

Einführung

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

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

A. Herkunft und Stand des Diskurses um die Beschaffungsautonomie

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

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

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

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

in die Phase der Bedarfsdefinition und die Phase der Bedarfsdeckung. Unter den Prozess der Bedarfsdefinition falle nach ihrer Ansicht der gesamte Prozess vor der Bedarfsdeckung³, wobei Bedarfsdeckung in ihrem Sinne als Durchführung der Beschaffung zu verstehen sei. Mit der Bedarfsdefinition falle die Entscheidung, ob, wann und welche konkrete Leistung beschafft werden soll.⁴ Die Bedarfsdeckung hingegen sei der Prozess, der mit der Leistungsbeschreibung beginne und in dem das eigentliche Vergaberecht Relevanz erhalte. Die Leistungsbeschreibung fungiere als »Scharnier« zwischen Bedarfsdefinition und Bedarfsdeckung und könne in gegenständlicher Hinsicht mit der Leistungsbeschreibung gleichgesetzt werden.⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

that the government's consumer choice on matters such as product quality and safety, as well as its freedom to regulate, is limited in the interests of free trade. It is submitted, that this is not the correct approach, since it would limit the government's policy choices to an unacceptable degree«. Zurückhaltender in: *Arrowsmith*, Public Procurement (2. Aufl. 2005), S. III2 f.

- 11 S. unter anderem: *Huber*, Konkurrenzschutz (1991), S. 444: »Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Aufträge vergebende Staat in der Auswahl dessen, was er beschafft, weitestgehend frei ist«. *Marx*, in: *Schwarze*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts (2000), S. 77, 82, 85: »Der öffentliche Auftraggeber ist – bis zur Grenze der willkürlichen Diskriminierung – in der Definition dessen, was er einkaufen will, frei«. *Schwarze*, in: ders., Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts (2000), S. 13, 42: »Hier, bei der Formulierung der Bedürfnisse, hat er noch umfangreiche Freiheit, nicht aber bei der Entscheidung darüber, wer diese Bedingungen erfüllt hat«. *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 491: »[S]o sind Auftraggeber unter dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit als Zuschlagskriterium frei, ob und welches Gut mit welchen produktbezogenen Spezifikationen sie erwerben wollen«. *Krohn* stellte unter Verweis auf die Ausführungen von *Marx* fest, dass es sich bei dem Gegenstand der Beschaffung um eine vorgegebene Größe handle, »die zwar im Eigeninteresse des Auftraggebers sorgfältig zu ermitteln ist, im Übrigen aber keiner Rechtfertigung bedarf«. Dazu: *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz (2003), S. 77 f.
- 12 Vgl. *Arrowsmith*, PPLR 1995, S. 255, 271; *Steinberg*, NZBau 2005, S. 85, 85 f.: »[Die] Definition des Auftragsgegenstands unterliegt nicht dem koordinierten Bereich«.
- 13 *Kayser*, Nationale Regelungs spielräume (1999), S. 141 mit Verweis auf die Mitteilung der Kommission, v. 11.3.1998, KOM (1998) 143 endg., S. 30: »Generell gesehen kann jede Verwaltung, die dies wünscht, bei der Beschreibung der Produkte oder Dienstleistungen, die sie anzuschaffen beabsichtigt, jene Produkte und Dienstleistungen wählen, die ihren Vorstellungen von Umweltschutz entsprechen«. Dieser Ansicht hat sich auch *Kling* angeschlossen: *Kling*, Vergabefremde Regelungen (2000), S. 599

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

Für das, was *Meyer* als die Freiheit bei der Bedarfsdefinition bezeichnete, finden sich mittlerweile mehrere Begrifflichkeiten. Eine Herangehensweise an das Konzept der Beschaffungsautonomie erweist sich aufgrund der verschiedenen Begriffe¹⁵ als schwierig: ausschnittsweise verwendet werden Begriffe wie »Beschaffungsautonomie«¹⁶, »Leistungsbestimmungsrecht«¹⁷,

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

- 14 *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366; *Tugendreich*, NZBau 2013, S. 90; *Laumann/Scharf*, VergabeR 2013, S. 539, 540; *Rung*, VergabeR 2017, S. 440; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 38; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74; *Gabriel/Voll*, NZBau 2019, S. 83; *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 11; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657 Rn. 18; 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625 Rn. 38; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, juris Rn. 104. Vgl. auch: OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Naumburg, 23.4.2009 – 1 Verg 7/08, juris Rn. 37; *Scharen*, GRUR 2009, S. 345; *ders.*, NZBau 2009, S. 679, 682; *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 6; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 2. Vgl. auch *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74, der die Beschaffungsautonomie ausgehend vom Vergaberecht betrachtet.
- 15 Ein Beispiel für die begriffliche Austauschbarkeit findet sich beim OLG München, welches offenbar synonym die Wörter »Bestimmungsfreiheit«, »Beschaffungsbestimmungsrecht« und »Beschaffungsautonomie« verwendet. S. OLG München, 25.3.2019 – Verg 10/18, NZBau 2019, S. 538, 541.
- 16 So vor allem *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74; *Burgi*, Vergaberecht, § 12 Rn. 4 ff.; *Ziegler*, ZfBR 2018, S. 37, 38; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74; OLG Frankfurt a.M., 29.03.2018 – 11 Verg 16/17, juris Rn. 70, 14.05.2018 – 11 Verg 4/18, juris Rn. 62 f.; OLG München, 15.03.2012 – Verg 2/12, juris Rn. 73; 25.03.2019 – Verg 10/18, juris Rn. 60; VK Münster, 01.06.2015 – VK 2 – 7/15, juris Rn. 117.
- 17 BR-Drs. 367/15, S. 75; BT-Drs. 18/6281, S. 68; Anlage zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen, BANZ AT 26.05.2020 Bl, S. 3; OLG Düsseldorf, 01.08.2012 – VII-Verg 10/12, juris Rn. 41; KG, 17.10.2022 – Verg 7/22, openJur 2023, 1256; *Probst/Gutmacher*, ZfBR 2021, S. 238 ff.; *Probst/Holleben*,

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

II. Divergenzen über die Grenzen der Beschaffungsautonomie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Grundsatzes einer produktneutralen Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV)²⁵, des vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzips (§ 97 Abs. 2 GWB)²⁶ oder des Mittelstandsgebots²⁷ wie aber auch außerhalb des Vergaberechts liegender Rechtsnormen²⁸ kontrolliert. Insbesondere für den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung ist zwischen den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte unklar, wie tiefgehend die Beschaffungsentscheidung am Maßstab des Gebots der produktneutralen Ausschreibung geprüft werden soll.

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

-
- 25 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716; 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, S. 184, 188; OLG Frankfurt a.M., 1.9.2016 – II Verg 6/16, NZBau 2016, S. 787, 790; 21.7.2020 – II Verg 9/19, BeckRS 2020, 20589; OLG München, 26.3.2020 – Verg 22/19, BeckRS 2020, 7129; BayObLG, 26.3.2021 – Verg 4/21, NZBau 2022, S. 180, 181; 29.7.2022 – Verg 13/21, juris Rn. 45 ff.; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139; OLG Brandenburg, 8.7.2021 – 19 Verg 2/21, NZBau 2022, S. 53, 55; VK Bund, 8.3.2022 – VK 2 – 16/22, S. 10; VK Westfalen, 16.3.2022 – VK 2–7/22, BeckRS 2022, 6010; VK Rheinland, 8.7.2019 – VK – 18/2019 – B, BeckRS 2019, 18179.
- 26 Vgl. OLG Koblenz, 22.7.2014 – 1 Verg 3/14, NZBau 2015, S. 256; 20.4.2016 – Verg 1/16, ZfBR 2016, S. 622; OLG Düsseldorf, 3.4.2008 – Verg 54/07, BeckRS 2009, 5462.
- 27 OLG München, 25.3.2019 – Verg 10/18, NZBau 2019, S. 538, 540 f. (Rn. 44–47).
- 28 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – Verg 105/11, ZfBR 2012, S. 826, 828; OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17, VergabeR 2018, S. 437, 441, 442.
- 29 Die Gerichte überprüfen die Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung inhaltlich kaum. Vgl. dazu: OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 32; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657 Rn. 19; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716 Rn. 32; 16.10.2019 – VII-Verg 66/18, NZBau 2020, S. 184, 188 Rn. 41. Für eine weitreichende Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand auch: *Scharen*, GRUR 2009, S. 345, 345 f.
- 30 Für eine tiefergehende Kontrolle auf das Vorliegen vertretbarer Gründe und die Durchführung einer Markterkundung: OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736; OLG Celle, 22.5.2008 – 13 Verg 1/08, BeckRS 2008, 10353 Rn. 40. Vgl. auch OLG Rostock, 25.11.2020 – 17 Verg 1/10, juris Rn. 36. Das OLG Celle hat allerdings mittlerweile das Erfordernis der Markterkundung aufgegeben, vgl. OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139.

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

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

Der Verlauf der rechtlichen Grenzen der Beschaffungsautonomie ist also durchaus nicht eindeutig und ohne Weiteres bestimmbar. Umso mehr erstaunt es, dass die rechtlichen Grundlagen der Beschaffungsautonomie kaum erforscht sind. Die Befugnis, den Bedarf festzulegen und anhand dessen eine Leistung auszuwählen, wird grundsätzlich als bestehend vorausgesetzt und nicht hinterfragt.³⁴ Es bleibt dabei unklar, aus welchen rechtlichen Grundlagen sich der im Grunde hinsichtlich seiner Existenz unbestrittene Spielraum der öffentlichen Hand ergibt. Häufig wird die Beschaffungsautonomie mit der Freiheit Privater im Rechtsverkehr gleichgesetzt³⁵, die sich schließlich in der kontrollfreien Bestimmung des Auftragsgegenstandes äußere.³⁶ Ebenfalls erfolgt eine Herleitung aus dem Haus-

31 OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736.

32 OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736; OLG Celle, 22.5.2008 – 13 Verg 1/08, BeckRS 2008, 10353 Rn. 40.

33 Vgl. OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736.

34 Vgl. Jaeger, ZWeR 2011, S. 365, 366. Vgl. OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – Verg 42/09, juris Rn. 28; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; OLG Karlsruhe, 15.11.2013 – 15 Verg 5/13, NZBau 2014, S. 378, 380; OLG Jena, 25.6.2014 – 2 Verg 1/14, ZfBR 2015, S. 404, 405.

35 Vgl. OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, juris Rn. 28; 3.3.2010 – VII-Verg 46/09, juris Rn. 46; VK Bund, 10.5.2010 – VK 3 – 42/10, S. 13.

36 Vgl. Scharen, GRUR 2009, S. 345.

haltsrecht³⁷, ausdrücklich aus der Vertragsfreiheit³⁸ oder der Privatautonomie³⁹, aus der Organisationsgewalt⁴⁰, der kommunalen Selbstverwaltung⁴¹ und der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten⁴², aus dem Zweck des Vergaberechts zur Aufgabenerfüllung⁴³ oder aus der Eigenständigkeit der Verwaltung als Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips⁴⁴. Insbesondere die Rechtsprechung vertritt, der öffentliche Auftraggeber sei bei der Entscheidung für eine bestimmte Leistung »im rechtlichen Ansatz ungebunden«⁴⁵, was sich aus der Vertragsfreiheit ergebe. Begründet wird dies damit, dass die beschaffende Stelle im Wesentlichen mit einem Privaten vergleichbar sei.⁴⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Rechtliche Spannungsfelder

I. Administrativer Entscheidungsspielraum zwischen Rechtsbindung und lückenloser gerichtlicher Kontrolle

Wenn von einer »Freiheit bei der Bedarfsdefinition«⁴⁹, »rechtlicher Ungebundenheit«⁵⁰ oder einer gerichtlichen Kontrollrücknahme⁵¹ die Rede ist, eröffnen sich zugleich zwei Probleme auf der horizontalen Skala der Gewaltenteilung. Der Staat ist in jeglicher Organisations- und Handlungsform – und damit auch im Rahmen der Bedarfsdeckung, die in der Praxis größtenteils in nichthoheitlicher Form erfolgt – gemäß Art. 1 Abs. 3 GG umfas-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Unionsrechtlich indizierte Marktöffnung versus Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten

Das zweite Spannungsfeld ergibt sich aus dem vertikalen Verhältnis zwischen der unionalen Rechtsordnung und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Da ein Großteil der nationalen vergaberechtlichen Regelungen seinen Ursprung im Unionsrecht hat⁶⁰ (sog. Kartellvergaberecht), sind die Grundsätze des Vorrangs des Unionsrechts, der unmittelbaren Wirkung und der effektiven Durchführung des Unionsrechts aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV zu beachten. Den kartellvergaberechtlichen Regelungen und den Grundfreiheiten ist damit die größtmögliche Wirksamkeit zu garan-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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