, ein bestimmtes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet[67], gewerbliche Schutzrechte[68], Typen oder einen bestimmten Ursprung verweisen. Die Tatbestände in den deutschen Verordnungen stellen mit kleinen Abweichungen im Wortlaut eine Eins-zu-eins-Umsetzung der Vorgaben aus den sekundärrechtlichen Richtlinien dar.[69] Die entsprechenden Merkmale decken sowohl materielle als auch immaterielle Eigenschaften von Leistungen ab.[70] Am weitesten ist dabei wohl der Begriff der ›Produktion‹ zu verstehen, der in den Richtlinien als ›Herstellung‹[71] oder ›Machart‹[72] bezeichnet wird. Hierbei handelt es sich um die materiellen Eigenschaften der Leistungen, die die Leistung als solche kennzeichnen, also ihre Funktionen, Abmessungen und das Gewicht. Angaben zur Quantität der Leistung oder zur Dauer und zum Ort der Leistungserbringungen fallen nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften nicht in den Anwendungsbereich des Gebots der produktneutralen Ausschreibung. Das bedeutet aber nicht,

66 Sowohl § 15 Abs. 8 VSVgV als auch dessen unionsrechtliche Grundlage in Art. 18 Abs. 8 RL 2009/81/EG verbieten sogleich zweimal den Verweis auf eine bestimmte Produktion. Hierbei muss es sich um ein redaktionelles Versehen handeln.
Ferner verwenden die zugrundeliegenden Sekundärrechtsakte die Begriffe »Herstellung«, »Machart« und »Produktion« wohl synonym.

67 Dieser Halbsatz existiert nur in § 31 Abs. 6 VgV und § 15 Abs. 3 KonzVgV. § 28 Abs. 6 SektVO und § 15 Abs. 8 VSVgV enthalten diesen Halbsatz nicht.

68 § 15 Abs. 8 VSVgV listet anstatt gewerblicher Schutzrechte nur Marken und Patente auf. Damit klammert § 15 Abs. 8 VSVgV andere gewerbliche Schutzrechte wie Gebrauchsmuster und Designs aus. Auch die unionsrechtlichen Grundlagen in Art. 42 Abs. 4 VRL, Art. 60 Abs. 4 SektRL, Art. 36 Abs. 2 KonzRL und Art. 18 Abs. 8 VS-RL sprechen ausschließlich von Marken und Patenten. Die Erweiterung des Schutzes des Gebots der produktneutralen auf Gebrauchsmuster und Designs widerspricht aber nicht dem Unionsrecht, so dass der Wortlaut der nationalen Umsetzung durchaus weit verstanden werden kann.

69 So werden »technische Spezifikationen« in den deutschen Verordnungen durch »Leistungsbeschreibung« ersetzt.

70 Zu materiellen und immateriellen Eigenschaften der Leistung: Teil 1, Kap. 1, B., III. und Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb.

71 Art. 60 Abs. 4 SektRL.

72 Art. 36 Abs. 2 KonzRL.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass diese Angaben vergaberechtlich unerheblich wären. Aufgefangen werden diese Eigenschaften durch das vergaberechtliche Wettbewerbsgebot.[73]

Ferner müssen die geforderten Eigenschaften der Leistung die Leistung eines bestimmten Unternehmens kennzeichnen. Dies ergibt sich aus dem Schutzziel des Gebots der produktneutralen Ausschreibung: nämlich der Öffnung eines Wettbewerbs. Mit mindestens zwei Akteuren, die sich auf den öffentlichen Auftrag bewerben können, ist ein Wettbewerb eröffnet, der durch das Streben der Akteure nach dem Erhalt des öffentlichen Auftrages in der Idealvorstellung zu einer wirtschaftlichen Beschaffung führt. Können sich also mindestens zwei Marktteilnehmer auf die Ausschreibung bewerben, weil sie die entsprechende gewünschte Leistung anbieten, besteht kein Anlass, das Gebot der produktneutralen Ausschreibung als beeinträchtigt zu sehen. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass für die Anwendung des Gebots der Produktneutralität die geforderte Leistung von vorneherein nur von einem Marktteilnehmer auf dem europäischen Markt erbracht werden kann. Dabei ist ausreichend, dass anhand der Leistungsbeschreibung nur ein bestimmter Marktteilnehmer in Betracht kommt, ohne dass die Leistungsbeschreibung die Leistung desjenigen Marktteilnehmers konkret bezeichnet.[74] Wenn die Erbringung der Leistung also mehreren Marktteilnehmern möglich ist, ist nach dem Sinn und Zweck des Gebots der produktneutralen Ausschreibung das Gebot nicht verletzt.

Anders ist der Fall nur, wenn eine Nachfrage nach Leistungen erfolgt, die durch gewerbliche Schutzrechte (bspw. Marken oder Patente) geschützt sind. Dann ist ungeachtet der Anzahl der anbietender Marktteilnehmer die erste Voraussetzung des Gebots der produktneutralen Ausschreibung erfüllt. So ist es möglich, dass der Staat ein bestimmtes Produkt nachfragt, welches geschützt durch Rechte des geistigen Eigentums ein Alleinstellungsmerkmal aufweist, wie bspw. Tablets des Herstellers *Apple*[75]. Derartige Produkte können auf dem Markt durch den Erwerb von (Verkaufs-)Lizenzen durchaus von mehreren unterschiedlichen Marktteilnehmern angeboten werden. Allerdings erfolgt der Wettbewerb dann auf einem exklusiven Ausschnitt des Marktes, zu dem Außenstehende mangels etwaiger Lizen-

73 Dazu: Teil 2, Kap. 1, B., III., 3.

74 *Ohrtmann*, VergabeR 2012, S. 376, 378. Hierbei spricht man auch von einer sog. »verdeckten Produktvorgabe«, S. dazu: OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, BeckRS 2020, 7129 Rn. 66.

75 Vgl. OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zen oder Genehmigungen schon rechtlich keinen Zutritt erhalten.[76] Ein echter Wettbewerb würde dann nicht existieren. Die Nachfrage nach Leistungen, die durch gewerbliche Schutzrechte (seien es Marken, Patente, Gebrauchsmuster oder Designs) geschützt sind, erfüllen damit ungeachtet einer potenziellen Vielzahl anbietender Marktteilnehmer immer die erste Voraussetzung des Gebots der produktneutralen Ausschreibung.[77]

3. Vorliegen einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung bei der staatlichen Nachfrage

Allein der Verweis auf die Eigenschaften, die die Leistung eines bestimmten Marktteilnehmers kennzeichnen, ist nicht ausreichend, damit der Tatbestand des Gebots der produktneutralen Ausschreibung einschlägig ist. Ferner muss der Verweis auf die Eigenschaften einer bestimmten Leistung zur Ungleichbehandlung von Marktteilnehmern führen. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verbietet den Verweis auf bestimmte Produkte, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Zwischen dem Verweis auf ein bestimmtes Produkt und der Benachteiligung anderer Marktteilnehmer muss also eine Kausalität bestehen.[78] Die Nachfrage muss dazu führen, dass bestimmte Marktteilnehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden; ein anbietender Marktteilnehmer muss also gegenüber anderen Marktteilnehmern einen Vorteil im Wettbewerb erhalten. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass nicht jede Produktspezifikation eine relevante Ungleichbehandlung darstellt.

Fraglich ist, wann genau eine tatbestandliche Ungleichbehandlung vorliegt, also wann durch die Bedarfsdefinition bestimmte Marktteilnehmer begünstigt oder ausgeschlossen werden. Auffällig ist, dass sich ein Großteil der Rechtsprechung nicht mit der Frage der Ungleichbehandlung auseinan-

76 Vgl. auch *Scharen*, GRUR 2009, S. 345.

77 Zu weitgehend *Scharen*, GRUR 2009, S. 345, 345 f., der aus dem Spielraum bei der Farbwahl auch auf einen breiten Spielraum bei der Technologiewahl schließt, der nicht der sachlichen Rechtfertigung bedürfe.

78 Ähnlich: *Seebo*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 61, nach dem der Verweis auf die Eigenschaft eines bestimmten Produkts und die Benachteiligung anderer Marktteilnehmer zwei voneinander zu trennende Prüfungsschritte sind.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dersetzt, sondern eine Ungleichbehandlung voraussetzt und unmittelbar die Rechtfertigung einer produktneutralen Ausschreibung prüft.[79]

a. Begünstigung und Ausschluss von Marktteilnehmern

Ob im Einzelnen die Folge des Verweises auf eine bestimmte Leistungseigenschaft eine Begünstigung eines Marktteilnehmers oder der Ausschluss anderer ist, ist unerheblich, denn die Begünstigung des einen ist spiegelbildlich der Ausschluss des anderen. Je nachdem, aus welcher Perspektive das staatliche Handeln betrachtet wird, ist der staatliche Wunsch nach einer bestimmten Eigenschaft entweder eine Begünstigung oder ein Ausschluss eines Marktteilnehmers. Derjenige, der die gewünschten Merkmale mit seinen Produkten erbringen kann, erhält einen Vorteil im Wettbewerb und wird begünstigt. Derjenige, der die entsprechenden Merkmale nicht erbringen kann, wird vom Wettbewerb um die staatliche Nachfrage ausgeschlossen. Im Vergaberecht wird das dadurch deutlich, dass Angebote von Bietern, die nicht der Leistungsbeschreibung entsprechen, als Nebenangebote gelten. Nebenangebote sind grundsätzlich nach § 35 Abs. 1 S. 2 VgV[80] nicht zulässig und führen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren.

Folglich ist es von der Perspektive abhängig, ob eine Begünstigung oder ein Ausschluss vorliegt. Allerdings wird sich in der Regel derjenige Marktteilnehmer gegen die Ausschreibung wehren, der durch die Produktspezifikation ausgeschlossen wird. So ist der Wunsch nach Tablets des Herstellers *Apple*[81] eine (Wettbewerbs-)Begünstigung solcher Anbieter, die Produkte von *Apple* herstellen oder vertreiben, aber ein (Wettbewerbs-)Ausschluss aller anderen Marktteilnehmer, die Tablets anderer Marken herstellen oder vertreiben. Begünstigung und Ausschluss sind also zwei Seiten derselben Medaille.

79 Exemplarisch: OLG Düsseldorf, 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651 f.; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716; 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, S. 184, 188; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 54 f. Rn. 21 f. Zur Rechtfertigungsprüfung des OLG Düsseldorf: Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., b. Eine Ungleichbehandlung im Ansatz scheint zu prüfen: OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, juris Rn. 68 ff.

80 § 33 Abs. 2 S. 2 SektVO; § 32 Abs. 1 S. 4 VSVgV.

81 S. dazu: OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Verweis auf die Herkunft als mittelbare Ungleichbehandlung

Fragt der Staat eine Leistung nach, die explizit oder implizit eine bestimmte Herkunft aufweist, liegt darin automatisch eine mittelbare Ungleichbehandlung und der Ausschluss anderer Marktteilnehmer. Dies ergibt sich aus den dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung zugrundeliegenden Grundfreiheiten.[82] Fälle, in denen sich der staatliche Nachfrager Leistungen aus einem bestimmten Mitgliedstaat wünscht, stellen mittelbare Ungleichbehandlungen derjenigen Marktteilnehmer dar, die nicht in dem entsprechenden Mitgliedstaat ansässig sind. So ist beispielsweise das Verlangen der öffentlichen Hand nach der Beschaffung von irischem Blaustein, der ausschließlich in der Republik Irland vorkommt und abgebaut wird, eine mittelbare Ungleichbehandlung von Marktteilnehmern, die nicht in Irland ansässig sind.[83] Dasselbe gilt für Sprachanforderungen an das Personal, welches eine Dienstleistung erbringen soll. Die Notwendigkeit einer bestimmten Herkunft führt zur faktischen Schlechterstellung solcher Anbieter von Gütern und Dienstleistungen, welche im Ausland ansässig sind, und behindert ferner den Handel zwischen den Mitgliedstaaten.[84] Man muss nämlich davon ausgehen, dass Marktteilnehmer, die nicht im Gebiet des Ursprungsortes ansässig sind, bei der Beschaffung der Waren aufgrund von längeren Anlieferungswegen etc. faktisch schlechter gestellt sind. Der Wunsch nach einer bestimmten Herkunft oder eines bestimmten Ursprungs, der Leistung, selbst wenn dies kausal für seine stoffliche Beschaffenheit ist, führt also immer zur Begünstigung und zum Ausschluss von Marktteilnehmern und ist damit rechtfertigungsbedürftig.

82 Siehe zu speziellen Gleichbehandlungsgeboten, die an das Merkmal der Staatsangehörigkeit anknüpfen: Teil 2, Kap. 1, B., II., c., 1., aa.

83 S. dazu: VK Münster, 24.6.2011 – VK 6/11, juris Rn. 102 ff. Ebenso sind Fälle, in denen bestimmte Leistungseigenschaften nur durch inländische Marktteilnehmer erbracht werden können, wie bspw. die Vorgabe einer Pharmazentralnummer, mittelbare Diskriminierungen. S. dazu: VK Bund, 8.4.2009 – VK1–35/09; *Traupel*, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 8 EG Rn. 69. Zum Erfordernis inländischer Herkunft als Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit schon: EuGH, 22.6.1993 – C-243/89 – ECLI:EU:C:1993:257 Rn. 4, 23 (Kommission/Dänemark)

84 Zum Erfordernis des Ursprungs von Plasma aus Slowenien als mittelbare Diskriminierung: EuGH, 8.6.2017 – C-296/15 – ECLI:EU:C:2017:431 Rn. 72–77 (Medisanus). Deutlicher zur Einstufung als mittelbare Diskriminierung: Schlussantrag des GA Saugmandsgaard Øe, 1.12.2016 – C-296/15 – ECLI:EU:C:2016:922 Rn. 103 (Medisanus).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Wesentliche Vergleichbarkeit von Marktteilnehmern

Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, in denen der Staat eine Leistung unabhängig von etwaigen Anknüpfungen an den Ursprung oder die Herkunft nachfragt, also nur konkrete Anforderungen an die materielle Beschaffenheit der Leistung stellt. Die speziellen Gleichbehandlungsgebote, die an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, können folglich nicht als Grundlage fruchtbar gemacht werden. Maßgeblich für die Frage, ob eine relevante Ungleichbehandlung vorliegt, ist, ab welchem Grad der Konkretisierung des Bedarfs bestimmte Marktteilnehmer ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit oder -zugehörigkeit ungleich behandelt, also im Wettbewerb begünstigt oder ausgeschlossen werden. Ist schon die Nachfrage nach einer Leistung, die nur ein Marktteilnehmer ohne jegliche Konkurrenz am Markt anbietet, ein Ausschluss anderer Marktteilnehmer? Bedeutet der Verweis auf ein bestimmtes Patent automatisch, dass andere Marktteilnehmer vom Wettbewerb ausgeschlossen werden? Wie ist bspw. die Nachfrage nach einem bestimmten Antriebssystem zu handhaben, die nur durch ein Unternehmen gedeckt werden kann?[85] Läge ein Fall der Ungleichbehandlung vor, wenn ein Mitgliedstaat mehr Helikopter als Rettungsschiffe zur Seenotrettung beschaffen würde?[86]

aa. Die Schwierigkeit der Bildung von Vergleichsgruppen bei der staatlichen Nachfrage

Bei der staatlichen Nachfrage ist die Bildung eines gemeinsamen Bezugspunktes aus folgendem Grund problematisch: In jeder Entscheidung für eine bestimmte Leistungseigenschaft liegt der faktische Ausschluss anderer Marktteilnehmer. Je enger die öffentliche Hand ihren Bedarf konkretisiert,

85 So war es Ausschreibungspraxis des Landes Niedersachsen, für die Beschaffung von Polizeifahrzeugen ein bestimmtes Antriebssystem zu fordern, welches nur durch Volkswagen gedeckt werden konnte. Nachweis dieser Praxis bei: *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 493. Zu Zweifeln an der vergaberechtlichen Zulässigkeit führte auch die konkrete Nachfrage nach Zügen, die die Behindertentoilette im Triebwagen führten und die ausschließlich durch ein Unternehmen angeboten wurden. Nachweis dieser Praxis bei: *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 142.

86 Dieses Beispiel thematisiert *Arrowsmith* und sie stellt fest, dass eine derartige Bevorzugung auch bei einer Tendenz des nationalen Marktes zu einem bestimmten Produkt keinen Verstoß gegen die Grundfreiheiten darstellt. Siehe: *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 271 Fn. 96.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

desto mehr Marktteilnehmer werden faktisch von der staatlichen Nachfrage ausgeschlossen. Beispielsweise schließt die Nachfrage nach Fahrrädern für die Polizei solche Marktteilnehmer aus, die Personenkraftwagen anbieten. Die Nachfrage von Fahrrädern mit elektronischem Antrieb schließt wiederum solche Anbieter aus, die nur konventionelle Fahrräder anbieten. Die Nachfrage nach Helikoptern zur Seenotrettung schließt die Nachfrage nach Rettungsbooten aus. Die Beispiele ließen sich mit jeder weiteren Konkretisierung fortführen. So ließe sich die Bezugsgröße beliebig oft verallgemeinern, um die verschiedenen Eigenschaften von Sachen unter einen gemeinsamen Oberbegriff zu fassen und so die Vergleichbarkeit jener Eigenschaften zu begründen.[87] Dies würde bedeuten, dass in jeder Entscheidung für eine bestimmte Leistungseigenschaft, in jeder Konkretisierung auch ein rechtlich relevanter Ausschluss von Marktteilnehmern läge. Bei jeder Nachfrage wären diejenigen ausgeschlossen, die die Leistung nicht erbringen können, weil sie die Leistung in der Gestalt nicht anbieten. Wenn aber jede dieser Differenzierungen und Konkretisierungen eine Ungleichbehandlung darstellte, wäre eine Konsequenz, dass die staatliche Nachfrage unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung stünde und aufgrund der Möglichkeit der Ungleichbehandlung nahezu jeder Marktteilnehmer die Bedarfsdefinition in einem anschließenden Vergabeverfahren mit Berufung auf eine mögliche Rechtsverletzung gem. § 160 Abs. 2 GWB anfechten könnte. Gegen ein derart weites Verständnis spricht aber der Ausnahmecharakter des Verbots der anbieterspezifischen Ausschreibung sowie die Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt und der effektiven Aufgabenerfüllung, die torpediert wäre, wenn die Bieter dem öffentlichen Auftraggeber im Nachhinein eine Bedarfsdefinition oktroyieren könnten. Zum anderen würde der Grundsatz der Gleichbehandlung auf diese Weise in ein akzessorisches Recht auf Erfolg im Wettbewerb umgewandelt.[88] Das bedeutet im Ergebnis, dass allein eine sehr konkrete Bedarfsdefinition noch nicht auf das Vorliegen einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung etwaiger Marktteilnehmer schließen lässt.

87 Allgemein auch: *Kischel*, AöR 124 (1999), S. 174, 184.

88 Ähnlich: *Huerkamp*, EuR 2009, S. 563, 567 f. Zu weitgehend *Hailbronner*, der in jeder Warenbeschaffenheit eine Beschränkung erkennt und daher jede Entscheidung für eine bestimmte Warenbeschaffenheit unter den Vorbehalt zwingender Allgemeininteressen stellt. S. dazu: *Hailbronner*, WiVerw 1994, S. 174, 176.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb. Funktionelle Austauschbarkeit

Um festzustellen, wann Marktteilnehmer wesentlich vergleichbar sind und überhaupt benachteiligt werden können, müssen die Gegebenheiten des zugrundeliegenden Sachbereichs berücksichtigt werden.[89] Im zugrundeliegenden Sachbereich tritt der Staat als Nachfrager am Markt auf. Der Markt lässt sich beschreiben als ein »Austausch von Gütern und Dienstleistungen zwischen selbstständigen Wirtschaftssubjekten, der aus dem Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage resultiert«[90]. Der Staat bedient sich zur wirtschaftlichen Beschaffung der Funktionsweisen des Marktes; dieser Markt ist insofern ein Mittel zum Zweck einer wirtschaftlichen Beschaffung. Dabei gibt es aber nicht einen einzigen Markt, auf dem sich alle unterschiedlichen Güter und Dienstleistungen bewegen, sondern viele unterschiedliche (Teil-)Märkte, die sich jeweils für eine bestimmte Leistung aus Angebot und Nachfrage zusammensetzen.[91] Folglich wird die Leistung zum Bezugspunkt für den zugrundeliegenden Markt. Die Marktteilnehmer, die die Leistung anbieten, befinden sich auf diesem Markt. Daraus folgt, dass der Staat zunächst einmal eine Leistung nachfragen muss, um einen bestimmten Markt zu eröffnen. Dabei ist der Staat jedoch an unionsrechtliche und nationale Vorgaben gebunden. Insbesondere ist der Staat zunächst der Aufgabenerfüllung und dem Erhalt seiner Funktionsfähigkeit verpflichtet.[92] Auf der anderen Seite ist der Staat aber in das integrative und ordnende Konzept des Binnenmarktes eingebunden, welches ihn zur Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung aber auch der Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs verpflichtet.[93] Der Staat muss seine Nachfragetätigkeit einerseits fußend auf der Notwendigkeit, sich selbst funktionsfähig zu erhalten, und andererseits unter der Beachtung nationaler und unionsrechtlicher Vorschriften gestalten.[94]

89 Zum Erfordernis der wesentlichen Vergleichbarkeit: Teil 2, Kap. 1, B., II., c., bb.
90 *Grabitz*, in: FS H. P. Ipsen (1977), S. 645.
91 S. auch: *Mankiw/Taylor/Herrmann/Püplichhuysen/Müller*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 63: »Ein Markt besteht aus Gruppen potenzieller Käufer und Verkäufer einer *bestimmten* Ware oder Dienstleistung« (Hervorhebung durch Verfasserin).
92 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 2.
93 *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 86. S. auch Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb v. 9.5.2008, EUAbl. 2008/C 115, 309, nach dem der Binnenmarkt ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.
94 *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 86.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausgehend vom Binnenmarkt als Instrument der Integration und Ordnung sind Leistungen von Marktteilnehmern dann vergleichbar oder wesentlich gleich, wenn sie miteinander im Wettbewerb stehen.[95] Um zu bestimmen, wann ein Wettbewerb vorliegt, ist der zugrundeliegende Markt abzugrenzen und zu definieren. Mithilfe der Definition des Marktes kann der Bereich ermittelt werden, in dem Marktteilnehmer miteinander im Wettbewerb stehen.[96] Derartige Marktabgrenzungen sind im Wettbewerbsrecht üblich und ebenfalls auf die staatliche Nachfrage übertragbar, sofern diese im Wege einer öffentlichen Ausschreibung befriedigt werden soll.[97] Denn die dem öffentlichen Auftragswesen zugrundeliegenden Rechtsvorschriften sind wiederum selbst Teil des Wettbewerbsrechts. Das zeigt sich unter anderem am Standort der deutschen Vergaberegelungen im vierten Teil des GWB und dem zentralen Grundsatz des Wettbewerbs in § 97 Abs. 1 GWB sowie dadurch, dass das öffentliche Auftragswesen Ausprägung der Grundfreiheiten ist, welche als Instrumente der Verwirklichung des Binnenmarktes wiederum einem unverfälschten Wettbewerb dienen[98].

Um den Markt, auf dem sich Angebot und Nachfrage treffen, von anderen Märkten abzugrenzen, bedient sich das Wettbewerbsrecht des Bedarfsmarktkonzepts. Dieses dient dazu, den sachlichen relevanten Markt zu

95 Ähnlich auch: *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 148, 155, nach dem »zwei Wirtschaftsteilnehmer wesentlich ungleich sind, wenn ihre Ungleichbehandlung den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerb nicht verzerrt«; *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 88, der sich auf die »Gleichwertigkeit« der Leistungen stützt.

96 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft v. 9.12.1997, EUAbl. 97/C 372/03, S. 5 Nr. I.2.; *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV, Art. 101 Rn. 175.

97 Zur Marktabgrenzung im Kartellrecht, vgl.: EuGH, 13.2.1979 – C-85/76 – ECLI:EU:C:1979:36 Rn. 21 ff. (Hoffmann-La Roche). Es erfolgen auch Marktabgrenzungen bei der Frage, ob und inwieweit eine Leistung in unterschiedliche Fachlose aufgeteilt werden kann. Dazu: OLG Düsseldorf, 11.1.2012 – VII-Verg 52/11, NZBau 2012, S. 324, 325. Vgl. auch *Mager/Lotz*, ZfBR 2015, S. 758, 759. Ferner schließt die Europäische Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Definition des Marktes nicht aus, dass die Bestimmung des relevanten Marktes auch auf andere Bereiche übertragen werden könne. S. dazu: Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft v. 9.12.1997, EUAbl. 97/C 372/03, S. 5 Nr. I.1. Fn. 1. Vgl. auch *Kupczyk*, NZBau 2010, S. 21, 23; *Immenga*, DB 1984, S. 385; *Opitz*, WuW 2003, S. 37 ff.

98 S. dazu Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb v. 9.5.2008, EUAbl. 2008/C 115, 309, nach dem der Binnenmarkt ein System umfasst, welches einen unverfälschten Wettbewerb schützt.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bestimmen und einen existierenden Wettbewerb abzubilden.[99] Auf Grundlage dessen lässt sich ein Markt danach bestimmen, ob aus Sicht der Abnehmer die bestimmten Leistungen aufgrund ihrer technischen, ökonomischen, funktionellen oder sonstigen Eigenschaften so nahe stehen, dass ein durchschnittlicher Verbraucher die Leistungen zur Deckung seines Bedarfs als funktionell austauschbar erachtet.[100] Güter und Dienstleistungen konkurrieren dann in einem Wettbewerb miteinander, wenn zwischen den verschiedenen Gütern und Dienstleistungen eine funktionelle Austauschbarkeit besteht.[101] Diese Auslegung entspricht ferner auch der vom EuGH im Rahmen der gemeinsamen Marktordnung vertretenen Rechtsprechung, Produkte als vergleichbar anzusehen, wenn sie austauschbar waren.[102]

Da dem staatlichen Bedarf die Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit und der Aufgabenerfüllung zugrunde liegt, knüpft die funktionelle Austauschbarkeit an die Erfordernisse der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe an. Indem die funktionelle Austauschbarkeit an die staatliche Aufgabe anknüpft, ist auch dem Ziel der Aufgabenerfüllung Genüge getan, denn aus der funktionellen Austauschbarkeit folgt gerade, dass die austauschbaren Leistungen für die Aufgabenerfüllung gleich geeignet sind. Maßstab für die funktionelle Austauschbarkeit ist demnach die zugrundeliegende staatliche Aufgabe, wobei die staatlichen Einrichtungen diese Aufgabe im Einzelnen konkretisieren müssen.[103] Die wesentliche Vergleichbarkeit der Leistungen ergibt sich also aus ihrer funktionellen Austauschbarkeit, die einen Wettbewerb abbildet. Erst innerhalb dieses bestehenden

99 *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 18 Rn. 37; *Opitz*, WuW 2003, S. 37, 41 f.

100 KG, 18.2.1969 – Kart V 34/67, WuW 1969, S. 623, 623 f.; KG, 1.12.1976 – Kart 51/76, WuW 1977, S. 265, 268; BGH, 3.7.1976 – KVR 4/75, juris Rn. 38; 25.6.1985 – KVR 3/84, juris Rn. 30; 22.9.1987 – KVR 5/86, juris Rn. 36; 19.3.1996 – KZR 1/95, WuW/E 3058, 3062; 4.3.2008 – KVR 21/07, juris Rn. 15; EuGH, 13.2.1979 – C-85/76 – ECLI:EU:C:1979:36 Rn. 28 (Hoffmann-La Roche); 9.11.1983 – C-322/81 – ECLI:EU:C:1983:313 Rn. 37 (Michelin). Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft v. 9.12.1997, AblEG 1997, C 372/5. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 18 Rn. 37; *Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, Rn. 785.

101 Ähnlich zur Ermittlung der Ungleichbehandlung von Gütern und Dienstleistungen anhand der Vergleichbarkeit: *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 140.

102 EuGH, 19.10.1977 – C-117/76 – ECLI:EU:C:1977:160 Rn. 7 f. (Ruckdeschel); 19.10.1977 – C-124/76 – ECLI:EU:C:1977:161 Rn. 14–18 (Moulins Pont-à-Mousson/ONIC).

103 Zur staatlichen Aufgabe als Grundlage der Bedarfsdeckung: Teil 1, Kap. 2, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wettbewerbs kann die Bedarfsdefinition andere Marktteilnehmer in einer benachteiligenden Weise von der Nachfrage ausschließen. Dies ist der Fall, wenn die Bedarfsdefinition derart konkretisiert wird, dass sie zwischen funktionell austauschbaren Leistungen weitere Differenzierungen trifft und dadurch Wettbewerber auf dem Markt von der konkreten Nachfrage ausschließt.[104] In diesem Fall wäre ein chancengleicher Wettbewerb tangiert. Das bedeutet auf der anderen Seite aber auch, dass erst die Nachfrage einen Markt eröffnen kann und das Gebot der Chancengleichheit nicht dazu verpflichtet, die Nachfrage auf eine bestimmte Leistung nach Art ihrer Verkehrsanschauung zu richten.[105]

So ist bspw. für die Sicherung von Bibliotheksbeständen die Nachfrage nach einer Hochdruckwassernebelanlage, die einen Brand mittels Verteilung eines feinen Wassernebels löschen soll, nicht funktionell austauschbar mit einer herkömmlichen Sprinkleranlage, die den vorhandenen Buchbestand ähnlich einem Brand zerstören oder zumindest unbrauchbar machen würde. In diesem Fall ist die Nachfrage nach jener Anlage keine Ungleichbehandlung gegenüber solchen Marktteilnehmern, die nur herkömmliche Sprinkleranlagen anbieten. Eine funktionelle Austauschbarkeit kann wiederum zu Niederdruckwassernebelanlagen bestehen, die zur Gruppe der Wassernebelanlagen gehören.[106] Auch die Nachfrage nach Tablets der Marke *Apple,* die durchaus austauschbar mit Tablets anderer Marken sind, führen zu einer relevanten Ungleichbehandlung.[107] Die Nachfrage nach einem bestimmten Antriebssystem, welches nur ein Anbieter am Markt bedienen kann, ist ein Ausschluss anderer Marktteilnehmer, die dieses Antriebssys-

104 Vgl. auch *Opitz*, WuW 2003, S. 37, 41–44. Damit geht die Argumentation gegen eine Ungleichbehandlung durch die Nachfrage, weil erst die Nachfrage einen Markt eröffne, fehl. Innerhalb eines bestehenden Marktes kann durchaus unterschiedlich behandelt werden. Zu dieser Ansicht: *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 271; *Arrowsmith*, Public Procurement (2. Aufl.), S. 1113; *Weber*, NZBau 2002, S. 194. Vgl. auch *Breier*, UPR 1995, S. 128, 129 f.; *Meyer*, Politischer Zielsetzungen, S. 186 f.; *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 148–152, 155, nach dessen Ansicht keine Ungleichbehandlung in Betracht käme, da kein objektiver Maßstab für die Bedarfsdefinition gebildet werden könne.

105 Ähnlich wird in Rechtsprechung und Literatur vertreten, dass der Bieter im Nachprüfungsverfahren dem öffentlichen Auftraggeber kein Produkt vorgeben kann. S. dazu: OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – Verg 42/09, BeckRS 2010, 6143; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; *Schellenberg*, in: Pünder/ders. Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 82; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 42.

106 S. dazu: OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735 ff.

107 S. dazu: OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tem nicht anbieten, da angesichts der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe (Gefahrenabwehr durch die Polizeibehörden) über die funktionelle Austauschbarkeit hinaus weitere Vorgaben gemacht wurden.[108]

d. Sonderfall: Nachfrage nach technischen Anlagen und System

Da die funktionelle Austauschbarkeit von Leistungen zum Bezugspunkt einer relevanten Ungleichbehandlung wird, ergibt sich insbesondere für die Nachfrage nach technischen Anlagen und System (Hard- und Software) ein zur Praxis der Rechtsprechung abweichendes Bild. Die Rechtsprechung beschäftigt sich schwerpunktmäßig im Rahmen der Rechtfertigung einer produktspezifischen Ausschreibung mit der Beschaffung von technischen Anlagen und System.[109] Daraus folgt, dass die Rechtsprechung die Nachfrage nach bestimmten technischen Anlagen und Systemen tendenziell als eine relevante Ungleichbehandlung auffasst. Dies ist allerdings nicht immer der Fall.

Der Staat ist zum Erhalt seiner Funktionsfähigkeit auf technische Anlagen und Systeme angewiesen. Für eine reibungslose Erfüllung der zugrundeliegenden Aufgaben ist es notwendig, dass die vorhandene Hardware mit den technischen Systemen (oder andersherum) kompatibel ist. So kann beispielsweise die Beschaffung eines Druckers eines bestimmten Herstellers dazu führen, dass in Zukunft nur noch von dem Hersteller selbst angebotene Tintenpatronen beschafft werden, wenn Tintenpatronen anderer Anbieter nicht kompatibel sind und zu Funktionsstörungen führen.[110] Gleiches gilt für Pager, die im Bereich der Gefahrenabwehr genutzt werden, und auf bestimmte Verschlüsselungssysteme programmiert sind.[111] Zum Erhalt der Funktionsfähigkeit besteht in der Regel die Notwendigkeit, zu vorhan-

108 Zum Bsp.: Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., c.

109 Exemplarisch: OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 790; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 652; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657 Rn. 21 ff.; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 33 ff.; 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, S. 184, 188 f. Rn. 43 ff.; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139 Rn. 40 ff.; OLG Frankfurt a.M., 1.9.2016 – 11 Verg 6/16, NZBau 2016, S. 787, 790; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 382. Im Grunde auch: *Reichling/Scheumann*, GewArch 2019, S. 58.

110 Vgl. dazu: OLG Frankfurt a.M., 29.5.2007 – 11 Verg 12/06, openJur 2012, 28658.

111 OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

denen Systemen oder Anlagen das kompatible Pendant zu beschaffen. Folge dessen kann sein, dass mit einer einmal getroffenen Produktentscheidung eine Festlegung auf eine geringe Auswahl an kompatiblen (und meist herstellereigenen) Produkten folgt. Hierbei spricht man von sog. proprietären Leistungen oder auch vom *Lock-in*-Effekt[112]. Würde eine Leistung beschafft werden, die inkompatibel mit den vorhandenen Anlagen oder Systemen ist, wäre dies der Funktionalität von Anlagen und System sowie der Aufgabenerfüllung abträglich. Folglich richtet sich die Nachfrage in der Regel auf ein bestimmtes Produkt.

In der deutschen Rechtsprechung wird die Nachfrage nach einer bestimmten Hard- oder Software zumeist auf der Ebene der Rechtfertigung geprüft. Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Grund der technischen Kompatibilität allerdings schon ein Gegenstand der relevanten Ungleichbehandlung. Eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung ist nur möglich, wenn zwischen Leistungen, die für den öffentlichen Auftraggeber funktionell austauschbar sind, weitere Differenzierungen getroffen werden. Wenn aber eine am Markt angebotene Leistung nicht mit den im Staat vorhandenen Systemen und Anlagen kompatibel ist, ist jene Leistung auch nicht für den öffentlichen Auftraggeber funktionell austauschbar. Insofern sind Haupt- und Folgeprodukte als einem einzigen Markt zugehörig zu betrachten.[113] Das bedeutet, dass die Nachfrage nach bestimmten Druckerpatronen, die als einzige mit den vorhandenen Druckern kompatibel sind, schon keinen Fall einer relevanten Ungleichbehandlung darstellt. Denn wenn eine durch andere Marktteilnehmer angebotene Leistung erwiesenermaßen nicht mit der bestehenden Leistung kompatibel ist, kann die öffentliche Hand auch nicht im Wege der produktneutralen Ausschreibung dazu verpflichtet werden, den Bedarf derartig zu gestalten, dass möglichst viele unterschiedliche technische Lösungen angeboten werden können.[114] Diese Wertung ergibt sich im Grunde auch aus der Rechtsprechung, die in Fällen einer tatsächlich vorliegenden Kompatibilität die Festlegung auf eine bestimmte Leistung als gerechtfertigt ansah.[115]

112 Zum *Lock-in*-Effekt: Teil 2, Kap. 1, B., III., 3., c.

113 Auch im Kartellrecht wird der Markt für Haupt- und Folgeprodukte zusammenfassend betrachtet. S. dazu: *Käseberg*, in: Bunte, Kartellrecht, FKVO, Art. 2 Rn. 63; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 2 Rn. 64.

114 *Lisch*, CR 2013, S. 761, 763.

115 So stellte die gewünschte Anbindung an eine vorhandene technisch ältere Anlage einen sachlichen Grund für den Bedarf nach der entsprechenden kompatiblen Anlage dar: OLG Frankfurt a.M., 1.9.2016 – 11 Verg 6/16, NZBau 2016, S. 787, 790

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Marktteilnehmer kann im Nachprüfungsverfahren dem Staat nicht eine neue Leistung vorgeben, es bleibt bei seinem unternehmerischen Risiko, dass die Leistungen, die der Marktteilnehmer herstellt, nicht nachgefragt werden. Das Gebot der Gleichbehandlung gibt keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb bzw. auf Belieferung der öffentlichen Hand.

e. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass die spezifische Nachfrage nach Gütern oder Dienstleistungen zur mittelbaren Ungleichbehandlung von Marktteilnehmern führen kann, da die angebotene Leistung, für die ein Markt existiert, und der Marktteilnehmer, der sich auf dem Markt im Wettbewerb mit den anderen Marktteilnehmern befindet, miteinander verknüpft sind. Es führt allerdings nicht jeder Verweis auf eine bestimmte Leistung eines bestimmten Marktteilnehmers zur Begünstigung oder zum Ausschluss von Marktteilnehmern. Der Grundsatz der Chancengleichheit ist kein Leistungsrecht mit dem Ziel auf Erfolg im Wettbewerb, sondern verpflichtet lediglich zur Gleichbehandlung *vergleichbarer* Marktteilnehmer. Vergleichbar sind diese Marktteilnehmer, wenn sie in Bezug auf die bestimmte Leistung miteinander im Wettbewerb stehen. Wenn der Verordnungsgeber also in der Gesetzesbegründung zu § 31 Abs. 6 VgV formuliert, dass Einschränkungen, die sich aus der Definition des Bedarfs ergeben, grundsätzlich hinzunehmen seien,[116] meint dies wohl Marktabgrenzungen, die jeder Nachfrage immanent sind. Wirtschaftsteilnehmer, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen, können durch die staatliche Nachfrage auch nicht im Wettbewerb

---

Rn. 50 f.; VK Bund, 8.3.2022 – VK 2 – 16/22, S. 13. Auch wenn ein vorhandenes Einsatzleitsystem weiter genutzt und nur um eine Notrufvermittlung und eine Sprachdokumentation erweitert werden soll, könne die Entscheidung nicht mit der Begründung angefochten werden, es müsse ein neues Teilsystem beschafft werden: OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 382. Ebenso sei die Forderung nach Originalpatronen für vorhandene Drucker und die Nichtzulassung von alternativen Nachfüllpatronen unter Verweis auf Funktionsstörungen in der Vergangenheit sachlich gerechtfertigt: OLG Frankfurt a.M., 29.5.2007 – 11 Verg 12/06, openJur 2012, 28658. Vgl. auch BayObLG, 29.7.2022 – Verg 13/21, NZBau 2023, S. 135, 138 Rn. 38, nach dem der Auftraggeber eine bestimmte Schnittstelle fordern kann und gerade nicht den Wettbewerbsnachteil anderer Marktteilnehmer ausgleichen muss, die diese Schnittstelle erst noch schaffen müssen.

116 BT-Drs. 18/7318, S. 172.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

benachteiligt werden.[117] Folglich können sich solche Wirtschaftsteilnehmer auch nicht auf eine Verletzung des Gebots der Produktneutralität stützen. Das Gebot der Produktneutralität ist erst tangiert, wenn für die konkrete Aufgabenerfüllung funktionell austauschbare Leistungen ausgeschlossen werden, weil der öffentliche Auftraggeber weitere Konkretisierungen trifft. Eine Benachteiligung ist wiederum in Monopolmärkten ausgeschlossen, also in solchen Märkten, in denen auf der Seite des Angebots kein Wettbewerb existiert[118]. Da Voraussetzung für einen Wettbewerb immer die Existenz von mindestens zwei Marktteilnehmern ist, die sich um die Nachfrage des Staates bewerben können, schließt dies eine Benachteiligung in Monopolmärkten aus.[119]

4. Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand

Aus § 31 Abs. 1 VgV, § 28 Abs. 1 SektVO, § 15 Abs. 1 S. 2 KonzVgV und § 15 Abs. 1 VSVgV ergibt sich, dass die Leistungsbeschreibung so zu fassen ist, dass sie den Wettbewerb nicht in *ungerechtfertigter* Weise behindert. Das Gebot der Produktneutralität konkretisiert die Vorschrift dahingehend, dass ein Verweis auf eine bestimmte Leistung zulässig ist, wenn dieser Verweis durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.[120] Demnach ist eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Marktteilnehmer nicht *per se* verboten. Liegt in der Leistungsbeschreibung eine relevante Ungleichbehandlung, muss diese nach den oben aufgeführten Rechtsvorschriften durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein.

Wie lässt sich die Begünstigung bzw. der Ausschluss anderer Marktteilnehmer rechtfertigen und wie tiefgehend kann die Rechtfertigung kontrol-

117 So auch: *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 381, nach dem das »Leistungsbestimmungsrecht« der öffentlichen Hand erst außerhalb des Wettbewerbsprinzips beginnt.

118 Gabler Wirtschaftslexikon K-R (16. Aufl.), Stichwort: Monopol (S. 2079).

119 Wenn ein Anbieter am Markt eine Monopolstellung innehat, existiert aus technischen Gründen kein Wettbewerb. In diesem Fall kann ebenfalls ohne eine vorherige Ausschreibung ein öffentlicher Auftrag vergeben werden. Geregelt ist dieser Ausnahmefall in § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV, § 13 Abs. 2 Nr. 3 lit. b SektVO, § 12 Abs. 1 Nr. 1 lit. c VSVgV. Die Hürden für die Annahme der Ausnahme nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV liegen allerdings hoch. Vor der Direktvergabe ist gem. § 14 Abs. 6 VgV, § 13 Abs. 3 SektVO eine Markterkundung zwingend erforderlich. S. auch: EuGH, 15.10.2009 – C-275/98 – ECLI:EU:C:2009:632 Rn. 63 (Kommission/Deutschland); OLG Düsseldorf, 12.7.2017 – VII-Verg 13/17, NZBau 2017, S. 679, 682 Rn. 33.

120 § 31 Abs. 6 S. 1 VgV, § 28 Abs. 6 S. 1 SektVO, § 15 Abs. 3 S. 1 KonzVgV, § 15 Abs. 8 S. 1 VSVgV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liert werden? Dazu sollen zunächst allgemeine Anforderungen aus den zugrundeliegenden Gleichheitsgeboten ermittelt werden (a.). Für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen im Rahmen des Gebots der produktneutralen Ausschreibung ist eine vierstufige Prüfung anerkannt, die auf die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zurückgeht. Diese Formel wird auf den Prüfstand gestellt (b.), bevor die sachlichen Gründe zur Rechtfertigung einer produktspezifischen Ausschreibung umrissen werden (c.) und auf die Möglichkeit von Zusätzen in der Leistungsbeschreibungen eingegangen wird (d.).

a. Allgemeine Anforderungen an die Rechtfertigung einer relevanten Ungleichbehandlung

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist eine Ausprägung des vergaberechtlichen Gebots der Chancengleichheit, welches sowohl nationalen als auch unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten folgt. Die Untersuchung dieser Gebote kann Maßstäbe für die Rechtfertigung einer produktspezifischen Nachfrage liefern.

aa. Sachlicher Grund

Um eine rechtliche relevante Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, ist sowohl nach der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG[121] als auch nach der Rechtsprechung des EuGH zu den Diskriminierungsverboten wie zum allgemeinen Gleichheitssatz[122] ein sachlicher Grund für die Beeinträchtigung erforderlich. Ohne einen sachlichen Grund lässt sich die

121 BVerfGE 1, 14 (52); 89, 132 (141); 105, 73 (110); 107, 27 (46); 110, 412 (431 f.); 113, 167 (214); 124, 199 (220); 129, 49 (68); 130, 240 (253); 132, 72 (81); 132, 179 (188 f.); 139, 285 (309); 145, 20 (86); 151, 101 (127); 152, 274 (312).

122 Zum allgemeinen Gleichheitssatz bzw. Art. 20, 21 GrCh: EuGH, 16.12.2008 – C-127/07 – ECLI:EU:C:2008:728 Rn. 47 (Arcelor); 7.3.2017 – C-390/15 – ECLI:EU:C:2017:174 Rn. 53 (RPO); 30.1.2019 – C-220/17 – ECLI:EU:C:2019:76 Rn. 43 (Planta Tabak); 26.3.2020 – C-113/19 – ECLI:EU:C:2020:228 Rn. 37 (Luxaviation). Zur sachlichen Rechtfertigung im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots aus Art. 18 AEUV: EuGH, 10.2.1994 – C-398/92 – ECLI:EU:C:1994:52 Rn. 17 (Mund und Fester); 23.1.1997 – C-29/95 – ECLI:EU:C:1997:28 Rn. 19 (Pastoors); 24.11.1998 – C-274/96 – ECLI:EU:C:1998:563 Rn. 27 (Bickel und Franz); 11.7.2002 – C-224/98 – ECLI:EU:C:2002:432 Rn. 36 (D'Hoop); 16.12.2008 – C-524/06 – ECLI:EU:C:2008:724 Rn. 75 (Huber). Beeinträchtigungen von Grund-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

relevante Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Das staatliche Handeln wäre dann rechtswidrig.

bb. Verhältnismäßigkeit?

Die Rechtsprechungspraxis von BVerfG und EuGH spricht dafür, bei der Prüfung der Rechtfertigung einer relevanten Ungleichbehandlung eine zweistufige Prüfung durchzuführen. Das heißt, dass neben dem Erfordernis eines sachlichen Grundes die staatliche Maßnahme in Bezug auf die rechtlich relevante Ungleichbehandlung auch verhältnismäßig sein muss. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sieht vor, dass die staatliche Maßnahme im Verhältnis zum verfolgten sachlichen Grund geeignet, erforderlich und angemessen sein muss.[123]

Dass zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ebenfalls die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme überprüft werden muss, ergibt sich im Unionsrecht sowohl aus den Verträgen als auch aus der Rechtsprechung. Bei der Rechtfertigung der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – teilweise im Gewand der Cassis-Formel[124] – als Schranken-Schranke zu prüfen.[125] Die notwendige Einbeziehung der Verhältnismäßigkeit ergibt sich unter anderem daraus, dass Beeinträchtigungen nach dem Wortlaut der Grundfreiheiten »gerechtfertigt« werden können (Art. 36 S. 1 AEUV, Art. 45 Abs. 3 AEUV, Art. 52 Abs. 1 (i.V.m. Art. 62) AEUV).[126] Auch bei Ungleichbehandlungen im Sinne von Art. 18 AEUV erfolgt eine zweistufige Prüfung der Rechtfertigung mit der Verhältnismäßigkeit.[127]

---

freiheiten können entweder durch geschriebene Rechtfertigungsgründe oder ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (zwingende Interessen des Allgemeinwohls) gerechtfertigt werden. Diese stellen einen sachlichen Grund dar.

123 *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 20 Rn. 1876; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 314; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 116 ff.

124 EuGH, 20.2.1979 – C-120/78 – ECLI:EU:C:1979:42 Rn. 8 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein).

125 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 583; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar, AEUV, Art. 36 Rn. 91; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 107, 129; *Jarass*, EuR 2000, S. 705, 721.

126 *Jarass*, EuR 2000, S. 705, 721; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 129.

127 Vgl. EuGH, 13.4.2010 – C-73/08 – ECLI:EU:C:2010:181 Rn. 47 f. (Bressol).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Selbst bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann man mittlerweile von einer zweistufigen Prüfung ausgehen.[128] So prüft der EuGH im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nach dem Vorliegen einer relevanten Ungleichbehandlung, ob diese auf einem »objektiven und angemessenen Kriterium beruht, d.h. wenn sie im Zusammenhang mit dem rechtlich zulässigen Ziel steht, das mit der in Rede stehenden Regelung verfolgt wird, und wenn diese unterschiedliche Behandlung in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Ziel steht«[129]. Für die Nachfrage nach einer konkreten Leistung hat der EuGH sogar gefordert, dass »der Detaillierungsgrad der technischen Spezifikationen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt« und im Zweifel zu überprüfen sei, ob der geforderte Grad der Detaillierung zur Erreichung der gesetzten Zwecke notwendig sei.[130] Das Unionsrecht sieht also bei der Rechtfertigung von relevanten Ungleichbehandlungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.

Die Rechtsprechung des BVerfG zur Prüfung der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung hat sich hingegen im Laufe der Jahrzehnte gewandelt. In den Anfängen der Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen rekurrierte das BVerfG auf die sog. Willkürformel. Nach dieser Formel war der Gleichheitssatz verletzt, »wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die […] Gleichbehandlung nicht finden [ließ]«[131]. Eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung ließ sich allein durch das Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Differenzierung rechtfertigen, was einen weiten Einschätzungsspielraum des Staates zur Folge hatte. Ab 1980 wurde die Willkürformel durch die sog. Neue Formel flankiert, die bei personenbezogenen Ungleichbehandlungen eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprü-

128 A.A. *Kingreen*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 21 Rn. 16.

129 EuGH, 16.12.2008 – C-127/07 – ECLI:EU:C:2008:728 Rn. 47 (Arcelor); 17.10.2013 – C-101/12 – ECLI:EU:C:2013 Rn. 77 (Schaible); 22.5.2014 – C-356/12 – ECLI:EU:C:2014:350 Rn. 43 (Glatzel); 7.3.2017 – C-390/15 – ECLI:EU:C:2017:174 Rn. 53 (RPO); 12.7.2018 – C-540/16 – ECLI:EU:C:2018:565 Rn. 35 f., 40 (Spika); 30.1.2019 – C-220/17 – ECLI:EU:C:2019:76 Rn. 43 (Planta Tabak); 26.3.2020 – C-113/19 – ECLI:EU:C:2020:228 Rn. 37 (Luxaviation). Zur früheren Rechtsprechung im Agrarbereich (Art. 40 Abs. 3 und Abs. 2 AEUV): EuGH, 15.7.1982 – C-245/81 – ECLI:EU:C:1982:277 Rn. 11, 13 (Edeka).

130 EuGH, 25.10.2018 – C-413/17 – ECLI:EU:C:2018:865 Rn. 41 (Roche Lietuva UAB).

131 BVerfGE 1, 14 (52).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fung vorsah.[132] Nach der Neuen Formel verlangte die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung nicht mehr nur das Vorliegen eines sachlichen Grundes, sondern die Verfolgung des sachlichen Grundes musste im Hinblick auf die Ungleichbehandlung auch angemessen sein. Beide Formeln wurden in den folgenden Jahren nebeneinander verwendet.[133]

Von dieser Zweiteilung hat sich das BVerfG mittlerweile zugunsten einer einheitlichen Prüfung von sachlichem Grund und Verhältnismäßigkeit verabschiedet.[134] Nun »[…] gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen«[135]. Zur Rechtfertigung von rechtlich relevanten Ungleichbehandlungen bedarf es stets eines Sachgrundes, »[der] dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen [ist].«[136] Je mehr sich die Ungleichbehandlung auch auf die Ausübung von Freiheitsrechten auswirkt[137] oder je eher Merkmale betroffen sind, die eine Person nicht durch ihr Verhalten beeinflussen kann[138] oder die sich den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern[139], desto strenger sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Im Grundsatz ist damit nach der Rechtsprechung des BVerfG bei jeder relevanten Ungleichbehandlung eine zweistufige Prüfung – bestehend aus einem sachlichen Grund und einer Verhältnismäßigkeit – durchzuführen. Möchte man diese Maßstäbe dem Gebot der produktneutralen Ausschreibungen zugrunde legen, welches die Möglichkeit der Rechtfertigung für den Fall einer spezifischen Leistungsvorgabe vorsieht, müssen zugrundeliegender Sach- und Regelungsbereich betrachtet werden.

---

132 *Britz*, NJW 2014, S. 346. Vgl. BVerfGE 55, 72 (88); 82, 60 (86).

133 So standen bspw. in der Unterschwellen-Entscheidung des BVerfG Willkürformel und Neue Formel noch nebeneinander. S. dazu: BVerfGE 116, 135 (160 f.).

134 BVerfGE 124, 199 (220); 129, 49 (68); 130, 240 (253); 132, 72 (81); 132, 179 (188 f.); 139, 285 (309); 145, 20 (86); 151, 101 (127); 152, 274 (312); *Epping*, Grundrechte, Kap. 16, Rn. 798; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 631; *Britz*, NJW 2014, S. 346, 347.

135 BVerfGE 129, 49 (68); 132, 179 (188); 138, 136 (180); 139, 285 (309); 145, 20 (86 f.); 151, 101 (127); 152, 274 (312).

136 BVerfGE 152, 274 (312).

137 BVerfGE 116, 135 (161); 152, 274 (313); *Britz*, NJW 2014, S. 346, 349; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 637.

138 BVerfGE 127, 263 (280 f.); *Britz*, NJW 2014, S. 346, 350; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 636; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 25.

139 BVerfGE 88, 87 (96); 129, 49 (69); 138, 136 (180); 145, 20 (87); 151, 101 (127); *Britz*, NJW 2014, S. 346, 349; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Rn. 635.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Die Formel des OLG Düsseldorf

Das Gebot der Produktneutralität und das sich darin widerspiegelnde Gebot der Chancengleichheit unterliegen in einem gewissen Umfang der vergaberechtlichen Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen. Hinsichtlich der Dichte der gerichtlichen Kontrolle wandelte sich insbesondere die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf. Während das OLG Düsseldorf am Maßstab der Vorgängervorschriften des § 31 Abs. 6 VgV zunächst die sach- und auftragsbezogenen Gründe für die konkrete Bedarfsdefinition auf ihre sachliche Vertretbarkeit kontrollierte,[140] vertrat es zeitweilig einen sehr weiten Spielraum der öffentlichen Hand bei der Wahl der sachlichen Gründe, die weder auf Vertretbarkeit, Nachvollziehbarkeit noch Richtigkeit zu kontrollieren seien[141]. Mittlerweile ist es ständige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, dass die »vergaberechtlichen Grenzen [der Wettbewerbsoffenheit] eingehalten [sind], sofern

- die Bestimmung [der bestimmten Leistung bzw. Eigenschaften] durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist,
- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert«[142].

Diese Rechtsprechung wird mittlerweile durch einen Großteil der Oberlandesgerichte und Vergabekammern rezipiert.[143] Nach dieser neuesten

140 OLG Düsseldorf, 14.3.2001 – Verg 32/00, VERIS Ls. 4; 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, S. 169, 171; 14.4.2005 – VII-Verg 93/04, NZBau 2005, S. 532, 533; *Dicks*, IBR Online 2008, S. 1360, Rn. 72. Ähnlich auch: OLG Düsseldorf, 17.3.2004 – Verg 3/04, BeckRS 2016, 8681.

141 OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – Verg 42/09, BeckRS 2010, 6143; 3.3.2010 – VII-Verg 46/09, BeckRS 2016, 19890.

142 Zuerst in dieser Deutlichkeit: OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789. Seitdem st. Rspr.: OLG Düsseldorf, 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657 Rn. 19; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 32; 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, S. 184, 188 Rn. 41.

143 OLG Frankfurt a.M., 1.9.2016 – 11 Verg 6/16, NZBau 2016, S. 787, 790 Rn. 46; 16.4.2019 – 11 Verg 2/19, juris Rn. 79; 21.7.2020 – 11 Verg 9/19, BeckRS 2020,

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsprechung müssen sach- und auftragsbezogene Gründe für die konkrete Leistung tatsächlich vorliegen und nachvollziehbar sein. Damit kann eine ausführliche Kontrolle daraufhin erfolgen, ob und inwiefern die vorgebrachten Gründe nachvollziehbar sind.

aa. Sachliche Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand

Der erste Schritt der Prüfung sieht die sachliche Rechtfertigung der gewünschten Leistung durch den Auftragsgegenstand vor. In der Rechtsprechung wird dieser Prüfungspunkt nicht gesondert geprüft, sondern meist in die Prüfung der objektiven und auftragsbezogenen Gründe integriert.[144] Teilweise wird der Punkt der sachlichen Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand nicht einmal gesondert als Schritt der Rechtfertigung aufgeführt.[145] Der Prüfungspunkt hat keine eigenständige Bedeutung, sondern wird durch das Vorbringen objektiver und auftragsbezogener Gründe konkretisiert. Der erste Schritt der Prüfung legt allein den Maßstab fest, anhand dessen die vorgebrachten Gründe geprüft werden. Maßstab der sachlichen Rechtfertigung ist der Auftragsgegenstand, der mit der Erfüllung der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe gleichbedeutend ist. Das Bedürfnis nach einer bestimmten Leistung oder bestimmten Eigenschaften einer Leistung muss sich also durch die zugrundeliegende Aufgabe rechtfertigen lassen. Das liegt darin begründet, dass der zugrundeliegende Zweck der Beschaffung die erfolgreiche Aufgabenerfüllung und der Erhalt der

20589 Rn. 85; OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, BeckRS 2020, 7129 Rn. 66; BayObLG, 26.3.2021 – Verg 4/21, NZBau 2022, S. 180, 181; 29.7.2022 – Verg 13/21, juris Rn. 45; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139 Rn. 36; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 55 Rn. 22; VK Bund, 8.3.2022 – VK 2 – 16/22, S. 10; VK Westfalen, 16.3.2022 – VK 2–7/22, BeckRS 2022, 6010 Rn. 30; VK Rheinland, 8.7.2019 – VK – 18/2019 – B, BeckRS 2019, 18179 Rn. 64; VK Südbayern, 28.1.2019 – Z3–3–3194–1–35–10/18, juris Rn. 112.

144 Exemplarisch: OLG Düsseldorf, 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 35: »Die schnellere Verfügbarkeit und Einsatzfähigkeit des Systems Heron TP ist ein nachvollziehbarer objektiver und auftragsbezogener Grund. Ziel der vorliegenden Beschaffung ist, eine existierende Fähigkeitslücke der Bundeswehr bis zu Einführung der Eurodrohne schnellstmöglich zum Schutz der eigenen Soldatinnen und Soldaten […] zu schließen.«

145 OLG Düsseldorf, 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 32; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 55 Rn. 22; VK Westfalen, 16.3.2022 – VK 2–7/22, BeckRS 2022, 6010 Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

staatlichen Funktionsfähigkeit ist.[146] Knüpfen die objektiven und auftragsbezogenen Gründe nicht an die Erfüllung einer Aufgabe an, ist der Verweis auf bestimmte Leistungseigenschaften nicht gerechtfertigt.

bb. Willkürkontrolle: Vorliegen objektiver und auftragsbezogener Gründe

Liegen objektive und auftragsbezogene Gründe für die relevante Ungleichbehandlung vor, leitet die Rechtsprechung daraus ab, die Bestimmung erfolge willkürfrei. Durch dieses Erfordernis beschränkt die Rechtsprechung den Kontrollmaßstab für das Gebot der produktneutralen Ausschreibung auf eine Willkürkontrolle. Dies wird damit begründet, dass bei der Auswahl der sachbezogenen Gründe die öffentliche Hand einen weiten Einschätzungsspielraum genieße, der sich daraus ergebe, dass die öffentliche Hand bei der Bedarfsdefinition Entscheidungen ähnlich einem Kaufmann zu treffen habe.[147] Die Gründe für die Auswahl einer konkreten Leistung seien individuell und könnten daher nur darauf kontrolliert werden, ob sie willkürfrei sind. Sachliche Gründe können sich nach der Rechtsprechung unter anderem aus der »Aufgabenstellung des Auftraggebers, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder aus der Nutzung der Sache«[148] ergeben. Diese Gründe müssten sich aber aus dem geforderten Auftragsgegenstand selbst ergeben, lediglich gute Erfahrungen mit der Leistung oder

146 S. Teil 1, Kap. 2, B., III., 2.

147 OLG Düsseldorf, 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, S. 169, 171; 14.4.2005 – VII-Verg 93/04, NZBau 2005, S. 532, 533; 6.7.2005 – VII-Verg 26/05, openJur 2011, 42066; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 381; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 55; VK Bund, 8.3.2022 – VK 2 – 16/22, S. 10; *Prieß/Friton*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 31 Rn. 62. Für eine Willkürkontrolle wohl auch: *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 271, nach der die Mitgliedstaaten bei der Auswahl der konkreten Leistung keinen engen grundfreiheitlichen Grenzen unterliegen. Daher müsse das dahinterstehende Motiv der Bedarfsdefinition ermittelt werden. Würden protektionistische Absichten mit der Bedarfsdefinition verfolgt werden, verstieße die Bedarfsdefinition gegen die Grundfreiheiten und insbesondere die Warenverkehrsfreiheit.

148 OLG Düsseldorf, 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, 169, S. 171; 14.4.2005 – VII-Verg 93/04, NZBau 2005, S. 532, 533; 17.2.2010 – Verg 42/09, BeckRS 2010, 6143; VK Bund, 9.8.2006 – VK 2–77/06, S. 11. Ähnlich auch: OLG Frankfurt a.M., 28.10.2003 – 11 Verg 9/03, openJur 2012, 24591 Rn. 21; 29.5.2007 – 11 Verg 12/06, openJur 2012, 28658 Rn. 16; *Ohrtmann*, VergabeR 2012, S. 376, 381 f.; *Traupel*, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 8 EG Rn. 70; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit dem Anbieter der Leistung zählten nicht als objektive Gründe.[149] Diese sachlichen Gründe müssen sich aufgrund der Verbindung von Bedarf und staatlicher Aufgabe aber zumindest immer auf die konkrete Aufgabenstellung zurückführen lassen.

Durch den Verweis auf objektive und auftragsbezogene Gründe ist der rechtliche Kontrollmaßstab stark reduziert und der Kontrollmaßstab ähnelt dem der Willkürformel des BVerfG. Dies entspricht auch grundsätzlich der eigenen Rechtsprechung des BVerfG. In der Unterschwellen-Entscheidung hat das BVerfG noch formuliert, dass der allgemeine Gleichheitssatz der öffentlichen Hand verbiete, »das Verfahren oder die Kriterien der Vergabe willkürlich zu bestimmen«[150].

Der Rückgriff auf die Willkürkontrolle ist angesichts des unionsrechtlichen Hintergrunds allerdings nicht ausreichend. Zum einen hat der EuGH im Hinblick auf die Ausgestaltung des nationalen Rechtsschutzes entschieden, dass sich der Kontrollumfang nicht auf eine reine Willkürkontrolle beschränken darf.[151] Zum anderen sprechen die unionsrechtlichen Grundlagen des Vergaberechts für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Da es sich beim Gebot der produktneutralen Ausschreibung um die Umsetzung sekundärrechtlicher Richtlinien handelt, welche ferner den Oberschwellenbereich der Vergabe öffentlicher Aufträge abschließend harmonisieren, sind die unionalen Vorgaben zugrunde zu legen.[152] Mit diesem Maßstab muss bei der Rechtfertigung einer relevanten Ungleichbehandlung die Prüfung einer Verhältnismäßigkeit erfolgen. Der sachliche Grund muss also im Verhältnis zur Ungleichbehandlung verhältnismäßig sein.[153] Für die Dich-

149 VK Lüneburg, 12.5.2005 – VgK-15/2005, S. 7; *Ohrtmann*, VergabeR 2012, S. 376, 381.

150 BVerfGE 116, 135 (153).

151 EuGH, 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 63 (HI); 11.12.2014 – C-440/13 – ECLI:EU:C:2014:2435 Rn, 43 (Croce Amica One); *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 520; *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 592.

152 Vgl. BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, juris Rn. 42–49, 50.

153 In der Rechtsprechung des EuGH bildet sich die Tendenz ab, bei konkreten Nachfragen zu überprüfen, ob der Grad der Konkretisierung im Verhältnis zum verfolgten Ziel verhältnismäßig ist: EuGH, 25.10.2018 – C-413/17 – ECLI:EU:C:2018:865 Rn. 41 (Roche Lietuva UAB). Auch die Kommission deutet in ihrer interpretierenden Mitteilung an, dass die Leistungsbestimmung im Hinblick auf die binnenmarktrechtlichen Grundfreiheiten sowie das Diskriminierungsverbot und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt werden könne. Siehe: Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 274 endg., Abl. EG 2001 C 333/12, 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te der Verhältnismäßigkeitsprüfung muss allerdings der zugrundeliegende Sach- und Regelungsbereich berücksichtigt werden. Zugrundeliegender Sachbereich ist die staatliche Beschaffung in Form des staatlichen Einkaufs. Dessen freiheitsrechtliche Ausprägung ist, insbesondere bei der staatlichen Nachfrage, gering. Weder gibt es einen Anspruch auf Belieferung der öffentlichen Hand noch auf Erfolg im Wettbewerb. Auch in Bereichen, in denen der Staat ein Nachfragemonopol hat, werden keine Freiheitsrechte beeinträchtigt, zumal sich die entsprechenden Wirtschaftsteilnehmer freiwillig in die marktttechnische Abhängigkeit begeben haben.[154] Da von der staatlichen Nachfrage kaum freiheitsrechtliche Beeinträchtigungen ausgehen, ist wohl keine zu strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen. In diesem Fall wird eine Vertretbarkeitskontrolle ausreichend sein.[155] Die Konkretisierung auf eine bestimmte Leistung, welche zu einer relevanten Ungleichbehandlung führt und den Wettbewerb beeinträchtigt, darf zur Verfolgung des angestrebten Ziels nicht außer Verhältnis stehen. Folglich darf der Ausschluss anderer Marktteilnehmer im Hinblick auf das verfolgte Ziel nicht außer Verhältnis stehen.

cc. Verbot der Diskriminierung anderer Wirtschaftsteilnehmer

Der letzte Schritt der vom OLG Düsseldorf vorgesehenen Prüfung, andere Wirtschaftsteilnehmer nicht zu diskriminieren, ist auf Ebene der Rechtfertigung unschlüssig. Denn es ist keine Konstellation vorstellbar, in der eine relevante Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, sie aber gleichzeitig andere Marktteilnehmer diskriminiert. Versteht man den Begriff der Diskriminierung wie der EuGH, ist die Diskriminierung entweder ein Synonym für eine relevante Ungleichbehandlung oder ein Unterfall einer relevanten Ungleichbehandlung, nämlich eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung.[156] Regelmäßig wird auch erst eine unge-

154 Zur grundrechtlichen Relevanz der staatlichen Nachfrage: Teil 1, Kap. 2, D., I., 2.

155 So auch: *Traupel*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 14 Rn. 9. Vgl. auch *Rung*, VergabeR 2017, S. 440, 446. Für eine Evidenzkontrolle bei der Frage, ob die Bedarfsdefinition gegen den vergabeprimärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt: *Kühling/Huerkamp*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Einl. Rn. 117. Wohl auch: *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 271; *Arrowsmith*, Public Procurement (2. Aufl.), S. 1114; *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 88.

156 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 1., b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtfertigte Ungleichbehandlung als Diskriminierung verstanden.[157] Wenn die staatliche Nachfrage aber nicht zur Beeinträchtigung führt und damit nicht das Gebot der Produktneutralität tangiert, mithin kein Wirtschaftsteilnehmer ungleich behandelt wird, ist keine Rechtfertigung erforderlich. Wenn das Gebot der Produktneutralität berührt ist und zur Rechtfertigung ein sachlicher Grund gefordert wird, dann liegt in diesem Fall eine relevante Ungleichbehandlung anderer Wirtschaftsteilnehmer vor. Liegt ein sachlicher Grund vor und ist der Ausschluss der anderen Marktteilnehmer vom Hinblick auf den verfolgten Grund verhältnismäßig, ist die relevante Ungleichbehandlung gerechtfertigt und eine Diskriminierung liegt nicht vor. Insofern ist der letzte Prüfungsschritt redundant.

dd. Zwischenergebnis: Neujustierung

Die Formel des OLG Düsseldorf fungiert als eine Formel zur Rechtfertigung von relevanten Ungleichbehandlungen, die durch die konkrete Nachfrage entstehen. Angesichts der unionalen Maßstäbe und einer damit einhergehenden unionsrechtskonformen Auslegung der nationalen Vorgaben ist die Überprüfung der staatlichen Nachfrage auf das Vorliegen sachlicher Gründe, wie es das OLG Düsseldorf handhabt, nicht ausreichend. Die Ungleichbehandlung muss sich ebenfalls am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen.

Als Korrektur wird folgende Formel angeboten:

> Die Grenzen des Gebots der Produktneutralität sind eingehalten, sofern der Verweis auf eine bestimmte Leistung sachlich gerechtfertigt ist. Dies ist der Fall,
>
> - wenn ein sachlicher und auftragsbezogener Grund für die geforderte Leistung vorliegt,
> - diese Gründe tatsächlich vorliegen und notfalls erwiesen sind und
> - der damit verbundene Ausschluss von vergleichbaren Marktteilnehmern angesichts der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe nicht außer Verhältnis steht.

157 Vgl. *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, EMRK, Art. 14 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Sachliche Gründe

Die Rechtfertigung einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung erfordert das Vorliegen eines sachlichen Grundes. Nach der Rechtsprechung können sich sachliche Gründe für eine produktspezifische Ausschreibung unter anderem aus der »Aufgabenstellung des Auftraggebers, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder aus der Nutzung der Sache«[158] ergeben. Angesichts der Weite der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe ist auch die Auswahl sachlicher Gründe flexibel. Als technische Gründe sind unter anderem die Aufrechterhaltung der Systemsicherheit, die Verringerung von Risikopotentialen und ein mit der Umstellung auf ein anderes System verbundener erhöhter Aufwand anerkannt.[159] Dies wird flankiert von wirtschaftlichen Gründen, da eine mit einer wettbewerbsneutralen Bedarfsdefinition erforderliche Anpassung des Bestands mit einem erhöhten Aufwand, sowohl in technischer als auch personeller Hinsicht, verbunden wäre.[160] Als weitere sachliche Gründe für eine produktspezifische Bedarfsdefinition wurden in der Vergangenheit unter anderem anerkannt: medizinische Gründe, insbesondere das Gebrauchsverhalten von Ärzten[161], Gründe der Rechts- und Verkehrssicherheit[162], branchenbeding-

158 OLG Düsseldorf, 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, 169, S. 171; 14.4.2005 – VII-Verg 93/04, NZBau 2005, S. 532, 533; 17.2.2010 – Verg 42/09, BeckRS 2010, 6143; VK Bund, 9.8.2006 – VK 2–77/06, S. 11. Ähnlich auch: OLG Frankfurt a.M., 28.10.2003 – 11 Verg 9/03, openJur 2012, 24591 Rn. 21; 29.5.2007 – 11 Verg 12/06, openJur 2012, 28658 Rn. 16; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12 – NZBau 2012, S. 785, 790; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 33 ff.; *Ohrtmann*, VergabeR 2012, S. 376, 381 f.; *Traupel*, in: Müller-Wrede, VOL/A, § 8 EG Rn. 70; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 52.

159 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 790; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 652; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 33 ff.; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, 136, 139 Rn. 40; VK Lüneburg, 12.5.2005 – VgK-15/2005, S. 7. Ähnlich auch: EuGH, 8.4.2008 – C-337/05 – ECLI:EU:C:2008:203 Rn. 59 (Kommission/Italien). Zustimmend: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 92.

160 OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 55. S. auch: *Lisch*, CR 2013, S. 761, 763.

161 OLG Düsseldorf, 27.6.2012 – VII-Verg 7/12, BeckRS 2012, 15939. Hier wurde offengelassen, ob auch berufsbedingte technische Regeln, wie beispielsweise die Technischen Regeln für Biologische Arbeitsstoffe, die den Stand der Technik bei der Arbeitsmedizin und Arbeitshygiene wiedergeben, einen sachlichen Grund liefern.

162 OLG Jena, 25.6.2014 – 2 Verg 1/14, ZfBR 2015, S. 404, 406. So liegt ein sachlicher Grund bei einem produktspezifischen Bedarf nach einem Messgerät zur Geschwin-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te Gründe, wie der qualitativ hochwertige Klang eines Instruments[163], sowie wirtschaftliche Gründe[164], deren Zulässigkeit sich nicht zuletzt aus dem übergreifenden, eigenständigen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) ergibt. Angesichts des unionsrechtlichen Hintergrunds müssen die sachlichen Gründe, die zur Rechtfertigung einer orts- oder herkunftsspezifischen Nachfrage (und damit einer mittelbaren Ungleichbehandlung) vorgebracht werden, im Sinne der Cassis-Rechtsprechung des EuGH zumindest zwingenden Allgemeininteressen entsprechen.[165]

Keine sachlichen Gründe für eine herstellerspezifische Bedarfsdefinition und anschließendes Leistungsbeschreibung sind die mangelnde Beschreibbarkeit der Leistung[166] oder eine in Betracht kommende Verweigerung der übergeordneten Behörde, wenn eine gesetzliche Pflicht zur Genehmigung besteht.[167]

5. Rechtfertigung durch den Zusatz »oder gleichwertig«

Der Verweis auf eine bestimmte Leistung lässt sich in seltenen Fällen durch den Zusatz »oder gleichwertig« rechtfertigen. Nach § 31 Abs. 6 S. 2 VgV[168] ist der Verweis auf ein bestimmtes Produkt zulässig, wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Dann sind diese Verweise mit dem Zusatz »oder gleichwertig« zu versehen. Als Vorgabe eines »Leitfabrikats« käme bspw. die Vorgabe eines bestimmten Computerprozessors, wie die Vorgabe »Prozessor Intel XY oder gleichwertiger Art« in Betracht.[169]

---

digkeitsüberwachung im Straßenverkehr mit einer Gesamtzertifizierung in der Anerkennung des speziellen Messgeräts durch die Rechtsprechung und der Verkehrssicherheit. Nur zur Verkehrssicherheit: VK Bund, 8.3.2022 – VK 2 – 16/22, S. 11 f.

163 OLG Karlsruhe, 14.9.2016 – 15 Verg 7/16, BeckRS 2016, 121911 Rn. 20 f. Die Festlegung auf einen Flügel einer bestimmten Marke ist dadurch gerechtfertigt, dass die meisten Pianisten aufgrund qualitativer Kriterien für Konzertauftritte das entsprechende Modell verwenden.

164 OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 55 f.

165 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., a., aa.

166 *Ohrtmann*, VergabeR 2012, S. 376, 380.

167 OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, 136, 143 Rn. 77–80.

168 § 28 Abs. 6 S. 2 SektVO, § 16 Abs. 8 S. 2 VSVgV, § 15 Abs. 3 S. 2 KonzVgV.

169 Beispiel entnommen von: *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Ausnahmetatbestand des § 31 Abs. 6 S. 2 VgV verleitet dazu, jede produktspezifische Ausschreibung mit dem Zusatz »oder gleichwertig« zu versehen. Mit der Ausnahmevorschrift lässt sich aber nicht jede beliebige produktspezifische Ausschreibung rechtfertigen, denn der Verweis auf ein Leitfabrikat ist nur in sehr engen Grenzen zulässig.[170] Der Verweis ist nur zulässig, wenn der Auftragsgegenstand bzw. bestimmte Eigenschaften dessen anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden können. Dabei muss es aber geradezu unmöglich sein, die gewünschte Leistung nicht in einer allgemein verständlichen Weise eindeutig zu umschreiben.[171] Demgegenüber ist ein Verweis möglich, wenn die Leistung im »allgemeinen fachlichen Sprachgebrauch« mit dem Leitfabrikat umschrieben wird und andere Beschreibungen nicht möglich sind.[172] Ferner muss sich aus dem Zusatz »oder gleichwertig« auch die Absicht des Auftraggebers ergeben, gleichwertige Produkte auch wirklich zuzulassen. Sind nahezu alle Leistungsanforderungen als Mindestanforderungen ausgestaltet, so dass nur das entsprechende Leitfabrikat und keine gleichwertigen Alternativen in Betracht kommen, kann der Verweis »oder gleichwertig« die verdeckte Produktvorgabe nicht rechtfertigen.[173]

6. Zwischenergebnis

Im Ergebnis muss der Staat durch seine Nachfrage nicht verschiedene Märkte bedienen und schon gar nicht seinen Bedarf so fassen, dass möglichst viele unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten in Betracht kommen. Insofern eröffnet erst die staatliche Nachfrage einen Markt.[174] Der Staat

170 Ähnlich auch: *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 57. S. auch: OLG Düsseldorf, 23.1.2001 – VK-1/2001-B, juris Rn. 77. Differenzierend *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 80, der darauf hinweist, dass die Ausnahme keine praktische Relevanz habe, da in der Regel die Beschreibung der gewünschten Leistung immer ohne Zuhilfenahme anderer Produkte möglich sei. Tendenziell auch: *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 61.

171 *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 56; *Reichling/Scheumann*, GewArch 2019, S. 58, 59; vgl. auch *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 110.

172 *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 61; *Schranner*, in: Ingenstau/Korbion, VOB A/B, Teil A, § 7 Rn. 68.

173 VK Düsseldorf, 6.2.2001 – VK – 1/2001 – B, VERIS III.1.; VK Sachsen, 1.7.2011 – 1/SVK/025–11, juris Rn. 54.

174 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., e.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ist nicht verpflichtet, den bedienenden Markt zu erweitern, um vermeintlich mehr Wettbewerb zu fördern oder die Wettbewerbsnachteile anderer Marktteilnehmer auszugleichen.[175] Damit verbleibt dem öffentlichen Auftraggeber und insbesondere der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis über die Entscheidung der Beschaffung der jeweiligen Leistung nach Art ihrer Verkehrsauffassung, die nicht durch die Gerichte überprüft wird.

Das Gebot der Produktneutralität verbietet allerdings den Verweis auf die Produkte eines Marktteilnehmers, der die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von vergleichbaren Marktteilnehmern zur Folge hat. Ob Marktteilnehmer vergleichbar sind, bestimmt sich danach, ob die von ihnen angebotenen Produkte angesichts der zugrundeliegenden konkreten staatlichen Aufgabe funktionell austauschbar sind. Insbesondere bei technischen Anlagen und Systemen kann aufgrund bereits vorhandener Hard- und Software nur ein Produkt am Markt infrage kommen. Für den Nachfrager funktionell austauschbare Alternativen existieren dann nicht. Da zur Bestimmung der relevanten Ungleichbehandlung zwangsläufig eine Leistung mit einem Unternehmen assoziiert wird, aber nicht Güter und Dienstleistungen Schutzberechtigte von Gleichbehandlungsrechten sind, ist es daher auch denkbar, von einem Gebot der *anbieterneutralen Ausschreibung* zu sprechen.

Im Gegensatz zu der vom OLG Düsseldorf postulierten Rechtsprechung erfordert die Rechtfertigung einer relevanten Ungleichbehandlung, dass ein sachlicher, auftragsbezogener Grund vorliegt, der im Verhältnis zur Ungleichbehandlung angemessen ist. Hierbei hat eine Kontrolle zumindest daraufhin zu erfolgen, ob der mit der Konkretisierung verbundene Ausschluss anderer Wettbewerber angesichts der zugrundeliegenden Aufgabe nicht außer Verhältnis steht.[176] Damit ist der Spielraum des öffentlichen Auftraggebers und der öffentlichen Hand im Ergebnis reduziert.

III. Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb

Ferner muss die Leistungsbeschreibung nach § 31 Abs. 1 VgV, § 28 Abs. 1 SektVO, § 15 Abs. 1 S. 2 KonzVgV, § 15 Abs. 1 VSVgV so gefasst sein, dass sie

175 Vgl. auch BayObLG, 29.7.2022 – Verg 13/21, NZBau 2023, S. 135, 138 Rn. 38; *Arrowsmith*, Public Procurement (2. Aufl.), S. 187; *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 388; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 42; *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 29.

176 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., b., dd.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert. Neben dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung hat diese Anforderung an die Leistungsbeschreibung einen eigenständigen Gehalt, insb. für die Fragen nach einer Höchstgrenze von Vertragslaufzeiten sowie nach der Zulässigkeit von Standorterfordernissen. Auch Nachfragen, die aufeinander aufbauen und die Marktstellung eines privaten Marktteilnehmers perpetuieren (sog. *Lock-in*-Effekte) könnten in Widerspruch zur Öffnung des Beschaffungsmarktes für den Wettbewerb stehen. Die Beispiele betreffen die Modalitäten der Leistungserbringung, aber keine Eigenschaften der Leistung im Anwendungsbereich des Gebots der produktneutralen Ausschreibung. Dennoch haben sie Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern.

Doch was erfordert der Grundsatz der Öffnung der nationalen Märkte für den Wettbewerb eigentlich? Eine allgemeine rechtliche Definition für den Wettbewerb existiert nicht. Der Wortbedeutung nach ist ein Wettbewerb das Streben von mindestens zwei Akteuren nach einem Ziel, wobei nur ein Akteur das Ziel erreichen kann.[177] Im Fall der öffentlichen Auftragsvergabe bewerben sich die Marktteilnehmer im Wettbewerb mit den Konkurrenten um den Erhalt des öffentlichen Auftrages. Nach den sekundärrechtlichen Richtlinien[178] und der Rechtsprechung des EuGH[179] ist es Zweck des Vergaberechts, das staatliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen. Im nationalen Recht findet das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB als ein Grundsatz des Vergaberechts eine zentrale Bedeutung.[180] Der vergaberechtliche Grundsatz des Wettbewerbs

177 Gabler Wirtschaftslexikon S-Z (16. Aufl.), Stichwort: Wettbewerb (S. 3325).

178 Erster Erwägungsgrund der VRL. Zweiter Erwägungsgrund der SektRL. Die KonzRL spricht sowohl von der Öffnung der internationalen Märkte, so der erste Erwägungsgrund der KonzRL, als auch von der Öffnung für den Wettbewerb, so der achte Erwägungsgrund der KonzRL.

179 EuGH, 10.10.2013 – C-336/12 – ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 28 (Manova); 10.7.2014 – C-213/13 – ECLI:EU:C:2014:2067 Rn. 63 (Impresa).

180 Weitere Verankerungen finden sich in: § 2 Abs. 1 S. 1 VOB/A-EU, § 2 Abs. 1 S. 1 VOB/A-VS. In den sekundärrechtlichen Richtlinien ist das Wettbewerbsprinzip nicht so zentral verankert wie im nationalen Recht. Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 VRL und Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 SektRL verweisen darauf, dass das Vergabeverfahren nicht mit der Absicht konzipiert werden darf, den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Art. 3 Abs. 1 S. 2 KonzRL spricht nur davon, dass das Verfahren nicht mit der Absicht konzipiert werden darf, bestimmte Wirtschaftsteilnehmer bzw. bestimmte Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hat eine eigenständige Stellung im Vergaberecht, aus der sich teilweise konkrete Pflichten ableiten lassen.[181]

Um zu ermitteln, welcher Grad der Öffnung für den Wettbewerb angestrebt wird, soll der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz zunächst hergeleitet (1.) sowie dessen Gewährleistungsinhalt bestimmt werden (2.), bevor eine Auseinandersetzung mit etwaigen Beeinträchtigungen erfolgt (3.).

1. Herleitung des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes

Der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz weist zwei Stoßrichtungen auf. Im nationalen Recht hat der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz seinen Ursprung im Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG), das den Staat dazu verpflichtet, schonend mit den vorhandenen Finanzmitteln umzugehen.[182] In einem funktionierenden Markt führt der Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern im Idealfall zu den qualitativ hochwertigsten und preisgünstigsten Leistungen.[183] Der Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern soll durch den Staat nutzbar gemacht werden, um das günstigste Angebot zu ermitteln und einen wirtschaftlichen Einkauf zu ermöglichen.[184] Zum Zweck der Schonung der öffentlichen Haushalte nutzt der Staat also die Kräfte des Marktes, was einen funktionierenden Wettbewerb erfordert.

In seiner unionsrechtlichen Dimension liegt dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz stärker das Ziel der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes ohne Diskriminierungen zugrunde.[185] Nach Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 und 2 EUV errichtet die Europäische Union einen Binnenmarkt

181 *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Rn. 9. Ähnlich auch der Befund *Kainers*, nach dem zu wenigen normative Folgen aus dem Wettbewerbsprinzip gezogen würden. Siehe *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 388. A.A. *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 4–8; *Burgi*, NZBau 2008, S. 29, 32 f.; *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 14; *Scharen*, NZBau 2009, S. 679, 680.

182 *Summann*, Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren, S. 31.

183 *Kirchner*, VergabeR 2010, S. 725, 734.

184 *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 25; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 8; Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates Nr. 2/07, S. 7 Punkt 6; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 175.

185 *Summann*, Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren, S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und wirkt auf die Entwicklung einer im hohen Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft hin. Bestandteil eines funktionsfähigen Binnenmarkts ist wiederum ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.[186] Konkret zeichnet den Binnenmarkt der freie Austausch von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital aus. Diese Schutzgüter finden Berücksichtigung in den unionsrechtlichen Grundfreiheiten. Wirtschaftsteilnehmer unterschiedlicher Mitgliedstaaten sollen einen diskriminierungsfreien Zugang zu sämtlichen mitgliedstaatlichen Märkten erhalten, um den Binnenmarkt zu vervollständigen.[187] Damit zielt das unionale Recht auf die Schaffung und Erhaltung der Chancengleichheit sämtlicher Marktteilnehmer in der EU ab,[188] denn ein freier und funktionierender Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern der Mitgliedstaaten kann nur dann existieren, wenn die Mitgliedstaaten Differenzierungen zwischen den Anbietern aufgrund der Nationalität oder solcher Faktoren, die inländerspezifisch sind, unterlassen. Auf diese Weise sollen die nationalen Märkte für einen unverfälschten Wettbewerb geöffnet werden.[189] Neben den Grundfreiheiten leitet der EuGH aus dem ungeschriebenen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit ab.[190] Das Gebot des unverfälschten Wettbewerbs ist also Kehrseite der verpflichtenden Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer. Konkret spiegelt sich diese Auslegung im Sekundärrecht wider. Nach Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 VRL, Art. 3 Abs. 1 KonzRL und Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 SRL darf der Wettbewerb nicht künstlich eingeschränkt werden, was als angenommen gilt, wenn das Vergabeverfahren mit der Absicht

186 Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb v. 9.5.2008, EU-Abl. 2008/C 115, 309; Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV. S. auch Art. 119 AEUV, nach dem das wirtschaftspolitische Ordnungsmodell der EU eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb ist.

187 *Summann*, Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren, S. 30.

188 *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 17; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, GWB, § 97 Abs. 2 Rn. 4; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 10.

189 EuGH, 10.10.2013 – C-336/12 – ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 28 (Manova); 10.7.2014 – C-213/13 – ECLI:EU:C:2014:2067 Rn. 63 (Impresa).

190 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 48 (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 20 (ANAV); 18.12.2007 – C-220/06 – ECLI:EU:C:2007:815 Rn. 74 (APERMC); 15.10.2009 – C-196/08 – ECLI:EU:C:2009:628 Rn. 48 (Acoset).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konzipiert wurde, bestimmte Marktteilnehmer auf unzulässige Weise zu bevorzugen oder zu benachteiligen.[191]

Wettbewerb ist also notwendige Bedingung, um alle Marktteilnehmer gleich zu behandeln und einen einheitlichen, funktionierenden Binnenmarkt zu schaffen. Damit dient das Wettbewerbsprinzip in unionaler Stoßrichtung der Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer. Weil die vergaberechtlichen Richtlinien durch Umsetzung in nationales Recht Niederschlag in § 97 Abs. 1 GWB finden und ferner primärrechtskonform auszulegen sind, gilt die unionale Implikation vom Wettbewerbsverständnis gleichsam in der nationalen Rechtsordnung.

2. Gewährleistungsinhalt des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Hauptziel des unionsrechtlich geprägten Vergaberechts die Öffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten.[192] Das Wettbewerbsprinzip enthält also sowohl den Grundsatz zur Öffnung des Wettbewerbs als auch das Verbot zur Verfälschung desselben. Sekundärrechtliche Richtlinien gehen von einer künstlichen Einschränkung des Wettbewerbs aus, wenn bestimmte Wirtschaftsteilnehmer in unzulässiger Weise bevorzugt oder benachteiligt werden. Im vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip kommt damit der Grundsatz der Chancengleichheit zum Tragen.

Legt man den Grundsatz der Chancengleichheit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip zugrunde, verpflichtet das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip allerdings nur zur Offenhaltung des Wettbewerbs, nicht zur (künstlichen) Erweiterung des Wettbewerbs oder zum Ausgleich bestehender Wettbewerbsnachteile.[193] Das heißt, dass der öffentliche Auftraggeber aus dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip nicht zur Bedienung eines größtmöglichen Wettbewerbs verpflichtet und auch eine Nachfrage in engen Märkten, also in solchen Märkten mit einer oligopolistischen Angebotsstruktur, möglich ist. Eine andere Auslegung ergibt sich weder

191 Diesen Zusatz sieht Art. 4 VS-RL nicht vor.

192 EuGH, 10.10.2013 – C-336/12 – ECLI:EU:C:2013:647 Rn. 28 (Manova); 10.7.2014 – C-213/13 – ECLI:EU:C:2014:2067 Rn. 63 (Impresa).

193 S. Teil 2, Kap.1, B., II., 6. Vgl. auch: *Arrowsmith*, Public Procurement (2. Aufl.), S. 187; *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 388; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 42; *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aus der Unterschwellen-Mitteilung der Europäischen Kommission[194] noch aus dem Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb zu den EU-Verträgen. Darin ist der Binnenmarkt und die ihn konstituierenden Grundfreiheiten wiederum ein System, welches den Wettbewerb vor Verfälschungen schützen soll.[195] Nach der Unterschwellen-Mitteilung der Europäischen Kommission existierten in einem Vergabeverfahren faire Wettbewerbsbedingungen, wenn eine Auftragsvergabe im Einklang mit dem Unionsrecht erfolgt.[196] Diese Rechtsgrundlage und Mitteilung könnten zu dem Schluss verleiten, dass jede Beeinträchtigung der Grundfreiheiten zur Verfälschung des Wettbewerbs führt. Die Grundfreiheiten sind nach der Rechtsprechung des EuGH neben Diskriminierungs- auch Beschränkungsverbote.[197] Als Beschränkungsverbote verbieten die Grundfreiheiten solche staatlichen Maßnahmen, die die Ausübung der in der Grundfreiheit geschützten Verhaltensweise in ungerechtfertigter Weise behindern oder weniger attraktiv machen. Legt man diesen weiten Beschränkungsbegriff zugrunde, liegt in jeder staatlichen Nachfrage auch die Beeinträchtigung derjenigen Marktteilnehmer, die nicht berücksichtigt werden können.[198] Demnach wäre das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip auch beeinträchtigt, wenn der Zugang zum öffentlichen Auftrag allein deswegen für einzelne Marktteilnehmer versperrt wird, weil der Staat die entsprechende Leistung nicht nachfragt. In jeder Verletzung der Grundfreiheiten läge eine Verletzung des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips.

Gegen ein derartig weites Verständnis des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip sprechen aber systematische und teleologische Gründe. Im

194 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C 179/02), AblEG 2007 C 179.

195 Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, EUAbl. 2008, C 115, S. 1, 309.

196 Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C 179/02), AblEG 2007 C 179, S. 5.

197 Für die Warenverkehrsfreiheit: EuGH, 11.7.1974 – C-8/74 – ECLI:EU:C:1974:82 Rn. 5 (Dassonville). Für die Arbeitnehmerfreizügigkeit: EuGH, 15.12.1995 – C-415/93 – ECLI:EU:C:1995:463 Rn. 94 ff. (Bosman). Für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit: EuGH, 30.11.1995 – C-55/94 – ECLI:EU:C:1995:411 Rn. 37 (Gebhard). Für die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit in Art. 63 AEUV spricht schon allein der Wortlaut der Vorschrift. Vgl. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 486.

198 Vgl. auch *Hailbronner*, WiVerw 1994, S. 174, 176.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rahmen der staatlichen Beschaffung und Leistungsauswahl ist der Beeinträchtigungstatbestand der Grundfreiheiten reduziert. Bei einem weiten Verständnis würde theoretisch jede staatliche Nachfrage die wirtschaftliche Tätigkeit der Marktteilnehmer potenziell behindern oder weniger attraktiv machen, da der staatlichen Nachfragemacht der Ausschluss anderer Marktteilnehmer inhärent ist.[199] Dass aber jede staatliche Nachfrage eine Beschränkung und damit rechtfertigungsbedürftig wäre, ist ein nicht vertretbares Ergebnis.[200] In der Folge würden die Grundfreiheiten zu einem Recht auf Erfolg im Wettbewerb umgewandelt werden, indem der Staat für jede Nachfrage unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung stünde. Systematisch betrachtet sind die Grundfreiheiten aber keine Instrumente zur umfassenden Liberalisierung des Marktes.[201] Die Grundfreiheiten stehen solchen staatlichen Maßnahmen entgegen, die den Marktzugang ausländischer Marktteilnehmer zum inländischen Markt erschweren oder behindern.[202] Diese Wertung ergibt sich unter anderem daraus, dass auch der weite Beschränkungsbegriff der Grundfreiheiten der Einschränkung unterliegt.[203] Die Grundfreiheiten sollen daher im Bereich der staatlichen Nachfrage nur solche staatlichen Maßnahmen verhindern, die vergleichbare Marktteilnehmer unterschiedlich behandeln.[204] Die Grundfreiheiten verpflichten also nicht zur größtmöglichen breiten Öffnung eines Wettbewerbs, sondern zu einem unverfälschten Wettbewerb. Der Markt, auf dem der Wettbewerb stattfindet, muss erst durch die staatliche Nachfrage eröffnet werden. Folglich enthält das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip einen gleichheitsrechtlichen Gehalt. Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB ist also in Bezug auf die Auswahl des Beschaffungs-

199 *Huerkamp*, EuR 2009, S. 563, 565.

200 Auch: *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 87.

201 *Classen*, EuR 2004, S. 416, 416; *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV, Art. 26 Rn. 7: »grenzüberschreitende Offenheit der Märkte«; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV, Art. 34 Rn. 18; *Ackermann*, RIW 1994, S. 189, 192 f.; *Croon*, BLJ 2008, S. 119, 121; *Diehr*, VergabeR 2009, S. 719, 729.

202 *Wollenschläger*, NVwZ 2007, S. 388, 393; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar, AEUV, Art. 36 Rn. 68.

203 Zur Einschränkung des weiten Beschränkungsbegriffs u.a.: EuGH, 24.11.1993 – C-267/91 u. C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 Rn. 16 f. (Keck u. Mithouard); 8.9.2005 – C-544/03 u. C-545/03 – ECLI:EU:C:2005:518 Rn. 31 (Mobistar u. Belgacom).

204 S. den Ansatz von *Huerkamp*, den Umfang der Grundfreiheiten bei der staatlichen Beschaffung teleologisch auf Gleichbehandlungsgebote zu reduzieren: *Huerkamp*, EuR 2009, S. 563, 570. Vgl. auch *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 256, die für eine *de-minimis*-Regelung plädiert.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gegenstands vor allem auf die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer im Vergabeverfahren gerichtet.

3. Beeinträchtigung des Wettbewerbsprinzips

Modalitäten der Leistung, wie beispielsweise die Dauer und der Zeitraum der Leistungserbringung (a.) oder spezifische Standortvorgaben (b.), könnten eine Beeinträchtigung des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips darstellen. Ferner stellt sich die Frage, inwiefern Bedarfe, die zu *Lock-in*-Effekten führen, dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip widersprechen (c.).

a. Höchstgrenzen für Vertragslaufzeiten?

Teil der Bedarfsdefinition ist die Festlegung von Vertragslaufzeiten.[205] Lange Vertragslaufzeiten können auf den ersten Blick den Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern beeinträchtigen. Mit Erfüllung des Vertrages wird der staatliche Bedarf für einen Zeitraum gedeckt und die staatliche Nachfrage dem Markt entzogen. In diesem Zeitraum können unterlegene Wettbewerber dem öffentlichen Auftraggeber nicht mehr ihre Leistung anbieten. Vertragslaufzeiten von langer Dauer schotten damit die Nachfrage für einen langen Zeitraum vom Markt ab und können im Zweifelsfall die Wirtschaftslage unterlegener Wettbewerber beeinträchtigen. Für Rahmenvereinbarungen, Konzessionen und öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne der VO (EG) Nr. 1370/2007 sind vertragliche Höchstlaufzeiten vorgesehen (aa.). Umstritten ist, ob auch für öffentliche Aufträge, die keine Rahmenvereinbarungen darstellen, Höchstgrenzen gelten (bb.). Hinter der Schaffung von Laufzeitbegrenzungen steht die Erwägung, die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung und der Entwicklung eines »Hoflieferantentums« entgegenzuwirken.[206]

205 S. Teil 1, Kap. 1, E., I., 3. OLG Düsseldorf, 17.8.2022 – VII-Verg 50/21, NZBau 2023, S. 65, 68.

206 Europäische Kommission, Erläuterungen – Rahmenvereinbarung – Klassische Richtlinie v. 14.7.2005, Dokument CC/2005/03 rev1, S. 6; *Knauff*, EuZW 2004, S. 141, 143; *Ziekow*, VergabeR 2006, S. 702, 706.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Rahmenvereinbarungen, Konzessionen und öffentliche Dienstleistungsaufträge

Rahmenvereinbarungen sind nach Art. 33 Abs. 1 S. 2 VRL Vereinbarungen zwischen mindestens einem Wirtschaftsteilnehmer und einem öffentlichen Auftraggeber, die dazu dienen, die Bedingungen für die Aufträge festzulegen, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen. Im Rahmen dieser Vereinbarung kann der öffentliche Auftraggeber immer wieder Leistungen abrufen, ohne erneut einen Wettbewerb eröffnen zu müssen. Typische Anwendungsfelder in der Praxis sind unter anderem der Kauf von Büromaterialien und Arzneimitteln sowie Wartungsarbeiten.[207] Die sekundärrechtlichen Regelungen treffen in diesen Bereichen abschließende Regelungen. So beträgt die maximale Laufzeit für Rahmenvereinbarungen gem. § 21 Abs. 6 VgV vier Jahre. In angemessen begründeten Sonderfällen kann allerdings auch eine längere Laufzeit insbesondere aufgrund des Gegenstands der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt werden.[208] Betrifft die Rahmenvereinbarungen soziale und andere besondere Dienstleistungen i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB darf die Laufzeit gem. § 65 Abs. 2 VgV sogar maximal sechs Jahre betragen. Die Vergabe von Rahmenvereinbarungen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung ist gem. § 19 Abs. 3 SektVO auf maximal acht Jahre beschränkt.[209] Für Vergaben im Bereich der Verteidigung und Sicherheit gilt nach § 14 Abs. 6 VSVgV im Grundsatz eine Höchstlaufzeit von sieben Jahren.[210] Die Laufzeiten von Rahmenvereinbarungen sind aufgrund spezialgesetzlicher Regelung also immer befristet.

Bei der Vergabe von Konzessionen ist gem. § 3 Abs. 1 S. 1 KonzVgV die Laufzeit grundsätzlich beschränkt. Nach § 3 Abs. 2 KonzVgV dürfen Laufzeiten von Konzessionen, die länger als fünf Jahre andauern, nicht länger sein als der Zeitraum, innerhalb dessen der Konzessionsnehmer die

207 *Biemann*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 21 Rn. 5. Die Ausschreibung von Rahmenverträgen zur Beschaffung von Arzneimitteln wird durch sog. Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 S. 6 SGB V geregelt.

208 Bei der Laufzeitbegrenzung auf vier Jahre handelt es sich um eine Umsetzung von Art. 33 Abs. 1 S. 3 VRL. Nach dem 62. Erwägungsgrund der VRL und Art. 33 Abs. 1 S. 3 a.E. VRL kann die Laufzeit von Rahmenvereinbarungen in Ausnahmefällen auch mehr als vier Jahre betragen.

209 Umsetzung von Art. 51 Abs. 1 S. 3 SektRL.

210 Umsetzung von Art. 29 Abs. 2 UAbs. 4 VS-RL.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erbrachten Aufwendungen mindestens wieder amortisieren kann.[211] Daraus ergibt sich, dass auch die Laufzeiten von Konzessionen niemals unbefristet sein können.

Bei der Vergabe von Verkehrsleistungen sind öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Art. 4 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1370/2007 zwingend zu befristen. Grundsätzlich sind öffentliche Dienstleistungsaufträge bei Busverkehrsdiensten auf höchstens zehn Jahren bei Personenverkehrsdiensten mit der Eisenbahn oder anderen schienengestützten Verkehrsträgern auf höchstens fünfzehn Jahre begrenzt. Die Laufzeit kann allerdings nach Art. 4 Abs. 4 VO (EG) Nr. 1370/2007 verlängert werden. Die Verlängerung der Laufzeiten muss sich dann auf einen sachlichen Grund stützen, der im Verhältnis zur Wettbewerbsbeschränkung angemessen ist.

bb. Öffentliche Aufträge, die keine Rahmenvereinbarungen sind

Es bleibt offen, ob und in welchen Fällen Vertragslaufzeiten bei öffentlichen Aufträgen, die keine Rahmenvereinbarungen sind oder nicht in den Anwendungsbereich der sekundärrechtlichen Richtlinien fallen, im Widerspruch zum Vergaberecht stehen. Hier käme ein Dienstleistungsauftrag in Betracht, wie die fortlaufende Reinigung eines Gebäudes. Das Unionsrecht sieht für öffentliche Aufträge, die keine Rahmenvereinbarungen sind, nicht explizit Höchstlaufzeiten vor.[212] Die unionsrechtliche Rechtsprechung ist hinsichtlich der Länge von Vertragslaufzeiten nicht eindeutig: So vertritt der EuGH, dass die Vergabe eines unbefristeten Dienstleistungsauftrags ein Fremdkörper in Systematik und Zielen des Unionsrecht sei, da ein derartiger Auftrag längerfristig den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern behindern könne.[213] Dennoch sei der Abschluss von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen auf unbestimmte Dauer im Unionsrecht nicht verboten.[214] Andererseits sei die Vergabe einer Verwaltungskonzession für einen Zeitraum von zwanzig Jahren mit der Verlängerungsoption von zehn

211 Umsetzung von Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 KonzRL.
212 S. auch: BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16, juris Rn. 69; OLG Düsseldorf, 29.5.2020 – Verg 26/19, openJur 2021, 18393 Rn. 76.
213 EuGH, 19.6.2008 – C-454/06 – ECLI:EU:C:2008:351 Rn. 73 (pressetext).
214 EuGH, 19.6.2008 – C-454/06 – ECLI:EU:C:2008:351 Rn. 74 (pressetext); OLG Düsseldorf, 4.2.2013 – VII-Verg 31/12, NZBau 2013, S. 321, 326.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jahren eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs.[215] »Gewichtige Gründe« sprächen unter anderem gegen die unbefristete Erteilung von Konzessionen.[216]

Im Kern geht es um die Frage, ob die Regelungen des Vergaberechts abschließend sind oder ob sich unmittelbar aus dem Wettbewerbsgrundsatz Höchstlaufzeiten ableiten lassen.[217] Für die Heranziehung des Wettbewerbsprinzips wird vorgebracht, dass regelmäßig ein neuer Wettbewerb hergestellt werden müsse.[218] Dagegen spricht allerdings der Grundsatz der *lex specialis* und dass öffentliche Aufträge schon aufgrund des Grundsatzes der Rechtssicherheit und -klarheit nicht mit Rahmenvereinbarungen gleichgesetzt werden können.[219] Weil für Rahmenvereinbarungen und Konzessionen Höchstgrenzen festgelegt sind, für öffentliche Aufträge aber nicht, spricht ein Umkehrschluss für die grundsätzliche Zulässigkeit von unbestimmten Vertragslaufzeiten.[220] Wie bereits festgestellt, erfordert der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz die Gleichbehandlung vergleichbarer Marktteilnehmer. Im Vergaberecht ist der Wettbewerb kein Selbstzweck, sondern Ausdruck der Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer. Im Verlangen nach einer langen Vertragslaufzeit liegt keine gleichheitswidrige Behandlung, solange am Markt mehrere Teilnehmer die Leistung erbringen könnten. So könnte es sich allenfalls um eine wettbewerbswidrige Vergabe handeln, wenn von Anfang an bekannt wäre, dass nur ein Unternehmen am Markt die Leistung dergestalt über einen längeren Zeitraum erbringen könnte. Insofern lässt sich allein aus dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip keine Grenze für das Verlangen nach langen Vertragslaufzeiten gewinnen.[221]

215 EuGH, 9.3.2006 – C-323/03 – ECLI:EU:C:2006:159 Rn. 44 (Kommission/Spanien); vgl. auch EuGH, 9.9.2010 – C-64/08 – ECLI:EU:C:2010:506 Rn. 46 (Engelmann).
216 EuGH, 25.3.2010 – C-451/08 – ECLI:EU:C:2010: Rn. 79 (Helmut Müller).
217 So bspw. bei: VK Arnsberg, 21.2.2006 – VK 29/05, NZBau 2006, S. 332, 333; VK Bund, 9.4.2015 – VK 2–19/15, ZfBR 2015, S. 600; wohl auch: *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 210; a.A. *Knauff*, in: Säcker/Ganske/ders., MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, § 97 GWB Rn. 7.
218 VK Bund, 9.4.2015 – VK 2–19/15, ZfBR 2015, S. 600, 603.
219 *Siegel*, ZfBR 2006, S. 554, 556.
220 *Siegel*, ZfBR 2006, S. 554, 556; *Ziekow*, VergabeR 2006, S. 702, 705.
221 Im Ergebnis auch: *Burgi*, NZBau 2008, S. 29, 33.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b. Standortvorgaben

Nicht nur die Definition bestimmter Eigenschaften der Leistung können zur Verzerrung des Wettbewerbs führen, sondern auch Anforderungen an den Ort der Leistungserbringung. Auch (Stand-)Ortsvorgaben sind Teil der Bedarfsdefinition, denn ein Bedürfnis ist in der Regel ortsgebunden.[222] Hierbei ist jedoch zu differenzieren. Vergaberechtlich unbedenklich ist die Angabe eines Leistungs- bzw. Erfüllungsortes, die zur Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung zwingend notwendig sind. In der Regel wird der Erfüllungsort im Hoheitsbereich des öffentlichen Auftraggebers liegen. Diese Ortsbestimmungen sind aber vergaberechtlich unerheblich, da andernfalls aufgrund unterschiedlicher räumlicher Zugänglichkeiten der Marktteilnehmer jede Bestimmung des Leistungsortes wettbewerbsbeschränkend wäre, was den Wettbewerbsgrundsatz *ad absurdum* führen und wiederum die staatliche Nachfrage unter den Vorbehalt der Rechtfertigung stellen würde. Insofern sind solche Ortsangaben, die den Erfüllungsort beschreiben, im Folgenden ausgeklammert. Auch wenn Marktteilnehmer, weil sie örtliche Gegebenheiten aus eigener Erfahrung kennen, ihre Angebote besser kalkulieren können, ist dies noch keine Beeinträchtigung des vergaberechtlichen Wettbewerbs.[223] Derartige Wettbewerbsvorsprünge sind nicht durch den Staat indiziert und daher gerade Bestandteil eines funktionierenden Wettbewerbs.

Problematisch hingegen ist, wenn in der Leistungsbeschreibung zusätzlich örtliche Anforderungen an den Einsatzort des Marktteilnehmers aufgestellt werden, der mit der Herstellung von Anlagen einhergeht bzw. bestehende Anlagen voraussetzt (sog. Standortvorgaben). Derartige Standortvorgaben sind häufig Teil von Ausschreibungen über Leistungen der Abfallentsorgung.[224] Dies liegt in den Umständen und Sacherfordernissen der Abfallentsorgung begründet. Die in den Landkreisen und Stadtgebieten von privaten oder kommunalen Einrichtungen gesammelten Abfälle müssen in der Regel zu einer genehmigten Aufbereitungs- bzw. Verwertungsanlage oder Umschlagsplätzen gebracht werden, um von dort aus die Abfälle

222 S. auch: OLG Koblenz, 20.4.2016 – Verg 1/16, ZfBR 2016, S. 622.

223 OLG Brandenburg, 15.5.2007 – Verg W 2/07, VergabeR, S. 242, 248.

224 Standortvorgaben für Gesundheitszentren waren auch schon Gegenstand der richterlichen Kontrolle und wurden als Behinderung des Wettbewerbs gekennzeichnet. S. dazu: EuGH, 22.10.2015 – C-552/13 – ECLI:EU:C:2015:713 Rn. 29 (Grupo Hospitalaria Quirón SA). S. auch: Schlussanträge der GAin Medina, 3.2.2022 – C-436/20 – ECLI:EU:C:2022:77 Rn. 138–141 (ASADE).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wieder in den Recyclingkreislauf einzuführen, d.h. die Abfälle zu verwerten, wiederaufzubereiten oder zu entsorgen.[225] Teilweise übernehmen die Aufbereitung und Verwertung der Abfälle private Marktteilnehmer. In Verbindung damit ist es gelegentlich Ausschreibungspraxis der Kommunen, dass als Teil der Leistungsbeschreibung der Standort der Aufbereitungs- bzw. Verwertungsanlage oder des Umschlagsplatzes innerhalb des Einzugsbereiches des örtlichen Abfalltransports, also entweder innerhalb des kommunalen Gebiets oder zumindest in unmittelbarer Nähe zum kommunalen Gebiet liegen muss.[226] Derartige Ortsangaben zur Leistungserbringung sind Teil der Bedarfsdefinition. Bei solchen Ortsangaben handelt es sich nicht um eine Beeinträchtigung des Gebots der produktneutralen Ausschreibung, da der Leistungsort unter keines der Tatbestandsmerkmale fällt. Bei derartigen Ortsangaben handelt es sich allerdings um mittelbare Ungleichbehandlungen und damit um Beeinträchtigungen des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes, da derartige Angaben es ausländischen Bietern erschweren, die Leistung vor Ort zu erbringen, wenn keine entsprechende Einrichtung besteht.[227] Zusätzliche Ortsangaben, die an den Aktionsort des Marktteilnehmers anknüpfen, können also den Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern beeinträchtigen. Dann muss für die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ein sachlicher Grund vorgebracht werden, der wiederum in Relation zum Ausmaß der Wettbewerbsbeeinträchtigung verhältnismäßig ist und sich an den zwingenden Erfordernissen der Cassis-Rechtsprechung orientiert.

225 Nach § 6 Abs. 1 KrWG sind Abfallvermeidung und -verwertung vor der Abfallbeseitigung vorrangig umzusetzen. Ferner genießen nach § 6 Abs. 2 KrWG solche Maßnahmen Vorrang, die eine nachhaltige Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen am ehesten gewährleistet.

226 So forderte bspw. eine Kommune, dass die Übernahme von im Stadtgebiet angefallenen Grünabfällen entweder auf dem im Stadtgebiet liegenden Umschlagsplatz oder aber, wenn der Auftragnehmer der Platz bestimmen wolle, auf einem höchstens fünf Kilometer außerhalb der Stadtgrenze liegenden Platz erfolgen solle. OLG Koblenz, 20.4.2016 – Verg 1/16, ZfBR 2016, S. 622. S. auch: OLG Koblenz, 22.7.2014 – 1 Verg 3/14, NZBau 2015, S. 256; OLG Düsseldorf, 3.4.2008 – Verg 54/07, BeckRS 2009, 5462.

227 OLG Koblenz, 20.4.2016 – Verg 1/16, BeckRS 2016, 7918 Rn. 26; OLG Koblenz, 22.7.2014 – 1 Verg 3/14, NZBau 2015, S. 256. Ähnlich auch: OLG Düsseldorf, 3.4.2008 – Verg 54/07, BeckRS 2009, 5462; EuGH, 22.10.2015 – C-552/13 – ECLI:EU:C:2015:713 Rn. 29 (Grupo Hopitalaria Quirón SA). Vgl. auch *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 97 Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. Lock-in-Effekte bzw. Kompatibilitätserfordernisse?

Eine weitere Beeinträchtigung des Wettbewerbs kann sich aus sog. *Lock-in*-Effekten (bzw. Einsperreffekten) ergeben. Der *Lock-in*-Effekt steht für die durch vorangegangene Vertragsbeziehungen selbst geschaffene Abhängigkeit, die im Einzelnen nur unter hohem Kostenverlust aufgegeben werden kann, um zu einem anderen Lieferanten oder Produzenten zu wechseln.[228] Ein Aufbruch der Abhängigkeit ist regelmäßig (kosten-)aufwändiger. Auf eine einmal getroffene Anschaffung folgt dann im weiteren Verlauf die Abhängigkeit von einer bestimmten Bezugsquelle.[229] Gründe der Kompatibilität erfordern, dass Leistungen mit den vorhandenen Anlagen oder Systemen mechanisch oder elektromagnetisch zusammenpassen (Schnittstellenerfordernisse) oder dass Anlagen und Systeme zumindest in der Lage sind, miteinander zu kommunizieren.[230] Der Folgebedarf kann nur noch durch denjenigen Anbieter gedeckt werden, der bereits den ersten Bedarf gedeckt hat. Anwendungsfelder derartiger *Lock-in*-Effekte sind vor allem die Informationstechnologie, in der die Beschaffung von Hard- und Software sowie einer entsprechenden Wartung häufig zu einer technisch-funktionalen Abhängigkeit führen.[231] Häufig in Verbindung mit der Entwicklung und Verwendung von Patenten führt die Nachfrage danach sogar zu einer rechtlichen Abhängigkeit. Patente führen als Ausschließlichkeitsrechte die Eigenschaft, dass nur der Inhaber des Patents befugt ist, die patentierte Erfindung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen zu nutzen.[232] Zur Nutzung bedarf es der ausdrücklichen Zustimmung des Patentinhabers in der Regel in Form einer Lizenz. Ein vereinfachtes Beispiel eines *Lock-in*-Effekts stellen Drucker und ihre kompatiblen Druckerpatronen dar. Die Beschaffung eines Druckers eines bestimmten Herstellers verpflichtet zur an-

228 *Ewerhart/Schmitz*, WiSt 1997, S. 361; *Nothdurft*, in: Bunte, Kartellrecht, Bd. 1, GWB, § 20 Rn. 54; *Meffert/Pohlkamp/Böckermann*, in: FS Bruhn, S. 4, 14; Mitteilung der Europäischen Kommission: Verringerung der Anbieterbindung: Aufbau offener IKT-Systeme durch bessere Verwendung von Standards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, COM(2013), 455 final, S. 2, 4. Zum *Lock-in*-Effekt bei sozialen Netzwerken: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2017/2018, BT-Drs. 19/10900, S. 19. Vgl. auch *Trutzel*, die auf eine »Ein-Hersteller-Strategie« verweist. Siehe: *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 53. Vgl. auch *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 71.

229 *Käseberg*, in: Bunte, Kartellrecht, Bd. 2, FKVO, Art. 2 Rn. 63.

230 Vgl. *Farrell/Saloner*, American Economic Review 76 (1986), S. 940.

231 *Meffert/Pohlkamp/Böckermann*, in: FS Bruhn, S. 3, 14.

232 § 9 S. 1 PatG.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schließenden Beschaffung kompatibler Druckerpatronen, um den Drucker betriebsgemäß nutzen zu können. Eine faktische Abhängigkeit entsteht.

Derartige Abhängigkeiten führen zur Verengung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt, da Gründe der Kompatibilität und der Wirtschaftlichkeit in der Regel zur Beschaffung bei dem Anbieter führen, der auch schon das Hauptprodukt geliefert hat.[233] Das wiederum zementiert oder schafft eine marktbeherrschende Position entsprechender Lieferanten und kann ähnlich wie ein Langzeitvertrag den tatsächlichen Wettbewerb auf Dauer minimieren. Eine Nachfrage nach derartigen Produkten verstößt weder gegen die Pflicht zur Offenhaltung des Wettbewerbs noch gegen das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip, denn diese verpflichten nicht zu einer größtmöglichen Öffnung des Wettbewerbs, sondern nur zur Offenhaltung des Wettbewerbs durch Gleichbehandlung der Marktteilnehmer.[234] Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass im Wettbewerbsrecht für Haupt- und Folgeprodukte ein gemeinsamer Markt existiert[235] und folglich für diesen gemeinsamen Markt ein Wettbewerb besteht. Der öffentliche Auftraggeber muss schon bei der Beschaffung des Hauptprodukts die Konsequenzen einer etwaigen Abhängigkeit in Betracht ziehen. Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip verpflichtet den Staat allerdings nicht dazu, in einem wiederkehrenden Zeitraum etwaige Leistungen komplett neu zu beschaffen.

4. Zwischenergebnis

Die Bedarfsdefinition, welche sich später in der Leistungsbeschreibung widerspiegelt, unterliegt dem Verbot, den Wettbewerb in ungerechtfertig-

233 So erwägt es *Kainer* am Beispiel des *Toll Collect Systems* zur Ermittlung und Abrechnung der LKW-Maut zumindest als kritisch, wenn bestimmte Unternehmen aufgrund von rechtlichen oder technisch-funktionalen Ausschließlichkeitspositionen Folgeaufträge erhalten. Siehe: *Kainer*, NZBau 2018, S. 387. Vgl. auch VK Düsseldorf, 23.1.2001 – VK-1/2001-B, juris Rn. 85.

234 Der *Lock-in*-Effekt hat aber durchaus Auswirkungen auf die (Gesamt-)Wirtschaftlichkeit der Beschaffung. Nach einer Mitteilung der Europäischen Kommission kosten den europäischen Verwaltungen der Verbleib bei einmal beschafften Hard- und Software ca. 1,1 Mio. EUR im Jahr. S. dazu: Mitteilung der Europäischen Kommission, Verringerung der Anbieterbindung: Aufbau offener IKT-Systeme durch bessere Verwendung von Standards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, COM(2013), 455 final, S. 2, 4.

235 Auch im Kartellrecht wird der Markt für Haupt- und Folgeprodukte zusammenfassend betrachtet. S. dazu: *Käseberg*, in: Bunte, Kartellrecht, Bd. 2, FKVO, Art. 2 Rn. 63; *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, FKVO, Art. 2 Rn. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ter Weise zu beeinträchtigen. Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip gewährleistet die Öffnung der Märkte für den Wettbewerb und einen Schutz vor Verfälschungen. Man spricht dann von Verfälschungen des Wettbewerbs, wenn der öffentliche Auftraggeber durch seine Nachfrage die Chancengleichheit vergleichbarer Marktteilnehmer beeinträchtigt. Der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz verpflichtet allerdings nicht zur Schaffung eines möglichst breiten Wettbewerbs. Standortvorgaben sind derartige Vorgaben, die den Wettbewerb zwischen vergleichbaren Marktteilnehmern verfälschen. Über die vorhandenen Rechtsgrundlagen hinaus sind längere Vertragslaufzeiten oder aber auch Bedarfsdefinitionen, die zu *Lock-in*-Effekten führen, vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

IV. Anforderungen aus dem Transparenzgebot

Das vergaberechtliche Transparenzgebot in § 97 Abs. 1 S. 1 GWB ist der rechtliche Garant für ein »offenes, erkennbares und nachvollziehbares Beschaffungsverhalten«[236] des Staates. Als dritte tragende Säule neben dem Wettbewerbsprinzip und dem Gleichbehandlungsgebot erfordert jener elementare Grundsatz die Schaffung eines angemessenen Niveaus von Öffentlichkeit. Auf diese Weise soll das Transparenzgebot vor willkürlichem Verhalten sowie Korruption schützen.[237] Untergesetzlich findet sich die Verpflichtung zur Transparenz zentral in den § 8 VgV, § 8 SektVO, § 43 VSVgV, § 6 KonzVgV, § 20-EU VOB/A, § 20-VS VOB/A, die primär eine nationale Umsetzung der Art. 18 Abs. 1 S. 1 VRL, Art. 3 Abs. 1 S. 1 KonzRL, Art. 36 Abs. 1 S. 1 SektRL und Art. 4 VS-RL darstellen.

236 *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Abs. 1 Rn. 31. Ähnlich auch: *Gabriel*, in: ders./Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 82 Rn. 35.

237 *Summann*, Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren, S. 32; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 30; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Gewährleistungsinhalt

Das Transparenzgebot hält den Staat dazu an, seine Entscheidungen für den Bürger vorhersehbar und nachvollziehbar zu gestalten.[238] Der von der Entscheidung Betroffene soll konkrete Beurteilungsmaßstäbe erkennen, die womöglich zum Eingriff in grundrechtliche Positionen führen, und sein Verhalten an diesen Maßstäben ausrichten können. Ferner erfüllt das Transparenzgebot die Funktion, den Staat seine eigenen Entscheidungen noch einmal reflektieren zu lassen.[239] Positiv-rechtlich ergibt sich dies sowohl aus dem nationalen Rechtsstaatsprinzip, verankert in Art. 20 Abs. 3 GG, als auch aus unionsrechtlichen Bestimmungen, wie dem Transparenzgrundsatz in Art. 15 AEUV, dem Recht auf eine gute Verwaltung in Art. 41 GrCh[240] und Art. 2 S. 1 EUV, der unter anderem programmatisch die Rechtsstaatlichkeit als fundamentalen Wert der Union bezeichnet.

Zum anderen leitet sich das Gebot der Transparenz im Vergaberecht nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar aus dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebot ab[241], welches seine Grundlage in den Grundfreiheiten findet[242]. So liegen dem Gebot der Transparenz wiede-

238 *Traupel*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 14 Rn. 9; *Plauth*, Rechtspflicht zur Transparenz, S. 29–32. Zur rechtsstaatlichen Notwendigkeit, staatliches Handeln für den Bürger vorhersehbar zu machen: Teil 1, Kap. 2, C., III., 1., b.

239 *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 4, 313.

240 Dieser Grundsatz verpflichtet zur Nachvollziehbarkeit der staatlichen Entscheidung, indem Art. 41 Abs. 2 Spiegelstrich 3 GrCh eine Begründungspflicht für Verwaltungsstellen vorsieht. Entsprechend dem Wortlaut sind allerdings nur die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union verpflichtet, so dass daraus keine unmittelbaren Rechtswirkungen für die Mitgliedstaaten und das nationale Beschaffungsverhalten folgen. Der EuGH erkennt in Art. 41 GrCh allerdings ebenfalls einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts (vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV), der für die Mitgliedstaaten verbindlich ist. S. dazu: EuGH, 8.5.2014 – C-604/12 – ECLI:EU:C:2014:302 Rn. 49 (H. N.); 17.7.2014 – C-141/12 und C-372/12 – ECLI:EU:C:2014:2081 Rn. 68 (Y. S.); 5.11.2014 – C-166/13 – ECLI:EU:C:2014:2336 Rn. 45 (Mukarubega); 9.11.2017 – C-46/16 – ECLI:EU:C:2017:839 Rn. 39 f. (LS Customs Services); 7.9.2021 – C-927/19 – ECLI:EU:C:2021:700 Rn. 120 (Ecoservice).

241 EuGH, 18.11.1999 – C-275/98 – ECLI:EU:C:1999:567 Rn. 31 (Unitron Scandinavia A/S); 18.10.2001 – C-19/00 – ECLI:EU:C:2001:553 Rn. 41 (SIAC); 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 45 (Hospital Ingenieure); 12.12.2002 – C-470/99 – ECLI:EU:C:2002:746 Rn. 91 (Universale-Bau).

242 St. Rspr. des EuGH: EuGH, 18.11.1999 – C-275/98 – ECLI:EU:C:1999:567 Rn. 31 (Unitron Scandinavia A/S); 7.12.2000 – C-324/98 – ECLI:EU:C:2000:669 Rn. 61 f. (Teleaustria); 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 49 (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 21 (ANAV); 19.6.2008 – C-454/06 – ECLI:EU:C:2008:351 Rn. 32 (pressetext); 10.9.2009 – C-573/07 –

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rum die Grundfreiheiten zugrunde, die für die Herleitung des Transparenzgrundsatzes fruchtbar gemacht werden können.[243] Grundfreiheiten haben nach der Rechtsprechung des EuGH eine verfahrensrechtliche Dimension, d.h. der Staat muss zum Zwecke der Durchsetzung der Grundfreiheiten bestimmte Verfahrenserfordernisse garantieren.[244] Dazu gehört, für eine effektive Kontrolle der staatlichen Entscheidung auf die mögliche Verletzung von Grundfreiheiten zu sorgen.[245] Ein materielles subjektives Recht ohne gerichtliche Durchsetzungsfähigkeit wäre gewissermaßen zahnlos gegenüber der staatlichen Gewalt. Insofern steht der Grundsatz einer effektiven gerichtlichen Kontrolle gem. Art. 47 GrCh eng im Zusammenhang mit der verfahrensrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten.[246] Effektiver Rechtsschutz ist wiederum nur dann möglich, wenn der Bürger Kenntnis über alle Umstände hat, die zur Entscheidung geführt haben.[247] Der Bürger kann Verletzungen seiner grundfreiheitlichen Rechte nur rügen, wenn Gründe für die staatliche Entscheidung vorgebracht werden, mithin das staatliche Entscheidungsverfahren transparent und nachvollziehbar erfolgt. So hat auch der EuGH entschieden, dass ein Verfahren, welches in einer nicht nachvollziehbaren Weise erfolgt, zur Diskriminierung verschiedener Wirtschaftsteilnehmer führen kann, die grundsätzlich ein Interesse an der Nachfrage des Staates gehabt hätten.[248] Damit liegt die unionsrechtlich geprägte Dimension des Transparenzgebotes in der effektiven Durchsetzung der Grundfreiheiten, insbesondere des Gleichbehandlungsgebots.

Diese beiden Dimensionen legen den Gewährleistungsgehalt des Transparenzgebots dar. Es gelangt dann zur Anwendung, wenn subjektive Rechte

---

ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 39 (Sea); 14.11.2013 – C-221/12 – ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 28 (Belgacom); 17.12.2015 – C-25/14 u. C-26/14 – ECLI:EU:C:2015:821 Rn. 38 (UNIS).

243 S. auch: *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 315–321; *Plauth*, Rechtspflicht zur Transparenz, S. 46–49.

244 EuGH, 7.5.1991 – C-340/89 – ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 22 (Vlassopoulou); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 195; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 41.

245 EuGH, 7.5.1991 – C-340/89 – ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 22 (Vlassopoulou); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 195.

246 Zur verfahrensrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten auch: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., c.

247 EuGH, 15.10.1987 – C-222/86 – ECLI:EU:C:1987:442 Rn. 15 (Heylens); 3.9.2008 – C-402/05 P und C-415/05 P – ECLI:EU:C:2008:461 Rn. 336 f. (Kadi); 4.6.2013 – C-300/11 – ECLI:EU:C:2013:363 Rn. 53 (ZZ).

248 EuGH, 20.3.1990 – C-21/88 – ECLI:EU:C:1990:121 Rn. 12 (Du Pont de Nemours); *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 316.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betroffen sind. Die rechtsstaatlichen Kautelen, Entscheidungen für den Bürger vorhersehbar zu gestalten, stehen in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Eingriff in subjektiv-rechtliche Positionen. Der Bürger soll sich bestehender oder bevorstehender Eingriffe vergewissern können. Im Vergaberecht ist diese subjektiv-rechtliche Position der Grundsatz der Chancengleichheit. Das bedeutet, dass der Grundsatz der Transparenz in Abhängigkeit zum Grundsatz der Chancengleichheit steht und dessen Durchsetzung stützend garantieren soll.[249] Entscheidungen, die den vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung nicht antasten, müssen nicht zwingend durch den öffentlichen Auftraggeber dokumentiert werden. Insofern betrifft das Transparenzgebot den Eigenbereich der Verwaltung nicht unmittelbar.

2. Notwendigkeit der Dokumentation des Entscheidungsprozesses bei der Definition des Bedarfs

Welche Bedeutung hat also das Transparenzgebot für die Bedarfsdefinition? § 8 Abs. 1 S. 1 VgV[250] als Konkretisierung des Transparenzgebots verpflichtet zur fortlaufenden Dokumentation, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Zum Vergabeverfahren in dem dort verstandenen Sinne gehören nach § 8 Abs. 1 S. 2 VgV in nicht abschließender Auflistung die Kommunikation mit Unternehmen, interne Beratungen sowie die Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen. Auch wenn die Bedarfsdefinition nicht explizit aufgeführt ist und vor der Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens abgeschlossen ist, gilt die Dokumentationspflicht doch in Situationen, in denen subjektive Rechtspositionen Einzelner beeinträchtigt sein können. Da der vergaberechtliche Transparenzgrundsatz der Durchsetzung der Durchsetzung subjektiver Rechte dient, müssen Entscheidungen, die zur Nachfrage nach einem bestimmten Produkt eines bestimmten Marktteilnehmers führen und damit das Gebot der produktneutralen Ausschreibung oder das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip beeinträchtigen, begründet und dokumentiert werden. Dies ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Rechtfertigung produktspezifischer Ausschreibungen.[251] Daher können für den Staat in der Analysephase,

249 *Kühling/Huerkamp*, NVwZ 2009, S. 557, 558; *Dörr*, in: GS Schindhelm, S. 191, 202.
250 § 8 Abs. 1 SektVO; § 43 Abs. 1 VSVgV; § 6 Abs. 1 KonzVgV.
251 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

also bei der Definition des Bedarfs, schon Dokumentationspflichten bestehen.[252] Andernfalls könnten schon vor Beginn des Vergabeverfahrens eine effektive Durchsetzung der subjektiv-rechtlichen Gewährleistungen verhindert und entsprechende vergaberechtliche Regelungen umgangen werden. Aus der Koppelung des Transparenzgebots an die Beeinträchtigung subjektiver Rechte folgt aber spiegelbildlich, dass es keine generelle Dokumentationspflicht für jegliche Erwägungen in der Phase der Vorbereitung der Beschaffung gilt.[253]

Entscheidungen, die zu einer produktspezifischen Ausschreibung führen oder den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz beeinträchtigen, sind also entweder als Vorbereitung der Vergabeunterlagen nach § 8 Abs. 1 S. 2 VgV aufzufassen oder der Verweis in § 8 Abs. 1 S. 1 VgV auf jede Stufe des Vergabeverfahrens ist in dem Sinne zu verstehen, dass auch die Analysephase der Beschaffung Berücksichtigung findet. Insofern erfährt der Tatbestand des § 8 VgV eine teleologische Erweiterung.

3. Anforderungen an die Dokumentation der Bedarfsdefinition

Bei der Angabe solcher Eigenschaften, die ein bestimmtes Produkt kennzeichnen oder in sonstiger Weise den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz beeinträchtigen, müssen die sachlichen Gründe für dieses Erfordernis substantiiert dargelegt und vermerkt werden, um den staatlichen Entscheidungsprozess nachvollziehbar zu gestalten. Die staatliche Einrichtung ist verpflichtet, die der Bedarfsdefinition zugrundeliegenden sachlichen Gründe aufzuführen. Da die staatliche Aufgabe Anlass für die Bedarfsdefinition bietet, ergeben sich die sachlichen Gründe regelmäßig aus der konkreten staatlichen Aufgabe. Im Rahmen der Ausschreibung von Pagern hatte sich das OLG Celle ausführlich mit der Dokumentation der Gründe für eine herstellerspezifische Ausschreibung auseinandergesetzt.[254]

252 Im Ergebnis auch: OLG Karlsruhe, 14.9.2016 – 15 Verg 7/16, BeckRS 2016, 121911 Rn. 18; OLG Celle, 10.11.2016 – 13 Verg 7/16, NZBau 2017, S. 242, 244 Rn. 18; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 127 Rn. 8. Zu Dokumentationspflichten bei Standortvorgaben: OLG Naumburg, 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, VergabeR 2013, S. 55, 63; OLG Celle, 19.3.2015 – 13 Verg 1/15, juris Rn. 49.

253 Ähnlich auch die Ansicht des EuGH, nach dem ein effektiver Rechtsschutz keine Begründungspflicht für »Stellungnahmen oder sonstige Handlungen in der Vorbereitungs- und Sachermittlungsphase« vorsieht. Dazu: EuGH, 15.10.1987 – C-222/86 – ECLI:EU:C:1987:442 Rn. 16 (Heylens).

254 OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei dürfe nach dem OLG Celle die Dokumentation nicht so allgemein gehalten werden, »dass [die darin aufgeführten Gründe] einer Überprüfung nicht hinreichend zugänglich sind«[255]. Insbesondere wenn durch eine produktspezifische Ausschreibung mehrere weitere Marktteilnehmer vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, müssen die Gründe für den spezifischen Wunsch substantiiert dargelegt werden. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.[256]

4. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen das Transparenzgebot

Grundsätzlich macht ein Verstoß gegen das Transparenzgebot das Vergabeverfahren fehlerhaft. Eine unterlassene oder unzureichende Dokumentation macht ein späteres Vergabeverfahren allerdings nicht automatisch rechtswidrig, wenn die Gründe bei der Entscheidung für die Definition des konkreten Bedarfs vorgelegen hatten und eine konkrete Begründung im gerichtlichen Nachprüfungsverfahren nachgeliefert wird.[257] Etwaige Ungenauigkeiten im Vergabevermerk können dann nachträglich geheilt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die wettbewerbskonforme Auftragsvergabe nicht gefährdet wird.[258] Das bedeutet also, dass die Gründe für die bestimmte Leistung oder Leistungseigenschaften im Vergabevermerk bereits angelegt sein müssen und die Vergabestelle die jeweiligen Gründe weiter konkretisiert.[259] Die Nachholung der jeweiligen Begründung ist damit möglich. Im Sinne der Verfahrensökonomie wäre es nämlich widersprüchlich, das erste Verfahren aufgrund von mangelnder Dokumentation aufzuheben und dem anschließenden, neuen Verfahren dieselben Gründe zugrunde zu legen.[260]

---

255 OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 142 Rn. 61.

256 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., a., bb.

257 OLG Celle, 10.11.2016 – 13 Verg 7/16, NZBau 2017, S. 242, 244 Rn. 18; 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 142 Rn. 67; OLG Düsseldorf, 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 519. Vgl. auch: BGH, 8.2.2011 – X ZB 4/10 – NZBau 2011, S. 175, 184 Rn. 73; VK Arnsberg, 24.1.2014 – VK 23/13, ZfBR 2014, S. 401, 403. Differenzierend: *Antweiler*, VergabeR 2011, S. 306, 321.

258 BGH, 8.2.2011 – X ZB 4/10, NZBau 2011, S. 175, 184 Rn. 73.

259 VK Schlewig-Holstein, 16.9.2015 – VK-SH 11/15, VERIS II., 2., a., cc.; VK Bund, 26.6.2015 – VK 1 – 47/15, S. 16 f. Vgl. auch: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Abs. 1 Rn. 50.

260 BGH, 8.2.2011 – X ZB 4/10, NZBau 2011, S. 175, 184 Rn. 73; OLG Celle, 22.1.2014 – 13 Verg 12/13, BeckRS 2014, 119780, 2., b., bb., (3); 10.11.2016 – 13 Verg 7/16, NZBau 2017, S. 242, 244 Rn. 18; VK Arnsberg, 24.1.2014 – VK 23/13, ZfBR 2014, S. 401, 403.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Waren die Gründe für eine spezifische Ausschreibung noch nicht im Vergabevermerk angelegt und nutzt der öffentliche Auftraggeber erst das Nachprüfungsverfahren für eine vollumfängliche Begründung seiner Festlegung, ist das Vergabeverfahren rechtswidrig und eine Wiederholung des Vergabeverfahrens kann angeordnet werden.[261]

V. Pflicht zur Durchführung von Markterkundungen?

Die Marktuntersuchung oder auch Marktanalyse umfasst nach einer wirtschaftswissenschaftlichen Definition die »gelegentliche, nicht systematische Untersuchung des Marktes«[262]. Da auch der Staat den Markt auf verfügbare Leistungen untersuchen kann, fungiert die Markterkundung als ein Mittel zur Definition des staatlichen Bedarfs und dient der Aufgabenerfüllung.[263] Nur wenn die öffentliche Hand einen Überblick über die am Markt verfügbaren Angebote besitzt, lässt sich der Bedarf definieren. Denn der Staat kann grundsätzlich nur das nachfragen, was am Markt bereits existiert.[264]

Zwischen den Vergabesenaten der verschiedenen Oberlandesgerichte ist umstritten, ob vor einem Vergabeverfahren zwingend eine vergaberechtliche Markterkundung durchzuführen ist, was dann durch die Gerichte zu kontrollieren ist. Nach einer Ansicht muss sich die öffentliche Hand vor Ausschreibung der Leistung über die Alternativen am Markt informieren, mithin eine Markterkundung durchführen.[265] Dies ist bzw. war Ansicht des OLG Jena und des OLG Celle, wobei letzteres mittlerweile von einer Pflicht zur Markterkundung abgewichen ist.[266] Wenn die öffentliche Hand

261 OLG Düsseldorf, 17.3.2004 – VII-Verg 1/04, NZBau 2004, S. 461, 462; OLG Frankfurt a.M., 28.11.2006 – 11 Verg 4/06, NZBau 2007, S. 804, 805; OLG Celle, 11.2.2010 – 13 Verg 16/09, VergabeR 2010, S. 669, 673; 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 142 Rn. 68.

262 Gabler Wirtschaftslexikon K-R (16. Aufl.), Stichwort: Markterkundung (S. 1987).

263 S. Teil 1, Kap. 1, D., I., 2., c.

264 Vgl. *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 5. Ausnahmen hiervon bilden Innovationspartnerschaften, die gerade die Erstellung einer innovativen Leistung zum Ziel haben, die noch nicht am Markt existiert. Vgl. § 19 Abs. 1 S. 2 VgV, § 18 Abs. 1 S. 2 SektVO.

265 OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736; OLG Celle, 22.5.2008 – 13 Verg 1/08, juris Rn. 46; vgl. auch *Schellenberg*, in: Hilgers/Schauer/Thom, Public Management, S. 665, 669.

266 Zur Aufgabe der vorherigen Rechtsprechung vgl.: OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eine konkrete, potentiell wettbewerbsbeeinträchtigende Leistung einkaufen möchte, seien Markterkundungen verpflichtend. Der Staat müsse sich dann zumindest »einen möglichst breiten Überblick über die Gegebenheiten am Markt«[267] verschaffen und begründen, wieso eine bestimmte Möglichkeit, die ausgeschlossen wird, nicht geeignet scheint.[268] Begründet wird diese Ansicht unter anderem auch mit dem dem Vergaberecht zugrundeliegenden Zweck, eine wirtschaftliche und sparsame Beschaffung zu ermöglichen.

Dieser Ansicht steht vor allem die Ansicht anderer Vergabesenate entgegen, nach denen eine Markterkundung gerade nicht verpflichtend sei.[269] So würde zum einen eine Pflicht zur Markterkundung dem Leistungsbestimmungsrecht des Staates widersprechen.[270] Es sei nicht mit dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers vereinbar, wenn im Nachhinein seine Entscheidung im Zweifel durch Hilfe Sachverständiger abgeändert werde.[271] Die Notwendigkeit einer Markterkundung führe dementsprechend zur »unangemessenen Verrechtlichung«[272] der Beschaffungsentscheidung. Ferner wird angeführt, dass die Marktteilnehmer keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb, also den Anspruch auf eine an den Bieter angepasste Nachfrage, hätten.[273] Auch deshalb könne eine vorherige Markterkundung nicht verpflichtend vorgeschrieben werden. Zum anderen steht hinter der Ablehnung einer Markterkundung die Befürchtung, sie könnte die öffentliche Hand überfordern und dementsprechend zur vermehrten Einholung von kostenintensiven Gutachten führen.[274] Dieses Argument unterliegt der Annahme, dass die wegen einer verpflichtenden Markterkundung entstehenden Mehrkosten dem Grundsatz einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung entgegenstehen.

267 OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736.
268 OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736; OLG Celle, 22.5.2008 – 13 Verg 1/08, juris Rn. 46.
269 OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 32; OLG Naumburg, 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, juris Rn. 89 f.; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, juris Rn. 104; VK Sachsen, 30.8.2016 – 1/SVK/016–16, juris Rn. 88.
270 OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 33.
271 OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 33.
272 OLG Naumburg, 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, juris Rn. 89; VK Sachsen, 30.8.2016 – 1/SVK/016–16, juris Rn. 88; vgl. auch *Frister*, VergabeR 2011, S. 295, 301.
273 OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, juris Rn. 104.
274 *Jentzsch/Kirch*, VergabeNews 3/2021, 38.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und vergaberechtliche Markterkundung

Der vergaberechtliche Zweck einer wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung wird teilweise als Argument gegen eine Pflicht zur Markterkundung vorgebracht.[275] Das überzeugt aus zwei Gründen nicht: So ist jedem Vergabeverfahren eine haushaltsrechtlich verpflichtende Wirtschaftlichkeitsuntersuchung vorgeschaltet und in der Markterkundung liegt die Chance auf eine wirtschaftliche Beschaffung begründet.

Das Haushaltsrecht verpflichtet die öffentliche Hand auf Bundes- und Landesebene vor der Vornahme von finanzwirksamen Maßnahmen zur Durchführung von angemessenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen in § 7 Abs. 2 S. 1 BHO/LHO und in Ziffer 2 zu § 7 BHO in der VV-BHO[276]. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sind »Instrumente zur Umsetzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit« und bei allen finanzwirksamen, also insbesondere vor Einleitung einer Beschaffung am Markt durchzuführen. Vorgesehen sind sowohl einzel- als auch gesamtwirtschaftliche Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Vor jeder finanzwirksamen Maßnahme hat die öffentliche Hand demnach Wirtschaftlichkeitserwägungen bei der Definition des Bedarfs anzustellen. Dazu gehören unter anderem die Analyse der Ausgangslage und des Handlungsbedarfs, die Zielfestsetzung bzw. -feststellung und die Feststellung der davon ausgehenden relevanten Lösungsmöglichkeiten sowie deren Eignung im Hinblick auf das Ziel. Bei der Analyse sind die rechtlichen, organisatorischen und personellen Rahmenbedingungen einzubeziehen. Gegenstand der haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung ist damit auch die Bestimmung der begehrten Leistung, mithin die Bedarfsdefinition. Insbesondere um die relevanten Lösungsmöglichkeiten festzustellen, sind Nachforschungen über die verfügbaren Alternativen am Markt vorzunehmen. Folglich sind im Rahmen jeder Wirtschaftlichkeitsuntersuchung grundsätzlich Markterkundungen anzustellen. Da Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen aber gerade der Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes dienen, sind die mit ihnen verbundenen Markterkundungen nicht unwirtschaftlich.

Die Wirtschaftlichkeit der Beschaffung kann daher nur ein plausibles Argument gegen Markterkundungen sein, wenn sich Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und vergaberechtliche Markterkundung unterscheiden und

275 Vgl. *Jentzsch/Kirch*, VergabeNews 3/2021, S. 38

276 Bzw. in Ziffer 2 zu § 7 LHO in der VV-LHO.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwei verschiedene Maßnahmen darstellen. Die vergaberechtliche Markterkundung ist in der VgV und der SektVO geregelt. Nach § 28 Abs. 1 VgV, § 26 Abs. 1 SektVO darf der öffentliche Auftraggeber unter anderem zur Vorbereitung der Auftragsvergabe Markterkundungen durchführen. Hierbei handelt es sich um eine nationale Umsetzung der Art. 40 VRL, Art. 58 SektRL. Zweck der vergaberechtlichen Markterkundung ist, sich bei der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens Kenntnis über den Markt und die verfügbaren Lösungsmöglichkeiten für die gestellte Aufgabe zu verschaffen.[277] Damit dient die vergaberechtliche Markterkundung der Vorbereitung der Auftragsvergabe und auch der Aufgabenerfüllung und entspricht den haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen. Insofern kann und muss teilweise eine vergaberechtliche Markterkundung in der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung inkludiert sein, damit sich die öffentliche Hand einen Überblick über die am Markt verfügbaren Lösungsmöglichkeiten für ihren konkreten Handlungsbedarf verschaffen kann.[278] Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und vergaberechtliche Markterkundungen, wenn auch formal an anderen Stellen geregelt, gleichen sich in ihrer Funktion.

Im Übrigen kann das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot, verankert in § 7 BHO/LHO, § 6 HGrG und mittlerweile § 97 Abs. 1 S. 2 GWB, nicht *per se* als Einwand gegen das Erfordernis einer Markterkundung geltend gemacht werden.[279] In einer Markterkundung liegt nämlich ebenfalls die Chance auf eine wirtschaftliche Beschaffung.[280] Zwar geht mit einer ausführlichen Markterkundung ein erhöhter Kostenaufwand inner-

277 *Fandrey*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 28 Rn. 1; *Müller*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 28 Rn. 6.

278 Damit ist die vergaberechtliche Markterkundung aber nicht das »vergaberechtliche Gegenüber« der haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, sondern gerade auch Teil dessen. S. dazu: *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 51. Ähnlich auch *I. Franzius*, nach dem sich aus den Gründen der sparsamen Haushaltsführung eine Pflicht zur Markterkundung im Einzelfall ergeben könne. S. dazu: *I. Franzius*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV, § 28 Rn. 3.

279 Vgl. aber *Frister*, VergabeR 2011, S. 295, 296; *Weiner,* in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 44; *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 23. In Bezug auf eine starke Verkomplizierung des Vergabeverfahrens: OLG Düsseldorf, 27.7.2012 – Verg 7/12, ZfBR 2012, S. 723, 725.

280 *Rechten/Portner*, NZBau 2014, S. 276, 278. Ähnlich auch: *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 18; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, Vor §§ 97 ff. Rn. 4; *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 127, 130; *I. Franzius*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV, § 28 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halb der staatlichen Verwaltung einher, doch kann eine sorgfältige Markterkundung insbesondere bei größeren und Projekten mit einem langen Lebenszyklus zu einer in der gesamtwirtschaftlichen Betrachtung günstigeren Beschaffung führen. Beschaffungen sind nämlich unter anderem dann unwirtschaftlich, wenn der Bedarf nicht vernünftig definiert wird.[281] Da die Markterkundung dazu dient, den eigenen Bedarf zu definieren,[282] liegt auch in ihr die Möglichkeit, wirtschaftliche und sparsamere Beschaffungen durchzuführen.

2. Vergaberechtliche Pflicht zur Markterkundung?

Die vergaberechtlichen Regelungen bieten zum Vorliegen einer Pflicht keine ausdrücklichen Hinweise. § 28 Abs. 1 VgV eröffnet der öffentlichen Hand lediglich die Möglichkeit, Markterkundungen zur Vorbereitung einer Auftragsvergabe durchzuführen.[283] Eine Pflicht zur Markterkundung ist darin nicht vorgesehen. Gegen eine verpflichtende Markterkundung spricht auch die ersatzlose Streichung von § 4 Nr. 1 VOL/A in der früheren Fassung (Fassung 2006). § 4 Nr. 1 VOL/A a.F. sah vor, dass der öffentliche Auftraggeber den in Betracht kommenden Bewerberkreis zu erkunden hatte, sofern er keine ausreichende Marktübersicht hatte. Die Vorschrift wurde nicht in die UVgO übernommen.

Ferner spricht ein Umkehrschluss aus § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV gegen die rechtliche Pflicht zur Markterkundung.[284] Die Vornahme eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb sieht die Pflicht zur Markterkundung vor, denn § 14 Abs. 6 VgV erfordert, dass keine vernünftigen Alternativen oder Ersatzlösungen am Markt verfügbar sind.[285] Da aber eine

281 Beispiele aus der Praxis bei: *Sacher*, Die Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen, S. 30 f.

282 S. Teil 1, Kap. 1, D., I., 2., b.

283 Im Übrigen war auch schon vor Erlass des § 28 VgV die Möglichkeit der Markterkundung anerkannt. Nachweis bei: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 79.

284 Ähnlich: *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 28 Rn. 8. A.A. *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 82. Für eine Übertragung der Anforderungen des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb auf eine produktspezifische Ausschreibung, die eine faktische Direktvergabe zur Folge hat: VK Südbayern, 27.3.2017 – Z3–3–3194–1–03–02/17, Rn. 116; wohl auch: *Hindelang/Eisentraut*, EuZW 2019, S. 149, 153 f.

285 Die Markterkundungspflicht ergibt sich auch explizit aus dem 50. Erwägungsgrund der VRL. Darin heißt es, öffentliche Auftraggeber sollten es begründen, »warum es keine vernünftigen Alternativen oder keinen vernünftigen Ersatz gibt« bzw. »sollten

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vergaberechtliche Markterkundungspflicht in Bezug auf die Definition des Bedarfs bzw. in Bezug auf das Gebot der produktneutralen Ausschreibung nicht geregelt ist, spricht dies gegen ihr Vorliegen.

Nun könnte man auf den ersten Blick annehmen, dass ein Wertungswiderspruch existierte, nähme man für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eine Markterkundungspflicht an, für eine produktspezifische Ausschreibung, die *faktisch* in einer Direktvergabe mündet, aber nicht. Hierbei handelt es sich nicht um einen Wertungswiderspruch. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf nur unter den engen Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 4, Abs. 6 VgV durchgeführt werden. Der 50. Erwägungsgrund der VRL spricht davon, dass nur unter »sehr außergewöhnlichen Umstände[n]« ein derartiges Verhandlungsverfahren durchgeführt werden solle. Aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift ist § 14 Abs. 4 Nr. 4, Abs. 6 VgV entsprechend eng auszulegen. An ihre Erfüllung sind strenge Maßstäbe zu legen.[286] Die erhöhten Voraussetzungen liegen darin begründet, dass eine erhöhte Gefahr der Umgehung vergaberechtlicher Prinzipien, wie des Gebots der Chancengleichheit oder des Wettbewerbsprinzips, besteht. Bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt nämlich gerade keine vorherige Auftragsbekanntmachung (§ 17 Abs. 5 VgV), so dass das Verfahren grundsätzlich intransparenter als andere Verfahrensarten verläuft. Der Zugriff potenzieller Bieter auf das Verfahren ist damit schwieriger. Hingegen muss eine Ausschreibung, die sich als produktspezifisch erweist und im Wege eines anderen Verfahrens durchgeführt wird, aufgrund des Grundsatzes der Transparenz im Vorneherein auf der Plattform der Europäischen Kommission bekannt gemacht werden. Potenzielle Bieter, die durch die produktspezifische Nachfrage von der Ausschreibung illegitim ausgeschlossen werden, können sich unmittelbar auf die Verletzung ihrer Rechte stützen und ein Nachprüfungsverfahren anstreben. Insofern geht aufgrund der verpflichtenden Öffentlichkeit von einer produktspezifischen Ausschreibung keine Umgehungsgefahr aus.

Ferner wäre eine vergaberechtliche Markterkundungspflicht vor einer produktspezifischen Ausschreibung nicht gleichbedeutend mit der gesetzlich vorgesehenen Markterkundungspflicht des § 14 Abs. 4 Nr. 2, Abs. 6 VgV.

[technische Gründe] im Einzelfall genau [beschreiben] und [nachweisen]«. S. auch: VK Hessen, 27.4.2007 – 69d VK-11/2007, juris Rn. 61.

286 Vgl. *Seebo*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die produktspezifische Ausschreibung, die zur Benachteiligung anderer Marktteilnehmer führt, kann durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt werden. Daraus folgt, dass positiv begründet werden muss, warum die gewünschte Leistung gerade für die Aufgabenerfüllung notwendig ist, und nicht, warum die Aufgabe nicht auch mit anderen Mitteln erfüllt werden könne. Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip verpflichtet nämlich weder zur größtmöglichen Öffnung eines Wettbewerbs noch dazu, dass eine vermeintlich objektiv bestmögliche Leistung ausgewählt wird. Marktteilnehmer können nicht von der öffentlichen Hand beanspruchen, dass ihre Leistungen nachgefragt werden, da der Wettbewerbsgrundsatz nur einen funktionierenden Wettbewerb, aber keinen *Erfolg* im Wettbewerb gewährleistet.[287] Dem Vergaberecht kommt nicht die Rolle zu, Wettbewerbsnachteile anderer Wirtschaftsteilnehmer auszugleichen.[288] Demgegenüber stellt sich bei einer Markterkundung im Rahmen von § 14 Abs. 4 Nr. 2, Abs. 6 VgV konkret die Frage, ob die gestellte Aufgabe auch mit anderen Mitteln, nämlich Alternativen oder Ersatzlösungen, erfüllt werden kann. Die konkrete Aufgabenerfüllung wird auf den Prüfstand gestellt und es wird untersucht, ob die Aufgabe nicht auch mit anderen Mitteln erfüllt werden kann. Damit wird die Aufgabenerfüllung durch die Nachprüfungsinstanzen selbst überprüft. Die Markterkundung vor einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb führt also zur Reflektion der geplanten Aufgabenerfüllung.

Die vergaberechtlichen Vorgaben eröffnen der öffentlichen Hand in der Vorbereitung der Vergabe also einen Spielraum, ob sie eine vorherige Markterkundung durchführen wollen oder nicht. Nur wenn sich die staatlichen Stellen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb i.S.d. § 14 Abs. 4 VgV entscheiden, sind zwingend Markterkundungen durchzuführen, die zu dokumentieren sind. Folglich besteht keine generelle vergaberechtliche Pflicht zur Markterkundung.[289]

287 S. Teil 2, Kap. 1, B., III., 4.

288 *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 29.

289 Im Ergebnis auch: *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen, S. 287; *Gabriel/Voll*, NZBau 2019, S. 83, 84 f. A.A. *T. Birk*, NZBau 2022, S. 572, 576, der aus Art. 20a GG die Pflicht zur Markterkundung ableiten möchte.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

3. Mittelbare Markterkundungspflicht

Auch wenn keine rechtliche Pflicht zur Markterkundung aus dem Vergaberecht abzuleiten ist, so besteht doch zumindest eine mittelbare Markterkundungspflicht unter gewissen Umständen. Zunächst liegt in jeder vorherigen Überlegung über den eigenen Bedarf zumindest teilweise die Erkundung des Marktes, denn der Bedarf kann in der Regel nur solche Leistungen abbilden, die am Markt bereits verfügbar sind oder von denen man weiß, dass der Markt sie bereitstellen könnte.[290] So ist Teil der Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen zwangsläufig die Verschaffung eines Überblicks über den Markt.[291] Auch um einen grenzüberschreitenden Bezug, insbesondere in Ballungsgebieten,[292] zu ermitteln oder den Auftragswert zu schätzen, um zwischen einer Oberschwellen- oder Unterschwellenvergabe zu differenzieren[293], bedarf es zumindest einiger Gewissheit über den zugrundeliegenden Markt. Im Grunde sind Teil der Vorbereitungen der Vergabe also auch Markterkundungen.

Die Einhaltung des Gebots der produktneutralen Ausschreibung, des Grundsatzes der Chancengleichheit und des Wettbewerbs führen zu einer mittelbaren Markterkundungspflicht. Denn um zu ermitteln, ob nicht durch die gewünschten Leistungseigenschaften andere Marktteilnehmer unzulässigerweise von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden, bedarf es eines Überblicks über den betroffenen Markt.[294] Je eher für eine bestimmte Nachfrage nur ein Marktteilnehmer als Anbieter infrage kommt, desto eher besteht die Gefahr, damit andere Marktteilnehmer vom Wettbewerb auszuschließen, und damit auch die faktische Notwendigkeit, den Markt auf gleiche, herstellerunabhängige Alternativen zu untersuchen, um

290 Im Ergebnis auch: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 80; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789: »[…] der Erfahrung nach [stellt] jeder Auftraggeber vor einer Beschaffungsentscheidung bestimmte und in der Regel ausreichende Marktforschungen [an] […]«

291 S. Teil 2, Kap. 1, B., V., 1.

292 In Bezug auf den grenzüberschreitenden Bezug: *Diehr*, VergabeR 2009, S. 719, 727 mit Verweis auf Schlussanträge der GAin Stix-Hackl, 12.4.2005 – C-231/03 – ECLI:EU:C:2005:212 Rn. 100 (Coname).

293 *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 19; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 28 Rn. 3.

294 *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 390. Ähnlich *Lisch*, nach dem der öffentliche Auftraggeber eine produktspezifische Ausschreibung nur sachlich begründen kann, wenn dieser einen Überblick über den Markt hat: *Lisch*, CR 2013, S. 761, 764.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht vergaberechtliche Regelungen zu verletzen.[295] Insbesondere in sehr engen Märkten, die oligopolistische Strukturen aufweisen und in denen nur wenige Anbieter miteinander konkurrierenden, ist bei der Nachfrage eine besondere Vorsicht geboten. Das betrifft solche Bereiche wie die Militärausrüstung[296], die Medizintechnik[297] oder die Informationstechnologie. Erfolgt die Nachfrage in solchen Märkten, muss der Staat, um einen rechtswidrigen Ausschluss von Marktteilnehmern zu verhindern, den Markt auf seine funktionellen Alternativen untersuchen. Macht er dies nicht, wird das folgende Vergabeverfahren angesichts einer fehlenden Markterkundung zwar nicht rechtsfehlerhaft, doch steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der öffentliche Auftraggeber mangels Überblicks über die Marktsituation gegen vergaberechtliche Regelungen unbewusst verstößt. Folglich besteht in den Fällen, in denen die öffentliche Hand bewusst oder unbewusst den Wettbewerb ausschließt, eine mittelbare Markterkundungspflicht. Ein erfolgter Marktüberblick kann außerdem als sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung anderer Marktteilnehmer aufgeführt werden.[298] Im Ergebnis besteht damit allenfalls nur eine mittelbare Markterkundungspflicht.[299]

VI. Berücksichtigung der Barrierefreiheit oder eines »Designs für alle«

§ 121 Abs. 2 GWB sieht vor, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, grundsätzlich die Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen oder eine Konzeption für alle Nutzer zu besorgen hat. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann der öffentliche Auftraggeber von diesem Grundsatz abweichen. Die Vorschrift ist eine Umsetzung von Art. 42

295 So auch: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 78.

296 Vgl. *Hindelang/Eisentraut*, EuZW 2019, S. 149, 151 f.

297 In Bezug auf Militärausrüstung und Medizintechnik: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 78.

298 *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 81; *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 390; a.A. *Gabriel/Voll*, NZBau 2019, S. 83, 85, nach denen ein sachlicher Grund in der Regel nicht durch eine Markterkundung erbracht wird, sondern durch technische Gutachten oder interne Dokumentationen.

299 So auch: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 81; *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 390. Ähnlich auch die Rechtsprechung, nach der zwar keine Markterkundungspflicht besteht, der Staat aber zumutbare Ermittlungen des entsprechenden Marktes zur Festlegung und Feststellung des Bedarfs anstellen könne. S. dazu: OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 381; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789. A.A. *Gabriel/Voll*, NZBau 2019, S. 83, 84 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abs. 1 UAbs. 4, 5 VRL und Art. 60 Abs. 1 UAbs. 4 SektRL, welche wiederum unter Beachtung der UN-Behindertenrechtskonvention umgesetzt werden sollen[300]. Keine Anwendung findet die Vorschrift auf Konzessionsvergaben gem. § 152 Abs. 1 GWB sowie auf sicherheits- und verteidigungspolitische Auftragsvergaben gem. § 147 S. 1 GWB. Neben dem Berücksichtigungsgebot des § 121 Abs. 2 GWB steht § 8 BGG, welches den Bund und bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen zur barrierefreien Gestaltung in den Bereichen von Bau und Verkehr verpflichtet.[301] Die zwingende Berücksichtigung der barrierefreien Gestaltung führt zur Beschränkung des staatlichen Spielraums bei der Bedarfsdefinition, da es sich um Vorgaben handelt, die die betreffende Leistung (sei es eine Ware oder eine Dienstleistung) unmittelbar charakterisieren[302].

§ 121 Abs. 2 GWB ist auf die Beschaffung von Leistungen begrenzt, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind. Das sind solche Bau-, Dienst- und Lieferleistungen in allen Lebensbereichen, die durch die Allgemeinheit genutzt werden.[303] Als Allgemeinheit gilt sowohl die Bevölkerung als auch das Personal des öffentlichen Auftraggebers.[304] Die gewünschten Leistungen müssen entweder barrierefrei oder nach der Konzeption eines »Designs für alle« gestaltet werden. Ein »Design für alle« schließt barrierefreie Nutzungsvoraussetzungen ein, soll aber auch die Belange anderer Zielgruppen berücksichtigen.[305] Insofern ist der Begriff

300 Dritter Erwägungsgrund der VRL; fünfter Erwägungsgrund der SektRL. Die EU ist dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006 am 23.12.2010 beigetreten. Damit ist die Europäische Union an die Rechte und Pflichten des Übereinkommens gebunden. Im Zentrum steht Art. 9 der UN-Behindertenrechtskonvention, nach denen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen zu ergreifen haben, um allen Menschen einen barrierefreien Zugang zu Einrichtungen, Verkehrsmitteln, Informations- und Kommunikationsmitteln sowie allen übrigen Diensten zu gewährleisten.

301 Die landesrechtlichen Bauordnungsgesetze sehen teilweise eine Pflicht zur barrierefreien Gestaltung vor, wie bspw. § 49 Abs. 2 S. 1 NBauO und § 49 BauO NRW.

302 99. Erwägungsgrund der VRL. Zur Beschränkung der Bedarfsdefinition auch ausdrücklich: BT-Drs. 18/6281, S. 100. Zu den materiellen und immateriellen Bestandteilen einer Leistung: Teil 1, Kap. 1, B., III., 2. Und Teil 1, Kap. 1., E., I., 2., a., bb.

303 *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 121 Rn. 129.

304 *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 121 Rn. 20.

305 *Bethke/Kruse/Rebstock/Welti*, in: Degener/Diehl, Handbuch Behindertenrechtskonvention, S. 170, 171; *Carstens*, ZRP 2015, S. 141 Fn. 3; *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 121 Rn. 131 unter Verweis auf Anhang VII Ziff. 1 lit. b VRL. *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

»Design für alle« weiter zu verstehen. Dies ergibt sich aus der zugrundeliegenden UN-Behindertenrechtskonvention. Denn Art. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention beschreibt ein »universelles Design« als ein Design von Produkten, Umfeldern, Programmen und Dienstleistungen in der Weise, dass sie von *allen* Menschen möglichst weitgehend ohne eine Anpassung oder ein spezielles Design genutzt werden können. Demzufolge bezieht sich ein »Design für alle« auch auf den Abbau von Sprachbarrieren, wenn bspw. eine Leistung für eine Flüchtlingsunterkunft beschafft werden soll. Es sind aber mindestens im Rahmen von § 121 Abs. 2 GWB zwingend Vorgaben zur Barrierefreiheit zu machen.[306]

Nur in begründeten Ausnahmefällen kann der Staat von einer Konzeption für die Allgemeinheit abweichen. Was als Ausnahme gilt, führen die gesetzlichen Grundlagen nicht auf. Der 76. Erwägungsgrund der VRL sieht nur vor, dass es sich um »hinreichend« begründete Fälle handeln muss. Allein wirtschaftliche Gründe sind wohl nicht ausreichend, um vom Grundsatz der barrierefreien Gestaltung abzusehen.[307] Eine Abwägung der Interessen an einer Inklusion und an einer primär wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung würde zugunsten der Inklusion ausfallen. Dies ergibt sich unter anderem auch aus einem Umkehrschluss aus § 8 Abs. 2 BGG, der bei der Durchführung von Baumaßnahmen vorsieht, bauliche Barrieren nur dann nicht abzubauen, sofern der Abbau zu einer unangemessenen wirtschaftlichen Belastung führt. Allenfalls in Fällen des krassen Missverhältnisses zwischen einer barrierefreien Gestaltung und wirtschaftlichen Interessen ließe sich eine Ausnahme begründen. Auch in den Fällen, in denen die Leistung ausnahmsweise und faktisch nicht durch Personen mit Behinderung genutzt wird, kann eine Ausnahme in Betracht kommen.[308] Im Geltungsbereich von § 8 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGG, der bei zivilen Neu-, Um- und Erweiterungsbauten im Bereich des Bundes die ausnahmslose Pflicht zur barrierefreien Gestaltung vorsieht, besteht für den Ausnahmetatbestand des § 121 Abs. 2 GWB wohl keine praktische Relevanz. Ungeachtet dessen sind die für die Ausnahme vorgebrachten Gründe zu dokumentieren.[309]

Vergaberecht, § 19 Rn. 139; *Friton/Prieß*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 121 Rn. 90.

306 *Carstens*, ZRP 2015, S. 141, 143; *Latzel*, NZBau 2014, S. 673, 675; *Csaki*, in: Byok/Jaeger, GWB-Vergaberecht, § 121 Rn. 38.

307 So auch: *Friton/Prieß*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 121 Rn. 93.

308 *Traupel/Schmidt*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 121 Rn. 92.

309 *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 142.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

VII. Erfordernis der höchsten Energieeffizienzklasse

Nach § 67 Abs. 2 Nr. 1 VgV, § 8c-EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A ist die öffentliche Hand verpflichtet bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- und Dienstleistungen, also solcher Güter, die keine Fahrzeuge sind[310] (wie bspw. Drucker, Computer oder Heizungen und Klimaanlagen), das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz in der Leistungsbeschreibung anzugeben.[311] Da die Energieeffizienz der Leistung Rückschluss auf die stoffliche Zusammensetzung der Leistung bietet, handelt es sich bei der Energieeffizienz um einen Bestandteil der materiellen Eigenschaften einer Leistung und nicht nur um eine bloße Beschreibung der Leistung.[312] Damit wird der staatliche Bedarf durch die vergaberechtliche Vorgabe modifiziert. Allerdings besteht die Vorgabe nur im Rahmen des Anwendungsbereichs der VgV. § 58 Abs. 1 SektVO verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber lediglich dazu, von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen zu fordern, aber nicht, selbst eine Leistung in der höchsten Energieeffienzklasse nachzufragen. Damit begrenzt nur § 67 Abs. 2 Nr. 1 VgV unmittelbar die öffentliche Hand bei ihrer Bedarfsdefinition.

VIII. Berücksichtigung mittelständischer Interessen

§ 97 Abs. 4 GWB enthält das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen. Die systematische Stellung zu Beginn des vierten Teils des GWB legt nahe, dass das Gebot neben den anderen Grundsätzen des § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB gleichrangig ist. Was als Mittelstand gilt, ist nicht abschließend definiert und zudem umstritten. Zumindest kleine

310 Die Beschaffung von Fahrzeugen regelt nunmehr das SaubFahrzeugBeschG. Dazu: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., c.

311 Vgl. auch *Lausen/Pustal*, NZBau 2022, S. 3, 6; a.A. *Hövelberndt*, Der Gemeindehaushalt 2015, S. 112, 114. Ferner existiert auf Ebene des Bundes die AVV Klima, die die Umsetzung von § 67 VgV stützend garantieren soll (§ 1 Abs. 2 AVV Klima). Nach § 4 Abs. 1 AVV Klima in der Leistungsbeschreibung die höchste Energie- und Effizienzklasse gefordert werden soll. Die AVV Klima bindet allerdings nur die Stellen der unmittelbaren Bundesverwaltung und gilt erst für Vergaben oberhalb eines Auftragsvolumens von 10.000 EUR (§ 1 Abs. 1 AVV Klima).

312 Zur Abgrenzung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung: Teil 1, Kap. 1, E., III.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und mittlere Unternehmen (sog. KMU) zählen zum Mittelstand.[313] Nach der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6.5.2003[314], welche als rechtsunverbindliche Direktive[315] zur Auslegung herangezogen werden kann, sind nach Art. 2 Abs. 1 des Anhangs der Empfehlung KMU solche Unternehmen, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. EUR beläuft.[316] Nach anderer Ansicht soll eine Einzelfallbetrachtung des konkreten Marktes und der Marktstruktur erfolgen, da sich die Eigenschaft vom Mittelstand danach richtet, wie das Unternehmen in seinem relevanten Markt agiert.[317] Eine Entscheidung kann hier allerdings dahingestellt bleiben, da sie für die Frage, ob der Mittelstandsschutz der Bedarfsdefinition überhaupt Grenzen ziehen kann, unerheblich ist.

Das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen verpflichtet im Grundsatz zur losweisen Vergabe (1.). Dieser Grundsatz zieht der Beschaffungsautonomie im Rahmen der Bedarfsdefinition aber keine Grenzen (2.).

1. Das Gebot der losweisen Vergabe als spezielle Ausprägung des Mittelstandsgebots

Aus dem Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen folgt das spezielle Gebot der Teilung öffentlicher Aufträge in Lose (§ 97 Abs. 4 S. 2

313 *Dreher*, NZBau 2005, S. 427, 428; *Baumeister/Kirch*, NZBau 2001, S. 653, 655; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Abs. 4 Rn. 43.

314 Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG), EGAbl. 2003 L 124/36.

315 Zur Empfehlung als rechtsunverbindliches Mittel einer »weichen« Rechtsangleichung exemplarisch: *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/ders., Das Recht der EU, AEUV, Art. 288 Rn. 201.

316 Für eine statische Betrachtung auch: OLG Karlsruhe, 6.4.2011 – 15 Verg 3/11, NZBau 2011, S. 567, 571; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Abs. 4 Rn. 44; *ders.*, VergabeR 2006, S. 637, 641; *Burgi*, Vergaberecht, § 14 Rn. 3; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 74.

317 *Dreher*, NZBau 2005, S. 427, 428; *Willems*, Die Förderung des Mittelstandes, S. 208; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 133; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 97 Rn. 157; *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 86; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 72.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

GWB, § 6 EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A).[318] Dieses folgt wiederum einer schlichten Grundsatz-Ausnahme-Systematik. Im Grundsatz ist die gewünschte Leistung in einzelne Lose aufzuteilen, während die Gesamtlosvergabe, also keine Aufteilung des Auftrages in Lose, die begründungsbedürftige Ausnahme ist.[319] Nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB lässt sich eine Gesamtlosvergabe rechtfertigen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe diese erfordern. Im Ergebnis hat damit die Verwaltung keinen weiten Spielraum, ob sie einen Auftrag in Lose teilen möchte oder nicht. Voraussetzung für die Anwendung des Gebots der losweisen Vergabe ist allerdings, dass die Leistung überhaupt technisch und tatsächlich teilbar ist.[320] Ist die öffentliche Hand zur losweisen Vergabe verpflichtet, wird gem. § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zwischen sogenannten Teillosen, die die Leistung in der Menge aufteilen, und sogenannten Fachlosen, die die Leistung nach Art oder Fachgebiet aufteilen, unterschieden.[321]

2. Keine Umgehungsgefahr durch die Bedarfsdefinition

Umstritten ist, ob das Gebot der Losaufteilung der Beschaffungsautonomie Grenzen ziehen kann. Teile der Rechtsprechung[322] und der Literatur[323]

318 OLG Frankfurt a.M., 14.5.2018 – 11 Verg 4/18, NZBau 2018, S. 632, 634; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Abs. 4 Rn. 45; *ders.*, VergabeR 2006, S. 637, 646; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 72; *Brückner*, Die Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 141 f.

319 BT-Drs. 16/10117, S. 15; OLG Düsseldorf, 11.1.2012 – VII-Verg 52/11, NZBau 2012, S. 324; 21.3.2012 – VII-Verg 92/11, NZBau 2012, S. 515, 516; *Antweiler*, VergabeR 2011, S. 306, 322; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, S. 465, 466; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 67, 73 ff.

320 KG, 26.3.2019 – Verg 16/16, VergabeR 2020, S. 206, 208; OLG Jena, 6.6.2007 – 9 Verg 3/07, NZBau 2007, S. 730, 731; OLG Celle, 26.4.2010 – 13 Verg 4/10, juris Rn. 19; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, S. 465, 466; *Müller-Wrede/Delcuvé*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 202.

321 *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 197 f., 199 f.

322 KG, 26.3.2019 – Verg 16/16, VergabeR 2020, S. 206, 208; OLG Karlsruhe, 6.4.2011 – 15 Verg 3/11, juris Rn. 51 f.; OLG München, 25.3.2019 – Verg 10/18, NZBau 2019, S. 538, 541 Rn. 46.

323 *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, S. 465, 466; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 97 Abs. 4 Rn. 39; *ders.*, VergabeR 2011, S. 306, 324; *Probst/Gutmacher*, ZfBR 2021, S. 238, 239; *Müllejans*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 105; *Brückner*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 170; *Griesewelle*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 103; *Dreher*, in:

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leiten aus dem Gebot der losweisen Vergabe Vorgaben für die staatliche Bedarfsdefinition ab. Teilweise wird die Beschränkung damit begründet, dass die Bedarfsdefinition nicht das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen umgehen dürfe und sich demzufolge ein Umgehungsverbot aus § 97 Abs. 4 GWB ableite, das auf die staatliche Bedarfsdefinition vorwirke.[324] So sei es beispielsweise problematisch, wenn die öffentliche Hand zur Realisierung eines neuen Schulgebäudes anstatt eines konventionellen Baus einen Modulbau in Form von Containern fordere. Da der Modulbau in der Regel – im Gegensatz zum konventionellen Bau – durch ein einziges Unternehmen erbracht werde, könne schon auf Ebene der Definition des Bedarfs das Gebot des Mittelstandschutzes umgangen werden.[325] Ebenso könne die Forderung nach der »Realisierung eines Bauvorhabens als Totalunternehmer«[326] in der Phase der Bedarfsdefinition den Mittelstandsschutz umgehen. Diese Ansicht überzeugt nicht.

Die Ursache für diese unterschiedlichen Ansichten liegt in der Unklarheit über die sachlichen Grundlagen der Beschaffungsautonomie begründet. Deutlich wird dies bei der Begründung des KG zur Beschaffung von Catering-Leistungen. Nach Ansicht des KG werde das Leistungsbestimmungsrecht grundsätzlich durch das Gebot der losweisen Vergabe eingeschränkt. Die Einschränkungen griffen aber erst, wenn die gewünschte Leistung überhaupt teilbar sei.[327] Hier offenbart sich ein Widerspruch. Entweder begrenzt das Gebot der losweisen Vergabe den Spielraum bei der staatlichen Bedarfsdefinition, indem der Staat zur Ausschreibung von teilbaren Leistungen verpflichtet wird, oder aber das Gebot der losweisen Vergabe findet erst Anwendung, wenn der Bedarf bereits bestimmt und die

---

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 97 Rn. 151; *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen, S. 288; *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 196. Offen gelassen in: OLG Düsseldorf, 21.3.2012 – VII-Verg 92/11, NZBau 2012, S. 515, 516.

324 *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, S. 465, 466; *Brückner*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 170; *Griesewelle*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 103; *Willner/Strohal*, VergabeR 2014, S. 120, 123; *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen, S. 288.

325 *Willner/Strohal*, VergabeR 2014, S. 120, 121 ff.

326 Beispiel bei: *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, S. 465, 466 Fn. 11.

327 KG, 26.3.2019 – Verg 16/16, VergabeR 2020, S. 206, 208. Unklar auch: *Brückner*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 171. Ähnlich zum Erfordernis der Teilbarkeit der Leistung: OLG Jena, 6.6.2007 – 9 Verg 3/07, NZBau 2007, S. 730, 731; OLG Celle, 26.4.2010 – 13 Verg 4/10, juris Rn. 19; *Manz/Schönwälder*, NZBau 2012, S. 465, 466; *Müller-Wrede/Delcuvé*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 202.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewünschte Leistung überhaupt teilbar ist. In letzterem Fall wäre aber nicht die Beschaffungsautonomie betroffen, die unter anderem den Spielraum bei der Bedarfsdefinition beschreibt. Die Bedarfsdefinition betrifft nämlich nur die Festlegung der begehrten Leistung in Qualität und Quantität.[328] Der administrative Spielraum bei der Bedarfsdefinition ist von dem administrativen Spielraum bei der Frage, ob und in wie vielen Losen die Leistung ausgeschrieben werden soll, zu trennen.

Zunächst spricht gegen die Anwendung des Gebots der losweisen Vergabe auf die Bedarfsdefinition der Wortlaut von § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Demnach sind mittelständische Interessen bei der *Vergabe* öffentlicher Aufträge zu beachten. Der Wortlaut der Vorschrift setzt voraus, dass der Bedarf und die begehrte Leistung bereits umrissen sind. Um aus § 97 Abs. 4 GWB ein Umgehungsverbot zu begründen, das über den klaren Wortlaut der Vorschrift hinausgeht, muss von der staatlichen Bedarfsdefinition überhaupt die Gefahr einer Umgehung mittelständischer Interessen ausgehen. Hier muss man sich die Trennung und die unterschiedlichen Zielsetzungen von Beschaffung und Vergabe bewusst machen. Das Ziel von § 97 Abs. 4 GWB ist eine möglichst breite Beteiligung unterschiedlicher mittelständischer Unternehmen an der Leistungserbringung. Sie soll auf möglichst viele Unternehmen verteilt werden. § 97 Abs. 4 GWB dient daher auch der Erweiterung des Bieterkreises in die Tiefe.[329] Hierbei handelt es sich um einen strategischen Vergabezweck, also ein wirtschaftspolitisch motiviertes Ziel.[330] Ziel der Beschaffung und damit Anknüpfungspunkt für die Bedarfsdefinition ist allerdings der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit und die Aufgabenerfüllung.[331] Die Festlegung des Bedarfs erfolgt in Anknüpfung an die zugrundeliegende Aufgabe und unterliegt den haushaltsrechtlichen Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.[332] Wie viele Personen an der Leistungserbringung beteiligt sind, hat im Ergebnis keine Auswirkungen auf die Aufgabenerfüllung, die der zentrale Maßstab für die Bedarfsdefinition ist. Das Gebot der losweisen Vergabe reicht nicht so weit, die Art und Weise der Aufgabenerfüllung zu modifizieren, in dem Sinne, dass sich die staatliche Einrichtung auf eine nach der Verkehrsanschauung

328 S. Teil 1, Kap. 1, D., I., 3.
329 *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 71.
330 *Dreher*, NZBau 2005, S. 427; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 69.
331 S. Teil 1, Kap. 2, B., II. und III., 2.. In Bezug auf die Förderung des Mittelstandes so auch noch: *Antweiler*, VergabeR 2006, S. 637, 643.
332 S. Teil 2, Kap. 1, A.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unterschiedliche Leistung festlegen müsse oder gar die Aufgabenerfüllung anpassen müsste, da dies dem Zweck der Aufgabenerfüllung und dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit zuwiderliefe. Der Anwendungsbereich des Gebots der Beachtung mittelständischer Interessen würde somit die Grundlage des Beschaffungs- und Vergabeverfahren verdrängen und jede staatliche Bedarfsdefinition angesichts mittelstandsfreundlicher Alternativen am Markt rechtfertigungsbedürftig werden lassen.

Im Hinblick auf das Gebot der produktneutralen Ausschreibung, den Grundsatz der Chancengleichheit und das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip ergibt sich auch kein Wertungswiderspruch, eine Vorwirkung des Mittelstandsgebots abzulehnen. Während das Gebot der produktneutralen Ausschreibung (für das in einem gewissen Umfang eine Vorwirkung angenommen wurde) den Bedarf insofern modifizieren kann, dass dieser nicht zu präzise ist, aber in seiner allgemeinen Verkehrsanschauung unverändert bleibt, würde aus einem weiten Verständnis vom Gebot der losweisen Vergabe möglicherweise eine Änderung des Bedarfs in der Verkehrsanschauung folgen. Würde sich der Staat für den Neubau einer Schule im konventionellen Stil entscheiden, könnte ein weites Verständnis des Mittelstandsgebots zur erfolgreichen Anfechtung der Nachfrage mit Verweis auf verfügbare Modulbauten führen. Dies wiederum könnte aber der angestrebten Aufgabenerfüllung zuwiderlaufen. Im Ergebnis zieht das Gebot der Beachtung mittelständischer Interessen aus § 97 Abs. 4 GWB der staatlichen Bedarfsdefinition damit keine Grenze.[333] Ob der Staat also bspw. einen Modulbau oder einen herkömmlichen Bau realisieren möchte, wird durch das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen nicht reguliert.

333 Im Ergebnis auch: OLG Jena, 6.6.2007 – 9 Verg 3/07, NZBau 2007, S. 730, 731; OLG Celle, 26.4.2010 – 13 Verg 4/10, NZBau 2010, S. 715, 716; OLG Schleswig, 30.10.2012 – 1 Verg 5/12, ZfBR 2013, S. 69; *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 134; *Laumann/Scharf*, VergabeR 2013, S. 539, 543 f.; *J. Krause*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 111; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 77; *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 195 f.; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 82; *Müller-Wrede/Delcuvé*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 199.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IX. Vergaberechtliches Wirtschaftlichkeitsprinzip

Die haushälterischen Grundsätze von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit binden als Haushaltsgrundsätze die öffentliche Hand bei jeder Bedarfsdefinition und verpflichten den öffentlichen Auftraggeber zum schonenden Einsatz der vorhandenen Mittel.[334] Hingegen finden sich keine konkreten Vorgaben in Bezug auf eine wirtschaftliche Bedarfsdefinition im Vergaberecht. Spezielle Regelungen, die Bezug auf das Merkmal der Wirtschaftlichkeit nehmen, sind die Regelungen zum Zuschlag (§ 127 Abs. 1 GWB) und zur Aufhebung des Vergabeverfahrens (§ 63 Abs. 1 VgV). § 127 Abs. 1 GWB, der den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit spezifiziert, ist auf die Ermittlung gerichtet, welches Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien auf die wirtschaftlichste Weise erfüllen kann.[335] Ein Vergabeverfahren nach § 63 Abs. 1 VgV kann aufgehoben werden, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder aber bspw. entsprechende Haushaltsmittel für die Beschaffung nicht zur Verfügung stehen.[336] Diese Regelungen knüpfen zwar an den Auftragsgegenstand, also auch die Bedarfsdefinition an, regeln diese aber nicht. Daher ließen sich allenfalls aus dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzip aus § 97 Abs. 1 S. 2 GWB Vorgaben für die Bedarfsdefinition ableiten.[337]

Dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzip liegt nicht nur eine wettbewerbssichernde Komponente zugrunde, sondern es besitzt darüber hinaus eine eigenständige Bedeutung.[338] Als rechtliches Prinzip entfaltet es eine rechtliche Bindungswirkung für das gesamte Vergabeverfahren.[339]

334 S. Teil 2, Kap. 1, A.

335 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 223.

336 S. Teil 1, Kap. 1, E., I., 4.

337 Nach Ansicht des BGH ergäben sich die Schranken für die Bedarfsdefinition aus wirtschaftlicher und fiskalischer Vernunft sowie den Grundsätzen des § 97 GWB. S. dazu: BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366, 369 Rn. 34. Grundsätzlich überprüfen die Nachprüfungsinstanzen allerdings nicht die Wirtschaftlichkeit der Bedarfsdefinition. Dazu stellte das OLG Koblenz sehr plakativ dar, dass die Ausstattung der Zugtoiletten mit goldenen Armaturen »mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Fall für Aufsichtsbehörden und Rechnungshof sei«, eine vergaberechtliche Prüfung müsse hingegen nicht erfolgen. S. dazu: OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834.

338 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 226.

339 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 97 Rn. 112, 113; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 177; *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB § 97 Rn. 59. Allgemein zu den Prinzipien des Vergaberechts:

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stehen dem öffentlichen Auftraggeber Entscheidungsspielräume zu, kann das Wirtschaftlichkeitsprinzip auf die Ausfüllung dieser Spielräume einwirken. So sind im Rahmen der Rechtfertigung einer produktspezifischen Ausschreibung Wirtschaftlichkeitserwägungen sach- und auftragsbezogene Gründe.[340] Da der Staat bei der Ermittlung und Feststellung des Bedarfs einen weiten Spielraum genießt, ließe sich annehmen, dass dieser Spielraum durch den vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz beschränkt ist. Ob sich materiell-rechtliche Grenzen aus dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB für die Bedarfsdefinition des Staates ergeben, richtet sich vor allem nach dessen Verständnis und Reichweite.

Dem vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz kann sowohl ein gesamtwirtschaftliches als auch einzelwirtschaftliches Verständnis zugrunde gelegt werden.[341] Bei einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung sind Kosten und Nutzen unter Einbeziehung sämtlicher und damit auch externer Effekte und Nutzen zu erheben[342], während bei einer einzelwirtschaftlichen Betrachtung nur Kosten und Nutzen für die einzelne Stelle zu erheben sind[343]. Teilte man dem vergaberechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit eine gesamtwirtschaftliche Prägung zu, ließe das den Schluss zu, auch die Wirtschaftlichkeit der konkreten Bedarfsdefinition an jenem Maßstab zu kontrollieren. Denn in gesamtwirtschaftlicher Betrachtung wäre eine Bedarfsdefinition, die nicht zur Erfüllung der zugrundeliegenden Aufgabe geeignet wäre, ihrerseits unwirtschaftlich, da in näherer Zukunft eine erneute Beschaffung mit derselben Zielsetzung angestrebt werden müsste. Im Sinne einer einzelwirtschaftlichen Betrachtung wäre dies nicht notwendig.

Dörr, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, Vorb. § 97 Rn. 10.

340 Vgl. Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., c.

341 Für einen gesamtwirtschaftlichen Ansatz der vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeit als allgemeiner Grundsatz aus § 97 Abs. 1 S. 2 GWB: *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 235 ff., 277. Gegen einen gesamtwirtschaftlichen und dafür für einen einzelwirtschaftlichen Ansatz des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes aus § 97 Abs 1 S. 2 GWB: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 97 Rn. 114; *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, GWB § 97 Rn. 62; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 59.

342 Zur gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise exemplarisch: *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 46–48.

343 Zur einzelwirtschaftlichen Betrachtungsweise exemplarisch: *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 43–45.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gegen eine gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise sprechen aber folgende Gründe. Nach einer Ansicht leite sich die gesamtwirtschaftliche Prägung aus dem dem nationalen Recht entnommenen Zweck des Vergaberechts, schonend mit den Mitteln umzugehen, ab.[344] Dagegen spricht aber, dass Auftraggeber insb. im Sektorenbereich auch nichtstaatliche Einrichtungen sein können, die nicht an das Haushaltsrecht, aber über § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB an das Vergaberecht gebunden sind.[345] Die Grundsätze, die dem nationalen Haushaltsrecht entnommen sind, können daher nicht eins-zu-eins für den vergaberechtlichen Grundsatz übernommen werden. Ferner ist das vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsprinzip unter anderem eine Umsetzung des unionsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips[346], so dass die Bezugnahme auf das nationale Recht nicht ausreichend ist. Insofern ist von einer einzelwirtschaftlichen Prägung des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsprinzips auszugehen, die der Bedarfsdefinition keine Grenze zieht.

Der vergaberechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zieht der Bedarfsdefinition auch mangels Reichweite keine Grenze. Das Vergaberecht dient dem wirtschaftlichen Einkauf[347] und damit mittelbar auch einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung. Das Vergaberecht dient aber, anders als das Haushaltsrecht nicht unmittelbar der wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung. § 97 Abs. 1 S. 2 GWB statuiert die Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit *bei* der Vergabe öffentlicher Aufträge; also in einem Vergabeverfahren. Der Bedarf wird aber vor Beginn eines Vergabeverfahrens definiert und existiert unabhängig von einem anschließenden Vergabeverfahren. Aufgrund der Regelungen zu Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in den Haushaltsordnungen (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG) besteht auch kein rechtliches Bedürfnis an der Ausweitung des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes auf die Bedarfsdefinition zur Schließung etwaiger Lücken. Zwar kann die Gestaltung des Vergabeverfahrens in Relation zum Beschaffungsgegenstand unter dem allgemeinen Prinzip der Wirtschaftlichkeit geprüft werden,[348]

344 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 242.

345 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 97 Rn. 114. Ferner können nach § 99 Nr. 4 GWB Private an das Vergaberecht gebunden sein.

346 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 97 Rn. 114 unter Verweis auf BT-Drucks. 18/6281, S. 68.

347 Exemplarisch: *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 11.

348 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 97 Rn. 115; *Weiner*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 1 Rn. 40; *Knauff*, in: Sä-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

doch steht der Beschaffungsgegenstand an sich nicht zur rechtlichen Prüfung. Verfahrensgestaltung und Auftragsgegenstand müssen lediglich in einem angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis stehen. So wirkt der vergaberechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit auf die Gestaltung des Vergabeverfahrens ein. Die Wirtschaftlichkeit der Bedarfsdefinition betrifft aber gerade die Relation zwischen Bedarfsdefinition und Aufgabenerfüllung. Deren Überprüfung ist Gegenstand des Haushaltsrechts, nicht des Vergaberechts. Das vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsprinzip aus § 97 Abs. 1 S. 2 GWB zieht der Bedarfsdefinition folglich keine Grenzen.[349] Die Wirtschaftlichkeit der Bedarfsdefinition richtet sich allein nach den haushaltsrechtlichen Vorschriften in § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 Abs. 1 HGrG.

X. Vergaberechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als ein Fundamentalprinzip rechtsstaatlicher Ordnung hat seinen Ursprung im Polizei- und Ordnungsrecht des 19. Jahrhunderts und dient dem möglichst schonenden Ausgleich zwischen den verfolgten öffentlichen Interessen und der Rechtsbeeinträchtigung.[350] Von der Entwicklung als Schutzinstrument gegen den mit Zwangsmitteln ausgestatteten Staat hat es sich zu einem Grundsatz entwickelt, welcher auch innerhalb der Staatsorganisation zwischen staatlichen und staatlichen, wie aber auch zwischen staatlichen und überstaatlichen Akteuren (Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 EUV) begrenzende Wirkungen entfaltet. Da der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und im Unionsrecht, das als Vorlage für das Kartellvergaberecht

---

cker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, GWB, § 97 Rn. 37. Differenzierend: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 97 Abs. 1 Rn. 53. A.A. *Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 52 f.

349 Im Ergebnis auch: *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 59; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 224 f. Anders wohl: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 97 Rn. 117; *Kau*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, § 97 Rn. 66; BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366 Rn. 34. Der BGH differenziert aber zwischen »wirtschaftlicher und fiskalischer Vernunft *und* der aus § 97 GWB abzuleitenden Regeln für den Vergabewettbewerb« (Hervorhebung durch Verfasserin). Letzteres kann daher nur die Grundsätze der Chancengleichheit und des Wettbewerbs meinen.

350 *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 419; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VII) Rn. 107.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dient, als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist[351], hat der Grundsatz im Vergaberecht in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB nur heraushebende, deklaratorische Bedeutung.[352]

Daraus folgt auch, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht keine eigenständige, sondern – ähnlich dem Transparenzgrundsatz – eine in Abhängigkeit von der Rechtsbeeinträchtigung stehende Bedeutung für die Bedarfsdefinition hat. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit knüpft an eine Rechtsbeeinträchtigung an. Ziel des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist es, den Staat zu schonenden und gemäßigten Eingriffen in fremde Rechtssphären anzuleiten. Insofern fungiert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als ein Regulativ. Wenn aber keine Rechtsbeeinträchtigung vorliegt, muss sich das staatliche Handeln nicht am Maßstab der Verhältnismäßigkeit messen lassen. Konkrete Relevanz entfaltet das Verhältnismäßigkeitsprinzip dann, wenn das Gebot der Produktneutralität, das Gebot der Chancengleichheit oder aber das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip durch die staatliche Nachfrage beeinträchtigt ist. Je mehr Marktteilnehmer schließlich vom Wettbewerb durch detaillierte Leistungsvorgaben von der Beschaffung am Markt ausgeschlossen werden, desto gewichtiger müssen die sachlichen Gründe für die erforderliche Leistung sein.[353] Nach der Rechtsprechung des EuGH muss ferner die Frage gestellt werden, »ob [der geforderte] Detaillierungsgrad zur Erreichung der verfolgten Ziele notwendig ist«[354]. Insofern hat der vergaberechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine nachrangige Bedeutung für die Bedarfsdefinition.[355]

351 So ausdrücklich: EuGH, 11.7.1989 – C-265/87 – ECLI:EU:C:1989:303 Rn. 21 (Schräder); 15.4.1997 – C-27/95 – ECLI:EU:C:1997:188 Rn. 17 (Woodspring/Bakers of Nailsea); 19.9.2000 – C-177/99 und C-181/99 – ECLI:EU:C:2000:470 Rn. 42 (Ampafrance). Ferner ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch in den Art. 18 Abs. 1 VRL, Art. 3 Abs. 1 KonzRL, Art. 36 Abs. 1 SRL aufgeführt.

352 BT-Drs. 18/6281, S. 68.

353 OLG Rostock, 25.11.2020 – 17 Verg 1/20, juris Rn. 37. S. auch: *Hertwig*, Vergaberecht, Rn. 188; *Spinzig*, VergabeR 2019, S. 267, 268. Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen der Prüfung des Gebots der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., a., bb.

354 EuGH, 25.10.2018 – C-413/17 – ECLI:EU:C:2018:865 Rn. 41 (Roche Lietuva UAB).

355 Vgl. auch *Meurers*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht, S. 231 f. Enger: BT-Drs. 18/6281, S. 68; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

XI. Zwischenergebnis

Einige kartellvergaberechtliche Regelungen entfalten eine Vorwirkung und ziehen der staatlichen Stellen dadurch bei der Bedarfsdefinition Grenzen. Damit ist das *Was* der Beschaffung teilweise durch das Kartellvergaberecht reguliert. Zwar geben die Regelungen dem Staat nicht die Nachfrage nach konkreten Leistungen im Sinne ihrer Verkehrsauffassung vor, doch fordern insbesondere das Gebot der produktneutralen Ausschreibung und der Wettbewerbsgrundsatz, dass die Bedarfsdefinition so angepasst wird, dass ein chancengleicher Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern gewährleistet wird. Das bedeutet, dass die öffentliche Hand unter Umständen materielle Kriterien der gewünschten Leistung ändern muss. Über die haushaltsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen hinausgehende Markterkundungen sind rechtlich nicht verpflichtend. Die Verpflichtungen zur Gestaltung der Einrichtungen nach einem »Design für alle« und zur Vorgabe der höchsten Energieeffizienzklasse sehen hingegen sogar unmittelbar Änderungen an der Bedarfsdefinition vor. Die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit stehen wiederum in Abhängigkeit zur subjektiven Rechtsverletzung.

C. Vergaberechtliche Vorschriften im Unterschwellenbereich

Liegt der geschätzte Auftragswert unter den in § 106 GWB aufgeführten Schwellenwerten, sind die Vorschriften des vierten Teils des GWB, der Vergabeverordnungen und des zweiten Abschnitts der VOB/A nicht anwendbar. Unterhalb der Schwellenwerte richtet sich die staatliche Beschaffung nach dem sog. EU-Vergabeprimärrecht (I.) und den übrigen Verdingungsordnungen, insb. dem ersten Teil der VOB/A und der UVgO (II.), die über die Haushaltordnungen Teil des Kanons der verpflichtend zu beachtenden Vorschriften werden. Letztere wurde als Nachfolger der VOL/A für den Bund und bisher in allen Bundesländern außer in den Ländern Sachsen und Sachsen-Anhalt umgesetzt.[356]

356 Zur Geltendmachung der UVgO bedarf es der Änderung der haushaltsrechtlichen Grundlagen. Nr. 2 zu § 55 BHO der VV-BHO sieht vor, dass bei Vergaben öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die UVgO und die VOB/A Anwendung finden. Entsprechende Verweise auf die Rechtslage in den Ländern sehen die Vorläufigen Verwaltungsvorschriften zu den Landeshaushaltsordnungen vor.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Vorgaben aus dem Vergabeprimärrecht

Außerhalb des Anwendungsbereichs des sekundärrechtlich harmonisierten Vergaberechts findet nach ständiger Rechtsprechung des EuGH das Vergabeprimärrecht Anwendung.[357] Die Grundsätze des Vergabeprimärrechts – Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz – hat der EuGH aus den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz abgeleitet,[358] so dass die Grundfreiheiten und der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz auslegungsleitend sind. Da die Grundfreiheiten unmittelbar anwendbares Recht[359] sind, binden sie den Staat in jeder Handlungs- und Organisationsform. Auch Entscheidungen, die für den Einzelfall getroffen werden, wie die Bedarfsdefinition, sind daher grundsätzlich am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen.[360]

357 Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs: EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 47–49, 60 f. (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 18–21 (ANAV); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 38 f. (Sea); 14.11.2013 – C-221/12 – ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 29 (Belgacom). Unterhalb der Schwellenwerte: EuGH, 15.5.2008 – C-147/06 u. C-148/06 – ECLI:EU:C:2008:277 Rn. 20 (SECAP u. Santorso); 23.12.2009 – C-376/08 – ECLI:EU:C:2009:808 Rn. 22 (Serrantoni); 19.12.2012 – C-159/11 – ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 23 (Lecce); 16.4.2015 – C-278/14 – ECLI:EU:C:2015:228 Rn. 16 (SC Enterprise Focused Solutions); 6.10.2016 – C-318/15 – ECLI:EU:C:2016:747 Rn. 19 (Tecnoedi); 20.3.2018 – C-187/16 – ECLI:EU:C:2018:194 Rn. 104 (Kommission/Österreich); 14.7.2022 – C-436/20 – ECLI:EU:C:2022:559 Rn. 49 (ASADE). S. auch: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 181; *Prieß/Simonis*, NZBau 2015, S. 731.

358 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 47–49, 60 f. (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 18–21 (ANAV); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 38 f. (Sea); 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 (Irgita).

359 EuGH, 21.6.1974 – C-2/74 – ECLI:EU:C:1974:68 Rn. 24/28 (Reyners) 4.12.1974 – C-41/74 – ECLI:EU:C:1974:133 Rn. 4–8 (van Duyn); *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 7, 10; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 269, 271; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 785.

360 Vgl. *Steiff*, VergabeR 2009, S. 290, 294; *McCrudden*, Buying social justice, S. 522; a.A. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 188 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

1. Anwendungsbereich des Vergabeprimärrechts

Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der EU-Richtlinien[361] und unterhalb der Schwellenwerte kann das Vergabeprimärrecht zur Anwendung gelangen.[362] Voraussetzung für die Anwendung des Vergabeprimärrechts ist dann, dass an der staatlichen Nachfrage ein »eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse«[363] besteht. Ob ein derartiges grenzüberschreitendes Interesse vorliegt, ist im Einzelfall zu beurteilen.[364] Von Bedeutung für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses ist dabei ein gewisses Auftragsvolumen in Verbindung mit dem Ort der Auftragserbringung[365] oder technische Merkmale.[366] Dabei muss sich das grenzüber-

361 So kam das Vergabeprimärrecht vor Verabschiedung der KonzRL vor allem für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zur Anwendung. S. dazu: EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 47–49, 60 f. (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 18–21 (ANAV); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 38 f. (Sea); 14.11.2013 – C-221/12 – ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 29 (Belgacom). Ob das Vergabeprimärrecht auch innerhalb von *Inhouse*-Ausnahmen und vergaberechtsfreien horizontalen Kooperationen Anwendung findet, ist unklar. Dagegen noch: EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 62 (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 24 (ANAV); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 40 (Sea); *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 187. Mittlerweile dafür aber: EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 f. (Irgita). Instruktiv auch: *Gerlach*, NZBau 2020, S. 426 ff.

362 EuGH, 15.5.2008 – C-147/06 u. C-148/06 – ECLI:EU:C:2008:277 Rn. 20 (SECAP u. Santorso); 23.12.2009 – C-376/08 – ECLI:EU:C:2009:808 Rn. 22 (Serrantoni); 19.12.2012 – C-159/11 – ECLI:EU:C:2012:817 Rn. 23 (Lecce); 16.4.2015 – C-278/14 – ECLI:EU:C:2015:228 Rn. 16 (SC Enterprise Focused Solutions); 6.10.2016 – C-318/15 – ECLI:EU:C:2016:747 Rn. 19 (Tecnoedi); 20.3.2018 – C-187/16 – ECLI:EU:C:2018:194 Rn. 104 (Kommission/Österreich); 14.7.2022 – C-436/20 – ECLI:EU:C:2022:559 Rn. 49 (ASADE).

363 EuGH, 15.5.2008 – C-147/06 u. C-148/06 – ECLI:EU:C:2008:277 Rn. 21 (SECAP u. Santorso); 23.12.2009 – C-376/08 – ECLI:EU:C:2009:808 Rn. 24 (Serrantoni); 11.12.2014 – C-113/13 – ECLI:EU:C:2014:2440 Rn. 46 (Spezzino); 6.10.2016 – C-318/15 – ECLI:EU:C:2016:747 Rn. 19 (Tecnoedi).

364 EuGH, 15.5.2008 – C-147/06 u. C-148/06 – ECLI:EU:C:2008:277 Rn. 30 (SECAP u. Santorso); 23.12.2009 – C-376/08 – ECLI:EU:C:2009:808 Rn. 25 (Serrantoni). Vgl. auch zur Prüfung eines grenzüberschreitenden Bezugs: EuGH, 16.4.2015 – C-278/14 – ECLI:EU:C:2015:228 Rn. 16 (SC Enterprise Focused Solutions); *Prieß/Simonis*, NZBau 2015, S. 731, 732.

365 EuGH, 15.5.2008 – C-147/06 u. C-148/06 – ECLI:EU:C:2008:277 Rn. 31 (SECAP u. Santorso).

366 EuGH, 14.11.2013 – C-221/12 – ECLI:EU:C:2013:736 Rn. 29 (Belgacom); 16.4.2015 – C-278/14 – ECLI:EU:C:2015:228 Rn. 20 (SC Enterprise Focused Solutions);

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schreitende Interesse aus der konkreten Beurteilung des zugrundeliegenden Auftrags und nicht nur aus abstrakten Gesichtspunkten ergeben.[367] So entschied der EuGH, dass noch kein grenzüberschreitendes Interesse besteht, wenn der Auftragswert nur ein Viertel der Schwellenwerte beträgt und der Leistungsort ungefähr 200 km von der Grenze zu einem anderen Mitgliedstaat liegt, selbst wenn ausländische Marktteilnehmer Angebote abgegeben haben.[368] Ein geringer Auftragswert spricht eher gegen das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs.[369] Das bedeutet konkret, dass ein Bedarf, der voraussichtlich mit wenigen finanziellen Mitteln gedeckt werden kann, tendenziell nicht den Anwendungsbereich des Vergabeprimärrechts eröffnet. Das betrifft bspw. den vereinzelten Kauf von Büromaterialien oder technischer Ausstattung.

2. Folgen für die Bedarfsdefinition

Der EuGH hat sich bisher noch nicht konkret zu vergabeprimärrechtlichen Grenzen für die Bedarfsdefinition geäußert. Fest steht, dass auch das Vergabeprimärrecht dem Staat nicht die Nachfrage bestimmter Leistungen im Sinne ihrer Verkehrsauffassung vorgibt, wie bspw. die Vorgabe von Stadtbahnen statt Stadtbussen.[370] Dies ergibt sich stellenweise aus der Rechtsprechung des EuGH. So führt nach Ansicht des EuGH die Forderung eines Kriteriums, welches nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann, noch nicht zur Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.[371] In der

11.12.2014 – C-113/13 – ECLI:EU:C:2014:2440 Rn. 46 (Spezzino); 6.10.2016 – C-318/15 – ECLI:EU:C:2016:747 Rn. 20 (Tecnoedi); 20.3.2018 – C-187/16 – ECLI:EU:C:2018:194 Rn. 106 (Kommission/Österreich).

367 EuGH, 6.10.2016 – C-318/15 – ECLI:EU:C:2016:747 Rn. 22 (Tecnoedi); 25.4.2018 – C-102/17 – ECLI:EU:C:2018:294 Rn. 40 (Secretaria Regional de Saúde dos Açores).

368 EuGH, 6.10.2016 – C-318/15 – ECLI:EU:C:2016:747 Rn. 24 (Tecnoedi).

369 EuGH, 20.3.2018 – C-187/16 – ECLI:EU:C:2018:194 Rn. 107 (Kommission/Österreich). Zur Ablehnung des grenzüberschreitenden Bezugs bei einem Auftragswert von lediglich einem Fünftel der Schwellenwerte: KG, 7.1.2020 – 9 U 79/19, NZBau 2020, S. 680, 682 Rn. 11.

370 Vgl. auch die Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 274 endg., Abl. EG 2001 C 333/12, 14 f. So auch: *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 146 f.

371 EuGH, 17.9.2002 – C-513/99 – ECLI:EU:C:2002:495 Rn. 85 (Concordia Bus Finland).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auswahl der generellen Leistung genieße der öffentliche Auftraggeber einen weiten Spielraum.[372]

Auch wenn das Vergabeprimärrecht die Mitgliedstaaten nicht zur Nachfrage bestimmter Leistungen nach Art ihrer Verkehrsanschauung verpflichten kann, zieht der Grundsatz der Gleichbehandlung als Teil des Vergabeprimärrechts der spezifischen Konkretisierung des Bedarfs doch Grenzen. Ist der Bedarf so spezifisch gefasst, dass nur ein einzelner Marktteilnehmer ihn bedienen kann, obwohl für die Aufgabenerfüllung funktionell vergleichbare Alternativen am Markt existieren, ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zumindest tangiert und die Maßnahme rechtfertigungsbedürftig.[373] Andernfalls könnten die vergabeprimärrechtlichen Grundsätze mittels eines spezifischen Bedarfs vollständig ausgehebelt werden. Diese Wertung ergibt sich ferner aus der Rechtsprechung zum Verweis auf bestimmte Hersteller, Marken oder technische Anforderungen. Nach der Rechtsprechung des EuGH führt der Verweis auf bestimmte Hersteller, Marken oder technische Anforderungen zur Beeinträchtigung des Binnenmarkts, da die Vorgabe insb. ausländische Marktteilnehmer davon abhalten könnte, entsprechende Angebote einzureichen.[374] Die Rechtsprechung ist auf die Bedarfsdefinition übertragbar, denn die Umschreibung eines Bedarfs mittels am Markt verfügbarer Leistungen (durch Verweis auf den Hersteller oder Marken) oder technischer Anforderungen kann den Bedarf schließlich abbilden.[375] Eine spezifische Bezeichnung der gewünschten Leistung beeinträchtigt den freien Warenverkehr, wenn nicht der Zusatz »oder

372 In Bezug auf Art. 42 VRL: EuGH, 25.10.2018 – C-413/17 – ECLI:EU:C:2018:865 Rn. 29 f. (Roche Lietuva).

373 Dies entspricht im Ergebnis auch der Ansicht des Generalanwalts *Mischo*, nach dem der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt sein könnte, wenn der Bedarf so zugeschnitten ist, dass er allein der Bevorzugung eines bestimmten Unternehmens dient. S. dazu: Schlussanträge des GA Mischo, 13.12.2001 – C-513/99 – ECLI:EU:C:2001:686 Rn. 157 (Concordia Bus Finland). Siehe zur funktionellen Vergleichbarkeit von Leistungen als Bezugspunkt der wesentlichen Vergleichbarkeit von Marktteilnehmern: Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., c., bb.

374 EuGH, 22.9.1988 – C-45/87 – ECLI:EU:C:1988:435 Rn. 12–27 (Kommission/Irland); 24.1.1995 – C-359/93 – ECLI:EU:C:1995:14 Rn. 27 (Kommission/Niederlande); 3.12.2001 – C-59/00 – ECLI:EU:C:2001:654 Rn. 22 (Vestergaard); 25.10.2018 – C-413/17 – ECLI:EU:C:2018:865 Rn. 39 (Roche Lietuva).

375 Vgl. zur Abrenzung von Leistungsbeschreibung und Bedarfsdefinition: Teil 1, Kap. 1, E., III. A.A. *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 143–145, nach dem die Rechtsprechung des EuGH nicht für etwaige Grenzen für die Bedarfsdefinition fruchtbar gemacht werden kann, da sie nur die Beschreibung der Leistung reglementiere.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleichwertig« beigefügt werde.[376] Der Zusatz »oder gleichwertig« verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zur Zulassung gleichwertiger Angebote. Gleichwertige Angebote sind solche, die entweder die Qualität der zugrundeliegenden Leistung erreichen oder sogar qualitativ hochwertiger sind.[377] Daraus ist wiederum zu schließen, dass der Wettbewerb nicht verfälscht wird, wenn bei einer spezifischen Nachfrage funktionell vergleichbare Angebote zugelassen sind und die Bedarfsdefinition dadurch allgemeiner begriffen wird. Die spezifische Forderung nach einer Leistung, die nur von einem Unternehmen erbracht werden kann, stellt eine relevante Ungleichbehandlung dar, wenn es funktionell vergleichbare Alternativen gibt. In diesem Fall ist die relevante Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Die Maßnahme lässt sich durch einen sachlichen Grund rechtfertigen, der wiederum im Verhältnis zur relevanten Ungleichbehandlung angemessen ist. Betrifft die Nachfrageentscheidung das Gleichbehandlungsgebot, müssen die Entscheidungsgründe für die konkrete Ausschreibung im Sinne des Transparenzgrundsatzes dokumentiert werden.

II. Gebot der produktneutralen Ausschreibung

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung gilt grundsätzlich auch unterhalb der Schwellenwerte im nationalen Recht. Rechtliche Grundlagen sind § 24 Abs. 5 UVgO und § 7 Abs. 2 VOB/A, wobei letztere nur auf Bauleistungen im Sinne der VOB/A Anwendung findet. Beide Vorschriften ähneln dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung im Oberschwellenbereich und verbieten den ungerechtfertigten Verweis auf bestimmte Leistungsmerkmale, so dass auf das oben Gesagte verwiesen werden kann.[378] § 24 Abs. 5 UVgO verzichtet auf den Zusatz der Ungleichbehandlung, sondern erfordert nur den Verweis auf bestimmte Erzeugnisse oder

376 EuGH, 22.9.1988 – C-45/87 – ECLI:EU:C:1988:435 Rn. 12–27 (Kommission/Irland); 24.1.1995 – C-359/93 – ECLI:EU:C:1995:14 Rn. 27 (Kommission/Niederlande); 3.12.2001 – C-59/00 – ECLI:EU:C:2001:654 Rn. 22 (Vestergaard); 25.10.2018 – C-413/17 – ECLI:EU:C:2018:865 Rn. 39 (Roche Lietuva).

377 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 117; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 63.

378 S. Teil 2, Kap. 1, B., II. Rechtliche Grundlage bietet in diesem Fall aber lediglich der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, wenn der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet ist. Da sich die allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätze des nationalen und unionalen Rechts allerdings in ihrer Prüfungsstruktur ähneln und auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz des

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verfahren und Markennamen. Der Verweis lässt sich durch den Auftragsgegenstand rechtfertigen. Gegenüber dem kartellvergaberechtlichen Gebot der Produktneutralität konkretisiert die Vorschrift einen Rechtfertigungsgrund. Nach § 24 Abs. 5 S. 3 UVgO liegt ein sachlicher Grund in einer Produktvorgabe insbesondere darin, wenn die Auftraggeber Erzeugnisse oder Verfahren mit unterschiedlichen Merkmalen zu bereits bei ihnen vorhandenen Erzeugnissen oder Verfahren beschaffen müssen und dies mit unverhältnismäßig hohem finanziellem Aufwand oder unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bei Integration, Gebrauch, Betrieb oder Wartung verbunden wäre. Kompatibilitätserfordernisse, die häufig Streitgegenstand vergaberechtlicher Nachprüfung sind,[379] werden damit zum expliziten Rechtfertigungsgrund für eine produktscharfe Ausschreibung. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, ist die Forderung nach einer exakt und einzig allein auf bestehende Produkte abgestimmten Leistung allerdings schon keine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung, so dass der Hinweis obsolet ist.[380]

Gründe für bestimmte Leistungen sind nach § 24 Abs. 5 S. 4 UVgO zu dokumentieren. Im Anwendungsbereich der VOB/A ergibt sich die Dokumentationspflicht aus § 20 VOB/A. Kann der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden, ist auch im Unterschwellenbereich der Verweis auf gleichwertige Leistungen zulässig.[381] Folglich ist auch unterhalb der Schwellenwerte die Beschaffungsautonomie des Staates beschränkt.

D. Landesvergabegesetzliche Vorschriften

Landesvergabegesetzliche Regelungen können den Spielraum bei der Bedarfsdefinition durch staatliche Stellen beschränken (II.). Aufgrund der Sperrwirkung bundesgesetzlicher Regelungen ist jedoch der Anwendungsbereich landesvergabegesetzlicher Regelungen im Einzelnen zu ermitteln (I.).

Art. 3 Abs. 1 GG eine zweistufige Prüfung vorsieht, muss dies auch für das Gebot der produktneutralen Ausschreibung in der UVgO gelten.

379 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., d.

380 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., d.

381 LG Rostock, 21.6.2019 – 3 O 177/19, BeckRS 2019, 43175.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Sperrwirkung bundesgesetzlicher Regelungen

Das Vergaberecht fällt in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.[382] Zum »Recht der Wirtschaft« in Nr. 11 gehören nämlich auch rechtliche Vorschriften, die das Wirtschaftsleben regulieren[383] und damit auch das Vergaberecht. Das bedeutet, dass nur in Bereichen, in denen der Bundesgesetzgeber keine abschließenden Regelungen getroffen hat, die Vorschriften aus den Landesvergabegesetzen ergänzend herangezogen werden können.[384] Hat der Bundesgesetzgeber eine abschließende Regelung getroffen, ist der Zugriff der Landesgesetzgeber auf die Materie gesperrt. Denn nach Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder nur die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

Häufig regeln die Landesgesetzgeber die Verfolgung von Sekundärzwecken in ihren Gesetzen, die auch Bestandteil der Bedarfsdefinition sein können.[385] Im Hinblick auf die Verfolgung von Sekundärzwecken hat der Gesetzgeber in § 97 Abs. 3 GWB eine abschließende Regelung für den Oberschwellenbereich geschaffen.[386] Da der Bundesgesetzgeber bisher allerdings nur die unionsrechtlichen Vorgaben für den Oberschwellenbereich umgesetzt hat, verbleibt den Landesgesetzgebern außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts die Kompetenz zur Regelung des Vergaberechts.

Aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern kommen die landesvergaberechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Verfolgung von Sekundärzwecken (häufig in Form von ökologischen oder sozialen Anforderungen an die Herstellung der Leistung) nur unterhalb der Schwelle

382 BVerfGE 116, 202 (216); OLG Düsseldorf, 29.1.2014 – VII-Verg 28/13, NZBau 2014, S. 314, 316.

383 BVerfGE 116, 202 (215 f.).

384 *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 110. Enger wohl *Burgi*, Vergaberecht, § 4 Rn. 31, nach dem der Bund oberhalb der Schwellenwerte (mit Ausnahme der Verfolgung von Sekundärzwecken) abschließend von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat.

385 Dazu, dass die Nachfrage nach ökologisch-nachhaltigen Leistungen durchaus materielle Bestandteile der Leistung betreffen kann und dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit dienlich ist: Teil 1, Kap. 1, B., III., 2. und Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb., (1).

386 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/ders., Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 129 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zur Anwendung.[387] Das Kompetenzverhältnis zwischen Bund und Land ist allerdings nicht für einzelne Vorgaben über die Definition des Bedarfs relevant, die nicht in Verbindung mit Sekundärzwecken stehen, auch wenn sich derartige Vorgaben formell in den Vergabegesetzen wiederfinden.[388] Denn gesetzliche Regelungen in den Ländern, die unmittelbar Vorgaben für die Definition des staatlichen Bedarfs aufstellen, berühren nicht unmittelbar das Recht der Wirtschaft, sondern betreffen vor allem den eigenen Aspekt der staatlichen Ausstattung. Derartige Regelungen unterliegen nicht der Sperrwirkung und sind immer anwendbar. Wenn der Landesvergabegesetzgeber also explizit Regelungen zur Definition des Bedarfs trifft, ohne ökologische oder soziale Vorgaben darüber zu treffen, sind diese Regelungen bei allen Vergaben im entsprechenden Bundesland verbindlich. Andernfalls beschränkt sich die Anwendung auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte.

II. Landesvergabegesetzliche Vorgaben für die Bedarfsdefinition

Überwiegend finden sich in den Landesvergabegesetzen Regelungen hinsichtlich der Nachhaltigkeit der gewünschten Leistung. Diese Regelungen lassen sich in drei Arten unterteilen: Regelungen, die den staatlichen Einrichtungen bei der Berücksichtigung ökologisch-nachhaltiger Leistungen einen Spielraum belassen; Regelungen, die zur Berücksichtigung ökologisch-nachhaltiger Belange verpflichten, und Regelungen, die bei Vorhandensein mehrerer Lösungen zum Vorzug ökologisch-nachhaltiger Leistungen verpflichten.

In ungefähr einem Drittel der Landesvergabegesetze überlässt der Gesetzgeber der Verwaltung einen Spielraum bei der Nachfrage nach ökologisch-nachhaltigen Leistungen.[389] Das Brem. Tariftreue- und VergabeG sieht in § 19 Abs. 1 zumindest die Pflicht zur Berücksichtigung ökologischer Belange vor. Die Vergabegesetze der Länder Berlin und Hamburg sehen demgegenüber strengere Regelungen vor. § 7 Abs. 1 S. 1 BerlAVG enthält eine Verpflichtung zur Berücksichtigung ökologischer Kriterien. Ähnlich

387 Nach § 1 Abs. 1 SächsVergabeG gilt in Sachsen das Landesvergaberecht nur unterhalb der Schwelle.

388 Siehe bspw. das thüringische Landesvergabegesetz, welches den Einsatz von *Open-Source*-Software vorsieht: Teil 2, Kap. 1, D., II.

389 § 10 S. 1 NTVergG, § 4 Abs. 4 LVG LSA, § 4 Abs. 5 S. 1 LVG LSA, § 12 STTG, § 5 ThürVgV. Das andere Drittel der Bundesländer sieht keine Vorgaben im Hinblick auf die Nachhaltigkeit in ihren Vergabegesetzen vor.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Klimaschutzgesetzen[390] besteht eine Pflicht zur angemessenen Berücksichtigung umweltfreundlicher und energieeffizienter Produkte. Darüber hinaus sollen nach § 7 Abs. 1 S. 2 BerlAVG bei der Festlegung der Leistungsanforderungen umweltfreundliche und energieeffiziente Produkte, Materialien und Verfahren den Vorzug erhalten. Das BerlAVG sieht also eine ausdrückliche Bevorzugungspflicht vor, wobei auch diese, ähnlich den anderen Bevorzugungspflichten, zur Auswahl nachhaltiger Alternativen verpflichtet und keine absolut-nachhaltige Beschaffung fordert.[391] Das HmbVgG schreibt in § 3b Abs. 3 vor, dass bei der Bedarfsanalyse eine umweltfreundliche und energieeffiziente Gesamtlösung angestrebt werden soll. Es bleibt unklar, welche Parameter für die Umweltfreundlichkeit und Energieeffizienz gelten. Die Vorschriften können nur so verstanden werden, dass im Falle verschiedener Lösungsmöglichkeiten zur Aufgabenerfüllung diejenige gewählt werden soll, die die geringsten negativen Umweltauswirkungen mit sich bringt. Es handelt sich also um eine relative Nachhaltigkeit.

Ferner macht das thüringische Vergabegesetz als einziges Landesvergabegesetz Vorgaben für die Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung hinsichtlich der Beschaffung von technischen Systemen. Nach § 4 Abs. 2 ThürVgV soll der Einsatz von *Open-Source*-Software erfolgen, wenn es technisch möglich und wirtschaftlich ist (vgl. auch § 4 Abs. 2 ThürEGovG). Unter *Open-Source*-Produkte sind solche Produkte zu verstehen, deren Quellcode öffentliche zugänglich ist und deren Lizenz die Verwendung, Weitergabe und Veränderung nicht einschränkt. Stehen für die Beschaffung eines neuen Betriebssystems unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten zur Auswahl, verpflichtet § 4 Abs. 2 ThürVgV zur Beschaffung von *Open-Source*-Software, die kostenfrei erhältlich ist. Die Regelung wird allenfalls Relevanz entfalten, wenn die erfolgte Beschaffung einer lizenzierten Software im Nachhinein darauf zu überprüfen ist, ob eine *Open-Source*-Alternative technisch möglich und wirtschaftlich gewesen wäre. Da die Regelung keine sozialen oder ökologischen Belange betrifft, ist sie auch oberhalb der Schwellenwerte und damit im Anwendungsbereich des GWB anwendbar.

E. Fachrechtliche Vorschriften mit Bedarfsbezug

Zuletzt soll das Fachrecht auf Grenzen der Beschaffungsautonomie untersucht werden. Hierbei kann unterschieden werden zwischen Aufgabennor-

390 S. Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., b. und d.
391 S. Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

men, die einen gewissermaßen groben rechtlichen Rahmen für die Bedarfsdefinition bilden (I.), und ausgewählten fachrechtlichen Vorschriften, die konkrete Vorgaben für die Bedarfsdefinition machen (II.) und dadurch einen Bedarfsbezug aufweisen.

Selbstverständlich ist die Verwaltung im Rahmen ihrer Nachfrage an allgemeine gesetzliche Vorgaben, wie bauordnungsrechtliche Vorschriften oder bestimmte Produkts-/Sicherheitsanforderungen[392] gebunden und kann aufgrund des Vorrangs des Gesetzes keine Leistungen nachfragen, die gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen würden.[393] Da eine Nutzung derartiger Leistungen gegen das Gesetz verstoßen würde und nicht genutzt werden dürfte, wäre die Nachfrage nach diesen Leistungen unwirtschaftlich. Derartige Vorschriften werden daher nicht gesondert dargestellt und untersucht. Ob derartige Vorschriften inzident in einem Vergabenachprüfungsverfahren überprüft werden können, ist umstritten und nicht Gegenstand dieser Untersuchung.[394]

I. Aufgabennormen und Vorrang des Gesetzes

Eine Grenze der Bedarfsdefinition ist die Aufgabennorm in Verbindung mit der staatlichen Pflicht zum Funktionserhalt. Der Staat ist zum Erhalt seiner Funktionsfähigkeit verpflichtet.[395] Er muss sich in einem Zustand halten, alle anfallenden Aufgaben erfüllen zu können. Im Rahmen dessen ist der staatliche Bedarf so zu definieren, dass er geeignet ist, einen Beitrag zur Aufgabenerfüllung zu leisten.[396] Insofern bieten die staatlichen Aufgaben

392 Vgl. auch die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten, EUAbl. L 88/5 (auch: Bauprodukteverordnung, BauPVO), die harmonisierende Anforderungen für Bauwerke feststellen. Zur geplanten Änderung der BauPVO: *Wagner*, NZBau 2022, S. 633 f.

393 So verweist § 3 S. 1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung klimafreundlicher Leistungen (AVV Klima) des Bundes darauf hin, dass Leistungen, deren Inverkehrbringen oder Verwendung nach den Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts [sic] oder des deutschen Rechts aus Gründen des Umwelt- und Gesundheitsschutzes unzulässig sind, nicht beschafft werden dürfen. Aufgrund des Vorrangs des Gesetzes und der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ist diese Vorgabe obsolet.

394 Instruktiv dazu: *Kus*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 156 Rn. 11–27; *Dreher*, NZBau 2013, S. 665 ff.

395 S. Teil 1, Kap. 2, B., II.

396 S. Teil 1, Kap. 1, E., I., 1. und Teil 1, Kap. 2, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einen ungefähren Rahmen für die staatliche Bedarfsdefinition Da Aufgabennormen als Zielbestimmungen in der Regel konkretisierungsbedürftig bleiben, lassen sich aus ihnen selten konkrete Vorgaben für die Bedarfsdefinition ableiten.[397] Es bedarf daher in der Regel weiterer Vorgaben, um den Bedarfsgegenstand unmittelbar zu regulieren. Dafür kommen fachrechtliche Vorgaben in Betracht.

II. Ausgewählte fachrechtliche Vorgaben für die Bedarfsdefinition

Vorgaben mit Bedarfsbezug finden sich insbesondere im Umwelt- und Klimaschutzrecht (1.) und auch im Kartellrecht (2.). Entsprechende Normen wurden ausgewählt, da sie Relevanz für ein späteres Vergabeverfahren haben und teilweise im Rahmen eines Nachprüfungsverfahren auf ihre Einhaltung überprüft werden. Außerdem knüpfen die Regelungen ausdrücklich oder implizit an die Bedarfsdefinition oder Leistungsbestimmung an und haben daher einen Bedarfsbezug. Teilweise verweisen sie auch auf die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Chancengleichheit und spiegeln damit auch im Vergaberecht essenzielle Belange wider.

1. Umwelt- und klimaschutzrechtliche Vorschriften

Umwelt- und klimaschutzrechtliche Vorschriften, die Anforderungen an die Leistung stellen, betreffen regelmäßig die Definition des staatlichen Bedarfs, da ökologische und nachhaltige Anforderungen die materiellen Eigenschaften der begehrten Leistung betreffen können.[398] Derartige Vorschriften sind Konkretisierungen der Staatszielbestimmung in Art. 20a GG bzw. Umsetzungen entsprechenden unionsrechtlichen Sekundärrechts.

a. § 45 KrWG und § 6 KrWG

Nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG sind bei der Beschaffung von Materialien oder Gebrauchsgütern, Bauvorhaben oder sonstigen Aufträgen solche Erzeugnisse mit ökologisch-nachhaltigen Eigenschaften, wie einer ressour-

397 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 1., a.
398 Zu den materiellen Eigenschaften der Leistung: Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

censchonenden Herstellung, Langlebigkeit und Reparaturfreundlichkeit, zu bevorzugen. Diese Bevorzugungspflicht gilt unter dem Vorbehalt, dass die Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Mit der am 23.10.2020 erfolgten Änderung sieht die Vorschrift nicht mehr nur eine Prüfpflicht[399], sondern eine Bevorzugungspflicht vor. Die Vorschrift verpflichtet zur Bevorzugung ökologisch-nachhaltiger Leistungen im gesamten Beschaffungsprozess, also auch schon bei der Definition des Bedarfs.[400] Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift bei der *Beschaffung* und nicht nur bei der *Vergabe* bestimmte Leistungen vorzuziehen sind. Der weitere Begriff der Beschaffung schließt die Definition des Bedarfs ein.[401] Die Vorschrift kann aber nur als ein relatives Bevorzugungsgebot verstanden werden. Wenn mehrere Lösungsmöglichkeiten in der Analysephase zur Auswahl stehen, ist diejenige zu wählen, die die ökologisch-nachhaltigsten Kriterien aufweist. Das Bevorzugungsgebot soll nicht so weit reichen, die Aufgabenerfüllung zu behindern, was sich aus dem Vorbehalt der Geeignetheit des § 45 Abs. 2 S. 2 KrWG ergibt. Ferner gilt die Bevorzugungspflicht nach § 45 Abs. 2 S. 2 KrWG nur unter dem Vorbehalt, dass keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und keine anderen Rechtsvorschriften – unter anderem vergaberechtliche Regelungen – entgegenstehen. Dementsprechend darf die Festlegung auf eine bestimmte Leistung nicht zum Ausschluss vergleichbarer Marktteilnehmer führen, so dass in diesem Fall die Vorschrift unter anderem durch das Gebot der produktneutralen Ausschreibung überlagert würde. Der Umweltschutz, hier in Ausprägung der Bevorzugungspflicht, genießt keinen absoluten Vorrang vor anderen Belangen.[402] Vielmehr muss

399 In § 45 KrWG in der vor dem 29.10.2020 geltenden Fassung hieß es noch: Insbesondere haben [die Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen] unter Berücksichtigung der §§ 6 bis 8 bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen zu prüfen, ob und in welchem Umfang [nachhaltige Erzeugnisse eingesetzt werden können].

400 BT-Drs. 19/19373, S. 71; *Kling*, Vergabefremde Regelungen, S. 663. Im Ergebnis auch: *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 168 Rn. 30. Relativierend: *Lausen/Pustal*, NZBau 2022, S. 3, 7.

401 Zum Bedarfsdeckungsprozess: Teil 1, Kap. 1, D.

402 So auch in Bezug auf das KSG: BVerwG, 4.5.2022 – 9 A 7.21, juris Rn. 86.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Einzelnen abgewogen werden, ob und inwieweit der Grund des Umweltschutzes den Ausschluss anderer Marktteilnehmer rechtfertigt.

Nicht nur ökologisch-nachhaltigen Leistungen ist der Vorrang zu gewähren, sondern im Zuge der Beschaffung ist auch das System der Abfallhierarchie zu berücksichtigen.[403] Dies ergibt sich aus § 45 Abs. 2 KrWG, der auf die §§ 6 bis 8 KrWG verweist, die das System der Abfallhierarchie beschreiben und an die die staatlichen Einrichtungen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger gem. § 20 KrWG gebunden sind. Maßnahmen zur Abfallbewirtschaftung stehen im System der Abfallhierarchie in einer bestimmten Rangfolge. Vorrangig soll Abfall vermieden werden. Ist das nicht möglich, soll eine Wiederverwendung vorbereitet, die Abfälle recycelt oder in sonstiger Weise verwertet werden. Erst als letztes Mittel sollen die Abfälle beseitigt werden. Hierbei handelt es sich um die im Grundsatz zu beachtende Rangfolge.[404] § 6 Abs. 2 KrWG sieht in Anlehnung an die Rangfolge des Abs. 1 ausnahmsweise einen Vorrang derjenigen Maßnahmen vor, die dem Schutz der Menschen und der Umwelt am besten dienen. Bei der Bedarfsdefinition durch den Staat ist diese Abfallhierarchie zu beachten, wenn der Staat bestimmte Leistungen zur Abfallbewirtschaftung beschaffen möchte.[405] Daraus wird in der Rechtsprechung geschlussfolgert, dass zwar keine umfassende Auswertung der »richtigen« Maßnahmen erfolgen müsse, sich die beschaffende Stelle aber bei dem Verlangen nach einer konkreten Art der Abfallbewirtschaftung mit den Belangen, die gegen den Ausschluss einer höherrangigen Maßnahme sprechen, auseinandersetzen müsse.[406] Folglich muss sich der Staat bei der Ermittlung des Bedarfs mit der im KrWG niedergelegten Hierarchie auseinandersetzen. Die Abfallhierarchie ist allerdings ein Beispiel dafür, wie spezielle gesetzliche Vorgaben die Aufgabe konkretisieren, ohne sich dabei konkret auf den Beschaffungsprozess zu beziehen. Dementsprechend handelt es sich nicht um eine Vorschrift mit Bedarfsbezug. Inwieweit solche Vorgaben durch die Nach-

403 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – Verg 105/11, ZfBR 2012, S. 826, 828; OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17, VergabeR 2018, S. 437, 441, 442.

404 *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, KrWG § 6 Rn. 51; *Schink*, in: ders./Versteyl, KrWG, § 6 Rn. 16; *Frenz*, UPR 2012, S. 210. Konkrete Rechtspflichten ergeben sich allerdings nur aus den §§ 7 bis 8 KrWG. Dazu: *Schink*, in: ders./Versteyl, KrWG, § 6 Rn. 16; Frenz, UPR 2012, S. 210, 213.

405 Vgl. zu der Schwierigkeit der Untersuchung, welche Maßnahme im Einzelnen ergriffen werden soll: *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, KrWG § 6 Rn. 71; *Schink*, in: ders./Versteyl, KrWG, § 6 Rn. 33; *Frenz*, UPR 2012, S. 210, 213.

406 OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17, NZBau 2018, S. 427, 429; OLG Frankfurt a.M., 21.7.2020 – 11 Verg 9/19, VergabeR 2021, S. 86, 96.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

prüfungsinstanzen kontrolliert werden müssen, ist noch nicht eindeutig geklärt.

b. § 13 KSG

Eine Bevorzugungspflicht enthält ebenfalls das im Jahr 2019 erlassene KSG. § 13 Abs. 2 S. 1 KSG statuiert die Prüfpflicht für den Bund im Beschaffungsprozess, wie die Beschaffung im Einzelfall zur Erreichung der Klimaziele nach § 3 KSG beizutragen kann. Wenn mehrere Möglichkeiten, also unterschiedliche Beschaffungsgegenstände, in Betracht kommen, ist der Bund nach § 13 Abs. 2 S. 2 KSG verpflichtet, derjenigen Möglichkeit den Vorzug zu geben, die die Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus zu den geringsten Kosten mindert.[407] Ökologische Kriterien fließen also unmittelbar in den Prozess der Bedarfsdefinition ein. Zwischen mehreren möglichen Handlungsoptionen ist dann die Möglichkeit zu wählen, welche am besten dem Zweck des Klimaschutzes dient, aber gleichzeitig die zugrundeliegende staatliche Aufgabe erfüllt.[408] Dabei ist es auch möglich, dass der Bedarf reduziert wird, sollte das dem Ziel des Klimaschutzes dienen.[409]

Zusätzliche Anforderungen im Sinne einer ausgiebigen Markterkundung auf nachhaltige Alternativen sind aber wohl nicht erforderlich, da der Verwaltung kein unzumutbarer Aufwand auferlegt werden soll.[410] Eine rechtliche Pflicht zur absoluten ökologisch-nachhaltigen Beschaffung in dem Sinne, dass die Leistung nach Art ihrer Verkehrsanschauung angepasst werden müsste (bspw. Fahrräder statt Personenkraftwagen), leitet sich aus dem

407 Ferner existiert auf Ebene des Bundes die AVV Klima, die die Umsetzung von § 13 KSG stützend garantieren soll (§ 1 Abs. 2 AVV Klima). Nach § 2 Abs. 1 AVV Klima sollen unter anderem Prüf- und Berücksichtigungspflichten vor Einleitung eines Vergabeverfahrens durchgeführt und Erwägungen der Nachhaltigkeit zwingend in die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen einbezogen werden. Bei mehreren Beschaffungsalternativen ist nach § 2 Abs. 2 AVV Klima die Alternative zu wählen, mit der das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus der Leistung zu den geringsten Kosten erreicht werden kann. Ferner sieht § 3 S. 2 i.V.m. Anlage 1 AVV Klima eine Liste an Leistungen vor, die nicht beschafft werden dürfen, sofern es Gründe des öffentlichen Interesses nicht dringend fordern. Die AVV Klima bindet allerdings nur die Stellen der unmittelbaren Bundesverwaltung und gilt erst für Vergaben oberhalb eines Auftragsvolumens von 10.000 EUR.

408 *Schink*, in: Frenz, Klimaschutzrecht, KSG, § 13 Rn. 30.

409 *T. Birk*, NZBau 2022, S. 572, 574.

410 BVerwG, 4.5.2022 – 9 A 7.21, juris Rn. 80.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

KSG nicht ab. Maßstab der ökologisch-nachhaltigen Beschaffung bleibt die konkret zu erfüllende staatliche Aufgabe im Einzelfall. Da es in den meisten Fällen allerdings immer eine ökologisch-nachhaltigere Alternative zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe geben wird, ergibt sich aus dem KSG zumindest die relative Pflicht zur Nachfrage nach ökologisch-nachhaltigen Leistungen.[411] Derartige Bevorzugungspflichten schränken die Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand stärker ein, denn eine Bevorzugungspflicht verpflichtet nicht lediglich zur Erwägung unterschiedlicher Zwecke, sondern gerade zur unmittelbaren Befolgung und Beachtung jener Ziele. Sie betreffen nicht nur das Entscheidungsverfahren, sondern auch unmittelbar das Ergebnis des Entscheidungsprozesses. Somit zieht das KSG der Bedarfsdefinition durch den Staat materiell-rechtliche Grenzen.

Ähnlich dem KrWG verdrängt das KSG allerdings nicht die vergaberechtlichen Vorschriften. Zwar sind Gründe des Umweltschutzes auch im Rahmen der grundfreiheitlichen Rechtfertigungsprüfung anerkannt,[412] doch kann die Beeinträchtigung vergaberechtlicher Gebote und Grundsätze nicht allein unter Verweis auf das KSG gerechtfertigt werden.[413] Dies ergibt sich aus § 13 Abs. 2 S. 4 KSG. Vielmehr müssen die vorgebrachten Gründe im Einzelnen verhältnismäßig gegenüber den vergaberechtlichen Beeinträchtigungen sein.

411 Vgl. *Braun*, NZBau 2021, S. 707, 709. In Bezug auf Art. 20a GG die Pflicht zur klimafreundlichen Beschaffung aber verneinend: *T. Birk*, NZBau 2022, S. 572, 574 f.

412 Dazu, dass Gründe des Umweltschutzes, auch zwingende Interessen der Allgemeinheit im Sinne der Cassis-Formel darstellen: EuGH, 20.9.1988 – C-302/86 – ECLI:EU:C:1988:421 Rn. 8 f. (Kommission/Dänemark); 14.7.1998 – C-389/96 – ECLI:EU:C:1998:357 Rn. 19 (Aher-Waggon); 13.4.2001 – C-379/98 – ECLI:EU:C:2001:160 Rn. 76 (PreussenElektra); 14.12.2004 – C-309/02 – ECLI:EU:C:2004:799 Rn. 75 (Radlberger Getränkegesellschaft); 11.12.2008 – C-534/07 – ECLI:EU:C:2008:717 Rn. 57 (Kommission/Österreich); 1.7.2014 – C-573/12 – ECLI:EU:C:2014:2037 Rn. 77 (Ålands Vindkraft AB); 29.9.2016 – C-492/14 – ECLI:EU:C:2016:732 Rn. 101 (Essent Belgium).

413 Vgl. auch gegen einen absoluten Vorrang des KSG: *Braun*, NZBau 2021, S. 707, 711; *Siegel*, NZBau 2022, S. 315, 317. In Bezug auf Art. 20a GG auch: *T. Birk*, NZBau 2022, S. 572, 574.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c. § 5 SaubFahrzeugBeschG

Auch das SaubFahrzeugBeschG zieht dem öffentlichen Auftraggeber materiell-rechtliche Grenzen bei der Bedarfsdefinition.[414] Das SaubFahrzeugBeschG als deutsche Umsetzung der RL (EU) 2019/1161 gibt verbindliche Mindestziele bei der Beschaffung von Fahrzeugen durch den Staat vor. Anwendung findet das SaubFahrzeugBeschG auf die Beschaffung von Fahrzeugen, öffentliche Dienstleistungsaufträge über Verkehrsleistungen im ÖPNV[415] und Dienstleistungsaufträge über Verkehrsdienste, wie bspw. im Rahmen der Abfallbeförderung und der Post-/Paketbeförderung und -zustellung[416]. Ausnahmen bestehen nach § 4 Abs. 1 SaubFahrzeugBeschG für eine Reihe an Fahrzeugen, unter anderem landwirtschaftliche Fahrzeuge, Kettenfahrzeuge, Krankenwagen sowie Fahrzeuge für besondere Arbeiten. Eine bestimmte Vertragsart, mit der das Fahrzeug beschafft werden soll, ist im SaubFahrzeugBeschG nicht vorgesehen.[417]

Verpflichtende Vorgaben für die Bedarfsdefinition stellt § 5 i.V.m. § 6 SaubFahrzeugBeschG auf. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG haben öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung von Fahrzeugen und Dienstleistungen die für den jeweiligen Referenzzeitraum nach § 6 festgelegten Mindestziele insgesamt einzuhalten. Die Mindestziele stellen einen Mindestprozentsatz an einer Gesamtzahl an beschafften Fahrzeugen, die unter den Emissionsgrenzen liegen, innerhalb eines Referenzzeitraumes dar.[418] Die Emissionsgrenzen sind nach Fahrzeugklassen

414 So auch: *Knauff*, VergabeR 2021, S. 1, 8; *Lausen/Pustal*, NZBau 2022, S. 3, 6.

415 Damit sind auch im Rahmen eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags i.S.d. Art. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 die Vorgaben des SaubFahrzeugBeschG relevant. S. auch: Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2, 3, 4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität (2020/C 352/01), EUAbl. 2020 C 352/1, 6 (Nr. 15).

416 S. dazu Tabelle 1 des Anhangs der RL (EU) 2019/1161.

417 Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2, 3, 4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität (2020/C 352/01), EUAbl. 2020 C 352/1, 5 (Nr. 14).

418 So ist nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 SaubFahrzeugBeschG im Zeitraum vom 2.8.2021 bis zum 31.12.2025 für leichte Fahrzeuge ein Mindestziel von 38,5 Prozent, für LKW der Fahrzeugklassen N2 und N3 10 Prozent und für Busse der Fahrzeugklasse M3 45 Prozent vorgesehen. Im Zeitraum vom 1.1.2026 bis zum 31.12.2030 ist für leichte Fahrzeuge ein Mindestziel von 38,5 Prozent, für LKW der Fahrzeugklassen N2 und N3 15 Prozent und für Busse der Fahrzeugklasse M3 65 Prozent vorgesehen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unterteilt und finden sich im Anhang des SaubFahrzeugBeschG. Die vorgegebenen Referenzzeiträume sind mehrjährige Zeiträume, einmal vom 2. August 2021 bis zum 31. Dezember 2025 und einmal vom 1. Januar 2026 bis zum 31. Dezember 2030. Demnach sind öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung von Fahrzeugen und Dienstleistungen verpflichtet, die für bestimmte Referenzzeiträume der in § 6 SaubFahrzeugBeschG festgelegten Mindestziele insgesamt einzuhalten.

Durchaus unklar ist die tatsächliche Reichweite der materiell-rechtlichen Vorgaben durch das SaubFahrzeugBeschG. Zwar konstituiert § 5 Abs. 1 SaubFahrzeugBeschG verpflichtende Mindestziele bei der Gesamtbeschaffung von Fahrzeugen, doch verbleibt den staatlichen Einrichtungen aufgrund der Vorgabe von Gesamtquoten ein weiter Spielraum im Einzelfall, ob ein sauberes Fahrzeug beschafft werden soll oder nicht. Jede getätigte Beschaffung fließt in das Endergebnis ein. Ob aber die vorgegebenen Mindestziele erreicht oder nicht erreicht wurden, lässt sich erst mit Ablauf des Referenzzeitraumes feststellen. Daher sind alle im Referenzzeitraum erfolgten Beschaffungen in den Blick zu nehmen. Es erfolgt gerade keine Mindestzielanwendung für jede einzelne Beschaffung.[419] Da die Mindestziele nur ein relatives Verhältnis von der Neubeschaffung emissionsarmer gegenüber der Beschaffung emissionsreicher Fahrzeuge abbilden und dieses Verhältnis von der Anzahl der absolut beschafften Fahrzeuge abhängig ist, folgt daraus keine generelle Pflicht, dass im Einzelfall die Neubeschaffung eines Fahrzeuges erfolgen muss, welches unterhalb der im Anhang angegebenen Emissionsgrenze liegt. Daher ergibt sich aus der Regelungssystematik ein staatlicher Spielraum, ob ein im Sinne des SaubFahrzeugBeschG sauberes Fahrzeug beschafft werden soll oder nicht. Dies entspricht auch der Ansicht der Bundesvergabekammer, nach der nicht jeder Beschaffungsvorgang unterhalb der Emissionsgrenzwerte liegen müsse, da im Rahmen der Referenzzeiträume lediglich ein prozentuales Mindestziel einzuhalten sei.[420]

419 BT-Drs. 19/27657, S. 34. Die Gesamtquote wird mit dem Verweis auf die zugrundeliegende RL (EU) 2019/1161 begründet, die eine Überwachung und Überprüfung durch die Kommission nur anhand einer bundesweiten Gesamtquote erfordert.

420 VK Bund, 20.1.2022 – VK 2–135/21, S. 22. So auch: *Schröder*, NZBau 2022, S. 379, 382. Siehe aber auch *Schröder*, nach dem die öffentliche Hand dazu verpflichtet sei, saubere Fahrzeuge zu beschaffen, wenn in einem Referenzzeitraum absehbar ist, dass das Mindestziel nicht mehr erreicht werden kann. Dann bestehe auf die Einhaltung auch ein subjektives Recht. S. *Schröder*, NZBau 2021, S. 499, 503. Dagegen spricht aber, dass die öffentliche Hand die Nichterreichung des Ziels insofern

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darüber hinaus sind Abweichungen einzelner öffentlicher Auftraggeber von den Mindestzielen durch die Länder oder Branchenvereinbarungen nach § 5 Abs. 2 S. 2 und S. 3 SaubFahrzeugBeschG möglich, um örtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. In einer Mitteilung führt die Kommission ausdrücklich an, dass die Mitgliedstaaten bei der Verteilung der Lasten flexibel agieren können.[421] So können in Gebieten mit starker Luftbelastung höhere Mindestziele, in Gebieten mit milderer Luftbelastung niedrigere Mindestziele festgesetzt werden, solange die Gesamtquote beibehalten wird.[422] Daher kommt es zur Bestimmung der Reichweite der Bindung des SaubFahrzeugBeschG stark auf den Einzelfall, mithin die jeweilige beschaffende Stelle an. Eine generelle Pflicht zur Beschaffung von unterhalb der Emissionsgrenzen liegenden Fahrzeugen leitet sich aus dem SaubFahrzeugBeschG nicht ab. Den staatlichen Einrichtungen ist folglich bei der Entscheidung über den Bedarf eine gewisse Flexibilität in Abhängigkeit der zu erreichenden Mindestziele eingeräumt. Ist die Beschaffung von Fahrzeugen entsprechend dem Anwendungsbereich des SaubFahrzeugBeschG geplant, genießen die öffentlichen Auftraggeber je nach landesspezifischer Regelung einen Spielraum bei der Bedarfsdefinition, ob sie ein »sauberes« Fahrzeug beschaffen wollen.

d. Landes-Klimaschutzgesetze

Zum KSG auf Bundesebene gesellen sich teilweise landesrechtliche Vorschriften zum Klimaschutz, die der Verwaltung Beschränkungen bei der Beschaffung auferlegen.[423] § 14 Abs. 1 KSG sieht ausdrücklich vor, dass die Länder eigene Klimaschutzgesetze erlassen können und bereits vorhande-

---

verhindern könnte, indem sie weitere zusätzliche Beschaffungen vornimmt. Dies widerspräche allerdings dem Ziel des Klimaschutzes.

421 Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2, 3, 4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität (2020/C 352/01), EUAbl. 2020 C 352/1, 4 Nr. 12.

422 Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Artikel 2, 3, 4 und 5 der Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge zur Unterstützung einer emissionsarmen Mobilität (2020/C 352/01), EUAbl. 2020 C 352/1, 4 Nr. 12.

423 Klimaschutzgesetze haben mit Stand vom 24.2.2023 bereits verabschiedet: Bayern (BayKlimaG), Baden-Württemberg (KSG BW), Berlin (EWG Bln), Bremen (BremKEG), Hamburg (HmbKliSchG), Hessen (HKlimaG), Niedersachsen (NKlimaG),

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne Landes-Klimaschutzgesetze wirksam bleiben. In der Regel verpflichten diese Vorschriften nur die staatlichen Stellen der Landesverwaltung. Von den Vorgaben sind Kommunen und Gemeindeverbände häufig ausgenommen.[424]

Konkrete Vorgaben und Gebote im Hinblick auf die Beschaffung finden sich zudem in den landesrechtlichen Klimaschutzgesetzen nur gelegentlich, und in der Regelungstiefe variieren die landesrechtlichen Klimaschutzgesetze stark. Während insb. das Land Bayern keine konkreten Pflichten im Hinblick auf die Beschaffung festschreibt[425], verpflichten einige Landes-Klimaschutzgesetze zumindest zur Berücksichtigung ökologisch-nachhaltiger Belange[426]. Teilweise gehen die landesgesetzlichen Regelungen darüber hinaus und treffen konkrete Vorgaben. Derartige Vorgaben betreffen meist solche Leistungen, die mit hohen Emissionsbelastungen verbunden sind, wie bspw. die Nutzung von Gebäuden oder Fahrzeugen. Verpflichtende Vorgaben sind bspw. für die Errichtung von Gebäuden vorgesehen, von denen nur in Ausnahmefällen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit oder des Denkmalschutzes abgewichen werden darf.[427] Teilweise wird die Einhaltung der Vorgaben unter einen Funktionalitätsvorbehalt gestellt.[428] So verpflichten die Landesklimaschutzgesetze unter anderem zur Installation von Photovoltaikanlagen auf Gebäuden[429], machen bestimmte Vorgaben zur Deckung des Wärmebedarfs in Gebäuden[430] und erfordern die Einhaltung

Nordrhein-Westfalen (NRW-KSG), Rheinland-Pfalz (LKSG RP), Schleswig-Holstein (EWKG) und Thüringen (ThürKlimaG).

424 S. dazu: Art. 3 Abs. 3, Art. 4 Abs. 2 S. 2 BayKlimaG; § 3 Abs. 2 KSG BW; § 2 Abs. 2 KlimaG NRW. Vgl. auch: *Schnittker*, Klimaschutzgesetze der Bundesländer, S. 232 ff.

425 Siehe das BayKlimaG.

426 § 11 Abs. 3 KSG BW; § 1 S. 1 HmbKliSchG; § 7 Abs. 2 HKlimaG; § 3 Abs. 2 S. 2 NKlimaG; § 9 Abs. 2 LKSG RP; § 2 Abs. 5 ThürKlimaG. Wie oben bereits festgestellt, beschränken Berücksichtigungspflichten staatliche Einrichtungen bei der Entscheidungsfindung nur marginal, da keine konkrete Entscheidung vorgegeben wird, sondern ein Belang lediglich im Zuge der Entscheidungsfindung einbezogen und gegenüber anderen Belangen, wie bspw. der Wirtschaftlichkeit oder Aufgabenerfüllung, abgewogen werden muss. S. dazu Teil 1, Kap. 2, D., I., 1., b, aa. Ferner sieht § 7 Abs. 4 HKlimaG vor, dass bei jeder Beschaffung ein CO_2-Preis zugrunde gelegt werden soll.

427 § 4 Abs. 3 EWKG SH.

428 § 24 HmbKliSchG.

429 §§ 8a, 8b KSG BW; § 16 Abs. 2, 3 HmbKliSchG; §§ 9, 10 EWKG SH.

430 So dürfen nach §§ 11–13 HmbKliSchG unter anderem bei Neubauten keine bestimmten Heizkessel und keine bestimmten Stromdirektheizungen eingebaut werden. Ferner sind bestimmte Vorgaben bei der mechanischen Raumkühlung zu beachten. Ähnlich auch: § 15 Abs. 1 S. 1 BremKEG.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bestimmter Effizienzstandards beim Bau neuer Gebäude[431]. Die hamburgische Landesverwaltung ist darüber hinaus nach § 22 Nr. 1 HmbKliSchG verpflichtet, beim Bau öffentlicher Gebäude nachhaltig erzeugtes und zertifiziertes Holz zu verwenden, wenn es am Markt verfügbar ist und soweit es technisch möglich und wirtschaftlich verhältnismäßig ist.[432] Dies sind Vorgaben, die die jeweiligen staatlichen Stellen in ihrem Spielraum bei der Bedarfsdefinition beschränken.

Ferner treffen die Landes-Klimaschutzgesetze teilweise in Anlehnung an das SaubFahrzeugBeschG Vorgaben für die Beschaffung von Fahrzeugen. Auch hier unterscheiden sich die landesgesetzlichen Grundlagen in der Reichweite ihrer Regelung. So lässt sich zwischen Regelungen differenzieren, die eine ausdrückliche Pflicht zur Beschaffung ökologisch-nachhaltiger Fahrzeuge vorsehen, und solchen Regelungen, die lediglich eine jahresabhängige Zielverpflichtung enthalten. Jedoch führt auch eine jahresabhängige Zielverpflichtung dazu, dass mit Erreichen des Zieljahres fortan nur noch ökologisch-nachhaltige Fahrzeuge beschafft werden dürfen. So enthält das niedersächsische NKlimaG in § 12 konkrete Gebote im Hinblick auf die Beschaffung. Nach § 12 Abs. 1 NKlimaG ist die Landesverwaltung ab 2025 dazu verpflichtet, ausschließlich Schienenfahrzeuge mit emissionsfreiem Antrieb zu beschaffen. Für den Individualverkehr sieht § 12 Abs. 3 S. 2 NKlimaG vor, dass ab dem 1.1.2030 für den Dienstgebrauch nur noch Straßenfahrzeuge mit sauberen Antrieben beschafft werden. Zwar konkretisiert das NKlimaG selbst nicht, was unter einem sauberen Antrieb zu verstehen ist, doch kann auf die Definitionen des SaubFahrzeugBeschG verwiesen werden. Denn § 12 Abs. 3 NKlimaG stellt eine überschießende Umsetzung der Mindestziele des SaubFahrzeugBeschG dar, was an § 12 Abs. 3 S. 1 NKlimaG deutlich wird, der ausdrücklich auf das SaubFahrzeug-

431 Verpflichtende Einhaltung des Effizienzhaus 40-Standard: § 10 Abs. 1 S. 1 EWG Bln. Bei größerer Renovierung von öffentlichen Gebäuden Einhaltung von Effizienzhaus 55-Standard nach § 10 Abs. 2 EWG Bln. S. auch: § 20 Abs. 2 S. 2 HmbKliSchG. Ähnlich auch: § 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 NKlimaG. Dasselbe gilt nach § 11 Abs. 2 NKlimaG übrigens auch für die Anmietung.

432 Nur als Verwaltungsvorschrift existiert der Gemeinsame Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten der am Erlass beteiligten Bundesministerien vom 22.12.2010. Als weitere Interpretationshilfe existiert ein Gemeinsamer Leitfaden zum Gemeinsamen Erlass, Bek. d. BMEL v. 2.10.2017 – 534–62505/0005. In diesen Verwaltungsvorschriften verpflichten sich die am Erlass beteiligten Bundesministerien bei der Beschaffung von Holz im Wert von mindestens 2000 EUR, dass dieses aus nachhaltigen Quellen stammt, was mittels Nachweises durch bestimmte Kennzeichen (FSC und PEFC) bewiesen wird.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

BeschG verweist.[433] Ähnlich sind nach § 4 Abs. 12 S. 3 EWKG-SH ab 2035 nach dem Stand der verfügbaren Technik durch die Landesverwaltung nur noch emissionsfreie Fahrzeuge zu beschaffen, was auch die Fahrzeuge einschließen soll, die nach § 4 SaubFahrzeugBeschG noch vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Das Land Berlin hat sich in § 11 Abs. 1 S. 1 des Berliner Klimaschutz- und Energiewendegesetzes (EWG) hingegen nur die grobe Zielverpflichtung gesetzt, die von der öffentlichen Hand genutzten Kraftfahrzeugflotten bis zum Ende des Jahres 2030 vollständig auf im Betrieb CO_2-freie Fahrzeuge umzustellen. Ähnlich verpflichten sich das Land Nordrhein-Westfalen in § 7 S. 4 des NRW-KSG, bis zum Jahr 2030 alle Dienstfahrzeuge auf einen klimagerechten Antrieb umzustellen, und die Länder Schleswig-Holstein in § 12 S. 2 EWKG-SH und Rheinland-Pfalz in § 9 Abs. 3 S. 1 LKSG RP, bis zum Jahr 2030 im Bestand der Landesverwaltung nur noch emissionsfreie Fahrzeuge zu halten.

e. Zwischenergebnis

Zahlreiche Vorschriften, die dem Umwelt- und Klimaschutz dienen, beschränken die Beschaffungsautonomie des Staates. Dabei ist zwischen Berücksichtigungspflichten und Bevorzugungspflichten zu differenzieren. Während die Berücksichtigung ökologisch-nachhaltiger Auswirkungen der eigenen Bedarfsdefinition nicht zwingend zur Nachfrage nach derartigen Leistungen führen muss, führen Bevorzugungspflichten zu einer relativen Pflicht der Nachfrage nach ökologisch-nachhaltigen Leistungen. Schließt sich ein Vergabeverfahren an, reichen die umwelt- und klimaschutzrechtlichen Vorgaben aber nicht so weit, dass sie bspw. allein aufgrund des Umwelt- und Klimaschutzes die Beeinträchtigung des Gebots der produktneutralen Ausschreibung oder des Wettbewerbsprinzips absolut rechtfertigen können. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs muss im Einzelnen verhältnismäßig sein. Angenommen, eine staatliche Einrichtung möchte das nachhaltigste Fahrzeug beschaffen, welches am Markt verfügbar ist, kann sie eine entsprechend darauf ausgerichtete Ausschreibung zwar durch Gründe des Umwelt- und Klimaschutzes begründen, muss aber darlegen, wieso der Ausschluss anderer Marktteilnehmer, deren Leistungen einen etwas höheren Emissionswert aufweisen, angesichts des Umwelt- und Klimaschutzes

433 In der Gesetzesbegründung aus der vorherigen Fassung des NKlimaG orientierte sich das NKlimaG zur Beurteilung klimaschonender Technologie noch an dem entsprechenden Stand der Technik. Siehe: Nds. LT-Drs. 18/4839, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verhältnismäßig ist. Dabei sind im Einzelnen auch die mit der Anlieferung und Inbetriebnahme verbundenen Emissionen zu berücksichtigen.

2. Kartellrechtliche Vorschriften

Eventuell können kartellrechtlichen Vorschriften den staatlichen Spielraum bei der Bedarfsdefinition beschränken. Grundsätzlich findet das allgemeine Kartellrecht neben dem Vergaberecht Anwendung.[434] So ist nach § 1 GWB (Art. 101 AEUV) ein Verhalten verboten, das eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Grundsätzlich ist die Nachfrage nach einer Leistung zunächst einmal kartellrechtlich unbedenklich. Dass mit Abschluss eines Austauschverhältnisses der Bedarf des Nachfragers typischerweise für eine gewisse Zeit dem Wettbewerb und dem Angebot anderer Anbieter entzogen wird, führt noch nicht zur Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften.[435] Wenn das zugrundeliegende Austauschverhältnis allerdings den Zugang für in- und ausländische Marktteilnehmer erschwert und für konkurrierende Marktteilnehmer den Marktzugang abschottet, können insbesondere (über-)lange Vertragslaufzeiten in ein wettbewerbswidriges Verhalten i.S.d. § 1 GWB, Art. 101 AEUV umschlagen.[436]

Der BGH hat dies dahingehend konkretisiert, dass lange Vertragslaufzeiten dann wettbewerbswidrig seien, wenn sie zur Marktabschottung führen und den Markt für andere Wettbewerber verschließen, wobei neben der Laufzeit des Vertrags auch der Grad der Bedarfsdeckung durch den Abnehmer in Betracht gezogen werden müsse.[437] Verträge, die zwar einen Großteil des Bedarfs decken, aber nur eine kurzfristige Laufzeit haben, und Verträge, die zwar langfristig sind, aber wegen ihres geringen Anteils an der Bedarfsdeckung weitere Liefermengen für Wettbewerber überlassen, seien

434 *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, Vor §§ 97 ff. Rn. 148 ff., 151.

435 BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16, juris Rn. 52.

436 Zur unionsrechtlichen Bewertung: Europäische Kommission, 8.1.2007 – SEC(2006) 1724/2, S. 13; Europäische Kommission, 27.3.2000 – AT.37542 (P); Europäische Kommission, 11.10.2007 – COMP/B-1/37966, S. 3; Europäische Kommission, 17.3.2010 – COMP/39.386 – 2010/C 133/05, 5 Rn. 29; *Säcker*, in: Montag/ders., MüKo, Wettbewerbsrecht, Bd. 3 (1. Aufl.), Einl. Rn. 6; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 1 Rn. 210.

437 BGH, 12.6.2018 – KZR 4/16, juris Rn. 53; 10.2.2009 – KVR 67/07, juris Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kartellrechtlich unbedenklich.[438] Es sind also die Umstände und Gegebenheiten des zugrundeliegenden relevanten Marktes zu berücksichtigen. Für langfristige Fernwärmelieferungsverträge wurde angesichts des staatlichen Nachfragemonopols und der oligopolistischen Angebotsstruktur bei einer Bedarfsdeckungsquote von 50 Prozent bis 80 Prozent bei unbefristeten Lieferverträgen regelmäßig eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung angenommen.[439]

In der Regel wird ein öffentlicher Auftraggeber seinen konkreten Bedarf schon aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Einfachheit vollständig durch einen und nicht unterschiedliche Marktteilnehmer decken lassen, so dass die Gesamtdeckung für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung spricht. Gegen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung spricht allerdings, dass der Staat zwar eine Nachfragemacht, aber in vielen Bereichen kein Nachfragemonopol[440] hat, sondern auch private Nachfrager neben dem Staat für die bestimmte Leistung existieren, so dass durch längerfristige Verträge keine Märkte abgeschottet werden. Allenfalls in solchen Bereichen, wie auf dem Gebiet der militärischen Rüstungsgüter, wären längerfristige Nachfragen mit Bezugsbindung hypothetisch kartellrechtlich relevant.

Allerdings ist es durchaus problematisch, ob der Staat in seiner Funktion als Nachfrager überhaupt an das Kartellrecht gebunden ist. Der persönliche Anwendungsbereich der kartellrechtlichen Vorschriften, wie bspw. § 1 GWB, Art. 101 AEUV erfordert das Vorliegen eines Unternehmens. § 185 Abs. 1 GWB legt fest, dass die Vorschriften des Ersten bis Dritten Teils des GWB auf Unternehmen der öffentlichen Hand Anwendung finden, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen oder die von ihr verwaltet oder betrieben werden.[441] Dies umfasst zumindest alle juristischen Personen des Privatrechts, die vollständig oder überwiegend durch den Staat gehalten werden, wie Regiebetriebe, Eigenbetriebe und

438 BGH, 10.2.2009 – KVR 67/07, juris Rn. 37.

439 BKartA, 25.1.2005 – B 8 – 113/03, S. 5 ff.; BGH, 10.2.2009 – KVR 67/07, juris Rn. 37–39; *Laumann*, Langfristige Bezugsbindungen in Gaslieferungsverträgen, S. 56; *Säcker/Jaecks*, Langfristige Energielieferungsverträge und Wettbewerbsrecht, S. 22 ff.

440 Ein Nachfragemonopol existiert allenfalls auf dem Gebiet der militärischen Rüstungsgüter. Auch im Bereich des Tiefbaus, insbesondere im Straßenbau, ist der Staat nahezu der einzige Nachfrager.

441 Ausgenommen sind die Deutsche Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eigengesellschaften.[442] Unklar bleibt, ob der Staat in den Formen der unmittelbaren und mittelbaren Staatsverwaltung und in seiner Funktion als Nachfrager als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne gilt. § 156 Abs. 3 GWB, der ausdrücklich die Befugnisse der Kartellbehörden zur Verfolgung von Verstößen insbesondere gegen die §§ 19 und 20 GWB unberührt lässt, impliziert zunächst, den staatlichen Nachfrager als vom kartellrechtlichen Unternehmensbegriff erfasst anzusehen. Nach dem funktionalen Unternehmensbegriff ist ein Unternehmen jede Einheit, die mit der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängig von Rechtsform und Art der Finanzierung beschäftigt ist.[443] Bei der staatlichen Nachfrage mit dem Ziel des Erwerbs wird die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit durchaus in Frage gestellt, da die Leistung nur für die eigenen Zwecke verwendet und nicht mehr am Markt angeboten wird. In der Rechtsprechung ist daher nicht geklärt, ob der Staat als Nachfrager ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn darstellt. Nach der Ansicht des BGH qualifiziert sich der Staat in seiner Funktion als Nachfrager durchaus als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts.[444] Weil der Staat bei der rechtsgeschäftlichen Nachfrage zu den Mitteln des Privatrechts greife, müssen die Regelungen, die für Private gelten, auch für ihn gelten.[445] Dem widerspricht die Linie des EuGH, nach

442 *Dreher/Kulka*, Wettbewerbsrecht, Rn. 724. Vgl. auch *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht (3. Aufl.), § 11 Rn. 28 ff.

443 EuGH, 23.4.1991 – C-41/90 – ECLI:EU:C:1991:161 Rn. 21 (Höfner und Elser); 17.2.1993 – C-159/91 u. 160/91 – ECLI:EU:C:1993:63 Rn. 17 (Poucet und Pistre); 16.11.1995 – C-244/94 – ECLI:EU:C:1995:392 Rn. 14 (FFSA); 12.9.2000 – C-180/98 bis 184/98 – ECLI:EU:C:2000:428 Rn. 74 (Pavlov); 22.1.2002 – C-218/00 – ECLI:EU:C:2002 Rn. 22 (Cisal); 16.3.2004 – C-264/01 u.a. – ECLI:EU:C:2004:150 Rn. 46 (AOK Bundesverband u.a.); 11.7.2006 – C-205/03 P – ECLI:EU:C:2006:453 Rn. 25 (FENIN); 11.12.2007 – C-280/06 – ECLI:EU:C:2007:775 Rn. 38 (ETI) 1.7.2008 – C-49/07 – ECLI:EU:C:2008:376 Rn. 21 (MOTOE); 10.9.2009 – C-97/08 – ECLI:EU:C:2009:536 Rn. 54 (Akzo Nobel); 20.1.2011 – C-90/09 P – ECLI:EU:C:2011:21 Rn. 34 (Química); 27.4.2017 – C-516/15 P – ECLI:EU:C:2017:314 Rn. 47; 6.10.2021 – C-882/19 – ECLI:EU:C:2021:800 Rn. 41 (Sumal).

444 BGH, 18.1.2000 – KVR 23/98, juris Rn. 20 ff.; 19.6.2007 – KVR 23/98, juris Rn. 12. Auch offen gelassen in: BGH, 6.11.2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, S. 31, 32; 27.7.2017 – I ZR 162/15, juris Rn. 39. Zur älteren Rechtsprechung: BGH, 26.10.1961 – KZR 1/61, juris Rn. 21 f.; 22.3.1994 – KZR 9/93, GRUR 1994, S. 526; 11.12.2001 – KZR 5/00, GRUR 2002, S. 461, 462; 12.11.2002 – KZR 11/01, GRUR 2003, S. 633, 634; 24.6.2003 – KZR 32/01, NJW-RR 2003, S. 1348.

445 BGH, 12.11.2002 – KZR 11/01, GRUR 2003, S. 633, 634; 6.11.2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, S. 31, 32 f. Für eine Bindung des Staates bei seiner Nachfragetätigkeit an das Kartellrecht auch: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 185 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der der spätere Verwendungszweck über die nachgefragten Leistungen über die Unternehmenseigenschaft des Nachfragers entscheidet. Die öffentliche Hand ist demnach nur dann ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinn, wenn die nachgefragten Leistungen wieder am Markt angeboten werden, also eine wirtschaftliche Betätigung erfolgt, nicht aber, wenn die Leistungen für andere Zwecke, wie die Aufgabenerfüllung, genutzt werden.[446] Den Widerspruch zwischen EuGH und BGH-Rechtsprechung hat der BGH bisher nicht aufgelöst. Gegen den Wortlaut von § 185 GWB spricht der Vorrang des Unionsrechts und die auch durch den Gesetzgeber angestrebte Vereinheitlichung des nationalen und unionalen Kartellrechts.[447] Demzufolge ist die Rechtsprechung des EuGH zum funktionalen Unternehmensbegriff zugrunde zu legen, der die staatliche Nachfrage nicht als wirtschaftliche Tätigkeit auffasst, wenn die betreffenden Leistungen nicht wieder am Markt angeboten werden.[448] Folglich leiten sich aus dem Kartellrecht tendenziell keine Grenzen für die staatliche Bedarfsdefinition ab, da der Staat die begehrte Leistung zur Erfüllung seiner Aufgaben nutzen und i.d.R. nicht weiter veräußern wird.[449]

F. Fazit

Der Staat ist keinesfalls frei und ungebunden in der Entscheidung über seinen Bedarf. Bei der Definition seines Bedarfs hat er insbesondere vergaberechtliche und fachrechtliche Vorschriften, insbesondere aus dem Umwelt- und Klimaschutzrecht, zu beachten. Keine Grenzen sind den staatlichen Einrichtungen bei der Entscheidung über die Art der gewünschten Leistung nach ihrer Verkehrsauffassung gezogen. Mangels gesetzlicher Vorgaben genießen die staatlichen Stellen einen weiten Entscheidungsspielraum da-

446 EuG, 4.3.2003 – T-319/99 – ECLI:EU:T:2003:50 Rn. 36 (FENIN); EuGH, 11.7.2006 – C-205/03 P – ECLI:EU:C:2006:453 Rn. 26 (FENIN); EuG, 12.12.2006 – T-155/04 – ECLI:EU:T:2006:387 Rn. 65 (SELEX); EuGH, 26.3.2009 – C-113/07 P – ECLI:EU:C:2009:191 Rn. 102 (SELEX). S. auch: *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 185 Rn. 24; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, AEUV, Art. 101 Abs. 1 Rn. 13.

447 Zum Ziel der Angleichung des nationalen Kartellrechts an das europäische Recht: BT-Drs. 15/3640, S. 21; BGH, 6.11.2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, S. 31, 32. S. auch: BGH, 10.12.2008 – KZR 54/08, juris Rn 17.

448 Im Ergebnis auch: *Ahner*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand, S. 152 f.

449 A.A. wohl *Säcker*, in: Montag/ders., MüKo, Wettbewerbsrecht, Bd. 3 (1. Aufl.), Einl. Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rüber, mit welcher Leistung sie die zugrundeliegende staatliche Aufgabe erfüllen möchte. Da die haushaltsrechtlichen Vorgaben nicht durch Gerichte, sondern allenfalls durch Rechnungsprüfungsinstanzen kontrolliert werden, verbleibt den staatlichen Einrichtungen ein weiter Autonomiebereich.

Insofern entfaltet das Vergaberecht Vorwirkungen für die Bedarfsdefinition und dem *Was* der Beschaffung sind durchaus Grenzen gezogen. Worauf das Vergaberecht keinen Einfluss hat, ist die hinter dem Bedarf stehende Aufgabenerfüllung. Das Vergaberecht regelt demnach also nicht das *Wozu*, in Maßen das *Was* und auf jeden Fall das *Wie* der Beschaffung.[450]

450 Ähnlich: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 78.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 2: Grenzen bei der *Make-or-procure*-Entscheidung

Die Entscheidung zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug ist rechtlich nicht geregelt, so dass generelle rechtliche Maßstäbe fehlen, anhand derer die Entscheidungen der staatlichen Einrichtungen überprüft werden könnten. Dennoch bleibt die *Make-or-pocure*-Entscheidung keine rechtsfreie Entscheidung. Grenzen können sich aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (A.), aus der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit (B.) und dem Unionsrecht (C.) ergeben. Bei der Beschaffung von Verkehrsleistungen im SPNV und ÖPNV handelt es sich um einen Sonderfall der *Make-or-procure*-Entscheidung (D.).

A. Haushaltsrechtliche Vorschriften: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Auch für die *Make-or-procure*-Entscheidung gelten die haushaltsrechtlichen Grenzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG. Nach § 7 Abs. 2 BHO/LHO sind für jede finanzwirksame Maßnahme Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen. Das schließt die Abwägung ein, ob eine Leistung mit eigenen, vorhandenen Ressourcen hergestellt werden kann oder die Leistung von außerhalb beschafft werden muss. Tendenziell werden die meisten Entscheidungen, vor allem wenn es sich um einen einmalig oder selten auftretenden Bedarf handelt, auf die Beschaffung fallen. So ist der Einkauf einer Leistung in der Regel einzelwirtschaftlich betrachtet wirtschaftlicher als der Aufbau einer gesamten Produktion. Häufig bleibt auch nicht genug Zeit, eine eigene Produktion aufzubauen. Das fehlende *Know-How* in den staatlichen Einrichtungen und knappe Haushaltskassen scheinen daher die Entscheidung zur Beschaffung zu begünstigen.[451]

451 So bei: *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124 f. Vgl. auch *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 22; *Gramm*, Privatisierung, S. 238 ff.; *Schoch*, NVwZ 2008, S. 241, 242; *Schmidt am Busch*, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205, 205 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit

Aus verfassungsrechtlichen Grundlagen folgt für den Staat die Pflicht zum Erhalt seiner Funktionsfähigkeit.[452] Funktionsfähig ist ein Staat, wenn die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Ressourcen von Personal, Finanzen und einer Ausstattung verfügbar sind. Als Parameter für die *Make-or-buy*-Entscheidung fungiert die eigene Fertigungstiefe der Einrichtung. Der betriebswirtschaftliche Begriff der Fertigungstiefe beschreibt, wie viele Leistungen der Betrieb mit den bereits vorhandenen Mitteln erbringen kann.[453] Dies ist auch als die Gesamtleistung des Betriebs zu verstehen. Sind ausreichend Ressourcen vorhanden, steht es dem Staat im Hinblick auf die Pflicht zum Funktionserhalt frei, ob die entsprechende Leistung neu beschafft oder selbst gefertigt werden soll. Muss der Staat aber eine Aufgabe erfüllen und kann er dies nicht mit den eigenen, vorhandenen Mitteln und Ressourcen, ist er verpflichtet, die benötigten und zur Aufgabenerfüllung geeigneten Leistungen von außerhalb zu beschaffen. Unter diesen Umständen folgt aus dem zwingenden Erhalt der Funktionsfähigkeit eine Pflicht zur Beschaffung.[454]

Bei der Erfüllung der staatlichen Aufgaben hat der Staat allerdings hinsichtlich des Zeitpunktes und der Art und Weise der Aufgabenerfüllung einen weiten Entscheidungsspielraum, so dass die Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit in der Praxis nur selten relevant wird. Allenfalls in den Fällen, in denen der Staat die Erfüllung von Aufgaben gänzlich verweigert, sich also auch seiner Gewährleistungsverantwortung[455] entzieht, und droht, funktionsunfähig zu werden, kommt eine Verletzung der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt in Betracht.

Vgl. zu diesem Fazit in Bezug auf die Beschaffung von IT-Produkten auch: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 66.

452 S. Teil 1, Kap. 2, B., II.

453 *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 28 f.; *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 76; *Irle*, Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, S. 17; vgl. auch *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 19.

454 Vgl. zur faktischen Notwendigkeit der Beschaffung auch: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 36 f.; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 22; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 16 f.

455 S. Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b., aa.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Vorgaben aus dem Vergabeprimärrecht

Grenzen für die *Make-or-procure*-Entscheidung können sich auch aus dem Unionsrecht, insbesondere dem Vergabeprimärrecht ergeben. Alle staatlichen Vorgänge und Entscheidungen, auch die, die nicht in ein Vergabeverfahren münden, müssen aufgrund des Vorrangs und der Effektivität des Unionsrecht mit den unionsrechtlichen Vorgaben übereinstimmen.[456] Art. 345 AEUV widerspricht nicht der Anwendung des Vergabeprimärrechts auf die *Make-or-procure*-Entscheidung (I.). Im Grundsatz verpflichtet das Unionsrecht nicht zur Beschaffung am Markt (II.), die *Make-or-procure*-Entscheidung darf allerdings nicht zur Verfälschung des Wettbewerbs führen (III.). Letzteres kann insbesondere der Fall sein, wenn mit der Entscheidung für die Eigenfertigung mittelbar private Marktteilnehmer begünstigt werden.

I. Keine Sperrwirkung des Art. 345 AEUV

Gegen die Anwendung des Vergabeprimärrechts auf die *Make-or-procure*-Entscheidung spricht nicht die Kompetenzvorschrift[457] des Art. 345 AEUV, nach dem das Unionsrecht die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten unberührt lässt.[458] Denn die Einzelfallentscheidung zur Eigenfertigung betrifft nicht die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, da die Eigenfertigung nicht mit einer Privatisierungs- oder Publifizierungspolitik gleichzusetzen ist, welche wiederum durchaus die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten berühren könnten. Selbst wenn man die Eigenfertigung als einen Fall des Art. 345 AEUV begreifen möchte, ist es ständige Rechtsprechung des EuGH, dass derartige Fälle nicht dem Anwendungsbereich der

456 Vgl. auch EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 (Irgita); *Ziekow,* in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 103 Rn. 44.

457 *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar, AEUV, Art. 345 Rn. 5 m.w.N.; *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 345 AEUV Rn. 7; *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 345 Rn. 1.

458 So aber: *Wittek*, Das In-House Geschäft im EG-Vergaberecht, S. 86.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundfreiheiten entzogen sind.[459] Folglich kann das Vergabeprimärrecht Anwendung auf die Beschaffungsentscheidung finden.[460]

II. Grundsatz: keine Pflicht zur Beschaffung am Markt

Im Unionsrecht besteht grundsätzlich keine Rechtspflicht zur Beschaffung von Leistungen am Markt. In seiner *Inhouse*-Rechtsprechung hat der EuGH wiederholt bestätigt, dass die staatliche Stelle die Möglichkeit habe, »ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören«[461]. Das bedeutet, dass der öffentlichen Hand ein im Unionsrecht wurzelnder Entscheidungsspielraum hinsichtlich der Entscheidung zusteht, ob eine Leistung am Markt beschafft werden soll. Diese Rechtsprechung findet sich mittlerweile auch im fünften Erwägungsgrund der VRL wieder, in dem es heißt, dass »die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten«[462]. Das Unionsrecht sieht also keine Pflicht der Beschaffung am Markt vor. Nichts anderes ergibt sich aus den Grundfreiheiten, die dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip zugrunde liegen, und die lediglich zur Offenhaltung des Wettbewerbs, aber nicht zu einer größtmöglichen

459 EuGH, 22.10.2013 – C-105/12 bis C-107/12 – ECLI:EU:C:2013:677 Rn. 36 (Essent NV); 16.5.2017 – Gutachten 2/15 – ECLI:EU:C:2017:376 Rn. 107 (Freihandelsabkommen Singapur); 6.3.2018 – C-52/16 und C-113/16 – ECLI:EU:C:2018:157 Rn. 51 (SEGRO und Horváth); 27.2.2019 – C-563/17 – ECLI:EU:C:2019:144 Rn. 46 (Associação Peço a Palavra und andere).

460 Im Ergebnis auch: *Eisentraut*, Vergabe an die Öffentliche Hand, S. 182 f.

461 Zuerst EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 48 (Stadt Halle). Seitdem st. Rspr.: EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 61 (Parking Brixen), 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 48 f. (Coditel Brabant); 9.6.2009 – C-480/06 – ECLI:EU:C:2009:357 Rn. 45 (Stadtreinigung Hamburg); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 57 (Sea); 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 43–45 (Irgita).

462 Andere, ähnliche Formulierungen finden sich in: Art. 2 Abs. 1 KonzRL und im siebten Erwägungsgrund der SektRL.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Öffnung des Wettbewerbs verpflichten.[463] Da die Grundfreiheiten nicht als Instrumente einer umfassenden Marktliberalisierung gelten, sondern diskriminierende Marktzutrittshürden abbauen sollen,[464] ist ein verringertes Wettbewerbspotential durch mangelnde staatliche Nachfrage im Binnenmarkt hinzunehmen.

III. Verbot der Wettbewerbsverfälschung

Dennoch ist die *Make-or-procure*-Entscheidung nach der Rechtsprechung des EuGH nicht unionsrechtlich irrelevant.[465] So mag zwar keine Pflicht zur Beschaffung am Markt bestehen, doch haben nach der Ansicht des EuGH die nationalen staatlichen Stellen bei der Auswahl eines Verwaltungsinstruments zur Erbringung von Bau- und Dienstleistungen auch keinen unbeschränkten Entscheidungsspielraum. Die Wahl der Handlungsform unterliegt den primärrechtlichen Grundsätzen der Grundfreiheiten, woraus sich wiederum die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitiger Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz ableiten.[466] Der Verlauf dieser Grenzen ist bisher jedoch noch nicht ausgeleuchtet. Da sich die Grundsätze des Vergabeprimärrechts aus den Grundfreiheiten und dem ungeschriebenen allgemeinen Gleichbehand-

463 Zu den Gewährleistungsinhalten des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips: Teil 2, Kap. 1, III., 2. Durchaus kritisch aber der Generalanwalt *Campos Sánchez-Bordona*, der in der schwachen Regulierung der *Make-or-procure*-Entscheidung eine Gefahr für die Verwirklichung des Binnenmarktes erkennt. S. dazu: Schlussanträge des GA Campos Sánchez-Bordona, 29.1.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:47 Rn. 31 (ISE/Stadt Köln).

464 S. Teil 2, Kap. 1, III., 2.

465 Vgl. zur Feststellung, dass das Unionsrecht auf dem Gebiet der *Inhouse*-Vergabe und der vertikalen Zusammenarbeit nicht abschließend formuliert sei: Schlussanträge des GA Hogan, 7.5.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:369 Rn. 44–50 (Irgita).

466 EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 (Irgita). Damit hat der EuGH seine Rechtsprechung leicht abgeändert. In seiner *Inhouse*-Rechtsprechung zum Sachverhalt um die Stadt Halle stellte der EuGH noch fest: »Nicht nachprüfbar sind Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielen«. Dazu: EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 35 (Stadt Halle). Allerdings ist auch die Entscheidung, ob die Leistung durch Eigenfertigung oder Fremdbezug erbracht werden soll, eine Entscheidung, die sich vor der Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielt.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungsgrundsatz ableiten,[467] sind auch deren Maßstäbe anzulegen. Daraus folgt, dass die Entscheidung für die staatliche Eigenfertigung nicht zu Ungleichbehandlungen von Marktteilnehmern oder zu einer Wettbewerbsverfälschung führen darf.[468]

Grundsätzlich ist das Potential einer Wettbewerbsverfälschung durch die staatliche *Make-or-procure*-Entscheidung eher gering. Wenn sich der Staat für die staatliche Eigenfertigung der Leistung entscheidet, besteht grundsätzlich keine Gefahr der Ungleichbehandlung vergleichbarer Marktteilnehmer, da in der Entscheidung für die Eigenfertigung keine Nachfrage am Markt liegt.[469] Mit der Entscheidung für die staatliche Eigenfertigung werden alle Marktteilnehmer von der Leistungserstellung ausgeschlossen. Dies betrifft vor allem den Fall, wenn die staatliche Einrichtung ihre unselbstständigen Einheiten oder die selbstständigen Einheiten, über die sie die Kontrolle besitzt, zur Leistungserstellung anweist.[470] Ferner bleibt es beim allgemeinen Risiko einer wettbewerblichen Marktstruktur, dass die Leistung Privater nicht mehr nachgefragt wird. Ebenso wenig wie es einen Anspruch auf Belieferung der öffentlichen Hand gibt,[471] liegt in der Entscheidung für die staatliche Eigenfertigung ein rechtlich relevanter Ausschluss von Marktteilnehmern. So widersprach auch eine litauische gesetzliche Regelung, die eine Subsidiarität der staatlichen Eigenfertigung vorsah, nach Ansicht des EuGH nicht dem Unionsrecht. Das Gesetz machte die innerstaatliche Zulässigkeit der Eigenfertigung davon abhängig, dass eine öffentliche Auftragsvergabe nach außen nicht die Qualität oder Kontinuität der Aufgabenerfüllung sowie ihre Bezahlbarkeit aufrechterhalten könne.[472] Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt waren, durften die litauischen Stellen die Leistung in Eigenfertigung herstellen.

Dennoch können Fälle existieren, in denen die Entscheidung für die Eigenfertigung durchaus problematisch ist, nämlich wenn durch die staatliche Eigenfertigung die Leistungen privater Marktteilnehmer torpediert

467 EuGH, 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 47–49, 60 f. (Parking Brixen); 6.4.2006 – C-410/04 – ECLI:EU:C:2006:237 Rn. 18–21 (ANAV); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 38 f. (Sea); 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 (Irgita).

468 Zum Grundsatz der Chancengleichheit und des Wettbewerbs im Rahmen der Bedarfsdefinition Teil 2, Kap. 1, B., II., 1. und Teil 2, Kap. 1, B., III.

469 *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 362 f.; vgl. *Ziekow*, NZBau 2015, S. 258.

470 Zu den Fällen der *Inhouse*-Ausnahme: Teil 1, Kap. 1, C., II., 2., b., aa.

471 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2.

472 EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 40 (Irgita).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden oder aber wenn die staatliche Eigenfertigung untrennbar mit der Leistung bestimmter Privater verbunden ist und für diese einen Vorteil im Wettbewerb schafft. Letzteres kann insbesondere im Rahmen der staatlichen Kooperation geschehen.[473] So kann die staatliche Entscheidung zur Eigenfertigung dann gegen den Grundsatz der Transparenz verstoßen, wenn die staatliche Eigenfertigung im Ergebnis zur Verdrängung eines privaten Marktteilnehmers führt, der bereits einen öffentlichen Auftrag zur Erbringung der entsprechenden Leistung bei demselben öffentlichen Auftraggeber innehat.[474] Auch wenn die Entscheidung für die Eigenfertigung immer dann erfolgt, wenn abzusehen ist, dass sich kein inländisches oder ein bestimmtes Unternehmen auf den öffentlichen Auftrag bewirbt, ist dies im Hinblick auf den vergabeprimärrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung problematisch.[475]

Ist Gegenstand der staatlichen Eigenfertigung die Weitergabe von Leistungen privater Marktteilnehmer, wie beispielsweise der interkommunale (kostenfreie) Austausch von Software[476], können Vorteile für denjenigen Marktteilnehmer begründet werden, der bereits die öffentliche Hand beliefert hat und dessen Leistung nun zwischen staatlichen Einrichtungen geteilt und erweitert wird. Eine Erweiterung einer derartigen interkommunalen Kooperation auf verschiedene Kommunen würde den Kreis der Nachfrager anderer Leistungen verkleinern und könnte auf längere Sicht zu marktbeherrschenden Stellungen auf der Anbieterseite und damit zu weniger wirtschaftlichen Beschaffungen führen.[477] Der Marktteilnehmer würde durch die Zusammenarbeit der staatlichen Einrichtungen zumindest mittelbar im Wettbewerb begünstigt werden. So könnten sich nämlich unabhängig von der innerstaatlichen Kooperation Wartungsaufträge oder weitere Aufträge

473 Besonders der 31. Erwägungsgrund der VRL stellt heraus, dass eine öffentlich-rechtliche Zusammenarbeit nicht zur Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Marktteilnehmern führen darf. Vgl. auch *Eisentraut*, Vergabe an die Öffentliche Hand, S. 180.

474 EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 62 f. (Irgita).

475 *Gerlach*, NZBau 2020, S. 426, 428.

476 EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 (ISE/Stadt Köln). Grundsätzlich ist die kostenlose Weitergabe von Software zwischen Einrichtungen des Staates nach den sog. »Kieler Beschlüssen« zumindest nach der nationalen Rechtslage kein ausschreibungspflichtiger Vorgang. Beim Austausch oder der Überlassung von Leistungen von staatlichen Einrichtungen an andere Einrichtungen kann es sich um einen Vorgang der Eigenfertigung handeln. Dazu auch ähnlich: *Sudbrock*, IR 2020, S. 187, 187 f.

477 Zum *Lock-in*-Effekt: Teil 2, Kap. 1, B., III., 3., c.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

in Bezug auf das übertragene System oder die übertragene Anlage für den Marktteilnehmer anschließen. Auch wenn Kooperationen zwischen öffentlichen Auftraggebern i.S.v. § 108 GWB grundsätzlich vergabefrei bleiben, dürfen diese wiederum nicht zur Wettbewerbsverzerrung gegenüber Privaten führen. Der 31. und 33. Erwägungsgrund der VRL weisen insbesondere daraufhin, dass private Dienstleister nicht bessergestellt werden sollen als ihre Wettbewerber. Daraus folgt wiederum, dass im Falle der Erweiterung der vorhandenen Anlagen und Systeme der öffentliche Auftraggeber zumindest anderen potenziellen Marktteilnehmern hinreichende Informationen über die vorhandenen Anlagen und Systeme zukommen lassen muss.[478] Insofern haben die staatlichen Einrichtungen bei der innerstaatlichen Zusammenarbeit, der mit dem Austausch von privaten Leistungen verbunden ist, darauf zu achten, die Chancengleichheit der Marktteilnehmer zu gewährleistet.

Folglich besteht zwar keine generelle vergaberechtliche Pflicht zur Beschaffung am Markt, den staatlichen Stellen bleibt auch weiterhin ein weiter Spielraum bei der *Make-or-procure*-Entscheidung, doch müssen staatliche Stellen im Einzelnen prüfen, ob mit der Entscheidung für die Eigenfertigung in irgendeiner Weise Private besser gestellt werden.

D. Sonderfall: Beschaffung von Verkehrsleistungen nach PBefG, AEG und VO (EG) Nr. 1370/2007

Ein Sonderfall der Frage, ob beschafft werden soll, ist die Nachfrage nach Verkehrsleistungen. Die Beschaffung von Verkehrsleistungen auf Schiene und Straße wird aufgrund sektoraler Besonderheiten durch ein separates Rechtsregime, insbesondere das PBefG, das AEG und die europäische VO (EG) Nr. 1370/2007[479] geregelt. Letztere regelt die Vergabe und die Finanzierung von Verkehrsdienstleistungen, die ohne staatliche Unterstützung meist nur defizitär betrieben werden können.[480] Hierbei handelt es

478 EuGH, 28.5.2020 – C-796/18 – ECLI:EU:C:2020:395 Rn. 74 (ISE/Stadt Köln); vgl. auch *Krohn/Müller*, NZBau 2020, S. 491, 495.

479 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. 1107/07 des Rates, EUAbl. 2007 Ö 315/1.

480 S. dazu unter anderem den fünften Erwägungsgrund der VO (EG) Nr. 1370/2007. S. auch zur Feststellung, dass der Verkehr in Deutschland i.d.R. gemeinwirtschaftlich

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich vor allem um die Beförderung mit Straßenbahnen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr (Bussen) sowie den Verkehr mit der Eisenbahn. Unterlägen diese Bereiche den freien Kräften des Marktes, wäre in vielen Fällen, insbesondere für unrentable Taktzeiten oder Linien, ein sektorales Marktversagen die Folge.[481] Um dennoch eine ausreichende Infrastruktur für die Allgemeinheit zu gewährleisten, besteht die Möglichkeit, Verkehrsleistungen durch den Staat auszuschreiben oder selbst anzubieten. In dem Fall gilt im nationalen Recht nach Maßgabe des PBefG ein Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit (I.), der aus Gründen der Wirtschaftlichkeit der eigenwirtschaftlichen Bedienung des Verkehrs Vorrang einräumt. Da nur die Nachfrage nach gemeinwirtschaftlichen Verkehren als Beschaffung gilt (II.), liegt im Bereich der Nachfrage nach Verkehrsleistungen ein besonderer Fall der *Make-or-procure*-Entscheidung (III.).

I. Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit

Die staatliche Gewährleistung ausreichender Verkehrsversorgung im Busverkehr unterliegt einem Regel-Ausnahme-Prinzip, das sich im sog. Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit[482] widerspiegelt. Für Eisenbahnleistungen geht man davon aus, dass der Verkehr nie eigenwirtschaftlich erbracht werden könne[483], weswegen der Grundsatz des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit für den Eisenbahnsektor keine gesteigerte Rolle spielt. Der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit im Busverkehr ergibt sich explizit aus § 8 Abs. 4 S. 1, § 8a Abs. 1 S. 1 PBefG und privilegiert die eigenwirtschaftliche

betrieben wird: *Knauff*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 28 Rn. 10; *Otting/Olgemöller/Tresselt*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 70 Rn. 32. Vgl. auch *Heinze*, in: ders./Fehling/Fiedler, PBefG, § 8 Rn. 55 f.

481 Vgl. *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 293 f.; *Knauff*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 28 Rn. 10; *Schink/Kuhn/Rühl*, Der Landkreis 2001, S. 438, 441.

482 BVerwG, 19.10.2006 – 3 C 33/05, NZBau 2007, S. 191, 192 Rn. 27; 29.10.2009 – 3 C 1/09, NVwZ-RR 2010, 559, 560 Rn. 18; *Heinze*, in: ders./Fehling/Fiedler, PBefG, § 8 Rn. 96; *Ziekow*, NVwZ 2009, S. 865. Eingeführt wurde die Unterscheidung zwischen eigen- und gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen mit der Reform des PBefG im Jahre 1996. S. dazu: *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 426.

483 *Otting/Olgemöller/Tresselt*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 70 Rn. 38; *Monopolkommission*, Sondergutachten 60, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Rn. 235; *Monopolkommission*, Sondergutachten 55, Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung, Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bedienung des Verkehrs. Nach § 8 Abs. 4 S. 2 PBefG sind eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen solche, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften und sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne gedeckt wird. Letztere dürfen keine Ausgleichleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Pflichten darstellen. Ferner dürfen keine ausschließlichen Rechte gewährleistet werden.[484] Es besteht nach § 13 PBefG bei Erfüllung aller Genehmigungsvoraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung für einen eigenwirtschaftlichen Verkehr, welcher nicht durch Zahlungen der öffentlichen Kassen unterstützt wird.[485] Dem gegenüber stehen gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistungen als solche Leistungen, die mangels expliziter Definition keine eigenwirtschaftlichen Verkehre darstellen. Gemeinwirtschaftliche Verkehre sind in negativer Definition solche, die keine eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen nach § 8 Abs. 4 PBefG sind. Kann eine Verkehrsleistung nicht eigenwirtschaftlich erbracht werden, sind entsprechend § 8a Abs. 1 S. 1 PBefG die Regelungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 maßgeblich.[486] Die öffentliche Hand ist dann zur Ausschreibung der gewünschten Verkehrsleistungen in Form von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen i.S.d. Art. 5 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007[487] ver-

484 In der VO (EG) Nr. 1370/2007 werden diese Verkehre als kommerzielle Verkehre bezeichnet. S. dazu: *Otting/Olgemöller/Tresselt*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 70 Rn. 35. In der Praxis bleibt vielfach unklar, wann ein Verkehr als eigenwirtschaftlich zu beurteilen ist. Eine genaue Abgrenzung ist in dieser Arbeit aber nicht von Belang. Siehe zur Schwierigkeit der Bestimmung auch: *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 427 f.; *Otting/Olgemöller/Tresselt*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 70 Rn. 22 f.; *Ziekow*, NVwZ 2009, S. 865, 867.

485 *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 437; *Ziekow*, NVwZ 2009, S. 865, 868.

486 Streng genommen bedarf es dieses Verweises im nationalen Recht nicht, da es sich bei der Verordnung i.S.d. Art. 288 UAbs. 2 AEUV um eine unmittelbar anwendbare Regelung handelt, die darüber hinaus aufgrund des Grundsatzes vom Vorrang des Unionsrechts dem nationalen Recht vorgeht.

487 Möglich ist die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Vergaberichtlinien (VRL, SektRL) entsprechend Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO (EG) 1370/2007. Dabei handelt es sich in der Praxis um sog. Bruttoverträge, auf deren Grundlage der Verkehrsdienstleister vom Aufgabenträger (der öffentlichen Hand) einen Festpreis für die Verkehrsleistung erhält, so dass das Erlösrisiko bei der öffentlichen Hand liegt. S. dazu auch: *Knauff*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 28 Rn. 46. Ferner können öffentliche Dienstleistungsaufträge auch Dienstleistungskonzessionen i.S.d. Art. 5 Abs. 1 S. 2 a.E. VO (EG) 1370/2007 sein, die nach den Vorgaben der VO (EG) 1370/2007 vergeben werden. Dann liegt das Erlösrisiko beim Verkehrsunternehmen. S. auch Art. 10 Abs. 3 KonzRL. Konzessionen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste fallen nicht in den An-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

pflichtet. Gemeinwirtschaftliche Verkehre zeichnen sich durch die finanzielle Unterstützung des Staates aus. Hintergrund des Vorrangs der Eigenwirtschaftlichkeit ist das Ziel, Verkehrsleistungen für die Allgemeinheit so wirtschaftlich wie möglich und ohne Rückgriff auf die Finanzmittel der öffentlichen Kassen zu erbringen.[488] Damit findet sich im Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit primär der haushaltsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wieder. Dies ergibt sich auch aus § 8 Abs. 3a PBefG, nach dem die Genehmigungsbehörde unter Berücksichtigung des Nahverkehrsplanes bei der Erfüllung ihrer Aufgaben eine an den Interessen einer wirtschaftlichen, den Klimaschutz und die Nachhaltigkeit sowie die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse ausgerichteten Verkehrsgestaltung beachtet.

II. Gemeinwirtschaftliche Verkehre als Beschaffung

Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehrsleistung unterscheiden sich im Initiator: Während eigenwirtschaftliche Verkehre durch das Unternehmen initiiert werden[489], werden gemeinwirtschaftliche Verkehre durch die staatlichen Einrichtungen, in der Regel den Aufgabenträger, initiiert[490]. Dies bedeutet auch, dass der Aufgabenträger bei der Ausschreibung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen konkrete und über den Nahverkehrsplan hinausgehende Anforderungen an die Leistungserbringung stellen kann, die das bezuschlagte Unternehmen dann zwingend zu befolgen hat.[491] Hingegen ist die Erbringung des eigenwirtschaftlichen Verkehrs und die damit verbundene Genehmigung nur an die Vorausset-

---

wendungsbereich der KonzRL. Die Aufgabenträger haben einen Spielraum bei der Entscheidung, ob sie den gemeinwirtschaftlichen Verkehr als öffentlichen Auftrag oder als Dienstleistungskonzession organisieren wollen. So: BVerwG, 29.10.2009 – 3 C 1/09, NVwZ-RR 2010, S. 559, 560 Rn. 19.

488 *Ziekow*, NVwZ 2009, S. 865; *Otting/Olgemöller/Tresselt*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 70 Rn. 32.

489 BVerwG, 19.10.2006 – 3 C 33/05, NZBau 2007, S. 191, 193 Rn. 35; *Ziekow*, NVwZ 2009, S. 865; *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 119.

490 *Ronellenfitsch*, VerwArch 92 (2001), S. 131, 142; *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 439, 440.

491 *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 441.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zungen des Nahverkehrsplanes gebunden.[492] Selbst bei Abweichung vom Nahverkehrsplan steht es im Ermessen der Genehmigungsbehörde, dem Unternehmen eine Genehmigung zu erteilen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 13 Abs. 2a S. 1 PBefG, nach dem eine Genehmigung für den öffentlichen Personennahverkehr lediglich versagt werden *kann*, wenn der beantragte Verkehr nicht mit dem Nahverkehrsplan übereinstimmt. Eigenwirtschaftliche und gemeinwirtschaftliche Verkehre unterscheiden sich also schon aufgrund ihres Pflichteninhalts.

Insofern wird vertreten, dass eigenwirtschaftliche Verkehrsleistungen aufgrund ihres gewerberechtlichen Zulassungscharakters und mangels staatlicher Nachfrage keine Beschaffung darstellen.[493] Es entstehen keine Vertragsbeziehungen zwischen Staat und Inhaber einer Genehmigung zur Erbringung eigenwirtschaftlicher Verkehrsleistungen, was ferner gegen eine rechtsgeschäftliche Beschaffung spricht.[494] Damit stellt die Genehmigung eigenwirtschaftlicher Verkehre keinen Akt der Beschaffung dar, während gemeinwirtschaftliche Verkehre als Beschaffung gelten.

Infolgedessen stellt sich die Frage, ob und wie das aufgezeigte Zulassungs- und Vergaberegime des Verkehrssektors einen Anwendungsfall der *Make-or-procure*-Entscheidung darstellt. Voraussetzung der *Make-or-procure*-Entscheidung ist, dass überhaupt ein Bedarf besteht.[495] Auch wenn keine aktive Nachfrage nach eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen erfolgt, besteht doch ein Bedarf an derartigen Leistungen. Da der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben verpflichtet ist und die Gewährleistung eines ausreichenden Verkehrs Teil seiner staatlichen Aufgaben ist, besteht bei Aussetzung auch nur einer Linie oder eines Linienbündels ein Bedarf zur Bedienung der Linie oder des Linienbündels. Dass überhaupt ein Bedarf entstehen kann, liegt unter anderem an dem Verbot der Doppelbedienung im Busverkehr, welches eine ausschließliche Bedienung einer Linie bzw. ei-

492 So können sich im Nahverkehrsplan auch Anforderungen an die Busse wiederfinden. Für niedersächsische Nahverkehrspläne ergibt sich dies unter anderem aus § 6 Abs. 1 Nr. 2, 3 NNVG.

493 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 273 f.; vgl. auch OLG Naumburg, 17.1.2014 – 2 Verg 6/13, NZBau 2014, S. 528 Ls. 2; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 103 Rn. 59 Fn. 82.

494 *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 119.

495 Zum Bedarfsdeckungsprozess: Teil 1, Kap. 1, D.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nes Linienbündels ermöglicht.[496] Die gewerberechtliche Genehmigung gestattet dem begünstigten Unternehmen entsprechend § 9 i.V.m. § 42 PBefG den Verkehr auf der genehmigten Linie oder dem Linienbündel. Wird eine Linie durch einen Unternehmer nicht mehr bedient, wird die vorangegangene Leistung nicht etwa automatisch durch einen anderen Unternehmer aufgefangen, sondern die Linie bleibt zunächst unbefahren. Insofern besteht auch vor der Zulassung eines eigenwirtschaftlichen Verkehrs ein Bedarf an Verkehrsleistungen. Der Unterschied zu gemeinwirtschaftlichen Verkehren liegt darin, dass der Staat die Leistung nicht aktiv nachfragt. Der Staat darf erst am Markt nachfragen, wenn keine eigenwirtschaftliche Bedienung möglich ist. Die eigenwirtschaftliche Erbringung des Verkehrs lässt sich allerdings nicht als ein Bereich der Eigenfertigung durch die Verwaltung beschreiben, denn bei der eigenwirtschaftlichen Erbringung des Verkehrs ist der Staat gerade nicht in die Leistungserstellung involviert.

III. Fazit

Der Unterschied zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Verkehren liegt darin, dass der Staat bei eigenwirtschaftlichen Verkehren keine Leistung aktiv am Markt nachfragen muss und diese Verkehrsleistungen keine Beschaffung darstellen. Damit ist der Vorrang der Eigenwirtschaftlichkeit keine Grenze der *Make-or-procure*-Entscheidung, vielmehr begrenzt der Grundsatz die Feststellung, ob überhaupt ein Bedarf besteht, der durch Beschaffung oder Eigenfertigung gedeckt werden muss. Der Vorrang begrenzt als Ausprägung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes die Entscheidung, ob *überhaupt* beschafft oder die Leistung in Eigenregie erbracht werden darf, die wiederum Auswirkungen auf die Bedarfsdefinition (und deren Konkretisierungsgrad) haben kann. Diese Grenze wird in der Praxis durch eine notwendige Vorabfrage eigenwirtschaftlicher

496 Dies ergibt sich aus § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a und b PBefG, nach denen eine Genehmigung versagt werden kann, wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann, oder der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben wahrnehmen soll, die vorhandene Unternehmen oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen. S. auch: BVerwG, 24.6.2010 – 3 C 14/09, juris Rn. 27; *Spanka*, Gewährleistung des öffentlichen Personennahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, S. 82 m.w.N. Eine Genehmigung wird für den Verkehr auf einer bestimmten Linie, bzw. ein Bündel aus mehreren Linien (sog. Linienbündel) erteilt. S. auch: § 42 PBefG.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verkehrsbedienung durch den Aufgabenträger abgesteckt. Dies zeigt sich daran, dass der Ausschreibung einer gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistung zwingend eine Vorabbekanntmachung vorausgehen muss, die die Beschaffungsabsicht des Staates unter den Vorbehalt stellt, dass keine eigenwirtschaftliche Verkehrsleistung erbracht werden kann (vgl. § 12 Abs. 6 PBefG).[497]

497 BVerwG, 29.10.2009 – 3 C 1/09, NVwZ-RR 2010, S. 559, 560 Rn. 20 f. Um eine verlässliche Prognose darüber anzustellen, ob eine eigenwirtschaftliche Verkehrserbringung möglich ist, ist ein sog. »vorgeschalteter Genehmigungswettbewerb« notwendig. S. dazu: BVerwG, 29.10.2009 – 3 C 1/09, NVwZ-RR 2010, S. 559, 560 Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 3: Grenzen bei der Wahl der Beschaffungsform

Die Beschaffungsentscheidung umfasst die Entscheidung im Einzelfall, welche Form der Beschaffung genutzt werden soll. Dem Staat stehen imperative Formen, wie die Enteignung, und rechtsgeschäftliche Mittel zur Verfügung. Ferner ist darüber zu entscheiden, ob und inwieweit Private in die Aufgabenerfüllung einbezogen werden (sog. Privatisierung). Sachliche Gegebenheiten beschränken die Auswahl einer bestimmten Handlungsform allerdings häufig faktisch. Besteht im Einzelfall ein Bedarf an einem bestimmten Grundstück, um ein konkretes Bauvorhaben zu realisieren, liegt eine rechtsgeschäftliche Einigung oder als *ultima ratio* die Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG nahe. Da es im konkreten Fall auf die Lage des betreffenden Grundstücks ankommt, wäre eine vorherige Ausschreibung nicht zielführend.

Eine allgemeine Privatisierungspflicht oder ein allgemeines Privatisierungsverbot existiert nicht (A.). Grenzen können sich bei der Wahl der Beschaffungsform allenfalls aus haushaltsrechtlichen Vorschriften (B.) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (C.) ergeben.

A. Kein allgemeines Gebot oder Verbot der Privatisierung

Da sich der Vorgang der Privatisierung im Einzelfall danach bestimmt, wie die rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Staat und Privaten ausgestaltet ist, ist auch die Frage nach den Grenzen der Privatisierung grundsätzlich eine Materie der Beschaffungsautonomie. Als Formen funktionaler Privatisierung werden unter anderem die Konzessionierung im Sinne der KonzRL, die ÖPP, die Verwaltungshilfe sowie die Beleihung angesehen.[498]

Eine ausführliche Erörterung der Zulässigkeit von Privatisierungen soll im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen. Festzuhalten ist, dass das Unionsrecht und nationale Recht weder ein absolutes Privatisierungsverbot noch eine Privatisierungspflicht vorsehen. Das Grundgesetz kennt keine allge-

498 Zu den Formen der Beschaffung: Teil 1, Kap. 1, C., I.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

meine Privatisierungsschranke bzw. kein absolutes Privatisierungsverbot[499] und auch keine Privatisierungspflicht[500]. Anhand einer Aufgabenlehre lassen sich keine handfesten Kriterien entwickeln, die die Übertragung von Aufgaben auf Private verbietet,[501] zumal das Verständnis von Aufgaben in der Literatur stark differenziert. Ebenso sehen das Unionsrecht und vor allem die vergaberechtlichen Regelungen keine Pflicht zur Privatisierung vor.[502] Dementsprechend wird das Vergaberecht auch als Privatisierungsfolgenrecht[503] bezeichnet. Das Vergaberecht gelangt grundsätzlich erst dann zur Anwendung, wenn über die Privatisierung entschieden wurde.

Insofern sind den staatlichen Einrichtungen innerhalb ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs neben den haushaltsrechtlichen Bindungen und ausdrücklichen Grenzen, wie vereinzelten kommunalen Subsidiaritätsklauseln[504], im Einzelfall keine allgemeinen Grenzen bei der Entscheidung über die Auslagerung einer Aufgabe an Private gezogen.

B. Haushaltsrechtliche Vorschriften: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Auch die Beschaffungsentscheidung muss sich an den haushaltsrechtlichen Maßstäben von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 Abs. 1 HGrG messen lassen. Bei der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach § 7 Abs. 2 S. 1 BHO/LHO ist auch nach § 7 Abs. 2 S. 2 BHO/LHO die mit der Maßnahme verbundene Risikoverteilung zu untersuchen. Die Norm ist speziell auf die Konzeption von ÖPP zugeschnitten.[505] Folglich ziehen die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Beschaffungsentscheidung Grenzen.

499 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 175–179, 211; *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 123; *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962, 969 m.w.N.; *Brohm*, NJW 1994, S. 281, 284; *Gramm*, Privatisierung, S. 344; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 275; vgl. *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 493, 500 f.

500 *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 75 Rn. 22; *Ernst*, Grundsatz digitaler Souveränität, S. 22; *Helm*, Rechtspflicht zur Privatisierung, S. 278 f.; a.A. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 65 ff.

501 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 161.

502 *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 210.

503 *Burgi*, NZBau 2005, S. 208, 210.

504 Vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, § 17 Rn. 46.

505 Vgl. BT-Drs. 15/5668, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Richtschnur der Entscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher und imperativer Beschaffung

Die Entscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher und imperativer Beschaffung ist allerdings durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit begrenzt. Dieser Grundsatz schreibt ein maßvolles Vorgehen der staatlichen Gewalt bei Eingriffen in subjektive Rechte vor und zeichnet sich durch eine Zweck-Mittel-Relation im Einzelfall aus. Das staatliche Mittel muss einem legitimen, im öffentlichen Interesse liegenden Zweck dienen, geeignet, erforderlich und in Relation zum verfolgten Zweck angemessen sein.[506]

Für die Beschaffungsentscheidung bedeutet das, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Auswahl zwischen imperativer und rechtsgeschäftlicher Beschaffung den Staat in der Regel zur Wahl der letzteren Alternative verpflichtet. Die rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten der Beschaffung weisen gegenüber der imperativen Beschaffung, namentlich der Enteignung, in der Regel keine bis nur eine minimale Eingriffsintensität auf,[507] so dass die rechtsgeschäftliche Beschaffung – wenn sie möglich ist – regelmäßig gegenüber der imperativen Beschaffung das mildere Mittel sein wird. Anschaulich wird dies an § 87 Abs. 1, 2 BauGB, der die Möglichkeit der Enteignung von Grundstücken vorsieht. Demnach ist die Enteignung ist nur zulässig, wenn der Enteignungszweck auf andere zumutbare Weise nicht erreicht werden kann, insbesondere muss sich der Antragssteller vorher ernsthaft um den freihändigen Erwerb des zu enteignenden Grundstücks vergeblich bemüht haben. Die Enteignung ist *ultima ratio*.[508] Im Ergebnis ist die hoheitliche Beschaffung daher die subsidiäre Beschaffungsform.[509]

506 *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 20 Rn. 1876; *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 314; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 116 ff.

507 Siehe zur grundrechtlichen Relevanz der unterschiedlichen Beschaffungsformen: Teil 1, Kap. 2, D., II., 2.

508 BVerfGE 24, 367 (404 f.); BVerfGE 38, 175 (180); BGH, 7.7.1988 – III ZR 134/87, NJW 1989, S. 216, 218.

509 *Rittner/Dreher*, Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht (3. Aufl.), § 4 Rn. 5; *Rittner*, in: FS Benisch, S. 99, 101; *Säcker*, in: Montag/Säcker, MüKo, Wettbewerbsrecht, Bd. 3 (1. Aufl.), Einl. Rn. 10. Im Ergebnis auch: *Brohm*, NJW 1994, S. 281, 286; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 4: Grenzen bei der Anforderung immaterieller Kriterien

Mit der Leistungsbeschreibung eröffnet der öffentliche Auftraggeber unter anderem seinen Bedarf dem Markt.[510] Die Leistungsbeschreibung bildet aber nicht nur den Bedarf ab, der sich nach der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe richtet, sondern kann strategische Vergabezwecke (§ 97 Abs. 3 GWB) verfolgen, die die immateriellen Eigenschaften der Leistung betreffen. Derartige Wünsche des öffentlichen Auftraggebers sind nicht Teil der Bedarfsdefinition, da sie für die Aufgabenerfüllung unerheblich sind.[511] Häufig werden derartige Wünsche, wohl angesichts dessen, dass sie in Verbindung zur Leistung stehen, der Beschaffungsautonomie zugeordnet.[512] Im Einzelnen werden kartellvergaberechtliche (A.) und landesvergaberechtliche Vorschriften (B.) beleuchtet.

A. Kartellvergaberechtliche Vorgaben: Auftragsbezug und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Mit der Leistungsbeschreibung können auch solche Eigenschaften der Leistung gefordert werden, die sich nicht unmittelbar in der Leistung niederschlagen, sondern den Herstellungsprozess oder den Ort der Herstellung betreffen und dadurch in erster Linie zu preisbildenden Faktoren werden.[513] Insbesondere bei Dienstleistungen können in Form von besonderen Aus-

510 Zur Differenzierung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung: Teil 1, Kap. 1, E., III.

511 Zu den immateriellen Eigenschaften: Teil 1, Kap. 1, B., III., 2. und Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb.

512 So bei: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74; *Meurers*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 229; *Traupel*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 14 Rn. 7; *McCrudden*, Buying social justice, S. 522 f. Vgl. *Pietzcker*, SächsVbl. 1999, S. 289, 293. S. auch zur Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, nach dem die Beschaffungsentscheidung »unter anderem von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder solchen der sozialen, ökologischen oder ökonomischen Nachhaltigkeit« beeinflusst werde. Dazu: OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38.

513 Zu den immateriellen Eigenschaften: Teil 1, Kap. 1, B., III., 2. und Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

führungsbedingungen besondere über die Aufgabenerfüllung hinausgehende Anforderungen an die Leistung gestellt werden. Das dient der Verfolgung politischer Ziele bzw. Sekundärzwecke im Vergabeverfahren.[514] Derartige Aspekte können Teil der Leistungsbestimmung sein, eine vergaberechtliche Pflicht zur Berücksichtigung dieser Aspekte besteht aber nicht.[515] Die Möglichkeit der Einbeziehung in die Leistungsbeschreibung ergibt sich explizit aus § 31 Abs. 3 S. 2 VgV[516], wonach sich die begehrten Merkmale der Leistung auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen können. Lebenszyklus meint nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 20 VRL alle aufeinander folgenden und/oder miteinander verbundenen Stadien, einschließlich der durchzuführenden Forschung und Entwicklung, der Produktion, des Handels und der damit verbundenen Bedingungen, des Transports, der Nutzung und Wartung, während der Lebensdauer einer Ware oder eines Bauwerks oder während der Erbringung einer Dienstleistung, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zu Entsorgung, Aufräumarbeiten und Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung. Aufgrund der Weite der Definition können nunmehr auch

514 Allgemein: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 60 ff., 66; *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 17 ff.; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 87–89; *Weissenberg*, DB 1984, S. 2285 ff. Zur Verfolgung politischer Ziele im Rahmen der Leistungsbeschreibung: *Prieß/Friton*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 31 Rn. 33 f.; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 42. Zur strategischen Beschaffung mittels Ausführungsbedingungen: *Opitz*, in: Burgi/Dreher/ders., Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 128 Rn. 18; *Gyulai-Schmidt*, VergabeR 2019, S. 319 ff.

515 *Burgi*, NZBau 2015, S. 597, 599 f.

516 In der EuGH-Entscheidung zur Forderung von Öko- und Fair-Trade-Gütesiegeln (EKO und MAX HAVELAAR) entschied der EuGH angesichts der alten Fassungen der RL 2004/28/EG noch, dass soziale Anforderungen, wie die Forderung nach einer *Fair-Trade*-Produktion, nur Ausführungsbedingungen, aber nicht Bestandteil der technischen Spezifikationen der Leistungsbeschreibung sein könnten. Während im Anhang VI der RL 2004/28/EG technische Spezifikationen nur unter Verweis auf Produktionsprozesse und -methoden definiert wurden, definiert die VRL im Anhang VI heute technische Spezifikationen unter anderem als Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus. Aufgrund des Zusatzes »in jeder Phase des Lebenszyklus« würde die Entscheidung heute anders ausfallen. Siehe zur Entscheidung: EuGH, 10.5.2012 – C-368/10 – ECLI:EU:C:2012:284 Rn. 74 f. (Kommission/Niederlande).
Vergleichbare Vorschriften in: § 28 Abs. 3 S. 2 SektVO, § 15 Abs. 2 S. 2 KonzVgV, § 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

soziale Anforderungen, wie die Forderung nach unter Bedingungen des »*Fair-Trades*« produzierten Kaffee, in der Leistungsbeschreibung als technische Spezifikationen gefordert werden.[517]

Für derartige Anforderungen gilt die Grenze der Verhältnismäßigkeit. Nach § 31 Abs. 3 S. 2 VgV sind immaterielle Anforderungen an die Leistung nur zulässig, solange sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind. Ähnlich fordert § 128 Abs. 2 S. 1 GWB, dass Ausführungsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Hintergrund der Regelungen ist, dass immaterielle Anforderungen Sekundärzwecke verfolgen und nicht primär der Bedarfsdeckung und einem wirtschaftlichen Einkauf dienen.[518] Ferner ist die Verfolgung strategischer Vergabezwecke besonders missbrauchsanfällig für die Verfolgung protektionistischer Absichten, dementsprechend bildet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Korrektiv.[519] Einen Auftragsbezug weisen die Anforderungen auf, wenn sie mit dem Beschaffungsgegenstand in Verbindung stehen[520] und nicht nur auf die Organisation oder die Politik des Unternehmens abzielen.[521] Dies legt ein Vergleich mit dem 97. Erwägungsgrund der VRL nahe, der sich zwar auf Ausführungsbedingungen bezieht, aber den Bezug zum Auftragsgegenstand konkretisiert.[522] Im Sinne einer einheitlichen Auslegung der Richtlinie können die darin aufgeführten Konkretisierungen auch auf die Bestimmungen zur Leistungsbeschreibung angewendet werden. Solange die Anforderungen also in der konkreten Leistung begründet liegen, wird man einen Bezug zum Auftragsgegenstand annehmen können.

517 Zur Möglichkeit der Einbeziehung sozialer Anforderungen in die technischen Spezifikationen der Leistungsbeschreibung: *Weiß*, EuR 2013, S. 669, 685; *Latzel*, NZBau 2014, S. 673, 675; *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 74; a.A. noch *Steiff*, VergabeR 2009, S. 290, 294; wohl auch: *Prieß/Friton*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 31 Rn. 34.

518 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 81.

519 *Meurers*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 229. Vgl. auch *Steiff*, VergabeR 2009, S. 290, 291 f.; *Krönke*, VergabeR 2017, S. 101, 103.

520 Vgl. zur Redundanz des Tatbestandsmerkmals: *Krönke*, VergabeR 2017, S. 101, 107. Vgl. auch *Röwekamp/Hofmann/Wapelhorst*, NZBau 2022, S. 707, 708.

521 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 80 m.w.N. *Krönke*, VergabeR 2017, S. 101, 107. Vgl. auch Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., b., dd.

522 *Krönke*, VergabeR 2017, S. 101, 107.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit wird man wohl mit einem steigenden Auftragswert erhöhte Anforderungen an die Leistung stellen können,[523] wie bspw. soziale Anforderungen an bestimmte Schritte in der Herstellung der Leistung.[524] Insofern sind der staatlichen Leistungsbestimmung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grenzen gezogen, wenn der staatliche Nachfrager besondere Anforderungen an die immateriellen Eigenschaften der gewünschten Leistung stellt.

B. Landesvergaberechtliche Grenzen

Wenn der Landesgesetzgeber[525] den staatlichen Einrichtungen einen Spielraum zur Verfolgung ökologischer und sozialer Aspekte in jedem Stadium des Beschaffungsprozesses zuschreibt, gilt das auch für die immateriellen Eigenschaften der Leistung, die vor allem den Aspekt der Herstellung betreffen.[526] Demgegenüber sehen die meisten Landesvergabegesetze eine Pflicht für die staatlichen Stellen vor, bei der Nachfrage darauf zu achten, dass keine Leistungen beschafft werden, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt wurden. Die ILO-Kernarbeitsnormen stehen für zehn zwischenstaatliche Übereinkommen, die, von der Internationalen Arbeitsorganisation entwickelt, unter anderem die Vertragsstaaten zu Arbeitsschutzmaßnahmen verpflichten und die schlimmsten Formen von Kinderarbeit verbieten.[527] Die Kernarbeitsnormen bezie-

523 *Krönke*, VergabeR 2017, S. 101, 105; *Prieß/Friton*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 31 Rn. 41.

524 Insbesondere bei sehr umfangreichen Auftragsvergaben, die eher durch Großunternehmen befriedigt werden können, lässt sich die praktische Relevanz der Vorgaben des § 31 Abs. 3 VgV infragestellen. Unternehmen mit Sitz im Inland und mindestens 3000 Beschäftigten sind an die Vorgaben des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes (LkSG) gebunden. Bei Verstoß gegen die Vorgaben aus dem LkSG sind Unternehmen aus dem Vergabeverfahren nach § 22 LkSG auszuschließen.

525 Zur Sperrwirkung bundesgesetzlicher Regelungen: Teil 2, Kap. 1, D., I.

526 Ausdrücklich einen Spielraum zur Verfolgung ökologischer und/oder sozialer Aspekte im Rahmen der Bedarfsdefinition sehen vor: § 10 S. 1 NTVergG, § 12 STTG, § 2 Abs. 1 S. 3 VergabeG S-H und § 5 ThürVgV unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Haushaltsrecht, dem Umweltrecht und dem Unionsrecht.

527 Deutschland hat zehn von elf Übereinkommen der International Labour Organization (ILO) ratifiziert. S. dazu die offizielle Seite der International Labour Organization, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:10011:0::NO::P10011_DISPLAY_BY,P10011_CONVENTION_TYPE_CODE:2,F (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hen sich damit auf die immateriellen Eigenschaften einer Leistung, nämlich hauptsächlich ihrer Herstellung.

Nach den meisten Landesvergabegesetzen müssen die staatlichen Einrichtungen darauf »hinwirken«, dass keine Leistungen, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gefertigt wurden, nachgefragt werden.[528] Diese Pflicht zur »Hinwirkung« ist angesichts der völkerrechtlichen Bindung Deutschlands an die Übereinkommen als ein Verbot der Nachfrage nach derartigen Gütern zu verstehen.[529] In anderen Bundesländern ist die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen unter Bezugnahme auf das Wort »Sollen« ohnehin verpflichtend.[530] Daneben verpflichtet § 3a Abs. 4 S. 1 HmbVgG zur vorrangigen Beschaffung von fair gehandelten Waren, sofern dafür ein entsprechender Markt existiert und es wirtschaftlich vertretbar ist. Da die Vorschrift auf Nachweise zum fairen Handel verweist, kann der Begriff fair gehandelter Waren nur so verstanden werden, dass unter Bezugnahme auf anerkannte *Fair-Trade*-Kennzeichnungen beschafft wird.

528 § 8 Abs. 1 BerlAVG, § 18 Abs. 2 Brem. Tariftreue- und Vergabegesetz, § 3a Abs. 1 HmbVgG, § 11 Abs. 1 VgV M-V, § 12 Abs. 1 NTVergG, § 2a LTTG, § 11 STTG.

529 Im Ergebnis auch: *Meißner*, VergabeR 2012, S. 301, 308.

530 Derartige Sollens-Vorschriften sind § 12 LVG LSA und § 11 Abs. 1 ThürVgV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 5: Grenzen bei der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung

Teil der weiteren Leistungsbestimmung sind die Bestimmung des schuldrechtlichen Vertragstypus (A.) sowie die Bestimmung weiterer Vertragsbedingungen (B.).

A. Schuldrechtliche Bestimmung des Vertragstypus

Teil der Beschaffungsautonomie ist auch die schuldrechtliche Leistungsbestimmung und damit die Entscheidung, welcher Vertragstypus der Beschaffung zugrunde liegen soll. Vor allem der Erwerb von Gütern lässt sich in verschiedenen Formen realisieren. Vertragstypen sind bspw. der Kauf-, Miet- oder Leasingvertrag. Bei der Auswahl des Vertragstypus sind der öffentlichen Hand kaum Grenzen gesetzt. Vergaberechtliche Grenzen existieren nicht. Der Staat ist dementsprechend nicht verpflichtet, die begehrte Leistung mittels eines bestimmten Vertragstypus zu erwerben. Dies ergibt sich auch aus dem vergaberechtlichen Begriff des Erwerbs, der weit zu verstehen ist. So ist der Begriff des Erwerbs nach dem vierten Erwägungsgrund der VRL als »Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistung, Lieferungen oder Dienstleistungen, was nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt« zu verstehen. Ob der Erwerb also im Wege eines Kauf-, Miet- oder Leasingvertrags erfolgt, ist vergaberechtlich unerheblich.[531] Schuldrechtliche Formerfordernisse für die entsprechenden Erwerbsmöglichkeiten ergeben sich hingegen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch.[532]

Stellenweise ist die Abwägung zwischen verschiedenen schuldrechtlichen Möglichkeiten vorgesehen. So bewegt sich die Bestimmung des schuldrechtlichen Vertragstypus im Rahmen haushaltsrechtlicher Grundsätze. Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind nach § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG zu beachten. Die VV-BHO schreibt eine Prüfungspflicht bei unterschiedlichen Möglichkeiten des schuldrechtlichen

531 Siehe auch: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 175.
532 *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erwerbs vor. Nach VV-BHO/LHO Nr. 2.1 zu § 7 BHO/LHO ist bei Wahlmöglichkeiten zwischen unterschiedlichen Möglichkeiten des Erwerbs, ob über Kauf, Miete, Leasing, Mietkauf oder ähnlicher Verträge, zu prüfen, welche Vertragsart am wirtschaftlichsten ist. Ähnlich ist der Bund nach § 13 Abs. 2 KSG verpflichtet, bei mehreren Realisierungsmöglichkeiten, was auch unterschiedliche schuldrechtliche Leistungen einschließt, nach erfolgter Abwägung der klimaschonendsten Maßnahme den Vorrang zu geben.[533] Dies kann bedeuten, dass bspw. ein Mietmodell, mit dem keine zusätzlichen Lagerkapazitäten oder eine besondere Entsorgung für das entsprechende Gut verbunden sind, die ökologisch-nachhaltigere Alternative ist.

B. Bestimmung der Vertragsbedingungen: Verbot eines ungewöhnlichen Wagnisses

Teil der Beschaffungsautonomie ist auch die Bestimmung der jeweiligen Vertragsbedingungen. Insgesamt bestehen wenig konkrete Vorgaben für die öffentliche Hand, die bei der Konzeption von Vertragsbedingungen berücksichtigt werden müssen. Obligatorisch nach § 2 S. 2 VgV i.V.m. § 8a VOB/A, § 8a-EU VOB/A und § 8a-VS VOB/A sind die Vertragsbedingungen der VOB/B und VOB/C einzubeziehen, während die Vorgaben der VOL/B im Rahmen von sonstigen Lieferverträgen nur in der Regel in den Vertrag einzubeziehen sind. Letzteres ergibt sich aus § 29 Abs. 2 S. 1 VgV und § 21 Abs. 2 UVgO. Insofern verbleibt der öffentlichen Hand ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Bestimmung der Vertragsbedingungen.

Als eine feste Grenze der Beschaffungsautonomie ist hier allerdings das Verbot der Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses bzw. einer unzumutbaren Vertragsgestaltung zu nennen.[534] Für Vergaben im Baubereich ist das Verbot der Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses explizit in § 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A geregelt. Demnach darf der Auftraggeber dem Auftragnehmer kein

533 Vgl. zur Feststellung, dass das KSG auch Einfluss auf die Entscheidung zwischen Konzession und Rahmenvereinbarung aufgrund verschiedener Lebenszykluskosten hat: *Braun*, NZBau 2021, S. 707, 709.

534 VK Bund, 12.10.2011 – VK 2–115/11, juris Rn. 106; vgl. auch *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 36; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 30; OLG Düsseldorf, 19.10.2011 – VII-Verg 54/11, NZBau 2011, S. 762 ff.; OLG München, 6.8.2012 – Verg 14/12, ZfBR 2012, S. 805.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ungewöhnliches Wagnis für Umstände und Ereignisse aufbürden, auf die er »keinen Einfluss hat und deren Einfluss auf Preise und Fristen er nicht im Voraus abschätzen kann«[535]. Ungewöhnlich ist ein Wagnis nicht schon dann, wenn es von den gesetzlichen Bestimmungen abweicht, sondern dann, wenn es als unüblich in der entsprechenden Branche gilt.[536] Derartige ungewöhnliche Wagnisse werden angenommen, wenn bspw. der Auftraggeber die Risiken über die Finanzierbarkeit, über unvorhergesehene behördliche Maßnahmen oder über die Beschaffenheit des Baugrundstücks auf den Auftragnehmer übertragen möchte oder der Auftraggeber verbindliche Angaben über vorhandene Einrichtungen verlangt, ohne dass bisher eine Genehmigung vorliegt.[537]

Zweck der Regelung ist, dass der Auftraggeber nicht seine Nachfragemacht ausnutzt und Risiken, die seiner Einflusssphäre entstammen, auf den Vertragspartner überträgt.[538] Zwar wurde für Lieferleistungen und Dienstleistungen das Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses schon 2009 gestrichen, doch ist der Vertragspartner hier nicht schutzlos geworden. Unzumutbare Anforderungen an den Auftragnehmer, die eine vernünftige kaufmännische Kalkulation des Angebots unmöglich machen, sind weiterhin unzulässig.[539] Dies ergibt sich unter anderem aus dem Grundsatz der

535 OLG Naumburg, 22.1.2002 – 1 U (Kart) 2/01, juris Rn. 22; vgl. OLG Düsseldorf, 9.7.2003 – VII-Verg 26/03, Rn. 59.

536 *Dicks*, NZBau 2014, S. 731, 737; *Scharen*, in: FS Marx, S. 677, 680, 682; VK Baden-Württemberg, 18.2.2011 – 1 VK 02/11, juris Rn. 81; OLG Saarbrücken, 29.9.2004 – 1 Verg 6/04, juris Rn. 63. Bspw. ist Rahmenvereinbarungen das Risiko immanent, ob und in welchem Umfang die angebotene Leistung abgerufen wird. Siehe: OLG Düsseldorf, 24.11.2011 – Verg 62/11, ZfBR 2012, S. 187, 192. Weiter wohl *Markus*, nach dem ein ungewöhnliches Wagnis wohl dann vorliegt, wenn es von der gesetzlichen Risikoverteilung der VOB abweicht und es erhebliche finanzielle oder zeitliche Auswirkungen haben kann. S. *Markus*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 7 Rn. 44. *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB/A-EU, § 7 Rn. 3: »wenn es der in der jeweiligen Vertragsart üblichen Wagnisverteilung nicht entspricht«

537 *Markus*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 7 Rn. 45; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 42. Vgl. auch *Dicks*, NZBau 2014, S. 731.

538 Vgl. OLG Saarbrücken, 29.9.2004 – 1 Verg 6/04, juris Rn. 80; OLG München, 6.8.2012 – Verg 14/12, ZfBR 2012, S. 805, 807; VK Baden-Württemberg, 18.2.2011 – 1 VK 02/11, juris Rn. 81; VK Bund, 12.10.2011 – VK 2–115/11, juris Rn. 111; VK Niedersachsen, 3.9.2012 – VgK 29/2012, juris Rn. 74; *Markus*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 7 Rn. 45.

539 OLG Düsseldorf, 19.10.2011 – VII-Verg 54/11, NZBau 2011, S. 762, 762 f.; OLG München, 6.8.2012 – Verg 14/12, ZfBR 2012, S. 805, 806 f.; OLG Dresden, 28.11.2013 – Verg 6/13, ZfBR 2014, S. 812 f.; VK Bund, 12.10.2011 – VK 2 – 115/11, juris Rn. 103; VK

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Chancengleichheit aus § 97 Abs. 2 GWB, der die gleichen Teilnahmechancen für die Marktteilnehmer am Vergabewettbewerb garantieren soll[540], und dem Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung[541]. Verwendet der öffentliche Auftraggeber doch derartige Klauseln, hat dies zumindest bei Vorliegen eines ungewöhnlichen Wagnisses die Nichtigkeit nach § 134 BGB der entsprechenden Klausel zur Folge.[542] Bei der Gestaltung der Vertragsbedingungen darf der öffentliche Auftraggeber also keine ungewöhnlichen Wagnisse oder unzumutbare Klauseln aufstellen.

Niedersachsen, 3.9.2012 – VgK 29/2012, juris Rn. 71; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 44; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 31. Noch offen gelassen in: VK Baden-Württemberg, 18.2.2011 – 1 VK 02/11, juris Rn. 84 f. a.A. *Scharen*, in: FS Marx, S. 677, 684.

540 VK Bund, 12.10.2011 – VK 2 – 115/11, juris Rn. 107. Vgl. auch zur Grenze aus Art. 3 Abs. 1 GG bei der Einschätzung von Zukunftsentwicklungen und Rechtsfragen: *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VOB/A, § 7 Rn. 55.

541 VK Niedersachsen, 3.9.2012 – VgK 29/2012, juris Rn. 71.

542 *Markus*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 7 Rn. 41, 55; vgl. BGH, 11.11.1993 – VII ZR 47/93, NJW 1994, S. 850; a.A. *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB/A-EU, § 7 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitel 6: Folgerung für die Grenzen der Beschaffungsautonomie

Die Beschaffungsautonomie beschreibt einen relativen Spielraum und kein feststehendes rechtliches Prinzip in dem Sinne, dass es abwägend in eine Entscheidung einfließt. Hinter der staatlichen Bedarfsdeckung stehen die Pflichten zum Funktionserhalt und der Erfüllung staatlicher Aufgaben, die den Maßstab für Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung bilden.

Neben den haushaltsrechtlichen Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, die für jede staatliche Handlung gelten, stellen zentrale Grenzen der Bedarfsdefinition das Gebot der produktneutralen Ausschreibung und die vergaberechtlichen Grundsätze von Chancengleichheit und Wettbewerb dar, deren Verletzung aufgrund ihres subjektiv-rechtlichen Charakters (vgl. § 97 Abs. 6 GWB) durch den Einzelnen gerichtlich geltend gemacht werden können. Die Grundsätze verbieten, dass schon in der Analyse- und Planungsphase des Bedarfsdeckungsprozesses solche Festlegungen getroffen werden, die die kartellvergaberechtlichen Regelungen umgehen würden. Der häufig verwendete Satz, das Vergaberecht regele nicht das *Was*, sondern nur das *Wie* der Beschaffung, ist also differenziert zu betrachten. In einigen Fällen entfaltet das Vergaberecht Vorwirkungen für Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung, bevor die Nachfrage am Markt erfolgt.[543] Da das Vergaberecht aber keinen Einfluss auf die der Beschaffung zugrundeliegende staatliche Aufgabe hat, muss es richtig heißen, das Vergaberecht regelt nicht das *Wozu*, in engen Grenzen das *Was* und hauptsächlich das *Wie* der Beschaffung.[544]

Weder aus dem Vergaberecht noch aus anderen Rechtsgrundlagen lassen sich allerdings verbindliche Vorgaben im Hinblick auf die Art der zu beschaffenden Leistung im Sinne ihrer Verkehrsauffassung herleiten – damit bleibt der Verwaltung auch weiterhin ein weiter Eigenbereich bei der Entscheidung über die Art der begehrten Leistung. Hier verbleibt den staatlichen Einrichtungen ein Autonomiebereich, dessen Gebrauch allenfalls durch die Rechnungsprüfungsinstanzen am haushaltsrechtlichen Maßstab der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gemessen werden kann. Insofern

543 Vgl. auch Teil 2, Kap. 1, B., I.
544 Zu dieser Phrase: Einführung, A., I.; Teil 2, Kap. 1., F.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

steht den staatlichen Einrichtungen eine Letztentscheidungsbefugnis über die Art der Leistung im Sinne ihrer Verkehrsauffassung zu. Ausgehend von dem Verständnis eines vorgaben- und kontrollfreien Spielraums betrifft die Beschaffungsautonomie sachlich-inhaltlich die Entscheidung über die Leistung nach Art ihrer Verkehrsauffassung, wobei nicht auszuschließen ist, dass dieser Bereich im Einzelfall durch gesetzliche Regelungen geregelt und kontrolliert wird. Die Entscheidung über die Art der begehrten Leistung ist daher der inhaltliche Kern der Beschaffungsautonomie.

Im Bereich der hoheitlichen Beschaffung nehmen die staatlichen Stellen aufgrund der grundrechtlichen und gesetzlichen Einschränkungen keine Beschaffungsautonomie in Anspruch, vielmehr ist das Entscheidungsprogramm stark reglementiert und unterliegt der gerichtlichen Kontrolle.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zusammenfassung in Thesen

Die Beschaffungsautonomie, das erste Mal in einem rechtswissenschaftlichen Zusammenhang bei *N. Meyer* verwendet, ist der Entscheidungsspielraum der Verwaltung bei der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung, der sich aus der Abwesenheit konkreter gesetzlicher Vorschriften und der Reduzierung gerichtlicher Kontrolle ergibt. Sachlich-inhaltlicher Kern der Beschaffungsautonomie ist die Entscheidung über die gewünschte Leistung nach Art ihrer Verkehrsauffassung.

Teil 1 – Grundlagen der Beschaffungsautonomie

Systematik der staatlichen Bedarfsdeckung:

- Ein staatlicher Bedarf entsteht durch die notwendige Erfüllung staatlicher Aufgaben. Staatliche Aufgaben sind solche, die im Gesetz definiert sind. Eine Differenzierung zwischen bedarfsauslösenden Aufgaben ist nicht möglich. Vielmehr kann der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit als ein übergreifendes bedarfsauslösendes Moment begriffen werden, denn der Staat ist nur funktionsfähig, wenn er die ihm obliegenden Aufgaben erfüllt. Der staatliche Bedarf entsteht im Einzelfall, während staatliche Aufgaben abstrakt-generell bleiben und einen Tätigkeitsbereich umschreiben. Zwischen staatlichen Aufgaben, die gesetzlich verankert sind, Normen mit Bedarfsbezug und vergaberechtlichen Vorschriften ist wiederum zu differenzieren. Staatliche Aufgaben kennzeichnen einen Bereich, in dem der Staat tätig wird. Normen mit Bedarfsbezug sind solche gesetzlichen Regelungen, die die zugrundeliegende staatliche Aufgabe konkretisieren und für den Fall der Bedarfsdeckung, insbesondere der Beschaffung, Vorgaben für die Definition des Bedarfs oder die Beschaffung enthalten. Vergaberechtliche Vorschriften geben hingegen nicht unmittelbar bestimmte Leistungseigenschaften vor. Sonderfälle sind § 67 VgV und § 121 Abs. 2 GWB, die zwar formell dem Normkomplex des Vergaberechts zugeordnet sind, aber sachlich-inhaltliche Änderungen des Beschaffungsgegenstands vorsehen.
- Der Prozess der Ermittlung und Festlegung des Bedarfs ist teilweise ein politischer Prozess. Der staatliche Bedarf im Einzelnen kann auch politische Merkmale (im Vergaberecht: beschaffungs*fremde* Kriterien

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder Sekundärzwecke) aufweisen, wenn sich diese in den materiellen Eigenschaften niederschlagen, wie bspw. ein geringer Verbrauch. Das widerspricht nicht der Prämisse vom Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit als Grundlage von Beschaffungen, denn insb. eine ökologisch-nachhaltige Beschaffung dient aufgrund geringerer Lebenszykluskosten gerade dem Erhalt staatlicher Funktionsfähigkeit. Teil des staatlichen Bedarfs sind folglich materielle Leistungseigenschaften von Gütern, die das Produkt in ihrer Qualität auszeichnen und geeignet sind, einen Beitrag zur konkreten Aufgabenerfüllung zu leisten. Bei Dienstleistungen ist ein unmittelbarer, sachlicher Bezug zur konkreten Aufgabe ausschlaggebend. Der staatliche Bedarf umreißt im Ergebnis die Eigenschaften der Leistung, die zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit geeignet sind. Verlangt der Staat in der folgenden Beschaffung weitere Kriterien der Leistung, die bspw. den Herstellungsprozess betreffen, ist dies nicht mehr vom staatlichen Bedarf getragen, sondern Teil einer weiteren fakultativen Leistungsbestimmung.

- Die Beschaffung umschreibt den Erwerb von Leistungen durch Dritte zur Deckung des staatlichen Bedarfs, der aus der Erfüllung staatlicher Aufgaben entsteht. Konstitutives Merkmal der Beschaffung ist die Nachfrage. Formen der Beschaffung sind die rechtsgeschäftliche Beschaffung ohne Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung, die Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung und die Enteignung. Die Eigenfertigung bezeichnet die Leistungserstellung mit eigenen Mitteln oder eigenen Stellen. Dazu gehören unselbstständige Einheiten der Verwaltungsbehörden sowie selbstständige rechtsfähige Einheiten, die aufgrund der Beherrschung über sie oder aufgrund einer engen Zusammenarbeit mit anderen staatlichen Stellen funktional als eigene Stellen und eigene Mittel betrachtet werden können. Insbesondere wenn die Voraussetzungen des § 108 GWB erfüllt sind, liegt funktional betrachtet ein Fall der Eigenfertigung vor. Keinen Fall der Eigenfertigung stellt die verwaltungsinterne Umstrukturierung dar, namentlich die Organisationsprivatisierung und die reine Kompetenzübertragung auf rechtlich selbstständige Verwaltungsträger. Da die Beschaffung auch auf hoheitlichem Wege erfolgen kann, wird die staatliche Entscheidung zwischen Beschaffung und Eigenfertigung als *Make-or-procure*-Entscheidung bezeichnet. Bei der *Make-or-procure*-Entscheidung hat sich der Staat darauf festzulegen, ob dieser seinen Bedarf durch den Erwerb einer Leistung durch eine Nachfrage deckt oder ob der Staat auf die eigenen Stellen zur Leistungserstellung zurückgreift.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- Der Prozess der Bedarfsdeckung teilt sich in vier Phasen: die Analyse-, die Planungs-, die Durchführungs- und die Kontrollphase. Diese Phasen laufen nicht immer strikt nacheinander ab, sondern können sich auch überlappen und abwechseln. Im Rahmen der Analysephase sind zugrundeliegende staatliche Aufgabe und der Bedarf zur Erfüllung der Aufgabe festzustellen. Die Ermittlung des Bedarfs richtet sich an der entsprechenden staatlichen Aufgabe (Sachziel) und insbesondere den Grundsätzen von Rechtsstaatlichkeit und Wirtschaftlichkeit (Formalziel) aus, weswegen das Ergebnis der Bedarfsermittlung nicht zur beliebigen Disposition der öffentlichen Hand steht. Die notwendige Erfüllung der staatlichen Aufgabe lässt sich objektiv als ein Grundbedarf umschreiben. Vom ersten Grundbedarf sind weitere Konkretisierungen zu treffen, die durch Marktforschungen, die Hilfe externer Berater oder anderer staatlicher Einrichtungen oder durch Informationen vom eigenen Personal festgemacht werden können. Aufgrund fehlender Kenntnisse in der Verwaltung sind Markterkundungen häufig faktisch notwendig. Insbesondere bei der Inanspruchnahme externer Berater, die auch ein Interesse an der späteren Auftragserbringung haben, sind die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und der Chancengleichheit (§ 97 Abs. 1, 2 GWB) zu beachten. Zwischen Analyse- und Planungsphase nimmt die *Make-or-procure*-Entscheidung eine Sonderstellung ein. Maßstab der *Make-or-procure*-Entscheidung ist die Fertigungstiefe der staatlichen Stelle. Teil der Planungsphase sind auch die Bestimmung der entsprechenden Beschaffungsform und im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung die weitere Leistungsbestimmung. Die weitere Leistungsbestimmung umfasst die Entscheidung über die Nachfrage nach immateriellen Leistungskriterien und über die schuldrechtliche und vertragliche Gestaltung der Beschaffung.
- Die Beschaffungsautonomie ist ein Konglomerat aus mehreren Spielräumen, nämlich bei der Bedarfsdefinition, der Entscheidung zwischen Eigenfertigung und Beschaffung (*make-or-procure*), der Entscheidung zwischen den verschiedenen Formen der Beschaffung und im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung der weiteren Bestimmung der gewünschten Leistung, einschließlich immaterieller Kriterien und der Bestimmung der konkreten schuldrechtlichen Leistungspflichten.
- Der begehrte Leistungsgegenstand muss mit der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe in Verbindung stehen. Das bedeutet, dass der begehrte Leistungsgegenstand zur Erfüllung der Aufgabe geeignet ist. Weitere

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

handfeste Kriterien für die Ermittlung des Zusammenhangs zwischen Erfüllung der Aufgabe und staatlichem Bedarf existieren allerdings nicht.

- Teil der Bedarfsdefinition sind die Quantität und Qualität der Leistung, sofern sie die materiellen Eigenschaften der Leistung betreffen, sowie äußere Umstände der Leistungserbringung. Die Qualität von Gütern zeichnet sich durch materielle und immaterielle Eigenschaften aus. Materielle Eigenschaften sind solche, die das Produkt in seiner stofflichen oder chemischen Beschaffenheit oder Funktion sowie in seinen Maßen und Gewicht auszeichnen. Immaterielle Eigenschaften sind preisbildende Eigenschaften, die sich nicht im Bedarf niederschlagen, sondern Teil einer weiteren fakultativen Leistungsbestimmung sind. Gütezeichen und technische Normen stellen keine eigenen Eigenschaften dar, sondern dienen nur der Beschreibung der gewünschten Leistungseigenschaften.
- Die Qualitätseigenschaften von Dienstleistungen lassen sich nicht in materielle und immaterielle Kriterien unterteilen, da sich jeder preisbildende Faktor in der Leistung widerspiegelt und umgekehrt. Stattdessen sind Entscheidungen über die Qualität der Dienstleistung Teil der Bedarfsdefinition, wenn die Kriterien in einer unmittelbaren sachlichen Beziehung zur Aufgabe stehen. Anforderungen an das die Dienstleistung erbringende Personal grenzen sich gegenüber vergaberechtlichen Eignungskriterien dadurch ab, dass letztere allgemeine Vorgaben für das Personal des Bieters vorsehen, während sich qualitative Anforderungen an das Personal (wie bspw. der Nachweis bestimmter Kenntnisse auf dem Gebiet) konkret auf die zu erbringende Dienstleistung beziehen. Insbesondere die Abgrenzung der Bedarfsdefinition gegenüber Ausführungsbedingungen (§ 121 Abs. 2 GWB) ist in der Praxis schwierig. Ausführungsbedingungen können aber hinweggedacht werden, ohne dass die erfolgreiche Aufgabenerfüllung entfiele.
- Zur Beschaffungsautonomie gehört auch die schuldrechtliche Leistungsbestimmung, die die Festlegung des Vertragstyps und der weiteren Vertragsbedingungen umfasst. Das Schuldrecht enthält keinen *numerus clausus* an Vertragstypen. Als allgemeine Geschäftsbedingungen finden im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe i.d.R. die allgemeinen Vertragsbedingungen (Teil B der VOB/VOL) Anwendung, die verpflichtend einzubeziehen sind und dem Schutz des Vertragspartners dienen.
- Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Leistungsbeschreibung sind voneinander zu trennende Entscheidungen im Beschaffungsprozess.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtliche Grundlagen der Beschaffungsautonomie:

- Privatautonomie und Vertragsfreiheit, die auch als legitime Willkür begriffen werden, können aufgrund der Grundrechtsbindung des Staates und der Wesensverschiedenheit von Staat und Privaten nicht als rechtliche Grundlagen der Beschaffungsautonomie fruchtbar gemacht werden. Die Beschaffungsautonomie folgt auch nicht aus dem vorkonstitutionellen Konstrukt der Organisationsgewalt.
- Die Befugnis zur Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung ist die notwendige rechtliche Konsequenz der Pflicht zur Bedarfsdeckung. Die Pflicht zur Bedarfsdeckung folgt aus der rechtlichen Pflicht des Staates, sich selbst funktionsfähig zu halten. Funktionsfähig ist ein Staat, wenn er die zur Aufgabenerfüllung erforderliche Organisation und die erforderlichen materiellen Beiträge – Finanzmittel, Personal und Ausstattung – aufweist. Den Staat trifft die Pflicht, sich in einem Zustand zu halten, in dem er die obliegenden Aufgaben erfüllen kann. Diese Pflicht leitet sich in einer Gesamtschau aus dem Rechtsstaats-, dem Sozialstaatsprinzip, den Grundrechten und dem allgemeinen Funktionserhalt aus Art. 33 Abs. 4 GG ab. Maßstab der staatlichen Funktionsfähigkeit bilden die zugrundeliegenden staatlichen Aufgaben, die der Staat erfüllen muss. Folglich liegt die rechtliche Grundlage der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung in den zugrundeliegenden Aufgaben in Verbindung mit der Pflicht des staatlichen Funktionserhalts. Mit der Anknüpfung an die staatliche Aufgabe ist die Beschaffungsautonomie in zweierlei Hinsicht beschränkt. Ein staatlicher Bedarf kann nur im Rahmen der zugewiesenen staatlichen Aufgabe bestehen und kann nur das sein, was geeignet ist, die zugrundeliegende Aufgabe erfüllen zu können.

Entstehung von staatlichen Autonomiebereichen:

- Wenn der Staat »Freiheit« bei der Bedarfsdeckung in Anspruch nimmt, meint dies einen Entscheidungsspielraum. Auch wenn der Begriff der Autonomie der Rechtswissenschaft nicht fremd und regelmäßig als Wortbestandteil verwendet wird, hat der Begriff der Autonomie hat keinen feststehenden rechtlichen Gehalt. Inhaber von Autonomie können sowohl Individuen als auch Institutionen sein. In seiner etymologischen Bedeutung indiziert der Begriff der Autonomie einen Freiraum von fremden Einflüssen oder Eingriffen bei der Entscheidung über die eigenen Belange. Bezogen auf Entscheidungen im staatlichen Bereich,

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

befindet sich Autonomie auf einer Skala zwischen Eigensteuerung und Fremdsteuerung im Bereich der Eigensteuerung. In einem gewaltengegliederten System bezeichnet Autonomie staatlicher Einrichtungen einen Entscheidungsspielraum mit Letztentscheidungsbefugnis.

- Das verfassungsrechtliche Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes als übergreifendes Ordnungsprinzip steht zwar hinter der Beschaffungsautonomie, kann aber aufgrund der Vagheit der Kernbereichslehre und Schwierigkeiten der funktionellen Zuordnung nicht allein zur Herleitung konkreter Entscheidungsspielräume der Verwaltung nutzbar gemacht werden. Dementsprechend überzeugt auch das Konstrukt des Verwaltungsvorbehalts als absoluter Kernbereich der Verwaltung nicht.
- Ein Autonomiebereich der Verwaltung kann als Folge fehlender gesetzlicher Vorgaben und als Folge reduzierter gerichtlicher Kontrolldichte entstehen. Zwingende Vorgaben für die Verwaltung ergeben sich aus den Grundsätzen des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes, die in bestimmten Bereichen Entscheidungsspielräume der Verwaltung begrenzen, entweder weil der Verwaltung ein bestimmtes Entscheidungsprogramm vorgegeben ist oder die Verwaltung nicht ohne gesetzliche oder allgemein-verbindliche Grundlage handeln darf. Ebenso entsteht ein Bereich der Eigensteuerung, wenn zwar gesetzliche Vorgaben ein bestimmtes Entscheidungsergebnis vorgeben, diese aber nicht auf ihre Einhaltung gerichtlich kontrolliert werden, weil der Gesetzgeber der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt hat. Grundsätzlich erfordert der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 47 GrCh eine lückenlose gerichtliche Kontrolle auf tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte. Maßgeblich für die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle ist, ob der Gesetzgeber im Rahmen von Art. 19 Abs. 4 GG der Verwaltung durch gesetzliche Regelung eine Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt hat (normative Ermächtigungslehre). Allein aus der Dichte des zugrundeliegenden Normprogramms, funktionell-rechtlichen Gründen und der Grundrechtsbetroffenheit des Einzelnen lässt sich rechtlich keine administrative Letztentscheidungsbefugnis gegenüber der Rechtsprechung herleiten. In Bereichen, in denen Grundrechte kaum tangiert sind, können eher administrative Letztentscheidungsbefugnisse gegenüber der Rechtsprechung bestehen.
- Die Beschaffungsautonomie lässt sich keinem der überkommenen Entscheidungsspielräumen zuordnen. Erfolgt nur die Kontrolle des Entscheidungsverfahrens, also ob die Entscheidung in einem ordnungsge-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mäßen Verfahren getroffen wurde, ist der Autonomiebereich der Verwaltung weniger beschränkt.

- Ein administrativer Autonomiebereich entsteht dort, wo der Verwaltung mangels gesetzlicher Regelung oder aufgrund reduzierter gerichtlicher Kontrolldichte tendenziell ein weiter Bereich der Eigensteuerung verbleibt. Die beiden Begründungsansätze stehen nebeneinander, da die Dichte des zugrundeliegenden Normprogramms keinen verlässlichen Aufschluss über die Reduktion der gerichtlichen Kontrolldichte bietet.

Die Beschaffungsautonomie als Autonomiebereich:

- Als vorhandene gesetzliche Maßstäbe kommen die gesetzlichen Aufgaben, Normen mit Bedarfsbezug, haushaltsrechtliche Bestimmungen und vergaberechtliche Regelungen in Betracht. Die zugrundeliegenden gesetzlichen Aufgaben schaffen nur eine schwache rechtliche Programmierung, so dass der Verwaltung ein weiter Bereich der Eigensteuerung verbleibt. Bei Normen mit Bedarfsbezug, die den weiten Bereich der administrativen Eigensteuerung eingrenzen, ist zwischen Berücksichtigungspflichten, Bevorzugungspflichten und Befolgungspflichten zu differenzieren. Während Berücksichtigungspflichten den Spielraum der Verwaltung bei der Aufgabenerfüllung kaum eingrenzen, sind Bevorzugungs- und Befolgungspflichten starre Leitplanken, an denen sich die administrativen Entscheidungen auszurichten haben. Haushaltsplan und Haushaltsrecht ziehen der Verwaltung vor allem dort starre Grenzen, wo ihr auf fachrechtlicher Ebene Entscheidungsspielräume überlassen sind. Folglich begrenzen die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 HGrG) die Verwaltung bei der Bedarfsdeckung. Auch die vergaberechtlichen Regelungen begrenzen die Verwaltung primär bei der Entscheidung über die Bedarfsdefinition. Anhand der Leistungsbeschreibung lässt sich der staatliche Beschaffungsbedarf auf die Vereinbarkeit mit den vergaberechtlichen Regelungen kontrollieren. Grenzen sind insbesondere das Gebot der produktneutralen Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV), die Forderung nach einem Design für alle aus § 121 Abs. 2 GWB sowie § 67 VgV und die Grundsätze von Chancengleichheit, Wettbewerb und Transparenz aus § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB. Für die *Make-or-procure*-Entscheidung sieht das Kartellvergaberecht keine Grenzen vor, sie muss sich aber am Maßstab des Vergabeprimärrechts messen lassen.
- Eine gesetzliche Regelung der Bedarfsdefinition, *Make-or-procure*-Entscheidung, der Wahl der Beschaffungsform sowie der fakultativen und

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schuldrechtlichen Leistungsbestimmung ist im Sinne der Wesentlichkeitsrechtsprechung auch nicht notwendig. Der Staat ist zwar in jeder Handlungs- und Organisationsform an die Grundrechte gebunden, also insbesondere auch bei der rechtsgeschäftlichen Beschaffung. Die staatliche Nachfrage am Markt berührt allerdings keine freiheitsrechtlichen Grundrechte. Insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlagen der Wettbewerbsfreiheit sind bei der staatlichen Nachfrage – auch in Fällen der privaten Abhängigkeit von der staatlichen Nachfrage – nicht berührt. Folglich unterliegt die staatliche Nachfrage in Form der Bedarfsdefinition und der fakultativen Leistungsbestimmung nicht einer zwingenden Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber. Freiheitsrechtlich und für das Staatsgefüge eher unbedeutend ist aufgrund ihres Einzelfallcharakters auch die M*ake-or-procure*-Entscheidung. Allenfalls bei der Auswahl hoheitlicher Beschaffungsformen ist die Verwaltung an zwingende gesetzliche Vorgaben gebunden. Die schuldrechtliche Leistungsbestimmung ist freiheitsrechtlich unbedeutend.

- Bedarfsdeckungsmaßnahmen, insbesondere die rechtsgeschäftliche Beschaffung, eröffnen als Akte der öffentlichen Gewalt den Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG, denn der Begriff der öffentlichen Gewalt ist weit zu verstehen. Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts und des Vergabeprimärrechts ist auch der Schutzbereich von Art. 47 GrCh eröffnet. Gerichte im i.S.e. effektiven Rechtsschutzes sind bei der vergaberechtlichen Nachprüfung in erster Instanz die Vergabekammern und in zweiter Instanz die Oberlandesgerichte. Grundsätzlich sind die Aufgabennormen als gesetzliche Vorschriften vollständig durch die Gerichte zu kontrollieren. Da die Aufgabennormen allerdings die Wahl der Mittel und Formen offen lassen und mit der Aufgabenerfüllung im Einzelnen eine planerische und koordinative Komponente verbunden ist, ist der gerichtliche Kontrollmaßstab reduziert und es erfolgt keine Kontrolle anhand der Aufgabennorm darauf, ob eine Lösung womöglich besser geeignet wäre. Berücksichtigungspflichten (wie § 13 Abs. 1 KSG) sind nur darauf zu kontrollieren, ob der Belang des Klimaschutzes in der Entscheidung zumindest berücksichtigt wurde. Bevorzugungspflichten, wie in § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG und § 13 Abs. 2 KSG statuiert, sind vollständig justiziabel, allerdings nicht darauf zu kontrollieren, ob eine bessere Alternative der Aufgabenerfüllung möglich gewesen wäre. Eine Kontrolle am Maßstab des § 5 SaubFahrzeugBeschG auf die Beschaffung sauberer Fahrzeuge ist nicht möglich, da für eine Kontrolle sämtliche Neubeschaffungen in der Summe betrachtet werden müssen. Auch die Grundsät-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG) sind aufgrund der Zuständigkeit der Rechnungsprüfungsinstanzen, nicht durch die Gerichte zu kontrollieren. Eine Kontrolle der Bedarfsdefinition am Maßstab der vergaberechtlichen Vorschriften ist grundsätzlich vollständig möglich, da die Leistungsbeschreibung in Teilen die Bedarfsdefinition abbildet. Aus den Gesetzgebungsmaterialien zum GWB und zur VgV leitet sich allerdings der gesetzgeberische Wille ab, dass die Entscheidung über die Art der Leistung nach ihrer Verkehrsauffassung letztverbindlich der Verwaltung zugewiesen ist. Die weitere Leistungsbestimmung (insb. die Nachfrage nach immateriellen Kriterien und/oder die Vorgabe von Ausführungsbedingungen) ist vollständig am Maßstab der vergaberechtlichen Vorgaben aus § 31 Abs. 3 VgV, § 128 Abs. 2 GWB und am Maßstab der allgemeinen Vertragsordnungen zu kontrollieren.

- Die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten kann nicht für die Begründung der Beschaffungsautonomie herangezogen werden, da sie keinen konstitutiven Eigenbereich umschreibt. Aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV und dem Vorrang des Unionsrechts ergibt sich, dass im Anwendungsbereich des Unionsrechts mitgliedstaatliche Entscheidungen im Einklang mit dem Unionsrecht erfolgen müssen. Damit kann der staatliche Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung durch das Unionsrecht überlagert werden.
- Aus dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 47 GrCh und dem Effektivitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV folgt, dass sich die gerichtliche Kontrolle im Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht auf eine Willkürkontrolle beschränken darf, obgleich administrative Spielräume im Unionsrecht anerkannt sind. Die Beschaffungsautonomie widerspricht als ein Konglomerat an administrativen Spielräumen also nicht *per se* dem Unionsrecht.
- Die Beschaffungsautonomie liegt in der Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit begründet und ist kein konstitutiver, absoluter Eigenbereich der Verwaltung, sondern entsteht durch das Zusammenspiel der Abwesenheit von gesetzlichen Vorgaben und der reduzierten gerichtlichen Kontrolle. Die Reichweite der Beschaffungsautonomie ist im Einzelnen zu ermitteln. Folglich können einzelne vergaberechtliche Vorschriften nicht »im Lichte der Beschaffungsautonomie« ausgelegt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Herleitung der Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber, die funktional Private sind:

- Auch Private, ohne funktional dem Staat zugeordnet zu sein, können an das Vergaberecht als öffentliche Auftraggeber gebunden sein (§ 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB, § 99 Nr. 2 lit. b oder Nr. 4 GWB). Diese sind grundrechtsfähig und können sich bei der Bedarfsdeckung auf ihre Privatautonomie und Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen, die durch die verpflichtenden vergaberechtlichen Vorschriften eingeschränkt werden. Eine Herleitung der Beschaffungsautonomie aus dem Kartellvergaberecht, dem ein funktionaler Auftraggeberbegriff zugrunde liegt, ist nicht möglich. Es ist also ausschlaggebend, ob an das Vergaberecht gebundene Auftraggeber im Einzelnen aus den Grundrechten berechtigt oder verpflichtet sind.

Teil 2 – Grenzen der Beschaffungsautonomie

Grenzen der Bedarfsdefinition:

- Grenzen der Bedarfsdefinition sind die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG.
- Vergaberechtliche Vorschriften entfalten aufgrund der Effektivität und des Vorrangs des Unionsrechts Vorwirkungen auf die Bedarfsdefinition. Insbesondere das Gebot der produktneutralen Ausschreibung zieht dem administrativen Spielraum bei der Bedarfsdefinition Grenzen. Das Gebot der produktneutralen bzw. *anbieterneutralen* Ausschreibung ist vor allem eine Konkretisierung des Grundsatzes der Chancengleichheit, der sich aus § 97 Abs. 2 GWB, dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot in Art. 3 Abs. 1 GG und den unionsvergaberechtlichen Grundsätzen von Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung ableitet. Letztere ergeben sich wiederum aus den Grundfreiheiten und dem unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist tangiert, wenn ein Verweis auf die genannten Tatbestandsmerkmale erfolgt und dadurch die Leistung eines Marktteilnehmers gekennzeichnet wird. Beim ausdrücklichen Verweis auf Patente oder andere Rechte des geistigen Eigentums wird immer die Leistung eines Marktteilnehmers gekennzeichnet, auch wenn mehrere Anbieter die Leistung aufgrund von Verkaufslizenzen etc. anbieten können. Der Verweis auf die Eigenschaften eines Produkts eines Marktteilnehmers müssen zur Begünstigung oder zum Ausschluss von anderen Marktteilnehmern führen. Dies ist immer dann der Fall, wenn für die Leistung ein bestimmter Her-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kunfts- oder Ursprungsort gefordert wird. Wird kein bestimmter Herkunfts- oder Ursprungsort gefordert, ist die wesentliche Vergleichbarkeit der Marktteilnehmer ausschlaggebend. Marktteilnehmer sind dann wesentlich vergleichbar, wenn die Leistungen, die sie anbieten, als funktionell austauschbar erachtet werden (Bedarfsmarktkonzept). Da also die nachgefragte Leistung, die die Marktteilnehmer anbieten, den Aufhänger der relevanten Ungleichbehandlung bildet, handelt es sich um eine mittelbare Ungleichbehandlung von Marktteilnehmern. Maßstab für die funktionelle Austauschbarkeit ist die konkrete zugrundeliegende staatliche Aufgabe. Insbesondere bei der Nachfrage nach technischen Anlagen und Systemen können aufgrund von Kompatibilitätserfordernissen nur eine oder wenige Leistungen in Betracht kommen, so dass der Verweis auf ein bestimmtes technisches Produkt nicht automatisch dazu führt, dass das Gebot der produktneutralen Ausschreibung tangiert ist. Die Beeinträchtigung des Gebots der produktneutralen Ausschreibung kann gerechtfertigt werden. Entgegen der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf ist eine reine Willkürkontrolle allerdings nicht ausreichend. Aus den unionsrechtlichen Grundlagen und der aktualisierten Rechtsprechung des BVerfG ergibt sich das zwingende Erfordernis einer zweistufigen Prüfung auf das Vorliegen eines sachlichen Grundes und der Verhältnismäßigkeit. Da allerdings von der staatlichen Nachfrage kaum freiheitsrechtliche Beeinträchtigungen ausgehen, ist keine allzu strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen, die sich allein auf die Vertretbarkeit der ausgewählten Leistung im Verhältnis zur Wettbewerbsbeeinträchtigung stützt. Im Ergebnis verpflichtet das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung den Staat nicht dazu, verschiedene Märkte zu bedienen und den Bedarf so zu fassen, dass möglichst viele unterschiedliche Lösungen in Betracht kommen. Dem öffentlichen Auftraggeber verbleibt die Letztentscheidungsbefugnis über die Entscheidung der Beschaffung der Leistung nach Art ihrer Verkehrsauffassung.

- Ferner verpflichten die vergaberechtlichen Regelungen den öffentlichen Auftraggeber zur Offenhaltung des Wettbewerbs. Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) dient einerseits einer möglichst wirtschaftlichen Beschaffung und zum anderen der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts ohne Diskriminierungen. Das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip ist aber nicht schon dann tangiert, wenn die Grundfreiheiten beeinträchtigt sind. Vielmehr sind die Grundfreiheiten auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen Nachfrage in ihrem Anwendungsbereich reduziert. Die Grundfreiheiten sollen im Bereich der staat-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lichen Nachfrage nur solche staatlichen Maßnahmen verhindern, die vergleichbare Marktteilnehmer unterschiedlich behandeln. Folglich ist der vergaberechtliche Wettbewerbsgrundsatz bei der konkreten Bedarfs- und Leistungsbestimmung vor allem auf die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer im Vergabeverfahren gerichtet. Für Höchstlaufzeiten lassen sich neben den vorhandenen speziellen rechtlichen Grundlagen zu Rahmenvereinbarungen, Konzessionen und öffentlichen Dienstleistungsaufträgen keine Höchstlaufzeiten aus dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip ableiten. Zusätzliche Standortvorgaben beeinträchtigen i.d.R. den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz, was dann rechtfertigungsbedürftig ist. *Lock-in*-Effekte, die dadurch entstehen, dass sich der Staat in die Abhängigkeit von einem Lieferanten oder Hersteller begeben hat, sprechen nicht gegen den vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz, haben aber Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaftlichkeit der staatlichen Beschaffung.

- Aus dem Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 S. 1 GWB folgt, dass Entscheidungen, die die materiellen Grundsätze oder Gebote des Vergaberechts berühren, wie das Gebot der produktneutralen Ausschreibung oder das Wettbewerbsprinzip, zu dokumentieren sind. Die Dokumentationspflicht besteht auch schon vor Einleitung eines förmlichen Vergabeverfahrens und damit bei der Bedarfsdefinition. Waren die Gründe für die spezifische Ausschreibung noch nicht im Vergabevermerk vorhanden und werden erst in einem Nachprüfungsverfahren nachgeschoben, muss das Vergabeverfahren wiederholt werden.
- Umstritten ist, ob vor einer produktspezifischen Ausschreibung verpflichtend eine vergaberechtliche Markterkundung durchgeführt werden muss. Unzweifelhaft sind vor jeder Beschaffung im staatlichen Bereich Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durchzuführen (§ 7 Abs. 2 S. 1 BHO/LHO, Ziffer 2 zu § 7 BHO/LHO in der VV-BHO/LHO), die auch die Analyse der relevanten Lösungsmöglichkeiten und damit auch in einem gewissen Rahmen Markterkundungen umfassen. Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und die vergaberechtliche Markterkundung ähneln sich in ihrer Zielsetzung. Eine vergaberechtliche Pflicht zur Markterkundung besteht allerdings nicht und kann auch nicht aus § 14 Abs. 4 Nr. 4, Abs. 6 VgV hergeleitet werden, denn zwischen einer produktspezifischen Ausschreibung und einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bestehen Unterschiede. I.d.R. ist es für den Staat allerdings notwendig, dass er sich einen Überblick über die in Betracht kommenden Leistungen verschafft hat, um ein Vergabeverfahren ordnungsgemäß vor-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zubereiten, so dass zumindest eine mittelbare Markterkundungspflicht in Betracht kommt.

- Das Gebot der Berücksichtigung eines »Designs für alle« (§ 121 Abs. 2 GWB) verpflichtet unmittelbar zur Anpassung der materiellen Eigenschaften des Bedarfsgegenstands und zieht dem Spielraum bei der Bedarfsdefinition daher Grenzen. Dasselbe gilt für § 67 Abs. 2 Nr. 1 VgV. Milder ist § 58 Abs. 1 SektVO formuliert, der nur zur Anforderung von Nachweisen über die Energieeffizienz verpflichtet, aber den öffentlichen Sektorenauftraggeber nicht zur Nachfrage nach dem höchsten Energieeffizienzniveau verpflichtet.
- Das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 4 GWB) zieht der Beschaffungsautonomie hingegen keine Grenzen, da es lediglich der Erweiterung des Bieterkreises in die Tiefe, aber nicht in die Breite dient. Das Mittelstandsgebot verpflichtet demnach nicht zur Anpassung der Nachfrage nach einer Leistung nach Art der Verkehrsauffassung, da dies der Aufgabenerfüllung und dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit zuwiderlaufen würde.
- Auch das vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsprinzip in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB zieht der staatlichen Bedarfsdefinition mangels Reichweite keine Grenzen.
- Das vergaberechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB ist ähnlich wie das Transparenzprinzip abhängig von der Beeinträchtigung subjektiver Rechte. Dementsprechend müssen, je intensiver die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausfällt, umso gewichtigere Gründe für die Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder die produktneutrale Ausschreibung vorgebracht werden.
- Grenzen für die Bedarfsdefinition im Unterschwellenbereich ergeben sich ferner aus dem Vergabeprimärrecht und dem Gebot der produktneutralen Ausschreibung in § 24 UVgO. Allerdings verpflichten auch diese Grundsätze nicht zur Anpassung des Bedarfsgegenstands nach Art seiner Verkehrsauffassung, sondern zur gleichen Behandlung vergleichbarer Marktteilnehmer.
- Weitere Grenzen bei der Bedarfsdefinition enthalten die Landesvergabegesetze. Aufgrund der Sperrwirkung des Bundesrechts finden die Landesvergabegesetze nur außerhalb der bundesrechtlichen Regelungen Anwendung und zwar unterhalb der Schwellenwerte und vereinzelt für die Vorgaben über die Definition des Bedarfs. Überwiegend treffen die Landesvergabegesetze Regelungen zur nachhaltigen Beschaffung, das BerlAVG sieht sogar eine Pflicht der Bevorzugung ökologisch-nachhalti-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ger Leistungen vor. Das ThürVgV sieht als einziges Landesvergabegesetz den Vorrang der Beschaffung von Open-Source-Software vor.

- Abschließend ziehen fachrechtliche Vorschriften der Bedarfsdefinition Grenzen, allen voran die Aufgabennorm sowie allgemeine gesetzliche Bestimmungen, an die die staatlichen Einrichtungen schon aufgrund des Vorrangs des Gesetzes gebunden sind. Umwelt- bzw. klimaschutzrechtliche Vorgaben, die bei der Bedarfsdefinition zu beachten sind, sind vor allem § 45 KrWG, § 13 KSG, § 5 SaubFahrzeugBeschG und die Vorgaben aus den Landesklimaschutzgesetzen. Insbesondere in Bezug auf Vertragslaufzeiten ziehen § 1 GWB und Art. 101 AEUV der staatlichen Nachfrage keine Grenzen, da der Staat in seiner ausschließlichen Funktion als Nachfrager nicht an das Kartellrecht gebunden ist.

*Grenzen der Beschaffungsentscheidung (*Make-or-procure-*Entscheidung):*

- Grenzen der Beschaffungsentscheidung sind vor allem die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG), die Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit und das Vergabeprimärrecht. Insbesondere knappe Haushaltskassen und das fehlende Wissen darüber, die Leistungen selbst zu erstellen, begünstigen die Entscheidung zur Beschaffung. Die Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit kann darüber hinaus eine Pflicht zur Beschaffung zur Folge haben, wenn die Aufgabe nicht mit den vorhandenen Mitteln erfüllt werden kann. Da die staatlichen Einrichtungen aber einen weiten Spielraum bei der Wahl der Mittel zur Aufgabenerfüllung haben, solange diese geeignet sind, die Aufgabe zu erfüllen, wird eine Verletzung der Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit nur selten in Betracht kommen.
- Das Vergabeprimärrecht kann der *Make-or-procure*-Entscheidung unter Umständen Grenzen ziehen. Gegen die Anwendung des Vergabeprimärrechts auf die *Make-or-procure*-Entscheidung spricht nicht Art. 345 AEUV. Aus den Erwägungsgründen der EU-Richtlinien und der Rechtsprechung des EuGH folgt, dass grundsätzlich keine Beschaffung am Markt zu erfolgen hat. Ferner geht von der Entscheidung für die Eigenfertigung auch nur eine geringe grundrechtliche Relevanz aus, da kein Marktteilnehmer schlechter gestellt werden kann. Wenn mit der Entscheidung für die Eigenfertigung allerdings untrennbar Leistungen Privater gebunden sind (wie bspw. die Weitergabe von Software), ist gesondert darauf zu achten, dass andere Marktteilnehmer durch diese Art der Eigenfertigung nicht schlechter gestellt werden.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

- Die Beschaffung von Verkehrsleistungen nach PBefG, AEG und VO (EG) Nr. 1370/2007 stellt hingegen einen Sonderfall der *Make-or-procure*-Entscheidung dar. Vor der Nachfrage nach gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen sind die staatlichen Einrichtungen verpflichtet, abzufragen, ob der Verkehr auch eigenwirtschaftlich erbracht werden kann.

Grenzen bei der Wahl der Beschaffungsform:

- Bei der Wahl der Beschaffungsform ist zwischen den Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Beschaffung, der Privatisierung und der hoheitlichen Beschaffung zu wählen. Weder aus dem nationalen Verfassungsrecht noch aus dem Unionsrecht folgt ein allgemeines Verbot oder Gebot der Privatisierung.
- Haushaltsrechtliche Grenzen ergeben sich auch hier aus den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 Abs. 1 HGrG.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt als Richtschnur der Entscheidung zwischen rechtsgeschäftlicher und hoheitlicher Beschaffung. Die hoheitliche Beschaffung ist aufgrund seiner Auswirkungen auf die subjektiven Rechte des Einzelnen das subsidiäre Mittel zur Bedarfsdeckung.

Grenzen bei der weiteren Leistungsbestimmung:

- Bei der Anforderung zusätzlicher immaterieller Kriterien ist der öffentliche Auftraggeber an die Vorgaben aus § 31 Abs. 3 VgV und § 128 Abs. 2 GWB gebunden. Die immateriellen Kriterien müssen einen sachlichen Bezug zum Auftragsgegenstand (also zur Bedarfsdefinition) aufweisen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sein. Mit steigendem Auftragswert dürfen auch gewichtigere Anforderungen an die immateriellen Eigenschaften der Leistung gestellt werden. In den Landesvergabegesetzen findet sich häufig der verpflichtende Verweis auf die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen, die einen Bestandteil der immateriellen Kriterien ausmachen.

Grenzen bei der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung:

- Grenzen der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung ergeben sich aus den haushaltsrechtlichen Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG), aber auch aus § 13 Abs. 2 KSG, der den Staat unter Umständen zur Bevorzugung eines Miet-

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

modells gegenüber einem herkömmlichen Einkauf durch einen Kaufvertrag verpflichtet.

- Im Rahmen der Auferlegung von Vertragsbedingungen ist insbesondere das Verbot der Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses relevant (§ 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A), das den öffentlichen Auftraggeber verbietet, dem Vertragspartner ein Risiko zu übertragen, das aus der Sphäre des öffentlichen Auftraggebers stammt.
- Da das Vergaberecht keinen Einfluss auf die der Beschaffung zugrundeliegende staatliche Aufgabe hat, muss es richtig heißen, das Vergaberecht regelt nicht das *Wozu*, in engen Grenzen das *Was* und hauptsächlich das *Wie* der Beschaffung. Weder aus dem Vergaberecht noch aus anderen Rechtsgrundlagen lassen sich hingegen feste Vorgaben für die Nachfrage nach Leistungen nach Art ihrer Verkehrsanschauung ableiten. Den staatlichen Stellen und den öffentlichen Auftraggeber verbleibt insofern ein weiter Entscheidungsspielraum bei der Entscheidung über die Leistung nach Art ihrer Verkehrsanschauung, der weder durch den Gesetzgeber reglementiert noch durch die Nachprüfungsinstanzen kontrolliert wird. Hierbei handelt es sich um den sachlich-inhaltlichen Kern der Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert: Probleme der Funktionenlehre, München 1970.

Ackermann, Thomas: Warenverkehrsfreiheit und »Verkaufsmodalitäten« – Zu den EuGH-Entscheidungen »Keck« und »Hünermund«, RIW 1994, S. 189–194.

Ahner, Björn: Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht, Grundfreiheiten und Grundrechten, Jena 2010.

Albrecht, Juliane: Das Klimaschutzgesetz des Bundes – Hintergrund, Regelungsstruktur und wesentliche Inhalte, NuR 2020, S. 370–378.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1994.

Alisch, Katrin: Gabler-Wirtschaftslexikon, K–R, 16. Auflage, Wiesbaden 2004.

Alisch, Katrin: Gabler-Wirtschaftslexikon, S–Z, 16. Auflage, Wiesbaden 2004.

Altenmüller, Reinhard: Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Kommunen, DVBl. 1982, S. 241–248.

Antweiler, Clemens: Bieterrechtsschutz unter Zumutbarkeitsvorbehalt, VergabeR 2011, S. 306–326.

Antweiler, Clemens: Die Berücksichtigung von Mittelstandsinteressen im Vergabeverfahren – Rechtliche Rahmenbedingungen, VergabeR 2006, S. 637–651.

Arnauld, Andreas von: Die Freiheitsrechte und ihre Schranken, Baden-Baden 1999.

Arnim, Hans Herbert von: Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin 1988.

Arnold, Ulli, Probleme der Beschaffung und Materialwirtschaft bei eigener Auslandsproduktion, in: Kumar, Brij Nino/ Haussmann, Helmut (Hrsg.), Handbuch der Internationalen Unternehmenstätigkeit: Erfolgs- und Risikofaktoren, Märkte, Export-, Kooperations- und Niederlassungs-Management, München 1992, S. 637–656.

Arnolds, Hans/ *Heege,* Franz/ *Röh,* Carsten/ *Tussing,* Werner: Materialwirtschaft und Einkauf, 14. Auflage, Wiesbaden 2022.

Arrowsmith, Sue: The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement, PPLR 1995, S. 255–280.

Arrowsmith, Sue: The law of public and utilities procurement, 1. Auflage London 1996, Neudruck London 2003.

Arrowsmith, Sue: The law of public and utilities procurement, 2. Auflage, London 2005, Neudruck London 2007.

Bachof, Otto: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97–102.

Bader, Johann/ *Ronellenfitsch,* Michael (Hrsg.): BeckOK VwVfG, Stand: 58. Edition, 1.1.2023, München 2023.

Badura, Peter: Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, München 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Baer, Susanne: Vermutungen zu Kernbereichen der Regierung und Befugnissen des Parlaments, Der Staat 40 (2001), S. 525–552.

Barudi, Stefan el-: Die Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts auf Öffentlich-Private Partnerschaften: zu Grundsatz und Grenzen einer funktionalen Sicht des Anwendungsbereichs des EG-Vergaberechts, Baden-Baden 2009.

Bäuerle, Michael: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Baden-Baden 2001.

Baumbach, Adolf (Bgrd.)/ *Köhler,* Helmut/ *Bornkamm,* Joachim/ *Feddersen,* Jörn/ *Alexander,* Christian (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 40. Auflage, München 2022.

Baumeister, Hubertus/ *Kirch,* Thomas: Die Zähmung der Global Player im ÖPNV durch das vergaberechtliche Instrument der Mittelstandsförderung – Strategische Optionen der Aufgabenträger zur nachhaltigen Sicherung des Wettbewerbs, NZBau 2001, S. 653–660.

Bauer, Hartmut: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243–286.

Behrens, Hans-Werner: Zulassung zum Vergabewettbewerb bei vorausgegangener Beratung des Auftraggebers, NZBau 2006, S. 752–757.

Benedict, Christoph: Sekundärzwecke im Vergabeverfahren: öffentliches Auftragswesen, seine teilweise Harmonisierung im EG/EU-Binnenmarkt und die Instrumentalisierung von Vergaberecht durch vergabefremde Aspekte, Heidelberg 2000.

Berndt, Ralph: Marketing für öffentliche Aufträge, München 1988.

Binder, Jens-Hinrich: Effektiver Rechtsschutz und neues Vergaberecht – Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung nach Schwellenwerten in §§ 97 ff. GWB, ZZP 113 (2000), S. 195–217.

Birk, Dieter: Steuerung der Verwaltung durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, DVBl. 1983, S. 865–873.

Birk, Tobias: Vergaberecht als Mittel zur Verfolgung der Klimaschutzbelange des Art. 20a GG, NZBau 2022, S. 572–580.

Bleckmann, Albert: Europarecht, 6. Auflage, Köln u.a. 1997.

Blome, Constantin: Öffentliches Beschaffungsmarketing, Wiesbaden 2007.

Bock, Christian: Europäisches Vergaberecht, Basel 1993.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Organ, Organisation, Juristische Person: Kritische Überlegungen zu Grundbegriffen und Konstruktionsbasis des staatlichen Organisationsrechts, in: Menger, Christian-Friedrich (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts: Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 269–305.

Bogdandy, Armin von/ *Cassese,* Sabino/ *Huber,* Peter M. (Hrsg.): Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 5: Verwaltungsrecht in Europa, Heidelberg 2014.

Braun, Christian: Konzessionen und Klimaschutz, NZBau 2021, S. 707–712.

Braun, Christian: Stand der Konzessionsvergabe, NZBau 2019, S. 622–625.

Braun, Christian/ *Buchmann,* Anne: Beleihung als Ausstiegsmöglichkeit aus der Ausschreibungsverpflichtung?, NZBau 2007, S. 691–695.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Brede, Helmut: Grundzüge der Öffentlichen Betriebswirtschaftslehre, 2. Auflage, München 2005.

Breier, Siegfried: Die öffentliche Beschaffung umweltfreundlicher KfZ und Kraftstoffe aus europarechtlicher Sicht, UPR 1995, S. 128–137.

Britz, Gabriele: Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG – Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, S. 346–351.

Brohm, Winfried: Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich: Zugleich ein Beitrag zu den Genehmigungsvorbehalten zur Sicherung von Stadtfunktionen (§§ 22, 172 BauGB), JZ 1995, S. 369–375.

Brohm, Winfried: Situative Gesetzesanpassung durch die Verwaltung, NVwZ 1988, S. 794–799.

Brohm, Winfried: Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, S. 281–289.

Broß, Siegfried: Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsorge – Bilanz und Ausblick, NZBau 2004, S. 465–468.

Brückner, Götz: Die Mittelstandsförderung im Vergaberecht: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtschutzproblematik, Hamburg 2015.

Bryde, Brun-Otto: Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982.

Budäus, Dietrich/ *Grüning,* Gernod: Public Private-Partnership – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie, in: Budäus, Dietrich/ Eichhorn, Peter (Hrsg.): Public Private Partnership: Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung, Baden-Baden 1997, S. 25–66.

Bull, Hans Peter: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg 1977.

Bullinger, Martin: Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung – Entwicklung, Funktionen, Gerichtskontrolle, JZ 1984, S. 1001–1009.

Bullinger, Martin: Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart 1968.

Bultmann, Peter Friedrich: Beihilfenrecht und Vergaberecht, Tübingen 2004.

Bumke, Christian: Autonomie im Recht, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.): Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 3–44.

Bumke, Christian: Privatautonomie – Grundelement privatrechtlicher Ordnungsbildung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.): Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 69–90.

Bungenberg, Marc: Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, Tübingen 2007.

Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kartellrecht, Bd. 1: Deutsches Kartellrecht, 14. Auflage, Köln 2022.

Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kartellrecht, Bd. 2: Europäisches Kartellrecht, Vergaberecht (GWB) und Sonderbereiche, 14. Auflage, Köln 2022

Burghaus, Hendrik: Fremdvergaben und Make-or-buy-Entscheidungen am kommunalen Betriebshof, der gemeindehaushalt 2016, S. 133–136.

Burgi, Martin: Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl. 2006, S. 269–277.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Burgi, Martin: Die Bedeutung der allgemeinen Vergabegrundsätze Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung, NZBau 2008, S. 29–34.

Burgi, Martin: Die erfolgreiche Aufgabenerfüllung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts, in: *Prieß*, Hans-Joachim/ *Lau*, Niels/ *Kratzenberg*, Rüdiger (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 75–86.

Burgi, Martin: Die Zukunft des Vergaberechts, NZBau 2009, S. 609–615.

Burgi, Martin: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, Tübingen 1999.

Burgi, Martin: Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601–607.

Burgi, Martin: Kommunalrecht, 6. Auflage, München 2019.

Burgi, Martin: Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597–602.

Burgi, Martin: Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, Band I, München 2008, Teil D.

Burgi, Martin: Übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung – Realisierung der Kodifikationsidee?, NJW 2006, S. 2439–2444.

Burgi, Martin: Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64–72.

Burgi, Martin: Vergaberecht, 3. Auflage, München 2021.

Burgi, Martin: Warum die »kommunale Zusammenarbeit« kein vergaberechtspflichtiger Beschaffungsvorgang ist, NZBau 2005, S. 208–212.

Burgi, Martin/ *Dreher,* Meinrad (Hrsg.): Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 3. Auflage, München 2019.

Burgi, Martin/ *Dreher,* Meinrad/ *Opitz*, Marc (Hrsg.): Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage, München 2022.

Burkiczak, Christian/ *Dollinger,* Franz-Wilhelm/ *Schorkopf,* Frank (Hrsg.): Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Auflage, Heidelberg 2022.

Burmeister, Günter: Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, Berlin 1991.

Butzer, Hermann: Zum Begriff der Organisationsgewalt, Die Verwaltung 27 (1994), S. 158–174.

Byok, Jan/ *Jaeger,* Wolfgang (Hrsg.): Kommentar zum Vergaberecht, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2018.

Calliess, Christian/ *Ruffert,* Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV Kommentar, 6. Auflage, München 2022.

Carstens, Andreas: Modernisierung des Vergaberechts – nicht ohne Barrierefreiheit, ZRP 2015, S. 141–144.

Chen, Hsi-Peng: Vergaberechtsschutz im Spannungsfeld zwischen Beschleunigungsgebot und Gewährung effektiven Rechtsschutzes, Baden-Baden 2019.

Classen, Claus Dieter: Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen, EuR 2004, S. 416–438.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Creifelds, Carl (Bgrd.)/ *Weber,* Klaus (Hrgs.): Rechtswörterbuch, Stand: 30. Edition, 01.04.2023, München 2022.

Cronauge, Ulrich (Hrsg.): Kommunale Unternehmen, 6. Auflage, Berlin 2016.

Croon, Johanna: Keck und die Konvergenz der Grundfreiheiten, BLJ 2008, S. 119–124.

Danwitz, Thomas von: Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur. Verfassungsvorgaben für staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle, Der Staat 35 (1996), S. 329–350.

Danwitz, Thomas von: Europäisches Verwaltungsrecht, Springer 2008.

Degener, Theresia/ *Diehl,* Elke (Hrsg.): Handbuch Behindertenrechtskonvention, Bonn 2015.

Degenhart, Christoph: Staatsorganisationsrecht: mit Bezügen zum Europarecht, 38. Auflage, Heidelberg 2022.

Detterbeck, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht: mit Verwaltungsprozessrecht, 21. Auflage, München 2023.

Di Fabio, Udo: Privatisierung und Staatsvorbehalt: Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, S. 585–592.

Dicks, Heinz-Peter: Die mangelhafte, insbesondere unvollständige Leistungsbeschreibung und die Rechtsfolgen im Vergaberecht, IBR-Online 2008, S. 1360–1380.

Dicks, Heinz-Peter: Ungewöhnliche und unzumutbare Wagnisse, NZBau 2014, S. 731–738.

Dieckmann, Martin/ *Scharf,* Jan Peter/ *Wagner-Cardenal,* Kersten (Hrsg.): Vergabeverordnung, Unterschwellenvergabeordnung, 3. Auflage, München 2022.

Diehr, Matthias: »Vergabeprimärrecht« nach der An-Post-Rechtsprechung des EuGH, VergabeR 2009, S. 719–729.

Dincher, Roland/ *Müller-Godeffroy,* Heinrich/ *Scharpf,* Michael/ *Schuppan,* Tino: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, 4. Auflage, Neuhofen 2017.

Doemming, Klaus-Berto von/ *Füsslein,* Rudolf Werner/ *Matz,* Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: Leibholz, Gerhard/ Mangoldt, Hermann v. (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. 1 (Neue Folge), Tübingen 1951.

Dohmen, Arnold: Handlungsformen und Rechtsschutzfragen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Jahrbuch der deutschen Bundespost 1985, S. 198–263.

Dörr, Oliver: Das deutsche Vergaberecht unter dem Einfluß von Art. 19 Abs. 4 GG, DÖV 2001, S. 1014–1024.

Dörr, Oliver: Der europäische Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, Tübingen 2003.

Dörr, Oliver: Europäisches Vergabeprimärrecht, S. 191–206, in: Bar, Christian von/ Hellwege, Heiko/ Mössner, Jörg Manfred/ Wilkejohann, Norbert (Hrsg.), Recht und Wirtschaft: Gedächtnisschrift für Malte Schindhelm, Köln 2009.

Dörr, Oliver: Gemeinwohlsicherung durch Vergaberecht, in: Stumpf, Cordula/ Kainer, Friedemann/ Baldus, Christian (Hrsg.): Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, S. 630–638.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dörr, Oliver: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Vergaberechtsschutzes, S. 105–117, in: Bungenberg, Marc/ Huber, Peter-Michael/ Streinz, Rudolf (Hrsg.): Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht – Der verfassungsrechtliche Rahmen der Auftrags- und Konzessionsvergabe, Stuttgart u.a. 2011.

Dörr, Oliver/ *Grote,* Rainer/ *Marauhn,* Thilo (Hrsg.): EMRK/GG Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 2022.

Dörr, Oliver/ *Grote,* Rainer/ *Marauhn,* Thilo (Hrsg.): EMRK/GG Bd. 2, 3. Auflage, Tübingen 2022

Dörr, Oliver/ *Lenz,* Christopher: Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2. Auflage, Baden-Baden 2019.

Dreher, Meinrad: Andere Rechtsgebiete als Vorfrage im Vergaberecht, NZBau 2013, S. 665–674.

Dreher, Meinrad: Die Berücksichtigung mittelständischer Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2005, S. 427–436.

Dreher, Meinrad/ *Burkhardt,* Leon: Vergaberechtsfreie horizontale öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit durch entgeltliche Aufträge, NZBau 2020, S. 409–410.

Dreher, Meinrad/ *Kulka,* Michael: Wettbewerbs- und Kartellrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2021.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Art. 1–19, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Dreier, Horst (Bgrd.)/ Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, Art. 1–19, 4. Auflage, Tübingen 2023.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, Art. 20–82, 3. Auflage, Tübingen 2015.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, Art. 83–146, 3. Auflage, Tübingen 2018.

Dreier, Horst: Zur »Eigenständigkeit« der Verwaltung, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137–156.

Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157–190.

Egger, Alexander: Europäisches Vergaberecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.

Ehlers, Dirk (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin 2014.

Ehlers, Dirk: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, S. 1089–1100.

Ehlers, Dirk: Interkommunale Zusammenarbeit in Gesellschaftsform, DVBl. 1997, S. 137–145.

Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984.

Ehlers, Dirk/ *Fehling,* Michael/ *Pünder,* Hermann (Hrsg.)/ *Achterberg,* Norbert (Bgrd.): Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ehlers, Dirk/ *Pünder*, Hermann (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage, Heidelberg 2022.

Eichberger, Michael: Die Rechtsschutzgarantie vor Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht – Aspekte eines Kooperationsverhältnisses anhand der Beispiele von Beurteilungsspielraum und Vollprüfungsanspruch, NVwZ-Beilage 2013, S. 18–24.

Eifert, Martin: Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 1998.

Eisentraut, Nikolas: Der Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung, EuZW 2022, S. 981–986.

Eisentraut, Nikolas: Vergabe an die Öffentliche Hand, Berlin 2021.

Englisch, Joachim: Effektiver Primärrechtsschutz bei Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 98 (2007), S. 410–447.

Epiney, Astrid: The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship, EurLJ 13 (2007), S. 611–622.

Epping, Volker: Grundrechte, 9. Auflage, Berlin 2021.

Epping, Volker/ *Hillgruber,* Christian (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, Stand: 55. Edition, 15.05.2023, München 2023.

Ermacora, Felix: Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), S. 191–236.

Ernst, Christian: Der Grundsatz digitaler Souveränität, Berlin 2020.

Eßig, Michael (Hrsg.): Exzellente öffentliche Beschaffung, Wiesbaden 2013.

Ewerhart, Christian/ *Schmitz,* Patrick W.: Der Lock in Effekt und das Hold up Problem, WiSt 1997, S. 361–363.

Faber, Angela: Öffentliche Aufträge an kommunalbeherrschte Unternehmen – inhouse-Geschäfte oder Vergabe im Wettbewerb?, DVBl. 2001, S. 248–257.

Fante, Jan Patrick: Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, Aachen 2004.

Farrell, Joseph/ *Saloner,* Garth: Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation, American Economic Review 76 (1986), S. 940–955.

Fastenrath, Ulrich: Gewaltenteilung – Ein Überblick, JuS 1986, S. 194–201.

Fehling, Christian: Autonomie und staatliche Regulierung, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.): Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 295–314.

Fischer, Almut/ *Barth,* Regine: Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz – Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2002, S. 1184–1192.

Flume, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer, Ernst von/ Friesenhahn, Ernst/ Lange, Richard (Hrsg.): Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag 1860–1960, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 135–165.

Forsthoff, Ernst: Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963.

Forsthoff, Ernst: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart und Berlin 1938.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Forsthoff, Ernst: Über Maßnahme-Gesetze, in: Bachof, Otto (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München u.a. 1955, S. 221–236.

Franßen, Everhardt: (Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: Fürst, Walther (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, Berlin 1987, S. 429–454.

Franzius, Claudio: Der Gewährleistungsstaat – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat, Der Staat 42 (2003), S. 493–518.

Franzius, Claudio: Gewährleistung im Recht, Tübingen 2009.

Frenz, Walter: Die neue Abfallhierarchie, UPR 2012, S. 210–216.

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht: Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Auflage, Berlin u.a. 2012.

Frenz, Walter: Klimaschutzrecht, 2. Auflage, Berlin 2022.

Frenz, Walter: Vergaberecht EU und national, Berlin, Heidelberg 2018.

Frister, Anne-Christin: Entrechtlichung und Vereinfachung der Vergaberechts, VergabeR 2011, S. 295–306.

Fritz, Aline: »Remondis« – Ein weiterer Punktsieg für die Kommunen, NZBau 2017, S. 537–539.

Fuchs, Klaus: Organisationshandbuch für Behörden, Baden-Baden 2001.

Funk, Ann-Christin/ *Tomerius,* Stephan: Aktuelle Ansatzpunkte umwelt- und klimaschützender Beschaffung in Kommunen – Überblick und Wege im Dschungel des Vergaberechts (Teil 1), KommJur 2016, S. 1–6.

Gabriel, Marc/ *Krohn,* Wolfram/ *Neun,* Andreas (Hrsg.): Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage, München 2021.

Gabriel, Marc/ *Voll,* Maximilian: Markterkundungen öffentlicher Auftraggeber im Grenzbereich zwischen Leistungsbestimmungsrecht und Ausschreibungspflicht, NZBau 2019, S. 83–87.

Gaier, Reinhard: Verfassungsrecht – Fesseln und Freiheiten für das (Kartell-)Vergaberecht, NZBau 2008, S. 289–293.

Ganten, Hans/ *Jansen,* Günther/ *Voit,* Wolfgang (Hrsg.): Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B, 3. Auflage, München 2013.

Gärditz, Klaus Ferdinand: »Regulierungsermessen« und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005–1011.

Gärditz, Klaus Ferdinand: Europäisches Verwaltungsprozessrecht, JuS 2009, S. 385–393.

Gassner, Ulrich M.: Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, ZG 1996, S. 37–56.

Geis, Max-Emanuel: Josefine Mutzenbacher und die Kontrolle der Verwaltung, NVwZ 1992, S. 25–31.

Gerlach, Jens: Entscheidungsspielräume der Verwaltung, Die Lehre vom einheitlichen administrativen Entscheidungsspielraum und ihre Ausprägungen im Kartellvergaberecht, Baden-Baden 2018.

Gerlach, Jens: Geltung der AEUV-Grundsätze auch bei Inhouse-Vergaben nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2020, S. 426–429.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gers-Grapperhaus, Stefan: Das Auswahlrechtsverhältnis bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte, Baden-Baden 2009.

Giesberts, Ludger/ *Reinhardt*, Michael: BeckOK Umweltrecht, Stand: 67. Edition, 1.7.2023, München 2023.

Goebel, Wiebke: Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, Baden-Baden 2008.

Goede, Matthias/ *Stoye,* Jörg/ *Stolz,* Bernhard (Hrsg.): Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage, Hürth 2021.

Goldschmidt, James: Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925.

Gornas, Jürgern/ *Beyer,* Werner: Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, Köln 1991.

Grabitz, Eberhard (Bgrd.)/ *Hilf,* Meinhard (Fortg.)/ *Nettesheim,* Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Stand: 79. Ergänzungslieferung, Mai 2023, München.

Grabitz, Eberhard: Das Recht auf Zugang zum Markt nach dem EWG-Vertrag, in: Stödter, Rolf/ Thieme, Werner (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht; Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 645–668.

Gramm, Christof: Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.

Graske, Daniel: Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten der Europäischen Union, Hamburg 2017.

Griesewelle, Kathrin: Mittelstandsförderung im Vergaberecht, Hamburg 2018.

Grimm, Dieter: Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders. (Hrsg.): Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 292–307.

Groeben, Hans von der/ *Schwarze,* Jürgen/ *Hatje,* Armin *(Hrsg.):* Europäisches Unionsrecht Bd. 1, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.

Gröpl, Christoph: Haushaltsrecht und Reform, Tübingen 2001.

Gröpl, Christoph: Staatsrecht I, 14. Auflage, München 2022.

Groß, Thomas: Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999.

Groß, Thomas: Die asymmetrische Funktionenordnung der demokratischen Verfassung – Zur Dekonstruktion des Gewaltenteilungsgrundsatzes, Der Staat 55 (2016), S. 489–518.

Groß, Thomas: Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, DVBl. 2002, S. 1182–1194.

Grupp, Klaus: Behördliche Beurteilungsspielräume im »schlanken Staat«, in: ders./ Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), Planung – Recht – Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, Berlin 1999, S. 139–154.

Gurlit, Elke: Verwaltungsvertrag und Gesetz, Tübingen 2000.

Gusy, Christoph: Die wirtschaftliche Betätigung des Staates (Teil 2), JA 1995, S. 253–259.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gusy, Christoph: Entscheidungen und (Rechts-)Kontrolle in der staatlichen Kompetenzordnung, DÖV 1990, S. 537–545.

Gyulai-Schmidt, Andrea: Vergabefreie Kompetenzübertragung auf Zweckverbände im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit, ZfBR 2017, S. 755–761.

Gyulai-Schmidt, Andrea: Vergaberechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Durchsetzung und Kontrolle nachhaltiger Leistungsvorgaben, VergabeR 2019, S. 319–336.

Haak, Dieter: Die Grundrechtsbindung des Staates bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Bonn 1963.

Häberle, Peter: Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Auflage, Berlin 2006.

Häberle, Peter: Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 595–611.

Hailbronner, Kay: Die Vergabe öffentlicher Aufträge nach europäischem Gemeinschaftsrecht, GewArch Beilage WiVerw 1994, S. 173–250.

Haratsch, Andreas/ *Koenig,* Christian/ *Pechstein,* Matthias: Europarecht, 13. Auflage, Tübingen 2023.

Haug, Winfried: Autonomie im öffentlichen Recht (Geschichte und allgemeine Dogmatik), Heidelberg 1961.

Hegels, Susanne: EG-Eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht: europäisches Verwaltungsrecht für den direkten und den indirekten Gemeinschaftsrechtsvollzug, Baden-Baden 2001.

Heinze, Christian (Brgd.)/ *Fehling*, Michael/ *Fiedler*, Lothar: Personenbeförderungsgesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2014.

Helm, Thorsten: Rechtspflicht zur Privatisierung, Baden-Baden 1999.

Herdegen, Matthias: Beurteilungsspielraum und Ermessen im strukturellen Vergleich, JZ 1991, S. 747–751.

Herdegen, Matthias: Völkerrecht, 22. Auflage, München 2023.

Hermes, Georg: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909–915.

Hermes, Rolf: Die grundgesetzliche Zuordnung öffentlicher Angelegenheiten zu ihren originären Trägern in der verfassungsrechtlichen Ordnung von Staat und Gesellschaft, Köln 1996.

Herrmann, Alexander: Chancen und Risiken von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen für öffentliche Auftraggeber, NZBau 2022, S. 443–450.

Hertwig, Stefan: Vergaberecht und staatliche (Grundstücks-)Verkäufe, NZBau 2011, S. 9–17.

Hertwig, Stefan: Vergaberecht: Systematik, Verfahren, Rechtsschutz, 7. Auflage, München 2021.

Hertwig, Stefan: Zuschlagskriterien und Wertung bei ÖPP-Vergaben, NZBau 2007, S. 543–550.

Hesse, Konrad: Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders. (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, S. 71–95.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hesse, Konrad: Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Müller, Jörg Paul (Hrsg.), Recht als Prozeß und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 261–272.

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995.

Heuer, Ernst/ *Scheller*, Kay (Hsrg.): Kommentar zum Haushaltsrecht und der Vorschriften zu Finanzkontrolle, Stand: Aktualisierungslieferung Nr. 79, November 2022, Köln.

Hill, Hermann: Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NVwZ 1989, S. 401–410.

Hillen, Christian: Die gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit im Vergaberecht, Baden-Baden 2017.

Hillgruber, Christian: Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.): Das Prinzip der Selbstverantwortung, Tübingen 2011, S. 165–186.

Hindelang, Steffen/ *Eisentraut,* Nikolas: Rüstungsbeschaffung zwischen Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers und Sicherstellung des Wettbewerbs, EuZW 2019, S. 149–154.

Hoffjan, Andreas: Zur Make-or-buy-Problematik in der Öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung 28 (1995), S. 389–401.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, AöR 130 (2005), S. 5–70.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe – Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, AöR 115 (1990), S. 400–447.

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433–442.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/ *Schmidt-Aßmann,* Eberhard/ *Voßkuhle,* Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Auflage, München 2012.

Höfling, Wolfram: Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg 1991.

Holoubek, Michael: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 513–582.

Holoubek, Michael/ *Fuchs,* Claudia: Zur Rationalität des Vergaberechts, S. 267–280, in: *Prieß*, Hans-Joachim/ *Lau*, Niels/ *Kratzenberg*, Rüdiger (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013.

Holoubek, Michael/ *Fuchs,* Claudia/ *Holzinger,* Kerstin: Vergaberecht, 5. Auflage, Wien 2018.

Hölscheidt, Sven: Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, JA 2001, S. 409–413.

Horn, Hans-Detlef: Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung, AöR 127 (2002), S. 427–459.

Horn, Lutz/ *Graef,* Andreas: Die Geltung des Spruchrichterprivilegs des § 839 II BGB für die Mitglieder des Vergabekammern, NZBau 2002, S. 142–146.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hövelberndt, Andreas: Das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit und die Beschaffungsautonomie als Grenzen der Pflicht zur umweltfreundlichen Beschaffung, Der Gemeindehaushalt 2015, S. 112–114.

Huber, Peter-Michael: Der Schutz des Bieters im öffentlichen Auftragswesen unterhalb der sog. Schwellenwerte, JZ 2000, S. 877–882.

Huber, Peter-Michael: Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, München 1988.

Huber, Peter-Michael: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Tübingen 1991.

Huerkamp, Florian: Die grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote und die Beschaffungstätigkeit des Staates, EuR 2009, S. 563–577.

Huerkamp, Florian: Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, Tübingen 2010.

Hufen, Fridhelm: Indizierung eines pornographischen Romans („Josefine Mutzenbacher"), Anmerkung zu BVerfG, Beschl. V. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, JuS 1992, S. 249–251.

Hünnekens, Georg: Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, Köln 1995.

Hüser, Christian: Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Berlin 2005.

Ibler, Martin: Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht: zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen, Tübingen 1999.

Immenga, Ulrich: Bietergemeinschaften im Kartellrecht – ein Problem potentiellen Wettbewerbs, DB 1984, S. 385–394

Immenga, Ulrich/ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim (Bgrd.)/ *Körber*, Torsten/ *Schweitzer*, Heike/ *Zimmer*, Daniel (Hrsg.): Wettbewerbsrecht Bd. 3, Fusionskontrolle, 6. Auflage, München 2020.

Immenga, Ulrich/ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim (Bgrd.)/ *Körber*, Torsten/ *Schweitzer*, Heike/ *Zimmer*, Daniel (Hrsg.): Wettbewerbsrecht Bd. 4, Vergaberecht im GWB, 6. Auflage, München 2021.

Ingenstau, Heinz/ *Korbion,* Hermann (Bgrd.)/ *Leupertz,* Stefan/ *Wietersheim,* Mark von (Hrsg.), VOB, Teile A und B: Kommentar, 22. Auflage, Köln 2023.

Ipsen, Hans Peter: Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Apelt, Willibalt (Hrsg.), Um Recht und Gerechtigkeit: Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstage, 21.9.1950, Neudruck der Ausgabe Stuttgart 1950, Aalen 1981, S. 141–161.

Ipsen, Hans Peter: Über Supranationalität, in: Ehmke, Horst/ Kaiser, Joseph H. (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 211–225.

Ipsen, Jörn/ *Kaufhold*, Ann-Katrin/ *Wischmeyer*, Thomas: Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht, 34. Auflage, München 2022.

Irle, Christoph: Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, Wiesbaden 2011.

Isensee, Josef: Budgetrecht des Parlaments zwischen Schein und Sein, JZ 2005, S. 971–981.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Isensee, Josef: Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, S. 239–274.

Isensee, Josef/ *Kirchhof,* Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 3. Auflage, Heidelberg 2004.

Isensee, Josef/ *Kirchhof,* Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Auflage, Heidelberg 2006.

Isensee, Josef/ *Kirchhof,* Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Auflage, Heidelberg 2007.

Isensee, Josef/ *Kirchhof,* Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Auflage, Heidelberg 2009.

Jacob, Thomas/ *Lau,* Marcus: Beurteilungsspielraum und Einschätzungsprärogative – Zulässigkeit und Grenzen administrativer Letztentscheidungsmacht am Beispiel des Naturschutz- und Wasserrechts, NVwZ 2015, S. 241–248.

Jaeger, Wolfgang: Reichweite und Grenzen der Beschaffungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, ZWeR 2011, S. 365–382.

Jani, Michael: Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflicht, Pfaffenweiler 1992.

Jarass, Hans D. (Hrsg.): Charta der Europäischen Union – Kommentar, 4. Auflage, München 2021.

Jarass, Hans D.: Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, S. 705–723.

Jarass, Hans D./ *Pieroth,* Bodo (Bgrd.)/ *Kment*, Martin (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 17. Auflage, München 2022.

Jasper, Ute/ *Arnold,* Hans: Die Ausschreibungspflicht im Fall der „Stadt Mödling", NZBau 2006, S. 24–26.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Neudruck der 2. Auflage, Aalen 1979.

Jennert, Carsten: Staat oder Markt: Interkommunale Zusammenarbeit im Spiegel des EG-Vergaberechts, NZBau 2010, S. 150–155.

Jentzsch, Laura/ *Kirch,* Thomas: Markterkundung – Raum für Erkenntnisse, VergabeNews 2021, S. 38–41.

Jesch, Dietrich: Gesetz und Verwaltung: eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 2. Auflage, Tübingen 1968.

Jesch, Dietrich: Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S. 163–249.

Kaelble, Hendrik: Vergabeentscheidung und Verfahrensgerechtigkeit, Berlin 2008.

Kahl, Wolfgang/ *Waldhoff,* Christian/ *Walter,* Christian *(Hrsg.):* Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 218. Aktualisierung Dezember 2022, Heidelberg 2022.

Kainer, Friedemann: Der offene Teilnehmerwettbewerb als unionsrechtliches Prinzip, Begrenzung der Beschaffungsautonomie im Vergabeverfahren, NZBau 2018, S. 387–392.

Kämmerer, Jörn Axel: Privatisierung, Tübingen 2001.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Känel, Siegfried von: Betriebswirtschaft, Wiesbaden 2018.

Kant, Immanuel: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Nachdruck von Kraft, Bernd/ Schönecker, Dieter (Hrsg.), 2. Auflage, Hamburg 2016.

Kapellmann, Klaus Dieter (Bgrd.)/ *Messerschmidt,* Burkhard/ *Markus,* Jochen (Hrsg.), VOB, Teile A und B: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen mit Vergabeverordnung (VgV), 8. Auflage, München 2022.

Kaulbach, Ann-Marie: Typenzwang im BGB?, JuS 2011, S. 397–401.

Kayser, Elke: Nationale Regelungsspielräume im öffentlichen Auftragswesen und gemeinschaftsrechtliche Grenzen: zur Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen im öffentlichen Auftragswesen zur Sicherung der Wirtschafts- und Sozialordnung mit Gemeinschaftsrecht, Marburg 1999.

Kiehnle, Arndt: (Individuelle) Autonomie als Rechtsbegriff – Die Wurzeln des Begriffs der Privatautonomie im konfessionellen Zeitalter, ZRG KA 104 (2018), S. 346–396.

Kieser, Alfred/ *Walgenbach,* Peter: Organisation, 6. Auflage, Stuttgart 2010.

Kingreen, Thorsten/ *Poscher,* Ralf: Grundrechte, 38. Auflage, Heidelberg 2022.

Kingreen, Thorsten/ *Poscher,* Ralf: Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Auflage, München 2022.

Kirchhof, Gregor/ *Korte,* Stefan/ *Magen,* Stefan (Hrsg.): Öffentliches Wirtschaftsrecht, Heidelberg u.a. 2014.

Kirchhof, Paul: Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, NVwZ 1983, S. 505–515.

Kirchhof, Paul: Verwalten durch »mittelbares« Einwirken, Köln u.a. 1977.

Kirchner, Christian: Zur Ökonomik des Vergaberechts – § 97 GWB im Lichte der ökonomischen Theorie –, VergabeR 2010, S. 725–735.

Kirmer, Petra: Der Begriff der öffentlichen Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts, München 1995.

Kischel, Uwe: Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 (1999), S. 174–211.

Klein, Hans H.: Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart u.a. 1968.

Kling, Michael: Zur Zulässigkeit vergabefremder Regelungen im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, Mainz 2000.

Kment, Martin: Klimaschutzziele und Jahresemissionsmengen – Kernelemente des neuen Bundes-Klimaschutzgesetzes, NVwZ 2020, S. 1537–1544.

Knauff, Matthias: Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Berlin 2004.

Knauff, Matthias: Die Reform des europäischen Vergaberechts, EuZW 2004, S. 141–144.

Knauff, Matthias: Möglichkeiten und Grenzen des Vergaberechts für die Verkehrswende, VergabeR 2021, S. 1–12.

Knauff, Matthias: Vertragsschließende Verwaltung und verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie, NVwZ 2007, S. 546–549.

Koch, Hans-Joachim/ *Rüßmann,* Helmut: Juristische Begründungslehre, München 1982.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Koenig, Christian/ *Haratsch,* Andreas: Grundzüge des deutschen und des europäischen Vergaberechts, NJW 2003, S. 2637–2642.

Konstas, Jannis: Das vergaberechtliche Inhouse-Geschäft, München 2004.

Krause, Johannes: Mittelstandsförderung im Vergaberecht: rechtliche Grenzen des Mittelstandsschutzes unter Berücksichtigung der Reform der Mittelstandsklausel des § 97 Abs. 3 GWB, Hamburg 2015.

Krause, Ulf: Die Bundeswehr als Instrument deutscher Außenpolitik, Wiesbaden 2013.

Krautzberger, Michael: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private: zum Begriff des staatlichen Bereichs, Berlin 1971.

Krebs, Walter: Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, Heidelberg 1984.

Krohn, Wolfram: »*In-House*«-Fähigkeit kommunaler Gemeinschaftsunternehmen, NZBau 2009, S. 222–225.

Krohn, Wolfram: Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz: die Berücksichtigung von Umweltschutzverlangen bei der öffentlichen Auftragsvergabe nach europäischen und deutschem Vergaberecht, Köln 2003.

Krohn, Wolfram/ *Müller,* David: Kaufst du noch – oder kooperierst du schon? Das Erfordernis eines „kooperativen Konzepts" bei öffentlichen Kooperationen, NZBau 2020, S. 491–494.

Krönke, Christoph: Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, S. 568–575.

Krönke, Christoph: Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Tübingen 2013.

Krönke, Christoph: Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht, VergabeR 2017, S. 101–119.

Krönke, Christoph: Vergaberecht als Digitalisierungsfolgenrecht, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65–98.

Krüger, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1966.

Kühling, Jürgen: Möglichkeiten und Grenzen effizienter Daseinsvorsorge durch externe Auftragsvergabe im Gemeinschaftsrecht, GewArch Beilage WiVerw 2008, S. 239–246.

Kühling, Jürgen/ *Huerkamp,* Florian: Ausschreibungsverzicht und Europäische Grundfreiheiten – Das Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise, NVwZ 2009, S. 557–562.

Kühling, Jürgen/ *Huerkamp,* Florian: Vergaberechtsnovelle 2010/2011: Reformbedarf bei den vergabefremden Ausführungsbedingungen nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB?, VergabeR 2010, S. 545–554.

Kühnreich, Mathias: Das Selbstorganisationsrecht des Deutschen Bundestages unter besonderer Berücksichtigung des Hauptstadtbeschlusses, Berlin 1997.

Kulartz, Hans-Peter: Varianten – legitime Lösungsansätze zum Zwecke wirtschaftlicher Beschaffung?, in: *Prieß*, Hans-Joachim/ *Lau*, Niels/ *Kratzenberg*, Rüdiger (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 351–362.

Kulartz, Hans-Peter/ *Kus,* Alexander/ *Portz,* Norbert/ *Prieß,* Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage, Köln 2016.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kunert, Franz-Josef: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, Berlin 1977.

Kunnert, Gerhard: WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998.

Kupczyk, Björn: Die Projektantenproblematik im Vergaberecht, NZBau 2010, S. 21–24.

Landmann, Robert/ *Rohmer,* Gustav (Bgrd.)/ *Beckmann,* Martin/ *Durner,* Wolfgang (Hrsg.): Umweltrecht: Kommentar, Stand: 99. Ergänzungslieferung 1.9.2022, München 2022.

Lange, Klaus: Öffentliche Aufträge als Instrument nationaler Politik (insbesondere Forschungspolitik), in: Meessen, Karl Matthias (Hrsg.): Öffentliche Aufträge und Forschungspolitik, Baden-Baden 1979, S. 61–77.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, 14. Auflage, München 1987.

Lassahn, Philipp: Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, Tübingen 2017.

Latzel, Clemens: Soziale Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der Richtlinie 2014/24/EU, NZBau 2014, S. 673–681.

Laubinger, Hans-Werner: Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, VerwArch 73 (1982), S. 60–85.

Laumann, Daniel Thomas/ *Scharf,* Jan Peter: Die Bestimmung des Auftragsgegenstandes und ihre Überprüfung im Primärrechtsschutz, VergabeR 2013, S. 539–546.

Laumann, Gereon: Langfristige Bezugsbindungen in Gaslieferungsverträgen nach dem europäischen Kartellrecht, Baden-Baden 2007.

Lausen, Irene/ *Pustal,* Alexander: Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren, NZBau 2022, S. 3–7.

Lee, Won-Won: Privatisierung als Rechtsproblem, Köln, Berlin u.a. 1997.

Leisner, Anna: Die Leistungsfähigkeit des Staates: verfassungsrechtliche Grenze der Staatsleistungen?, Berlin 1998.

Lenaerts, Koen: Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, S. 3–18.

Lewinski, Kai von/ *Burbat,* Daniela (Hrsg.): Bundeshaushaltsordnung, Baden-Baden 2013.

Lisch, Karsten: Die produktbezogene Beschaffung von IT-Leistungen: Zum Verhältnis von Wettbewerb und Beschaffungsfreiheit im europaweiten Vergabeverfahren, CR 2013, S. 761–765.

Looschelders, Dirk: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 20. Auflage, München 2022.

Lorenzen, Klaus Dieter/ *Krokowski,* Wilfried: Einkauf, Wiesbaden 2018.

Ludwigs, Markus: Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290–297.

Ludwigs, Markus: Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte, DÖV 2020, S. 405–415.

Lüttmann, Sarah: Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts, Baden-Baden 2018.

Lux, Johannes: Presseanfragen bei der Vergabekammer, VergabeR 2010, S. 899–908.

Mager, Stefan/ *Lotz,* Birgit: Die Vergabe von Gebäudemanagementleistungen am Beispiel der Ausschreibung von Reinigungsdienstleistungen, ZfBR 2015, S. 758–766.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mallmann, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1960), S. 167–205.

Mangoldt, Hermann von/ *Klein,* Friedrich/ *Starck,* Christian (Bgrd.) *Huber*, Peter M./ *Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.): GG Kommentar, Bd. 1, Art. 1–19 GG, 7. Auflage, München 2018.

Mangoldt, Hermann von/ *Klein,* Friedrich/ *Starck,* Christian (Bgrd.) *Huber*, Peter M./ *Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.): GG Kommentar, Bd. 2, Art. 20–82 GG, 7. Auflage, München 2018.

Mangoldt, Hermann von/ *Klein,* Friedrich/ *Starck,* Christian (Bgrd.)/ *Huber*, Peter M./ *Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.): GG Kommentar, Bd. 3, Art. 83–146, 7. Auflage, München 2018.

Mankiw, Nicholas Gregory/ *Taylor,* Mark P. (Verfasser)/ *Herrmann,* Marco/ *Püplichhuysen,* Diana/ *Müller,* Christian (Übersetzer), Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 8. Auflage, Stuttgart 2021.

Männel, Wolfgang (Hrsg.): Entscheidungen zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug in der Praxis, Herne/Berlin 1973.

Manssen, Gerrit: Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG – Anmerkungen zu einem verfassungsrechtlichen Dauerproblem –, ZBR 1999, S. 253–257.

Manssen, Gerrit: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, Tübingen 1994.

Manssen, Gerrit: Staatsrecht II: Grundrechte, 19. Auflage, München 2022.

Manz, Tobias/ *Schönwälder,* Yannick: Die vergaberechtliche Gretchenfrage: Wie hältst Du's mit dem Mittelstand? Der Mittelstandsschutz des § 97 III GWB bei der Vergabe von PPP- und Totalunternehmerleistungen, NZBau 2012, S. 465–470.

Martens, Wolfgang: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg 1969.

Marx, Fridhelm: Vergabefremde Aspekte im Lichte des europäischen und des deutschen Rechts, in: *Schwarze,* Jürgen (Hrsg.): Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2000, S. 77–86.

Marx, Fridhelm: Vergaberecht – Was ist das? Überlegungen zu einem neuen Verständnis des Vergaberechtes, in *Brinker*, Ingo/ *Scheuing*, Dieter H./ *Stockmann*, Kurt (Hrsg.) Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold, S. 305–328.

Masing, Tobias: Die Beteiligung Privater an kommunalen Gesellschaften und das öffentliche Vergaberecht, ZfBR 2002, S. 450–455.

Maunz, Theodor/ *Dürig,* Günter (Brgd.)/ *Herzog*, Roman/ *Scholz*, Rupert/ *Herdegen*, Matthias/ *Klein*, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Stand: 100. Lieferung Januar 2023, München 2023.

Maurenbrecher, Romeo: Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1837.

Maurer, Hartmut: Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), S. 135–171.

Maurer, Hartmut: Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: Badura, Peter/ Dreier, Horst (Hrsg.): Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 467–503.

Maurer, Hartmut: Staatsrecht I, 6. Auflage, München 2010.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Maurer, Hartmut: Zur Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, in: Kirchhof, Paul (Hrsg.), Staaten und Steuern: Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 331–352.

Maurer, Hartmut/ *Waldhoff,* Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Auflage Berlin 1924, Nachdruck 1969 Berlin.

McCrudden, Christopher: Buying social justice, Oxford u.a. 2007.

Medicus, Dieter/ *Petersen,* Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016.

Meffert, Heribert/ *Pohlkamp,* André/ *Böckermann,* Florian: Wettbewerbsperspektiven des Kundenbeziehungsmanagements im Spannungsfeld wissenschaftlicher Erkenntnisse und praktischer Exzellenz, in: Georgi, Dominik/ Hadwich, Karsten (Hrsg.), Management von Kundenbeziehungen, Festschrift Manfred Bruhn zum 60. Geburtstag, Wiesbaden 2010, S. 3–26.

Meißner, Barbara: Ökologische und soziale Aspekte der Landesvergabegesetze, VergabeR 2012, S. 301–309.

Merten, Detlef/ *Papier,* Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 2, Heidelberg 2006.

Merten, Detlef/ *Papier,* Hans-Jürgen (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 5, Heidelberg 2013.

Merz, Hans: Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 20.4.1970, Karlsruhe 1970.

Meurers, David: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Vergaberecht, Baden-Baden 2020.

Meyer, Nina: Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, Berlin 2002.

Meyer-Ladewig, Jens/ *Nettesheim*, Martin/ *Raumer*, von Stefan, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Baden-Baden 2017.

Mikus, Barbara: Make-or-buy-Entscheidungen, Führungsprozesse, Risikomanagement und Modellanalysen, 3. Auflage, Chemnitz 2009.

Mizia, Robert Martin: Der Rechtsbegriff der Autonomie und die Begründung des Privatfürstenrechts in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1995.

Möllers, Christoph: Gewaltengliederung, Tübingen 2005.

Montag, Frank/ *Säcker,* Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 3: Beihilfen- und Vergaberecht, 1. Auflage, München 2011.

Möstl, Markus: Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, München 1999.

Mroß, Michael: Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor: eine Einführung, 2. Auflage, Wiesbaden 2015.

Mückl, Stefan: Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, Stuttgart 1998.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mugdan, Benno (Hrsg.): Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1899, Neudruck Heidelberg 1979.

Müglich, Andreas/ *Lapp,* Thomas: Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beim IT-Systemvertrag, CR 2004, S. 801–809.

Müllejans, Gabi: Mittelstandsförderung im Vergaberecht im Rahmen des § 97 Abs. 3 GWB, Köln 2014.

Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): GWB Vergaberecht Kommentar, 2. Auflage, Köln 2023.

Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): Kompendium des Vergaberechts: Systematische Darstellung unter Berücksichtigung des EU-Vergaberechts, 2. Auflage, Köln 2013.

Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen – VOL/A, 4. Auflage, Köln 2014.

Müller-Wrede, Malte (Hrsg.): VgV/UVgO, Köln 2017.

Müller-Wrede, Malte/ *Lux,* Johannes: Die Behandlung von Projektanten im Vergabeverfahren – Zugleich eine Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 25.10.2005 – Verg 67/05 und VK Bund, Beschl. vom 06.06.2005 – VK 2 – 33/05, ZfBR 2006, S. 327–329.

Müller, Heinz: Staatliche Preislenkung bei öffentlichen Aufträgen, Köln 1970.

Müller, Jan Peter: Kein Rechtsschutz ohne subjektive Rechtsverletzung, Anm. zu VK Rheinland Köln, Beschluss vom 17.02.2020 – VK 56/19 – L, jurisPR-VergR 10/2020 Anm. 6.

Münch, Ingo von/ *Kunig,* Philip (Bgrd.)/ *Kämmerer,* Jörn Axel/ *Kotzur,* Markus (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 7. Auflage, München 2021.

Münch, Ingo von/ *Kunig,* Philip (Bgrd.)/ *Kämmerer,* Jörn Axel/ *Kotzur,* Markus (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 7. Auflage, München 2021.

Neubäumer, Renate/ *Hewel,* Brigitte/ *Lenk,* Thomas: Volkswirtschaftslehre: Grundlagen der Volkswirtschaftstheorie und Volkswirtschaftspolitik, 6. Auflage, Wiesbaden 2017.

Neus, Werner: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 10. Auflage, Tübingen 2018.

Niestedt, Marian/ *Hölzl,* Franz Josef: Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärschutzbeschränkung im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenwerte, NJW 2006, S. 3680–3683.

Odendahl, Kerstin: Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen – Rechtslage nach EG- und WTO-Recht, EuZW 2004, S. 647–652.

Oftinger, Karl: Die Vertragsfreiheit, in: Pasquier, Claude du (Hrsg.): Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 315–333.

Ohler, Christoph: Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes, AöR 131 (2006), S. 336–377.

Ohrtmann, Nicola: Der Grundsatz produktneutraler Ausschreibung im Wandel?, VergabeR 2012, S. 376–393.

Onischka, Mathias: Umwelt- und Ressourcenschutz als Kriterium im öffentlichen Beschaffungsprozess, Aachen 2010.

Opitz, Marc: Die Zukunft der Dienstleistungskonzession, NVwZ 2014, S. 753–760.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Opitz, Marc: Marktabgrenzungen und Vergabeverfahren, WuW 2003, S. 37–45.

Ossenbühl, Fritz: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 137–202.

Ossenbühl, Fritz: Gedanken zur Kontrolldichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, in: Bender, Bernd/ Breuer, Rüdiger/ ders./Sendler, Horst (Hrsg.): Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz – Festschrift für Konrad Redeker, München 1993, S. 55–70.

Ossenbühl, Fritz: Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, S. 618–627.

Otting, Olaf: Eignungs- und Zuschlagskriterien im neuen Vergaberecht, VergabeR 2016, S. 316–326.

Pache, Eckhard: Der Staat als Kunde – System und Defizite des neuen deutschen Vergaberechts, in DVBl. 2001, S. 1781–1792.

Pache, Eckhard: Die Kontrolldichte in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, DVBl. 1998, S. 380–387.

Pache, Eckhard: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Tübingen 2001.

Papier, Hans-Jürgen: Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenzen, in: *Götz*, Volkmar/ *Klein*, Hans Hugo/ *Starck*, Christian (Hrsg.): Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle – Göttinger Symposion, München 1985, S. 36–67.

Payandeh, Mehrdad: Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip, JöR 57 (2009), S. 465–502.

Pechstein, Matthias: EU-Prozessrecht, 4. Auflage, Tübingen 2011.

Pechstein, Matthias/ *Nowak,* Carsten/ *Häde*, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band 1, Tübingen 2017.

Peine, Franz-Joseph: Der Funktionsvorbehalt des Berufsbeamtentums, Die Verwaltung 17 (1984), S. 415–440.

Peine, Franz-Joseph: Grenzen der Privatisierung – verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, S. 353–365.

Peters, Anne: Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitserwägungen, DÖV 2001, S. 749–762.

Peters, Hans: Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt: Rektoratsrede, Krefeld 1965.

Peters, Hans: Öffentliche und Staatliche Aufgaben, in Dietz, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Carl-Heinz Nipperdey, Bd. 2, S. 877–895.

Pieroth, Bodo/ *Hartmann,* Bernd J.: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, DVBl. 2002, S. 421–428.

Pietzcker, Jost: Auf der Suche nach den Grenzen des Vergaberechts, VergabeR 2010, S. 735–747.

Pietzcker, Jost: Das Vergaberechtsänderungsgesetz – europarechtliche Grundlagen, wesentliche Änderungen und offene Fragen, SächsVBl. 1999, S. 289–312.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Pietzcker, Jost: Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Tübingen 1978.

Pietzcker, Jost: Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998), S. 427–473.

Pietzcker, Jost: Gerichtsschutz im Unterschwellenbereich und Tariftreueklauseln – zwei klärende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ZfBR 2007, S. 131–137.

Pietzcker, Jost: Rechtsbindung der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 107 (1982), S. 61–100.

Pietzcker, Jost: Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 1983, S. 121–125.

Pietzcker, Jost: Vergaberechtliche Sanktionen und Grundrechte, NZBau 2003, S. 242–249.

Plauth, Melanie: Die Rechtspflicht zur Transparenz im europäischen Vergaberecht, Köln 2017.

Pollmann, Tobias: Der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz im öffentlichen Vergaberecht, Berlin 2009.

Porth, Jan/ *Kruse,* Kathrin Annika/ *Engewald,* Bettina/ *Ziekow,* Jan: Interkommunale Zusammenarbeit als Reformansatz – der rheinland-pfälzische Weg – Wissenschaftliche Untersuchung im Auftrag des Ministeriums des Innern und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz, Speyer 31.12.2019.

Poscher, Ralf: Geteilte Missverständnisse: Theorien der Rechtsanwendung und des Beurteilungsspielraums der Verwaltung – zugleich eine Kritik der normativen Ermächtigungslehre, in: *Appel*, Ivo/ *Hermes*, Georg/ *Schönberger*, Christoph (Hrsg.): Öffentliches Recht im offenen Staat – Festschrift für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, S. 527–551.

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/ *Simonis,* Matthias: Die künftige Relevanz des Primärvergabe- und Beihilfenrechts – Ein Zwischenruf, NZBau 2015, S. 731–736.

Probst, Peter Michael/ *Gutmacher,* Yael: Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers und die Folgen, ZfBR 2021, S. 238–243.

Probst, Peter Michael/ *Holleben,* von Kevin Max: Bedeutung und Tragweite des vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers, CR 2012, S. 1–5.

Prost, G.: Über die Autonomie: Ihre Grundlagen und Grenzen, NJW 1955, S. 1463–1465.

Puhl, Thomas: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 458–512.

Pünder, Hermann: Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, in VerwArch 95 (2004), S. 38–62.

Pünder, Hermann/ *Schellenberg,* Martin (Hrsg.): Vergaberecht Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2019.

Püttner, Günter: Verwaltungslehre, 4. Auflage, München 2007.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Raabe, Marius: Öffentliche Auf- und Vergabe: Ausschreibung öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit?, VergabeR 2012, S. 697–710.

Raabe, Marius: Verbindlichkeit »faktisch« vergebener öffentlicher Aufträge? Zum Müllverbrennungs-Beschluss des OLG Düsseldorf, NJW 2004, S. 1284–1287.

Raiser, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1–8.

Rechten, Stephan/ *Portner*, David: Wie viel Wettbewerb muss sein? – Das Spannungsverhältnis zwischen Beschaffungsautonomie und Wettbewerbsprinzip, NZBau 2014, S. 276–280.

Redeker, Konrad: Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, NVwZ 1992, S. 305–309.

Reichling, Ingrid/ *Scheumann,* Nina Kristin: Die Vergabe von IT-Leistungen – Besondere Anforderungen und besondere Flexibilität (Teil I), GewArch 2019, S. 7–11.

Reichling, Ingrid/ *Scheumann,* Nina Kristin: Die Vergabe von IT-Leistungen – Besondere Anforderungen und besondere Flexibilität (Teil II), GewArch 2019, S. 58–63.

Reidt, Olaf: Behördlicher Beurteilungsspielraum und Grundrechtsschutz, DÖV 1992, S. 916–921.

Reidt, Olaf: Verfassungsrechtliche Aspekte der Mautfinanzierung von Fernstraßen, NVwZ 1996, S. 1156–1160.

Reidt, Olaf/ *Stickler,* Thomas/ *Glahs,* Heike (Hrsg.): Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage, Köln 2018.

Remmert, Barbara: Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG, JURA 2014, S. 906–915.

Rengeling, Hans-Werner/ *Middeke,* Andreas/ *Gellermann,* Martin (Hrsg.): Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2014.

Rengeling, Hans-Werner/ *Szczekalla,* Peter: Grundrechte in der Europäischen Union und allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln u.a. 2004.

Rennert, Klaus: Konzessionen vor dem Verwaltungsgericht, NZBau 2019, S. 411–417.

Reuss, Herrmann: Das Ermessen – Versuch einer Begriffsklärung, DVBl. 1953, S. 585–589.

Reuss, Herrmann: Der unbestimmte Rechtsbegriff, DVBl. 1953, S. 649–655.

Ricken, Robin: Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, Baden-Baden 2014.

Ritter, Joachim (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1: A-C, Darmstadt 1971.

Rittner, Fritz: Öffentliches Auftragswesen und marktwirtschaftliche Ordnung, in: Andreae, Clemens-Augus/ Kirchhoff, Jochen/ Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), Wettbewerb als Herausforderung und Chance, Festschrift für Werner Benisch, Köln u.a. 1989, S. 99–113.

Rittner, Fritz: Öffentliches Auftragswesen und Privatrecht, ZHR 152 (1988), S. 318–332.

Rittner, Fritz/ *Dreher,* Meinrad: Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht: eine systematische Darstellung, 3. Auflage, Heidelberg 2008.

Röhl, Klaus F./ *Röhl,* Hans Christian: Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage, Köln München 2008.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ronellenfitsch, Michael: Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff – Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht, in: *Blümel,* Willi (Hrsg.), Ernst Forsthoff: Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff, Berlin 2003, S. 53–114.

Ronellenfitsch, Michael: Der ÖPNV im europäischen Binnenmarkt, VerwArch 92 (2001), S. 131–147.

Roscher, Falk: Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Berlin 1974.

Roth, Frank: Markterkundung, Vergabeverfahren ohne Bieter und die Bestimmungsfreiheit öffentlicher Auftraggeber, NZBau 2018, S. 77–83.

Röthel, Anne: Forschungsgespräche über Autonomie im Recht: Ausgangsbedingungen, Typizitäten, Lehren, in: Bumke, Christian/ Röthel, Anne (Hrsg.): Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 45–66.

Röthel, Anne: Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen, NJW 2001, S. 1334–1335.

Röwekamp, Hendrik/ *Hofmann,* Sascha/ *Wapelhorst,* Vincent: Zuschlagskriterien der Nachhaltigkeit bei Bauvergaben, NZBau 2022, S. 707–713.

Röwekamp, Hendrik/ *Kus,* Alexander/ *Marx,* Fridhelm/ *Portz,* Norbert/ *Prieß,* Hans-Joachim (Hrsg.): Kommentar zur VgV, 2. Auflage, Hürth 2022.

Röwekamp, Hendrik/ *Kus*, Alexander/ *Portz*, Norbert/ *Prieß*, Hans-Joachim (Hrsg.): Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Auflage, Düsseldorf 2020.

Rüfner, Wolfgang: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967.

Rung, Christoph: Die Überprüfung der Beschaffungsautonomie durch die Nachprüfungsinstanzen, VergabeR 2017, S. 440–447.

Rüthers, Bernd/ *Fischer,* Christian/ *Birk,* Axel: Rechtstheorie: mit juristischer Methodenlehre, 10. Auflage, München 2018.

Ruthig, Josef/ *Storr,* Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 2020.

Sacher, Peter: Die Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel ausgewählter Kommunalverwaltungen, Frankfurt am Main 1992.

Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2021.

Säcker, Franz Jürgen/ Ganske, Matthias/ Knauff, Matthias: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Vergaberecht 1, 4. Auflage, München 2022.

Säcker, Franz Jürgen/ *Jaecks,* Jörg: Langfristige Energielieferungsverträge und Wettbewerbsrecht, Berlin 2002.

Schachtschneider, Karl Albrecht: Staatsunternehmen und Privatrecht, Berlin 1986.

Scharen, Uwe: Patentschutz und öffentliche Vergabe, GRUR 2009, S. 345–348.

Scharen, Uwe: Verbotene Verlagerung von ungewöhnlichen oder von unzumutbaren Wagnissen?, in: Prieß, Hans-Joachim/ Lau, Niels/ Kratzenberg, Rüdiger (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 677–685.

Scharen, Uwe: Vertragslaufzeit und Vertragsverlängerung als vergaberechtliche Herausforderung?, NZBau 2009, S. 679–684.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Scharlau, Jan/ *Swieykowski-Trzaska,* Lilly von/ *Keimeyer,* Friedhelm/ *Klinski,* Stefan/ *Sina,* Stephan: Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, S. 1–8.

Schauer, Reinbert: Öffentliche Betriebswirtschaftslehre – Public Management, 2. Auflage, Wien 2010.

Schellenberg, Martin: Das Gebot der Produktneutralität als Grenze der Beschaffungsautonomie, in: Hilgers, Dennis/ Schauer, Reinbert/ Thom, Norbert (Hrsg.), Public Management im Paradigmenwechsel, Linz 2012, S. 665–670.

Schierenbeck, Henner/ *Wöhle,* Claudia B.: Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 19. Auflage, Berlin, Boston 2016.

Schink, Alexander/ *Kuhn,* Marco/ *Rühl,* Christiane: „Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge" aus kommunaler Sicht, Der Landkreis 2001, S. 438–442.

Schink, Alexander/ *Versteyl,* Andrea (Hrsg.): KrWG: Kommentar, 2. Auflage, Berlin u.a. 2016.

Schlaich, Klaus (Bgrd.)/ *Korioth,* Stefan: Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 12. Auflage, München 2021.

Schmidberger, Jürgen: Controlling für die öffentliche Verwaltung: Funktionen – Aufgabenfelder – Instrumente, 2. Auflage, Wiesbaden 1995.

Schmidt am Busch, Birgit: Gewährleistungsaufsicht zur Sicherstellung Privater Aufgabenerledigung, Die Verwaltung 49 (2016), S. 205–232.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage, Heidelberg 2004.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl. 1997, S. 281–289.

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Verwaltungsorganisation zwischen parlamentarischer Steuerung und exekutivischer Organisationsgewalt, in: *Stödter*, Rolf/ *Thieme*, Werner (Hrsg.): Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, S. 333–352.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/ *Groß,* Thomas: Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG, NVwZ 1993, S. 617–625.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Bgrd.)/ *Klein,* Franz (Fortg.)/ *Hofmann,* Hans/ *Henneke,* Hans-Günter (Hrsg.): GG Kommentar, 15. Auflage, Köln 2022.

Schmidt-De Caluwe, Reimund: Verwaltungsorganisationsrecht, JA 1993, S. 77–86.

Schnapp, Friedrich E.: Ausgewählte Probleme des öffentlichen Organisationsrechts, JURA 1980, S. 293–303.

Schnapp, Friedrich E.: Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), S. 173–198.

Schnittker, Daniel: Die Klimaschutzgesetze der Bundesländer: Verfassungsmäßigkeit und Steuerungswirkung, Baden-Baden 2021.

Schöbener, Burkhard/ *Knauff,* Matthias: Allgemeine Staatslehre, 5. Auflage, München 2023.

Schoch, Friedrich: Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JURA 2004, S. 612–618.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schoch, Friedrich: Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwZ 2008, S. 241–247.

Schoch, Friedrich: Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, JuS 1994, S. 391–397.

Schoch, Friedrich: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962–977.

Schoch, Friedrich/ *Schneider,* Hans-Peter (Hrsg.): Verwaltungsrecht – VwGO: Kommentar, Stand: 43. Ergänzungslieferung, August 2022, München 2022.

Schoch, Friedrich/ *Schneider,* Hans-Peter/ *Bier*, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsrecht – VwGO: Kommentar, Stand: 35. Ergänzungslieferung, September 2018, München 18.

Schoenmaker, Simon: Die historische Entwicklung des Vergabeverfahrens in Deutschland, Österreich und der Schweiz: von den antiken Ursprüngen bis zur Gegenwart, Baden-Baden 2019.

Scholl, Rainer/ *Thöne,* Michael: Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, Stuttgart 1998.

Schreyögg, Georg: Grundlagen der Organisation, 2. Auflage, Wiesbaden 2016.

Schröder, Holger: Aktuelle Vergaberechtsfragen zum Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz, NZBau 2022, S. 379–383.

Schröder, Holger: Das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2021, S. 499–504.

Schröder, Holger: Die vergaberechtliche Problematik der interkommunalen Zusammenarbeit am Beispiel der Bildung von Zweckverbänden. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des öffentlichen Auftrages i.S. des § 99 GWB, NVwZ 2005, S. 25–29.

Schröder, Holger: Rechtlich privilegierte Sektorenauftraggeber nach § 98 Nr. 4 GWB, NZBau 2012, S. 541–546.

Schroeder, Werner: Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, S. 452–466.

Schubert, Werner: Zur Entstehung der VOB (Teile A und B) von 1926, in: Pastor, Walter (Hrsg.), Festschrift für Werner Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf 1986, S. 389–408.

Schulze-Fielitz, Helmuth: Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, JZ 1993, S. 772–781.

Schulze-Fielitz, Helmuth: Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: Grimm, Dieter (Hrsg.): Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11–47.

Schuppert, Gunnar Folke: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbstständigte Verwaltungseinheiten: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Göttingen 1981.

Schuppert, Gunnar Folke: Verwaltungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000.

Schütz, Erwin: Der unbestimmte Rechtsbegriff – Zur Anmerkung Reuss in DÖV 2/54, S. 55 ff., DÖV 1954, S. 556–557.

Schwabe, Christof: Wettbewerblicher Dialog, Verhandlungsverfahren, Interessenbekundungsverfahren, Baden-Baden 2009.

Schwarz, Michael: Wen verbeamten?, JZ 2019, S. 276–285.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schwarz, Theo: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, Köln 1969.

Schwarze, Jürgen: Administrative Leistungsfähigkeit als verwaltungsrechtliches Problem, DÖV 1980, S. 581–594.

Schwarze, Jürgen: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, in: ders. (Hrsg.): Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2000, S. 13–46.

Schwarze, Jürgen: Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, S. 241–252.

Schwarze, Jürgen/ *Becker,* Ulrich/ *Hatje,* Armin/ *Schoo,* Johann (Hrsg.): EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019.

Siebert, Wolfgang: Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, Göttingen 1953, S. 214–247.

Siegburg, Peter: Zum AGB-Charakter der VOB/B und deren Privilegierung durch das AGB -Gesetz, BauR 1993, S. 9–23.

Siegel, Thorsten: Das Berücksichtigungsgebot des Bundes-Klimaschutzgesetzes und seine Relevanz im Vergaberecht, NZBau 2022, S. 315–319.

Siegel, Thorsten: Neue Ziele im Vergaberecht, VergabeR 2022, S. 14–23.

Siegel, Thorsten: Wie fair ist das Vergaberecht? Der faire Handel vor dem EuGH, VergabeR 2013, S. 370–376.

Siegel, Thorsten: Zulässige Vertragslaufzeiten im Vergaberecht – Zugleich eine Anmerkung zum Beschluss der VK Arnsberg vom 21. Februar 2006 (ZfBR 2006, S. 397 ff.) und zum Urteil des EuGH vom 9. März 2006 (Rs. C-323/03), ZfBR 2006, S. 554–556.

Siegel, Thorsten/ *Eisentraut,* Nikolas: Der Vertrag im Öffentlichen Wirtschaftsrecht, VerwArch 109 (2018), S. 454–479.

Silva, Patricia/ *Teles,* Filipe/ *Ferreira,* Joanna: Intermunicipal cooperation: The quest for governance capacity?, International Review of Administrative Sciences 84 (2018), S. 619–638.

Sodan, Helge (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage, München 2018.

Sodan, Helge/ *Ziekow,* Jan (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung: Großkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2018.

Sodan, Helge/ *Ziekow,* Jan: Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Auflage, München 2023.

Spanka, Annegret: Gewährleistung des öffentlichen Nahverkehrs durch allgemeine Vorschriften, Baden-Baden 2019.

Spilok, Stephan: Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Beleihungskonstellationen, Baden-Baden 2012.

Spinzig, Sebastian: Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers, VergabeR 2019, S. 267–273.

Stadler, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 21. Auflage, München 2022.

Starck, Christian: Autonomie und Grundrechte, AöR 92 (1967), S. 449–478.

Staudinger, Julius von (Bgrd.)/ *Looschelders,* Dirk/ *Olzen,* Dirk/ *Schiemann,* Gottfried (Neubearbeitung): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 241–243, Berlin 2019.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Staupe, Jürgen: Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, Berlin 1986.

Steiff, Jakob: Vergabefremde Aspekte – eine Zwischenbilanz, VergabeR 2009, S. 290–302.

Stein, Roland M.: Nach Streichung des ungewöhnlichen Wagnisses: grenzenlose Nachfragemacht der Hamburger Stadtentwässerung? Kritische Anmerkungen zu VK Hamburg Beschl. V. 19.6.2012 – VgH FB 2/12, in: *Prieß*, Hans-Joachim/ *Lau*, Niels/ *Kratzenberg*, Rüdiger (Hrsg.), Wettbewerb – Transparenz – Gleichbehandlung, Festschrift für Fridhelm Marx, München 2013, S. 711–728.

Steinberg, Philipp: Die Flexibilisierung des neuen europäischen Vergaberechts, NZBau 2005, S. 85–92.

Steinebach, Nikolaus: Verwaltungsbetriebslehre, 4. Auflage, Regensburg 1991.

Stelkens, Paul/ *Bonk, Heinz* Joachim/ *Leonhardt,* Klaus *(Brgd.) / Sachs,* Michael/ *Schmitz,* Heribert/ *Stelkens,* Ulrich (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 10. Auflage, München 2023.

Stelkens, Ulrich: Verwaltungsprivatrecht: zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen, Berlin 2005.

Stern, Klaus (Bgrd.)/ *Sodan,* Helge/ Möstl, Markus (Hrsg.): Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 1: Grundlagen und Grundbegriffe des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 2022.

Stern, Klaus: Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 2: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980.

Stern, Klaus: Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 3/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.

Stern, Klaus: Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 4/2: Freiheit der politischen Betätigung – Kultur – Schule und Bildung – Kunst und Wissenschaft – Religion, Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften – Gleichheitssätze – Rechtsschutz und Staatshaftung, München 2011.

Stern, Klaus/ *Becker,* Florian (Hrsg.): Grundrechte-Kommentar, 3. Auflage, Köln 2019.

Stern, Klaus/ *Sodan,* Helge/ *Möstl,* Markus (Hrsg.): Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 2: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanzwesen, 2. Auflage, München 2022.

Stern, Klaus/ *Sodan,* Helge/ *Möstl,* Markus (Hrsg.): Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 3: Allgemeine Lehren der Grundrechte, 2. Auflage, München 2022.

Stern, Klaus/ *Sodan,* Helge/ *Möstl,* Markus (Hrsg.): Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. 4: Die einzelnen Grundrechte, 2. Auflage, München 2022.

Stettner, Rupert: Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983.

Stockmann, Thomas/ *Rusch,* Daniel: Wie viel Energieeffizienz muss es sein? Anforderungen an Leistungsbeschreibung und Wertung nach § 4 IV bis VI b VgV, NZBau 2013, S. 71–79.

Stolleis, Michael: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, München 1992.

Storr, Stefan: Der Staat als Unternehmer, Tübingen 2001.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/AEUV, 3. Auflage, München 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Sudbrock, Christian: Anm. zu EuGH: Auch Hilfstätigkeiten können Gegenstand einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit sein, IR 2020, S. 187–189.

Summann, Katharina: Vergabegrundsätze und Vergabeverfahren im Rechtsvergleich Deutschland – U.S.A., Baden-Baden 2007.

Tenthoff, Christian: Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, Berlin 2008.

Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.): Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Auflage, Baden-Baden 2022.

Thommen, Jean-Paul/ *Achleitner,* Ann-Kristin/ *Gilbert,* Dirk Ulrich/ *Hachmeister,* Dirk/ *Jarchow,* Svenja/ *Kaiser,* Gernot (Hrsg.): Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: Umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 9. Auflage, Wiesbaden 2022.

Thym, Daniel: Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, S. 889–896.

Traumann, Dodo: Die Organisationsgewalt im Bereich der bundeseigenen Verwaltung, Baden-Baden 1998.

Trennt, Matthias: Die Vergabe internationaler Sportveranstaltungen, Herbolzheim 2012.

Tugendreich, Bettina: Der Kunde ist König – Umfang des Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers in NZBau 2013, S. 90–92.

Ule, Carl Hermann: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Bachof, Otto (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, Olzog 1955, S. 309–330.

Unruh, Peter: Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 1996.

Vogel, Klaus: Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, Tübingen 1964.

Voßkuhle, Andreas: Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266–335.

Voßkuhle, Andreas: Rechtsschutz gegen den Richter, München 1993.

Voßkuhle, Andreas/ *Eifert*, Martin /*Möllers*, Christoph (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Auflage, München 2022.

Voßkuhle, Andreas/ *Wischmeyer,* Thomas: Grundwissen – Öffentliches Recht: Das Sozialstaatsprinzip, JuS 2015, S. 693–695.

Wagner, Christian: Ende des Leistungsbestimmungsrechts für Bauprodukte, NZBau 2022, S. 633–634.

Wahl, Rainer: Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409–418.

Wahl, Rainer: Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in Ellwein, Thomas/ Hesse, Joachim Jens (Hrsg.), Staatswissenschaften: vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, Baden-Baden 1990, S. 29–53.

Wallerath, Maximilian: Geschichtliche Erscheinungsformen staatlicher Bedarfsdeckung, Die Verwaltung 20 (1987), S. 137–162.

Wallerath, Maximilian: Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, Baden-Baden 1988.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Walz, Rainer: Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, Köln 2009.

Weber, Claus: Zulässigkeit und Grenzen von Leistungsbeschreibungen nach europäischem Vergaberecht, NZBau 2002, S. 194–197.

Weber, Wolfgang/ *Kabst,* Rüdiger/ *Baum,* Matthias: Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, Wiesbaden 2018.

Weele, Arjan J. van/ *Eßig,* Michael: Strategische Beschaffung, Wiesbaden 2017.

Weiler, Joseph H. H.: Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights, in: Neuwahl, Nanette A./ Rosas, Allan (Hrsg.): The European Union and Human Rights, Den Haag u.a. 1995, S. 51–76.

Weissenberg, Paul: Öffentliche Aufträge – Instrumente neutraler Beschaffung oder staatlicher Steuerung?, DB 1984, S. 2285–2290.

Weiß, Wolfgang: Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen: Europarechtliche Perspektiven, EuR 2013, S. 669–688.

Weiß, Wolfgang: Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002.

Welter, Erich: Der Staat als Kunde, Heidelberg 1960.

Wendel, Matthias: Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, Tübingen 2019.

Wietersheim, Mark von: Einschränkungen des Wettbewerbsgrundsatzes bei der öffentlichen Beschaffung, GewArch Beilage WiVerw 2015, S. 182–186.

Willems, Heiko: Die Förderung des Mittelstandes: wirtschaftsverfassungsrechtliche Legitimation und vergaberechtliche Realisierung, Köln u.a. 2003.

Willenbruch, Klaus/ *Wieddekind,* Kristina/ *Hübner,* Alexander (Hrsg.): Vergaberecht Kompaktkommentar, 5. Auflage, Hürth 2023.

Willner, Hajo/ *Strohal,* Stephan: Modulbau im Spannungsfeld von Leistungsbestimmungsrecht und Mittelstandsschutz, VergabeR 2014, S. 120–127.

Wittek, A. Nicolas: Das In-House Geschäft im EG-Vergaberecht, Frankfurt am Main 2004.

Wolff, Hans J. (Bgrd.)/ *Bachof,* Otto/ *Stober,* Rolf/ *Kluth,* Winfried: Verwaltungsrecht I, 13. Auflage, München 2017.

Wolff, Hans J. (Bgrd.)/ *Bachof,* Otto/ *Stober,* Rolf/ *Kluth,* Winfried: Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010.

Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I, 3. Auflage, München 1959.

Wollenschläger, Ferdinand: Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388–396.

Wollenschläger, Ferdinand: Verteilungsverfahren, Tübingen 2010.

Zeidler, Karl: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), S. 208–241.

Zeiss, Christopher: Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201–206.

Ziegler, Andreas: Wettbewerb ohne Wettbewerb? – Zur Beschaffung in „defekten" Märkten, ZfBR 2018, S. 37–42.

Ziekow, Jan: Die Direktvergabe von Personenverkehrsdiensten nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und die Zukunft eigenwirtschaftlicher Verkehre, NVwZ 2009, S. 865–871.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ziekow, Jan: Die vergaberechtlich zulässige Vertragslaufzeit bei komplexen PPP-Modellen, VergabeR 2006, S. 702–719.

Ziekow, Jan: Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Kooperationen: Neues vom europäischen Vergaberecht?, NZBau 2015, S. 258–264.

Ziekow, Jan/ *Siegel,* Thorsten: Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der »In-State-Geschäfte«?, VerwArch 96 (2005), S. 119–137.

Ziekow, Jan/ *Völlink,* Uwe-Carsten (Hrsg.): Vergaberecht Kommentar, 4. Auflage, München 2020.

Ziekow, Jan/ *Windoffer,* Alexander: Public private partnership: Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen, Baden-Baden 2008.

https://doi.org/10.5771/9783748917816 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY