

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 Unionsrecht 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 I, Kap. 2, E., III.

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 I, 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 I, Kap. 2, D., I., 1., c.

5 Müller/Brauser-Jung/Wiedemann/Kus/Dicks, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 97 Rn. 44.

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.

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.

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-RL¹⁶. 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 auszulegen¹⁸. 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, EUAbI. 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).

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 (Koushaki); 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,

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 VRL²⁷ 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 I, Kap. I, 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.

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).

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 Ausschreibung³² 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.

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 werden³⁹. 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 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.

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 Kräfteressen 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 GG⁴³ 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,

Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung⁴⁴. Letztere speisen sich aus den Grundfreiheiten als speziellen Diskriminierungsverboten⁴⁵, 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 sind⁴⁶.

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 –

det der EuGH in anderen Bereichen die Begriffe von Ungleichbehandlung und Diskriminierung synonym⁵⁰, 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 besitzt⁵² 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 (Moulin 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.

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. 491f.; 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.

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.

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.

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 unionsrechtlichen 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.

2. Verweis auf bestimmte Eigenschaften einer Leistung

Damit der Verbotstatbestand des Gebots der produktneutralen Ausschreibung eröffnet ist, muss die Leistungsbeschreibung zunächst auf eine bestimmte Produktion⁶⁶, Herkunft, ein bestimmtes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet⁶⁷, gewerbliche Schutzrechte⁶⁸, 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 VSR 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 I, Kap. 1, B., III. und Teil I, Kap. 1, E., I., 2., a., bb.

71 Art. 60 Abs. 4 SektRL.

72 Art. 36 Abs. 2 KonzRL.

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 vornherein 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.

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.

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 VgV⁸⁰ 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.

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. I, B., II., c., I., 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 – VKI-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).

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.

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.

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 Zusammenreffen 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 Nachfragefähigkeit 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/Pülplichhuysen/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, EUAbI. 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.

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 Vergaberegeln 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 dienen⁹⁸.

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, EUAbI. 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, EUAbI. 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, EUAbI. 2008/C 115, 309, nach dem der Binnenmarkt ein System umfasst, welches einen unverfälschten Wettbewerb schützt.

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, ABLE 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. I, 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 (Moulin Pont-à-Mousson/ONIC).

103 Zur staatlichen Aufgabe als Grundlage der Bedarfsdeckung: Teil I, Kap. 2, B., III., 2.

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. III3; *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.

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. I, 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.

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

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 Ordnungsgeber 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 – II 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.

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 existiert¹¹⁸. 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.

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 GG¹²¹ als auch nach der Rechtsprechung des EuGH zu den Diskriminierungsverboten wie zum allgemeinen Gleichheitssatz¹²² 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-

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-Formel¹²⁴ – 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).

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).

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 auswirkt¹³⁷ oder je eher Merkmale betroffen sind, die eine Person nicht durch ihr Verhalten beeinflussen kann¹³⁸ oder die sich den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern¹³⁹, 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.

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 seien¹⁴¹. Mittlerweile ist es ständige Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, dass die »vergaberechtlichen Grenzen [der Wettbewerbs-offenheit] 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 – II Verg 6/16, NZBau 2016, S. 787, 790 Rn. 46; 16.4.2019 – II Verg 2/19, juris Rn. 79; 21.7.2020 – II Verg 9/19, BeckRS 2020,

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 Vorbingen 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.

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 I, 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, S. 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.

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.

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 markttechnische 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 unge-rechtfertigte 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. III4; *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 88.

156 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 1., b.

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.

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 Ärzten¹⁶¹, Gründe der Rechts- und Verkehrssicherheit¹⁶², 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-

te Gründe, wie der qualitativ hochwertige Klang eines Instruments¹⁶³, sowie wirtschaftliche Gründe¹⁶⁴, 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 Leistung¹⁶⁶ 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 VgV¹⁶⁸ 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.

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–II, juris Rn. 54.

174 S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., e.

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. I, B., II., 4., b., dd.

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 Richtlinien¹⁷⁸ und der Rechtsprechung des EuGH¹⁷⁹ 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.

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.

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 inländer-spezifisch 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*).

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. I, 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.

aus der Unterschwellen-Mitteilung der Europäischen Kommission¹⁹⁴ 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 Beschränkungs-begriff 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 Wettbewerbsprinzips 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, *EUAbI.* 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.

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 Beschränkungs-begriff 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 Beschränkungs-begriffs 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.

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 I, 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.

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.

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 (presstext).

214 EuGH, 19.6.2008 – C-454/06 – ECLI:EU:C:2008:351 Rn. 74 (presstext); OLG Düsseldorf, 4.2.2013 – VII-Verg 31/12, NZBau 2013, S. 321, 326.

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.

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).

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 Hospitalaria Quirón SA). Vgl. auch *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg, GWB, § 97 Rn. 84.

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.

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 existiert²³⁵ 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.

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.

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 GrCh²⁴⁰ 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 ab²⁴¹, welches seine Grundlage in den Grundfreiheiten findet²⁴². So liegen dem Gebot der Transparenz wieder-

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 I, 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 –

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.

betroffen sind. Die rechtsstaatlichen Kautelen, Entscheidungen für den Bürger vorhersehbar zu gestalten, stehen in unmittelbarem 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 VgV²⁵⁰ 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.

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 Pägern hatte sich das OLG Celle ausführlich mit der Dokumentation der Gründe für eine herstellersistenspezifische 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.

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 Schleswig-Holstein, 16.9.2015 – VK-SH 11/15, VERIS II., 2., a., cc.; VK Bund, 26.6.2015 – VK I – 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.

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 I, 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.

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.

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-BHO²⁷⁶. 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.

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.

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 vernünftigt 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 I, Kap. I, 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/Ei-sentraut*, 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

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-II/2007, juris Rn. 61.

286 Vgl. Seebo, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 57.

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. I, 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.

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 differenzieren²⁹³, 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, I.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. I, B., V., I.

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.

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 Militärausrüstung²⁹⁶, die Medizintechnik²⁹⁷ 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 erfolgreicher 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.

Abs. 1 UAbs. 4, 5 VRL und Art. 60 Abs. 1 UAbs. 4 SektRL, welche wiederum unter Beachtung der UN-Behindertenrechtskonvention umgesetzt werden sollen³⁰⁰. 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 charakterisieren³⁰².

§ 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 I, Kap. 1, B., III., 2. Und Teil I, 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

»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.

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 sind³¹⁰ (wie bspw. Drucker, Computer oder Heizungen und Klimaanlage), 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 Energieeffizienzklasse 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.

und mittlere Unternehmen (sog. KMU) zählen zum Mittelstand.³¹³ Nach der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 6.5.2003³¹⁴, welche als rechtsunverbindliche Direktive³¹⁵ 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), EGAbI. 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.

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 Rechtsprechung³²² und der Literatur³²³

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/Priefs, 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; *Mülleijans*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 105; *Brückner*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 170; *Griesewelle*, Mittelstandsförderung im Vergaberecht, S. 103; *Dreher*, in:

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/Priest, 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.

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.

unterschiedliche Leistung festlegen müsse oder gar die Aufgabenerfüllung anpassen müsste, da dies dem Zweck der Aufgabenerfüllung und dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit zuwiderliefe. Der Anwendungsbe-
reich 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.

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:

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 erheben³⁴², während bei einer einzelwirtschaftlichen Betrachtung nur Kosten und Nutzen für die einzelne Stelle zu erheben sind³⁴³. 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.

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 Wirtschaftlichkeitsprinzips³⁴⁶, 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 Einkauf³⁴⁷ 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-

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; Hilten, 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.

dient, als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist³⁵¹, 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 (Schröder); 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.

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.

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 Recht³⁵⁹ 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; *Prieff/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. *Steff*, VergabeR 2009, S. 290, 294; *McCrudden*, Buying social justice, S. 522; a.A. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 188 f.

1. Anwendungsbereich des Vergabeprimärrechts

Außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der EU-Richtlinien³⁶¹ 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 Auftragserbringung³⁶⁵ 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);

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 einzelnen 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).

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. I, 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 Abgrenzung von Leistungsbeschreibung und Bedarfsdefinition: Teil 1, Kap. I, 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.

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

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. I, B., II., 3., d.

380 S. Teil 2, Kap. I, B., II., 3., d.

381 LG Rostock, 21.6.2019 – 3 O 177/19, BeckRS 2019, 43175.

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 regulieren³⁸³ 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 I, Kap. I, B., III., 2. und Teil I, Kap. I, E., I., 2., a., bb., (1).

386 Opitz, in: Burgi/Dreher/ders., Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 129 Rn. 13.

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.

den Klimaschutzgesetzen³⁹⁰ 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 öffentlich 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.

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-/Sicherheitsanforderungen³⁹² 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 Vergabenaufprüfungsverfahren 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, EUAbI. 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 Instrukтив 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.

einen ungefähren Rahmen für die staatliche Bedarfsdefinition. Da Aufgaben normen 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 Nachprüfungsverfahrens 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 I, Kap. 2, D., I., 1., a.

³⁹⁸ Zu den materiellen Eigenschaften der Leistung: Teil I, Kap. 1, E., I., 2., a., bb.

censchenenden 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 Prüfpflicht³⁹⁹, 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.

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 geschlossen, 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./Versteil, 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./Versteil, 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./Versteil, 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.

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.

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.

c. § 5 SaubFahrzeugBeschG

Auch das SaubFahrzeugBeschG zieht dem öffentlichen Auftraggeber materiell-rechtliche Grenzen bei der Bedarfsdefinition.⁴¹⁴ Das SaubFahrzeug-BeschG 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 ÖPNV⁴¹⁵ und Dienstleistungsaufträge über Verkehrsdienste, wie bspw. im Rahmen der Abfallbeförderung und der Post-/Paketbeförderung und -zustellung⁴¹⁶. 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), EUAbI. 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), EUAbI. 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.

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

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), EUAbI. 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), EUAbI. 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),

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 festschreibt⁴²⁵, verpflichten einige Landes-Klimaschutzgesetze zumindest zur Berücksichtigung ökologisch-nachhaltiger Belange⁴²⁶. 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 Gebäuden⁴²⁹, machen bestimmte Vorgaben zur Deckung des Wärmebedarfs in Gebäuden⁴³⁰ 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 I, Kap. 2, D., I., 1., b, aa. Ferner sieht § 7 Abs. 4 HKlimaG vor, dass bei jeder Beschaffung ein CO₂-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.

bestimmter Effizienzstandards beim Bau neuer Gebäude⁴³¹. Die hamburgische Landesverwaltung ist darüber hinaus nach § 22 Nr. 1 HmbKliSchG verpflichtet, beim Bau öffentlicher Gebäude nachhaltiges 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.

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 CO₂-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.

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 Marktabshottung 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.

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 Nachfragemonopol⁴⁴⁰ 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.

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:2002:22 (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.

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.

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.

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-procure*-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.

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 Gewährleistungsverantwortung⁴⁵⁵ 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 I, Kap. 2, B., II.

453 *Mikus*, *Make-or-buy*-Entscheidungen, S. 28 f.; *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 76; *Irlé*, 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 I, Kap. 1, C., I., 2., b., aa.

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 Kompetenzvorschrift⁴⁵⁷ 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 Publizierungspolitik 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.

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.

Öffnung des Wettbewerbs verpflichten.⁴⁶³ Da die Grundfreiheiten nicht als Instrumente einer umfassenden Marktliberalisierung gelten, sondern diskriminierende Marktzutrittschürden 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.

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).

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 Software⁴⁷⁶, 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.

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 gewährleisten.

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. 1370/2007⁴⁷⁹ 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, EUAbI. 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

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 Eigenwirtschaftlichkeit⁴⁸² widerspiegelt. Für Eisenbahnleistungen geht man davon aus, dass der Verkehr nie eigenwirtschaftlich erbracht werden könne⁴⁸³, 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.

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. 1370/2007⁴⁸⁷ 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-

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 werden⁴⁸⁹, werden gemeinwirtschaftliche Verkehre durch die staatlichen Einrichtungen, in der Regel den Aufgabenträger, initiiert⁴⁹⁰. 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.

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.

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.

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.

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 I, Kap. I, C., I.

meine Privatisierungsschranke bzw. kein absolutes Privatisierungsverbot⁴⁹⁹ und auch keine Privatisierungspflicht⁵⁰⁰. 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 Privatisierungsfolgenrecht⁵⁰³ 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 vereinzelt kommunalen Subsidiaritätsklauseln⁵⁰⁴, 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; *Vofßkuhle*, 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.

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 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 I, 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.

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.

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 VgV⁵¹⁶, 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/Fritton, 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.

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 stehen⁵²⁰ 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 I, Kap. I, E., I., 2., b., dd.

522 *Krönke*, VergabeR 2017, S. 101, 107.

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 Landesgesetzgeber⁵²⁵ 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 Landesvergabe Gesetze 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).

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.

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.

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.

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 Einflussosphäre 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. III; 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

Chancengleichheit aus § 97 Abs. 2 GWB, der die gleichen Teilnahmekanäle für die Marktteilnehmer am Vergabewettbewerb garantieren soll⁵⁴⁰, und dem Gebot der eindeutigen Leistungsbeschreibung⁵⁴¹. 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.

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.

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.

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: beschaffungsfremde Kriterien

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.

- 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

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 entfele.
- 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.

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 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,

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-

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

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 *Make-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 justizierbar, 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-

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.

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-

kunfts- oder Ursprungsort gefordert wird. Wird kein bestimmter Herkunftsort 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-

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-

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-

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.

- 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-

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.

Literaturverzeichnis

- Achterberg*, Norbert: Probleme der Funktionenlehre, München 1970.
- Ackermann*, Thomas: Warenverkehrsfreiheit und »Verkaufsmodalitäten« – Zu den EuGH-Entscheidungen »Keck« und »Hünernmund«, 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.
- Arnau*, 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.

- 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.

- 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 Rechtsschutzproblematik, 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.

- 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.

- Creifelds, Carl (Bgrd.)/ Weber, Klaus (Hrsg.): 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.

- 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.

- 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 – in-house-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/ Rötzel, 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.

- 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, Walter (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.

- 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.

- 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 III (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.

- 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 (Hrsg.): *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.

- 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. Geburtstag*, 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.
- Irl, 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.

- 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, *Vergabe-News* 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.

- 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.

- 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 Hauptstadtdeschlusses, 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.

- 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, I. 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 Gaslieferungverträgen 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.

- 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/ *Püppichhuysen*, 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.

- 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.

- 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.
- Mülleians*, 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.

- 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, Volkmarr/ 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 I, 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.

- 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 Tarifreueklauseln – 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.

- 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.
- Renkert, 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.

- Ronellenfisch*, 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.
- Ronellenfisch*, 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.

- Scharlau, Jan/ Swiekowski-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 Beschaffungsaunomie, 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.
- Shink, Alexander/ Kuhn, Marco/ Rühl, Christiane: „Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge“ aus kommunaler Sicht, Der Landkreis 2001, S. 438–442.
- Shink, Alexander/ Versteil, Andrea (Hrsg.): KrWG: Kommentar, 2. Auflage, Berlin u.a. 2016.
- Schlaich, Klaus (Bgrd.)/ Koriath, 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 Aufgaben erledigung, 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.

- 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-Beschaffungsgesetz, NZBau 2022, S. 379–383.
- Schröder, Holger*: Das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetz 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 Kontrollpflicht 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.
- Shuppert, Gunnar Folke*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbstständigte Verwaltungseinheiten: eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, Göttingen 1981.
- Shuppert, 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.

- 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.
- Sieburg, 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 Kartellvergaberichts 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.

- 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.

- 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/ *Wismeyer*, 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.

- 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/ Wiedekind, Kristina/ Hübner, Alexander (Hrsg.): Vergaberecht Kompaktcommentar, 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.

- 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.