Teil 1: Grundlagen der Beschaffungsautonomie

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 1: Die Beschaffungsautonomie im System der staatlichen Bedarfsdeckung

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

A. Umriss und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

I. Inhaber der »Beschaffungsautonomie«

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

II. Begriffliche Annäherung

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

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

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

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

5 S. Einführung, A., I.

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

I. ›Beschaffung‹

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

2. ›Autonomie‹

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

III. Inhaltliche Ausprägung der Beschaffungsautonomie in Rechtsprechung und Literatur

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

IV. Übertragbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse auf die staatliche Bedarfsdeckung

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Zwischenergebnis

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

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

B. Staatliche Aufgaben und staatlicher Bedarf

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

---

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Eingrenzung des staatlichen Bedarfs in gegenständlicher Hinsicht

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

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

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

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

38 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.

39 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 135.

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

1. Begriff der staatlichen Aufgabe

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Schwierigkeit der Bestimmung von Aufgaben

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

c. Kompetenzen als Indiz von Aufgaben

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

77 *Bull*, Staatsaufgaben, S. 53.

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

---

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

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

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

85 BVerfGE 130, 318 (343).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

e. Aufgabenverständnis im Rahmen dieser Arbeit

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

2. Möglichkeit der Systematisierung bedarfsauslösender Aufgaben?

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

b. Möglichkeit einer rechtlichen Abgrenzung?

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

3. Abgrenzung von staatlicher Aufgabe und staatlichem Bedarf

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

4. Staatliche Aufgaben – Normen mit Bedarfsbezug – Vergaberechtliche Vorschriften

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Politischer Charakter des Bedarfs

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

2. Beschaffungsfremde Eigenschaften als Teil des Bedarfs?

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

---

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

138 BVerfGE 157, 30 (138).

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

IV. Zwischenergebnis

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

C. Mittel zur Bedarfsdeckung

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Beschaffung

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

1. Merkmale der staatlichen Beschaffung

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

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

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

152 *Krönke*, NVwZ 2016, S. 568, 575.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

2. Formen der staatlichen Beschaffung

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

a. Rechtsgeschäftlicher Erwerb von Gütern

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

b. Einbeziehung Privater in die Aufgabenerledigung (Privatisierung)

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

aa. Systematisierung der Privatisierungsformen nach der Verteilung der Verantwortung

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

bb. Beschaffungscharakter einzelner Privatisierungsformen

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

189 *Hüser*, Ausschreibungspflichten, S. 347.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

c. Hoheitliche Maßnahmen

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

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

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

198 BVerfGE 104, 1, (9).

199 BVerfGE 104, 1 (10).

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

---

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

202 BVerfGE 58, 300 (331).

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

II. Verwaltungsinterne Eigenfertigung als Mittel zur staatlichen Bedarfsdeckung

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

1. Merkmale der Eigenfertigung

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

219 Sektorenrichtlinie, Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, EUAbl. 2014 L 94/243.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

2. Formen der Eigenfertigung

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

a. Klassische Eigenfertigung durch rechtlich unselbstständige Einheiten

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

b. Kooperation mit rechtlich selbstständigen Einheiten des Staates

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

aa. Vertikale Kooperation (*Inhouse*-Geschäft)

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

bb. Horizontale Kooperation (*Instate*-Geschäft)

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

c. Zwischenfazit

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

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

---

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Verwaltungsinterne Umstrukturierung als lediglich vorbereitende Maßnahme der Aufgabenerfüllung

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

a. Organisationsprivatisierung

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

b. Kompetenzübertragung auf rechtlich selbstständige Verwaltungsträger

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

III. Zwischenergebnis

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

I. Analysephase

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Situationsanalyse: Erfüllung einer staatlichen Aufgabe

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

2. Bedarfsermittlung

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

---

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a. Objektiver Bedarf als erstes Raster

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

b. Betriebswirtschaftliche Marktforschung als Mittel zur Definition des Bedarfs

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

aa. Marktanalyse

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

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

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

---

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

bb. Konsultation von externen Beratern

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

---

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

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

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

337 § 26 SektVO.

338 Art. 58 SektRL.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Informationsaustausch zwischen Verwaltungsträgern

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

dd. Mitgliederbefragung

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

c. Ausrichtung von Wettbewerben und Auslobungsverfahren

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

---

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Ergebnis der Analyse: Bedarfsdefinition

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

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

II. Planungsphase

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

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

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

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

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

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

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

a. Lokalisierung im Bedarfsdeckungsprozess

Betriebswirtschaftliche und rechtswissenschaftliche Literatur verorten die hier als *Make-or-procure* bezeichnete Entscheidung sowohl vor dem eigentlichen Beschaffungsprozess[368], innerhalb der Analysephase[369] als auch in der Planungsphase[370]. Nach letzterer Ansicht könne die Entscheidung darüber, ob eine Leistung intern produziert oder am Markt eingekauft wird, nur erfolgen, wenn der Bedarf bereits analysiert sei. Demnach müsse zunächst feststehen, was ein Betrieb benötigt, um dann feststellen zu können, ob die Leistung mit eigenen Mitteln oder fremden Mitteln erbracht werden kann.[371] Für die staatliche Bedarfsdeckung würde dies bedeuten: Zunächst

364 Vgl. *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 10 ff.; *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 16; vgl. *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 11 ff., 23; *Irle*, Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, S. 8; *Hoffjan*, Die Verwaltung 27 (1995), S. 389, 389; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 175; *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 255; *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 134.

365 *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidung, S. 36 ff.; *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 39. Vgl. auch *Hoffjan*, Die Verwaltung 27 (1995), S. 389, 393.

366 *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 10–12; *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 255 f.

367 S. Teil 1., Kap. 1, C., III.

368 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124.

369 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124; *van Weele/Eßig*, Strategische Beschaffung, S. 55.

370 *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 23, 154; *Berndt*, Marketing für öffentliche Aufträge, S. 44; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89.

371 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 89; *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

müsste die staatliche Stelle feststellen, was sie zur Aufgabenerfüllung benötigt, um dann entscheiden zu können, ob es ausreichend eigene Kapazitäten zur Bewältigung der Aufgabe gibt oder ob ein Mangel durch die Zuhilfenahme anderer Akteure beseitigt werden kann. Demzufolge wäre die *Make-or-procure*-Entscheidung eine Folge der Bedarfsanalyse und erst im Rahmen der weiteren Planung anzusprechen. Die *Make-or-procure*-Entscheidung hat allerdings vielmehr eine Sonderstellung zwischen Analyse- und Planungsphase, weil durch ständiges Abwägen zwischen den Gründen für die Eigenfertigung oder den Fremdbezug ebenfalls die Bedarfsdefinition aktualisiert werden kann. Je nach vorhandenen Kapazitäten und Haushaltsmitteln kann sich die staatliche Stelle durchaus mit weniger »zufrieden geben«, was aber weiterhin geeignet ist, die staatliche Aufgabe zu erfüllen und damit den objektiven Bedarf zu befriedigen.[372] Dadurch stehen Bedarfsdefinition und die *Make-or-procure*-Entscheidung in gegenseitiger Abhängigkeit und Bedingung.

b. Voraussetzungen der *Make-or-procure*-Entscheidung

Um eine *Make-or-procure*-Entscheidung überhaupt treffen zu können, muss für die Einrichtung die Möglichkeit der Eigenfertigung bestehen. Eine *Make-or-procure*-Entscheidung erfordert, dass es der Stelle zumindest tatsächlich potentiell möglich ist, die benötigten Güter oder Dienstleistungen selbst zu produzieren.[373] Ist hingegen die Eigenfertigung von vornherein nicht möglich, weil der Bedarf nicht mit den vorhandenen Mitteln gedeckt werden kann, wäre auch eine *Make-or-procure*-Entscheidung obsolet und vielmehr eine reine Formalie.

Als Maßstab der *Make-or-procure*-Entscheidung fungiert die Fertigungstiefe der Einrichtung. Dieser betriebswirtschaftliche Begriff beschreibt die Gesamtleistung des Unternehmen, mithin wie viele Aufgaben bzw. Leistungen der Betrieb mit den bereits vorhandenen Mitteln erfüllen kann.[374]

372 Zur Feststellung, dass die Phasen der Bedarfsdeckung nicht nacheinander ablaufen: Teil 1, Kap. 1, D.

373 *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 16; *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 176.

374 *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 28 f.; *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 76; *Irle*, Rationalität von Make-or-buy-Entscheidungen in der Produktion, S. 17; *Männel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 19; *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 134.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Betrieb muss evaluieren, ob er die erforderlichen materiellen und personellen Kapazitäten bereitstellen kann sowie ausreichend Kenntnisse zur Aufgabenerfüllung hat. Abwägungspositionen für eine privatwirtschaftliche *Make-or-buy*-Entscheidung können die Qualität der geforderten Leistung, die damit verbundenen Kosten und die Kapitalbindung, die verfügbare Zeit, die festgelegte Strategie des Betriebs, das verfügbare Personal und verfügbares Spezialwissen sowie Risikoaspekte sein.[375] Diese Positionen müssen vor dem Hintergrund der Einhaltung der Formalziele sorgfältig miteinander abgewogen werden.[376] Dies bedeutet, dass Fragen der Wirtschaftlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit zu anderen Unternehmen als Wertungsgesichtspunkte in die Abwägung hineinfließen. Übertragen lassen sich diese Erwägungen mit Anpassungen auch auf die staatliche *Make-or-procure*-Entscheidung. Formalziele sind die Rechtsstaatlichkeit, Staatszielbestimmungen wie Art. 20a GG, aber auch die Beachtung der Wirtschaftlichkeit, die sich aus den haushaltsrechtlichen Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 Abs. 1 HGrG ergibt. Sofern sowohl die Eigenproduktion als auch der Kauf am Markt möglich ist, lässt sich die Wirtschaftlichkeit der *Make-or-procure*-Entscheidung mittels einer Gegenüberstellung der jeweiligen Kosten ermitteln.[377] Um eine genaue Vergleichbarkeit zu gewährleisten, müssen die miteinander verglichenen Leistungen allerdings in ihren Eigenschaften homogen sein.[378]

Entscheidet sich die öffentliche Hand hingegen für den Weg der Eigenfertigung, sind die entsprechenden Stellen zur Erstellung der Leistung anzuweisen. Das Vergaberecht gelangt dann grundsätzlich nicht zur Anwendung, da in diesen Fällen i.d.R. kein privater Wirtschaftsteilnehmer schlechter gestellt wird.[379]

375 Vgl. *Arnolds/Heege/Röh/Tussing*, Materialwirtschaft und Einkauf, S. 261 ff.; *Mikus*, Make-or-buy-Entscheidungen, S. 17 f., 87. Für die Verwaltung: *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 135.

376 Vgl. *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 23–25.

377 *Burghaus*, Der Gemeindehaushalt 2016, S. 133, 134.

378 Vgl. *Scholl/Thöne*, Eigenerstellung oder Fremdbezug kommunaler Leistungen, S. 25, 62.

379 Zu den rechtlichen Grenzen der *Make-or-procure*-Entscheidung: Teil 2, Kap. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Wahl der Beschaffungsform

Nach der Entscheidung für die Beschaffung muss sich die öffentliche Hand auf eine Form der Beschaffung festlegen, die zur Deckung des Bedarfs zumindest geeignet ist.[380] Erforderlich sind die Entscheidung zwischen hoheitlicher Beschaffung und rechtsgeschäftlicher Beschaffung und die Entscheidung darüber, wie die rechtsgeschäftliche Beschaffung ausgestaltet werden soll. Zentrale Frage dieser Phase ist daher zumeist, ob und inwieweit ein Privater in die Aufgabenerfüllung eingebunden werden soll. Soll die Sanierung des städtischen Schwimmbads im Zuge einer rechtsgeschäftlichen einmaligen Beauftragung durchgeführt werden oder soll sogleich ein Privater die sämtliche Unterhaltung des Schwimmbads übernehmen? Die Planungsphase enthält also auch Entscheidungen über die Risikoverteilung, mithin die Verantwortungsverlagerung zwischen Privaten und dem Staat.

3. Konkretisierung der Leistung im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung

Entscheidet sich die staatliche Einrichtung zur rechtsgeschäftlichen Beschaffung, ist in der Regel für das folgende Vergabeverfahren eine Leistungsbeschreibung notwendig. Andernfalls kann kein Vergabeverfahren eingeleitet werden, denn ohne Leistungsbeschreibung, bleibt unklar, was geleistet werden soll. Abschluss der Planungsphase ist folglich auch die Erstellung der Leistungsbeschreibung, bevor der Beschaffungsprozess in die Durchführungsphase übergeht.[381] In der Leistungsbeschreibung können über die Bedarfsdefinition hinaus Merkmale gefordert werden, die sich auf den Herstellungsprozess der Leistung beziehen (sog. immaterielle Kriterien als Bestandteil einer weiteren Leistungsbestimmung)[382]. In der Literatur erfolgt allerdings nicht immer eine Abgrenzung zwischen der Bedarfsdefinition und dem konkreten Beschaffungsgegenstand, der mit der

380 *Ziekow/Windoffer*, Public Private Partnership, S. 80 sprechen insofern von »Realisierungsalternativen«.

381 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 129; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 101, die die Leistungsbeschreibung als »Scharnier« zwischen Definition und Deckung des Bedarfs bezeichnet.

382 Zu den immateriellen Kriterien: Teil 1, Kap. 1, B., III., 2. und Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb., (2).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Leistungsbeschreibung gefordert wird,[383] obwohl eine Trennung möglich und notwendig ist.[384] Denn gerade besondere Anforderungen an den Herstellungsprozess einer Leistung können nur im Wege der rechtsgeschäftlichen Beschaffung gefordert werden und spielen grundsätzlich bei einer Eigenfertigung oder Enteignung keine Rolle.

Ferner stehen der öffentlichen Hand im weiteren Verlauf die Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Leistungsgestaltung offen. Das bürgerliche Recht der Schuldverhältnisse sieht keinen Typenzwang vor, § 241 Abs. 1, § 311 Abs. 1 BGB.[385] Für Private gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit insbesondere in der Ausformung der Freiheit, den Inhalt des Vertrages zu gestalten.[386] Ähnlich, ohne hierbei schon eine rechtliche Herleitung vorzunehmen, können staatliche Einrichtungen sach- und zweckgemäß die passende Vertragsgestaltung wählen, die ihrem Bedarf entspricht. Dies umfasst auch die Auswahl entsprechender Vertragsbedingungen[387] sowie die Verteilung der vertraglichen Risiken im Einzelnen. Zu beachtende Vertragsordnungen sind hier unter Umständen die Allgemeinen Vertragsordnungen über Bauleistungen und Leistungen (VOB/B und VOL/B) sowie für den Spezialfall vorgesehene Sonderbedingungen, die insbesondere bei Vergaben verpflichtend einzubeziehen sind.[388]

Da Inhalt der vertraglichen Gestaltung auch Regelungen über Vergütung und Risikoverteilung sind, schlägt sich die Auswahl der konkreten Beschaffungsform in den konkreten Vertragsbedingungen nieder. Dementsprechend bedingen sich die schuldrechtliche Leistungsbestimmung und die Wahl der Beschaffungsform, da insbesondere die vertraglich festgelegte Risikoverteilung zwischen Staat und Privatem ein Indiz für die Übertragung der Verantwortung bildet.[389]

---

383 Vgl. bspw. *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 77–90; *Huerkamp*, Gleichbehandlung und Transparenz, S. 147. Siehe aber: *Roth*, NZBau 2018, S. 77, 78, der zwischen Beschaffungsgegenstand und Bedarfsdefinition differenziert.

384 Zur Abgrenzung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung: Teil 1, Kap. 1, E., III.

385 Vgl. *Kaulbach*, JuS 2011, S. 397, 399.

386 *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 4; *Oftinger*, in: Festgabe Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, S. 315, 316; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 477. Vgl. auch zur Privatautonomie und Vertragsfreiheit: *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136.

387 Vgl. *Müglich/Lapp*, CR 2004, S. 801, 804.

388 Dazu: Teil 1, Kap. 1, E., II., 2.

389 Zu den Formen der Privatisierung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Durchführungsphase

Analyse- und Planungsphase greifen ineinander und bedingen sich gegenseitig. Eine klare Trennung besteht allerdings zwischen diesen Phasen und der tatsächlichen Durchführung der Beschaffung. An die Phasen der Analyse und der Planung schließt sich die Durchführungsphase an. In dieser Phase leitet die Stelle die weiteren Schritte ein, die sich nach der ausgewählten Form der Bedarfsdeckung richten.[390] Insbesondere für die Durchführung der Beschaffung ist es unerheblich, ob eine Stelle mit der Durchführung der Beschaffung beauftragt wird oder die Stelle, bei der der Bedarf entsteht, die Beschaffung vornimmt.[391] Im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung erfolgt die tatsächliche Durchführung der Beschaffung, indem der Staat am Markt durch Nachfrage auftritt. Für den Fall einer öffentlichen Auftragsvergabe bedeutet dies, dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistungsbeschreibung erstellt hat, das entsprechende Vergabeverfahren, Eignungskriterien und Wertungskriterien auswählt,[392] die Ausschreibung veröffentlicht und das Verfahren schließlich bis zur Erteilung des Zuschlages durchführt. Die Durchführungsphase endet mit dem Erhalt der begehrten Leistung.

Nicht immer erfolgt eine öffentliche Ausschreibung, obgleich sich die staatliche Einrichtung in der operativen Phase des Einkaufs und damit in der Durchführungsphase befindet. Die Vergabenachprüfungsinstanzen sprechen in diesem Zusammenhang von einem materiellen Beginn des Vergabeverfahrens.[393] In materiellen Sinne liegt nach der Rechtsprechung ein Vergabeverfahren dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber intern einen Beschaffungsentschluss getroffen hat und sich mit dem Ziel eines verbindlichen Vertragsabschlusses zur Deckung des Bedarfs durch ein Ver-

390 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 93.

391 So gilt bspw. das Beschaffungsamt des Bundesinnenministerium als zentrale Anlaufstelle für die Beschaffung von Leistungen für die öffentliche Verwaltung im Geschäftsbereich des Innenministeriums. Siehe: https://www.bescha.bund.de/DE/DasBeschaffungsamt/UnsereOrganisation/unsereorganisation_node.html (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Auch die EU-RL verweisen auf Möglichkeit, Beschaffungsdienstleister in Anspruch zu nehmen. Siehe: Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 VRL; Art. 2 Nr. 13 SektRL.

392 Vgl. *Meyer*, Einbeziehung politischer Zielsetzungen, S. 101.

393 *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 155 Rn. 11; *Spinzig*, in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 155 Rn. 24; *Raabe*, NJW 2004, S. 1284, 1287.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fahren an private Unternehmen richtet.[394] Ab diesem Zeitpunkt ist eine gerichtliche Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen möglich.

IV. Kontrollphase

Auf die Durchführungsphase kann eine Kontrollphase folgen. Der öffentliche Bedarfsdeckungsprozess unterscheidet zwischen internen und externen Kontrollinstanzen.[395] So erfolgt nach der operativen Beschaffung eine interne Kontrolle in der Stelle auf den tatsächlichen Wareneingang und die Rechnung wird geprüft. Ferner wird die Leistung auf ihre Brauchbarkeit und Nützlichkeit evaluiert.[396] § 12 VOL/B sieht sogar eine im Grundsatz verpflichtende Güteprüfung der Leistung vor, die die Prüfung der Leistung auf die Erfüllung der vertraglichen Anforderungen vorsieht. Derartige Evaluationen entsprechen nicht nur den betrieblichen Gepflogenheiten, sie dienen auch dazu, entsprechende Informationen hinsichtlich der Quantität und Qualität für zukünftige Beschaffungen zu sammeln. Eine externe Kontrolle ist durch Nachprüfungsinstanzen und Rechnungshöfe möglich, wobei insbesondere die Nachprüfungsinstanzen ihre Kontrolle auf die Einhaltung kartellvergaberechtlicher Bestimmungen konzentrieren.[397] Die internen und externen Kontrollen dienen primär der Rechtmäßigkeitskontrolle und der Wirtschaftlichkeitskontrolle.[398]

394 BGH, 1.2.2005 – X ZB 27/04, NZBau 2005, S. 290, 291; OLG Düsseldorf 20.6.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, S. 696, 689 f.; 11.3.2002 – Verg 43/01, NZBau 2003, S. 55, 57; 29.10.2008 – VII-Verg 35/08, juris Rn. 21; BayObLG 22.1.2002 – Verg 18/01, NZBau 2002, S. 397, 398; OLG Frankfurt a.M., 7.9.2004 – 11 Verg 11/04, NZBau 2004, S. 692, 693; OLG Schleswig, 7.10.2011 – 1 Verg 1/11, juris Rn. 12; OLG Jena, 22.7.2015 – 2 Verg 2/15, NZBau 2015, S. 796, 797 Rn. 41; OLG Koblenz, 3.12.2014 – Verg 8/14, ZfBR 2015, S. 308, 309.

395 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 142.

396 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 142; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 94. Vgl. auch *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 173; *Fuchs*, Organisationshandbuch, S. 153 f.

397 *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 142.

398 *Sacher*, Die Beschaffung öffentlicher Verwaltungen, S. 39; *Schmidberger*, Öffentliche Verwaltungen, S. 226 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 94; vgl. *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 87 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Kontextualisierung der Beschaffungsautonomie

Die Ausführungen zu den Phasen des Beschaffungsprozess liefern nun ein differenzierteres Bild von der Beschaffungsautonomie, welche nach allgemeiner Ansicht als Spielraum bei der Bedarfsdefinition und der Beschaffungsentscheidung bezeichnet wird.[399] Der Staat durchläuft im Rahmen des Bedarfsdeckungsprozesses unterschiedliche Phasen und muss dabei mehrere Auswahlentscheidungen treffen. Allgemein soll die Beschaffungsautonomie einen rechtlichen Spielraum bei den Entscheidungen beschreiben, die sich um die Bestimmung der Leistung und die Form der Bedarfsdeckung drehen. Konkret umfasst die Beschaffungsautonomie daher nicht nur einen Spielraum bei der Bedarfsdefinition und bei der Beschaffungsentscheidung. Sie ist vielmehr ein Konglomerat aus mehreren Spielräumen, nämlich bei:

- der Bedarfsdefinition,
- der Entscheidung zwischen Eigenfertigung und Beschaffung (*make-or-procure*),
- der Entscheidung zwischen den verschiedenen Formen der Beschaffung,
- und im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung: der weiteren Bestimmung der gewünschten Leistung, insbesondere in Bezug auf immaterielle Kriterien (hier: Leistungsbestimmung),
- und der Bestimmung der konkreten schuldrechtlichen Leistungspflichten.

Damit betrifft die Beschaffungsautonomie fünf unterschiedliche Entscheidungen, die in der Analyse- und der Planungsphase Relevanz haben. Diese Feststellung kann die mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Spielräume noch nicht rechtlich herleiten, aber sie zumindest in den reellen Ablauf der Bedarfsdeckung und Beschaffung einordnen.

E. Die Kennzeichen von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung

Nachdem die vorherigen Ausführungen ein Bild vom Ablauf des Bedarfsdeckungsprozesses gezeichnet haben, müssen die Entscheidungsspielräume, die als »Beschaffungsautonomie« zusammengefasst und auf die Bestimmung der Leistung bezogen werden, voneinander und auch gegenüber der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung abgegrenzt werden. In Recht-

399 S. Teil 1, Kap. 1, A., III.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprechung und Literatur erfolgen bisher keine eindeutige Abgrenzung der beiden Entscheidungen voneinander.[400] Die Beschaffungsautonomie umfasst die Spielräume bei der Bedarfsdefinition, der Bestimmung zusätzlicher immaterieller Kriterien der Leistung (sog. Leistungsbestimmung) (I.) und der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung (II.). Gegenüber der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung sind Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung abzugrenzen (III.).

I. Die Bedarfsdefinition in der staatlichen Bedarfsdeckung

Bestandteil der Beschaffungsautonomie ist ein Spielraum des Staates bei der Definition des staatlichen Bedarfs,[401] der im Rahmen dieser Arbeit als Bedarfsdefinition bezeichnet wird. Die Bedarfsdefinition stellt Dreh- und Angelpunkt der weiteren Beschaffung und Eigenfertigung dar und kann, wenn fehlerhaft definiert, eine anschließende Beschaffung unwirtschaftlich werden lassen oder gegen vergaberechtliche Regelungen verstoßen.[402]

Was alles zur Bedarfsdefinition gehört und was Teil einer weiteren Leistungsbestimmung ist, wird im Folgenden erörtert. Den Beginn einer jeden staatlichen Bedarfsdeckungsmaßnahme bildet die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, an die die Bedarfsdefinition anknüpft. Zwischen Bedarfsdefinition und staatlicher Aufgabe muss ein Zusammenhang bestehen (1.). Gegenstände des staatlichen Bedarfs sind Güter und Dienstleistungen, welche zur Bestimmung wiederum unterschiedliche Komponenten aufweisen (2.), sowie äußere Umstände der Leistungserbringung (3.). Teil einer fakultativen Leistungsbestimmung sind nur immaterielle Eigenschaften (4.). Ändert sich der Beschaffungsbedarf während eines Vergabeverfahrens, kann der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren unter Umständen aufheben (5.).

400 Vgl. auch *Schellenberg*, der bemängelt, dass die Rechtsprechung bisher keine Möglichkeiten zur Abgrenzung zwischen Beschaffungsgegenstand und Leistungsbeschreibung hervorgebracht hat, s. *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 11.

401 S. Teil 1, Kap. 1, A., III., 1. und Teil 1, Kap. 1, D., V.

402 In Bezug auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz explizit: *Sacher*, Beschaffungspraxis öffentlicher Verwaltungen, S. 30–32. In Bezug auf vergaberechtliche Vorschriften: Teil 2, Kap. 1, B.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Zusammenhang von Bedarfsdefinition und staatlicher Aufgabe

Im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe wird zur Annahme eines öffentlichen Auftrags vertreten, dass ein Zusammenhang zwischen nachgefragter Leistung und staatlicher Aufgabe aufgrund der Unbestimmtheit des Begriffs der staatlichen bzw. öffentlichen Aufgabe obsolet sei.[403] Bezogen auf die staatliche Bedarfsdeckung wäre demnach auch als Grundlage jeglicher Bedarfsdeckung ein Zusammenhang zwischen Bedarf und staatlicher Aufgabe nicht notwendig. Dem ist entgegen zu halten, dass die notwendige Erfüllung staatlicher Aufgaben sowohl rechtlich als auch betriebswirtschaftlich im Sinne einer betrieblichen Zielsetzung den Anlass für den staatlichen Bedarf an Gütern und Dienstleistungen bietet.[404] Der Bedarf ist das Spiegelbild der zugrundeliegenden Aufgabe. Die an den Bedarf anschließende Beschaffung und Eigenfertigung erfolgen gerade nicht zu einem Selbstzweck. Ferner mag der Inhalt zugrundeliegender Aufgaben zwar weit sein, doch ist die Arbeit mit unbestimmten Tatbeständen der Rechtswissenschaft nicht fremd. Dementsprechend muss der begehrte Leistungsgegenstand in einer Verbindung zur angefallenen staatlichen Aufgabe stehen.[405]

Unklar ist jedoch, wie eng die Verbindung von staatlicher Aufgabe und Bedarfsdefinition sein muss. Weil den Staat die Pflicht trifft, sich selbst so funktionsfähig zu halten, alle anfallenden Aufgaben erfüllen zu können, muss die begehrte Leistung mindestens geeignet sein, entsprechende Aufgaben zu erfüllen.[406] Erfüllte die nachgefragte Leistung die Aufgabe nicht, besteht weiterhin ein staatlicher Bedarf. Folglich müsste die öffentliche Hand angesichts der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt eine erneute Beschaffung vornehmen oder die Leistung selbst fertigen. Ein derartiger Vorgang wäre gegenüber einer einmalig durchgeführten Beschaffung allerdings eine Verschwendung von Mitteln und widerspräche in jedem Fall

403 Vgl. *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 96 f. mit Verweis auf Schlussanträge des GA Geelhoed, 24.6.2004 – C-126/03 – ECLI:EU:C:2004:391 Rn. 26 (Kommission/Deutschland). OLG Düsseldorf, 28.4.2004 – VII-Verg 2/04, NZBau 2004, S. 400, 401. Zur Unbestimmtheit der Aufgabe: *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 99–103.

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

405 Vgl. OLG München, 19.1.2012 – Verg 17/11 – juris Rn. 32 f.; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, § 103 Rn. 46; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 192 f. Vgl. auch *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 94.

406 Zur Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit: Teil 1, Kap. 2, B.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG).[407] Dementsprechend muss die begehrte Leistung zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe zumindest geeignet sein.[408]

Aufgrund der Vielzahl und der Weite der staatlichen Aufgaben und der damit einhergehenden Schwierigkeit der Definition von Aufgaben[409] können in der Praxis die Zusammenhänge manchmal allerdings schwierig zu ermitteln sein. Wie bereits festgestellt, ist zugrundeliegende Aufgabe eine konkrete Aufgabe im Sinne eines Tätigkeitsbereichs.[410] Ob die Bedarfsdefinition nur mittelbar oder unmittelbar der Erfüllung der Aufgabe dient, ist allerdings unerheblich.[411] Tendenziell ist der Bedarf und die Nachfrage nach einer Dienstleistung enger mit der zugrundeliegenden Aufgabe verknüpft als der Bedarf nach Gütern mit der zugrundeliegenden Aufgabe.[412] Insbesondere bei der Nachfrage nach Bauwerken, die Platz für unterschiedliche Dienststellen bieten und daher der Erfüllung vieler staatlicher Aufgaben dienen, können mehrere staatliche Aufgaben die Grundlage bilden. Der Grad der Verbindung zwischen Aufgabe und staatlichem Bedarf ist in dem Fall eher schwach ausgeprägt. Das bedeutet, dass in der Praxis eine Vielzahl an möglichen Leistungen geeignet sein können, die zugrundeliegende Aufgabe zu erfüllen, so dass zur Verbindung von staatlicher Aufgabe und staatlichem Bedarf über das Erfordernis der Eignung hinaus kaum handfeste Kriterien ausgemacht werden können.

2. Gegenstände des staatlichen Bedarfs

Ein staatlicher Bedarf kann in sachlicher Hinsicht an zwei Gegenständen bestehen: Gütern (a.) und Dienstleistungen (b.). Güter können sowohl

407 Enger: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 180: »Erst recht ist mit der grundsätzlichen Anerkennung des Bedarfsdeckungszwecks nicht eine generelle Freigabe aller zu ihrer Realisierung zweckmäßig erscheinenden Mittel verbunden«. Siehe auch: *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht (4. Aufl.), GWB, § 103 Rn. 23; vgl. *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 20.

408 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 193 f., 197; *Bultmann*, Beihilfen- und Vergaberecht, S. 65.

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

410 S. Teil 1, Kap. 1, B., IV.

411 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 194. S. auch oben, nach dem eine Differenzierung zwischen konkreten Aufgaben und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit als eine Bündelung verschiedener Aufgaben nicht überzeugend ist: Teil 1, Kap. 1, B., II., 2.

412 *Holoubek/Fuchs*, in: FS Marx, S. 267, 276.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

materielle als auch immaterielle Eigenschaften[413] aufweisen, wobei letztere preisbildend sein müssen, um Teil der weiteren Leistungsbestimmung zu sein. Bei einer Dienstleistung liegt die Leistung in der Erbringung einer Tätigkeit.

a. Güter

Aufgrund der mangelnden Kenntnisse über die Leistungserstellung und mangelnder Ressourcen der öffentlichen Hand entsteht regelmäßig ein Bedarf an bereits produzierten Gütern.[414] Güter lassen sich anhand ihrer Verkehrsauffassung grob klassifizieren. Hinsichtlich der Qualität sind sie anhand ihrer materiellen und immateriellen Eigenschaften zu bestimmen.

aa. Klassifikation nach der Verkehrsauffassung

Es ist praktisch kaum möglich, abstrakt-generelle Kriterien für die Klassifikation von Gütern zu erstellen, da am Markt unzählige unterschiedliche Leistungen angeboten werden. Als eine erste grobe Bestimmung, die zu beschaffende Leistung zu klassifizieren, dient die Bestimmung der Leistung nach der Verkehrsauffassung. Hiernach ist entscheidend, inwiefern die Leistung in der Regel als funktionell austauschbar erachtet werden kann.[415] Bevor sich die beschaffende Stelle mit den einzelnen Eigenschaften einer Leistung auseinandersetzen kann, geht dieser Entscheidung denklogisch die Festlegung der Klassifikation der Leistung voraus, die den Bedarf abbildet. Das bedeutet, dass sich die staatliche Einrichtung bspw. bei der Beschaffung neuer Fortbewegungsmittel für die Polizei zwischen Fahrrädern, Kraftfahrzeugen oder Motorrädern entscheiden muss. Eine Richtschnur zur Einordnung verschiedener Klassen bietet das *Common Procurement Vocabulary* (»CPV«) der Europäischen Union. Das CPV wurde mit der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des

413 Das Kartellvergaberecht verwendet in § 127 Abs. 3 S. 2 GWB und § 31 Abs. 3 VgV den Begriff der materiellen Bestandteile der Leistung. Die VRL verwendet im 97. Erwägungsgrund den Begriff der stofflichen Beschaffenheit.

414 Vgl. *Blome*, Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 124 f. In Bezug auf die Beschaffung von IT-Produkten auch: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 66.

415 Zur funktionellen Austauschbarkeit als Indikator vergleichbarer Leistungen: Teil 2, Kap. 1, B., II., 3., c., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rates[416] eingeführt und enthält 9.454 sogenannte »CPV-Codes«. Hierbei handelt es sich um numerische Codes, die Güter und Dienstleistungen nach ihrer Art klassifizieren und der transparenten, grenzüberschreitenden Beschreibung der Leistung dienen. Auch wenn es sich bei diesen Codes um die Transparenz fördernde Mittel zur Leistungsbeschreibung und gerade nicht der Bedarfs- und Leistungsbestimmung handelt, können die mit den CPV-Codes bezeichneten Kategorien zumindest als Anhaltspunkt für eine bestehende Verkehrsauffassung von unterschiedlichen Gütern und Dienstleistungen herangezogen werden, wobei weitere Differenzierungen möglich sind.[417]

bb. Qualität

Zur Bedarfsdefinition gehört, die Qualität der Leistung zu bestimmen.[418] Die Qualität der Leistung setzt sich aus materiellen und immateriellen Eigenschaften zusammen. Während materielle Eigenschaften leistungs- und wertbildend sind, sind immaterielle Eigenschaften nur wertbildend.

(1) Materielle Eigenschaften

Materielle Eigenschaften sind solche, die das Produkt in seiner stofflichen Beschaffenheit oder Funktion sowie in seinen Maßen und seinem Gewicht auszeichnen.[419] Beispielsweise unterscheidet sich ein Möbelstück aus Holz von einem Möbelstück aus Metall in seiner stofflichen Beschaffenheit. Ein Möbelstück aus Eichenholz unterscheidet sich wiederum von einem Tisch

416 Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.11.2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge, EGAbl. L 340/1, zuletzt geändert in Verordnung (EU) 2022/943 der Kommission vom 17.6.2022, EUAbl. L 156/6.

417 So lässt sich bspw. die Kategorie der Berufskleidung (CPV-Code-Nr. 18112000–7) weiter aufschlüsseln in medizinische Kleidung (CPV-Code-Nr. 18112100–8) und Militärkleidung (CPV-Code-Nr. 18112200–9).

418 Auch: BGH, 4.4.2017 – X ZB 3/17, NZBau 2017, S. 366, 369 Rn. 34.

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aus Nussbaumholz. Die Produkte unterscheiden sich in ihrer Beschaffenheit, wobei nicht von einer strengen Unterscheidung der Beschaffenheit im Sinne einer Einzigartigkeit jedes Produkts ausgegangen wird, sondern Güter gleicher Art und Güte entsprechend § 243 Abs. 1 BGB gemeint sind. Die materiellen Eigenschaften ermöglichen eine Unterscheidung der jeweiligen Güter voneinander und spiegeln sich im staatlichen Bedarf wider, da sie geeignet sind, einen Beitrag zur bedarfsauslösenden Aufgabe zu leisten. Die materiellen Eigenschaften sind folglich auch aufgabenbezogen.

Fraglich ist, ob ökologische Eigenschaften materielle Eigenschaften und damit Teil der Bedarfsdefinition sind.[420] Werden in einem Vergabeverfahren Ziele verfolgt, die nicht primär einer wirtschaftlichen Bedarfsdeckung dienen[421], wie bspw. ökologische, soziale oder innovative Zielsetzungen, spricht man auch von der Verfolgung von Sekundärzwecken (§ 97 Abs. 3 GWB) oder noch deutlicher von beschaffungs*fremden* Kriterien.[422] Beschaffungsfremd sind diese Kriterien deshalb, weil sie dem eigentlichen Ziel der Bedarfsdeckung, nämlich dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit nicht unmittelbar dienen.[423] Sekundärzwecke bzw. beschaffungsfremde Kriterien sollen daher gerade nicht Teil des Bedarfs sein, der sich am Maßstab der staatlichen Aufgabe bildet. Daraus ließe sich schließen, dass sämtliche Eigenschaften, die einen ökologischen, sozialen oder innovativen Charakter haben, nicht Teil der Bedarfsdefinition sind. Können Leistungen, die z.B. bestimmte ökologische Eigenschaften aufweisen, also überhaupt Teil der Bedarfsdefinition sein?

420 Vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 80.

421 Zum Zweck des Vergabeverfahrens einer wirtschaftlichen Bedarfsdeckung statt vieler: *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 11. Diese wohl h.M., dass »vergabefremde« Zwecke einer wirtschaftlichen Beschaffung widersprechen, kann für die Verfolgung ökologischer Ziele durchaus infrage gestellt werden. Denn die Verfolgung ökologisch-nachhaltiger Kriterien steht nicht zwangsläufig einer wirtschaftlichen Beschaffung entgegen. So müssen zum einen die Einkaufspreise einer ökologisch nachhaltigen Leistung nicht höher als bei vergleichbaren Leistungen liegen und zum anderen können die Betriebskosten einer Leistung gegenüber den Betriebskosten einer konventionellen Leistung im Gesamtergebnis günstiger sein, da vor allem externe Kosten reduziert werden, die durch Folgen eines ungebremsten Klimawandels entstünden. Dazu: *Onischka*, Umwelt- und Ressourcenschutz, S. 30–32.

422 Zum Begriff der beschaffungsfremden Kriterien: *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 87; *ders.*, SächsVBl. 1999, S. 289, 293; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 128, 138. Vgl. auch *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 60 ff. Zum Begriff der Sekundärzwecke: *Benedict*, Sekundärzwecke, S. 17–21.

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schlagen sich politische Zielsetzungen in materiellen Eigenschaften nieder, sind jene ebenfalls Teil der Bedarfsdefinition. So kann eine Leistung selbst als ökologisch nachhaltig bezeichnet werden, wie beispielsweise die Nachfrage nach Elektrobussen ökologisch nachhaltiger ist als die Nachfrage nach mit Dieselkraftstoff betriebenen Bussen.[424] Die Forderung nach einem Fahrzeug mit elektronischem Antrieb ist angesichts damit verbundener CO_2-Emissionen ökologisch nachhaltiger als ein Fahrzeug mit einem herkömmlichen Verbrennungsmotor. Aufgrund unterschiedlicher Motoren unterscheiden sich die beiden Fahrzeuge allerdings schon in ihrer Beschaffenheit, mithin in ihren materiellen Eigenschaften. Computerbildschirme mit einer hohen Energieeffizienzklasse sind ökologisch nachhaltiger als Computerbildschirme mit einer niedrigen Energieeffizienzklasse. Wenn Leistungen in Relation zu anderen Leistungen aufgrund ihrer Beschaffenheit als eine ökologisch-nachhaltigere Alternative begriffen werden, ist die Nachfrage nach letzteren nicht als beschaffungsfremd zu klassifizieren. Denn es handelt sich um einen Vergleich materieller Eigenschaften, die einen Rückschluss auf die Beschaffenheit der Leistung bieten. Dass auch ökologische Kriterien Bestandteil materieller Eigenschaften sein können, ergibt sich ferner aus Art. 20a GG, der stellvertretend für speziellere Regelungen[425] als Staatszielbestimmung zur Berücksichtigung der Umweltauswirkungen bei der Aufgabenerfüllung verpflichtet[426] und den staatlichen Aufgaben durchaus einen ökologischen Charakter verleihen kann.[427] Die Nachfrage nach derartigen Leistungen ist gerade nicht verschwenderisch.[428] Daher ist die Nachfrage nach einer ökologisch-nachhaltigeren Alternative grundsätzlich als Teil der Bedarfsdefinition aufzugreifen, sofern sie geeignet ist, die Aufgabe zu erfüllen und damit dem Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit dient. Dasselbe gilt, wenn eine Leistung nach ihrer Fähigkeit

424 Vgl. auch *Pietzcker*, SächsVBl. 1999, S. 289, 293, der den Bedarf nach abgasarmen Bussen als Teil der Bedarfsdefinition und nicht als beschaffungsfremdes Kriterium begreift.

425 Konkrete Regelungen treffen bspw. das KSG und die Landes-Klimaschutzgesetze sowie bestimmte Landesvergabegesetze. Dazu im Einzelnen: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1. b. bis d.

426 BVerfGE 157, 30 (138 f. Rn. 198).

427 So auch: *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, S. 9, 87. Ähnlich auch mit Bezug auf soziale Belange: *McCrudden*, Buying social justice, S. 524. A.A. *Kayser*, Nationale Regelungsspielräume, S. 142 f., nach der ökologische Kriterien nicht Teil der Bedarfsdefinition sind, da sie den Gebrauchszweck der Leistung nicht verändern würden.

428 S. Teil 1, Kap. 1, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zur Entsorgung nachgefragt wird. Auch hierbei handelt es sich um eine materielle Eigenschaft, da sich die Entsorgung des Produkts nach seiner Beschaffenheit richtet. Von derartigen materiellen Kriterien sind solche Merkmale zu unterscheiden, die sich nicht in der Beschaffenheit der Leistung niederschlagen[429], wie beispielsweise Anforderungen an den Herstellungs- oder Produktionsprozess der Leistung.

Auch die Nachfrage nach sozialen Leistungen (wie bspw. die Nachfrage nach Sozial- und Pflegediensten oder nach altersgerechter Mobilität), die ihrerseits selbst sozial sind, betreffen materielle Kriterien und sind Teil der Bedarfsdefinition.[430]

(2) Immaterielle Eigenschaften

Demgegenüber sind immaterielle Eigenschaften preisbildende Eigenschaften, die keine Berücksichtigung in der Beschaffenheit und Zusammensetzung des Endprodukts finden. Immaterielle Eigenschaften knüpfen an den Herstellungsprozess der Leistung oder an einen Punkt im Lebenszyklus des Produkts an, die sich nicht in der Beschaffenheit der Leistung niederschlagen.[431] Weil diese Eigenschaften nicht leistungsbildend sind, bedeutet das aber auch, dass sie nicht unmittelbar der Aufgabenerfüllung dienen. Auf den Zweck der Bedarfsdeckung, die Erfüllung von staatlichen Aufgaben, haben immaterielle Eigenschaften keinen Einfluss. Ein in der Beschaffenheit identisches Endprodukt kann eine Aufgabe ebenso erfolgreich erfüllen – unabhängig davon, ob es unter fairen Arbeitsbedingungen oder unfairen Bedingungen produziert wurde. Folglich sind immaterielle Anforderungen nicht Teil der Bedarfsdefinition, da sie nicht unmittelbar geeignet sind, einen Beitrag zur bedarfsauslösenden Aufgabe zu leisten und theoretisch bei der Wahl der Eigenfertigung oder Enteignung ebenfalls nicht verfolgt

429 Dazu sogleich.

430 Vgl. Information der Europäischen Kommission, Sozialorientierte Beschaffung, 2. Ausgabe (2021/C 237/01), EUAbl. C 237/1, 25.

431 Ähnlich: Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge v. 28.11.2001 (2001/C 333/07), KOM (2001) 274 endg., S. 16 Rn. 1.2; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 491; *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, S. 1184, 1185; *Pietzcker*, SächsVBl. 1999, S. 289, 293; *Pietzcker*, ZHR 162 (1998), S. 427, 465; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 453.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden können. Sie sind dann entweder Teil der weiteren Leistungsbestimmung oder Ausführungsbedingungen. Derartige immaterielle Eigenschaften lassen sich in drei Gruppen differenzieren: ortspezifische Vorgaben, soziale Vorgaben und ökologische Vorgaben.

Ob zum Beispiel ein Kleidungsstück in Asien oder in Westeuropa gefertigt wird, hat – bei Verwendung des gleichen Stoffes und gleichen Fähigkeiten der Produzenten – keinerlei Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Produkts. Die immaterielle Eigenschaft »Produktion in Asien« wird sich aber aufgrund unterschiedlicher Lohnkosten im Preis niederschlagen. Anforderungen an den Herstellungsort der Leistung sind also in der Regel immaterielle Eigenschaften. Derartige ortsspezifische Angaben sind aber nicht immer immaterielle Eigenschaften, wenn gerade mit der Herkunft eine unterschiedliche Beschaffenheit einhergeht.

Bestehen Unterschiede in der Beschaffenheit von Produkten verschiedener Bezugsquellen, handelt es sich bei dem Merkmal des Bezugsortes nicht lediglich um eine immaterielle Eigenschaft. Das Erfordernis einer bestimmten Bezugsquelle lässt sich durchaus als materielle Eigenschaft einordnen, wenn die Herkunft oder die Bezugsquelle kausal für eine Veränderung der stofflichen Beschaffenheit ist. So waren bspw. mittelbare Diskriminierungen in Fällen der Nachfrage nach irischem Blaustein oder des Ausschlusses von Streusalz aus einer marokkanischen Förderquelle durch den Verweis auf die stoffliche Verschiedenheit zu ähnlichen Blausteinen und Streusalzen gerechtfertigt.[432] Vorgebracht wurde, dass die mangelhafte Produktqualität des Streusalzes aus einer marokkanischen Förderquelle den Beschaffungsbedarf, mithin die erforderliche staatliche Aufgabe der Straßenverkehrssicherheit, nicht erfolgreich erfüllen könnte.[433] Bei Anforderungen an die Bezugsquelle oder den Herstellungsort bietet sich daher als Kontrollfrage an, ob die Herkunft kausal zu einem Unterschied bei den Leistungseigenschaften führt, um beurteilen zu können, ob es sich um eine materielle Eigenschaft handelt, die den Bedarf abbildet.

Soziale Vorgaben betreffen vor allem die personellen Bedingungen, unter denen eine Leistung hergestellt wurde. So ist sogenannter *Fair-Trade*-Kaf-

---

432 Irischer Blaustein wird seinem Namen entsprechend nur in der Republik Irland, Kilkenny abgebaut. Zur Nachprüfung einer Ausschreibung über die Verlegung von Natursteinböden aus irischem Blaustein: VK Münster, 24.6.2011 – VK 6/11. Zur Nachprüfung einer Ausschreibung über die Lieferung von Streusalz mit dem Ausschluss aus einer marokkanischen Förderquelle: VK Lüneburg, 15.9.2016 – VgK-34/2016, juris Rn. 69; OLG Celle, 10.11.2016 – 13 Verg 7/16, juris Rn. 33.

433 VK Lüneburg, 15.9.2016 – VgK-34/2016, juris Rn. 90–92.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fee teurer, aber in der materiellen Beschaffenheit nicht verschieden von Kaffeebohnen, die unter keinen fairen Bedingungen geerntet und geröstet wurden.[434] Die Beispiele für derartige Merkmale sind mannigfaltig: So kann gefordert werden, dass die Leistung nicht durch Kinderarbeit entstanden ist,[435] oder dass an der Herstellung der Leistung Menschen mit Behinderung beteiligt waren. Ökologische Anforderungen betreffen die Herstellung der Leistung oder bestimmte Vorprodukte. So kann bspw. Strom aus erneuerbaren Energiequellen gefordert werden oder aber, dass die Leistung in einer die Umwelt und das Klima besonders schonenden Weise oder gerade auf legalem Wege produziert wurde, wie bspw. Holz aus legalem und nachhaltigem Anbau.[436] Auch die Anforderung an den Anbieter, für entsprechende Genehmigungen zu sorgen, sind immaterielle Anforderungen.[437]

Immaterielle Eigenschaften der Leistung sind als beschaffungsfremde Eigenschaften zu klassifizieren und nicht Teil des Beschaffungsbedarfs. Immaterielle Eigenschaften können in einem folgenden Vergabeverfahren durch die Möglichkeit der Einbindung sozialer, ökologischer und innovativer Zwecke (§ 97 Abs. 3 GWB) gefordert werden. Besondere Relevanz erhalten sie bei der Beschreibung der Leistung (§ 31 Abs. 3 VgV[438]) sowie der

434 Dieses Beispiel erwähnt *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 73 f., ohne hinsichtlich der Eigenschaften zu differenzieren.

435 In Anlehnung an die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (auch: »ILO-Kernarbeitsnormen«) kann von staatlicher Seite aus verlangt werden, dass die begehrte Leistung nicht durch ausbeuterische Kinderarbeit entstanden ist. Bei den ILO-Kernarbeitsnormen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, die zwischen den vertragsschließenden Parteien rechtsverbindlich sind. Als Grenzen der Beschaffungsautonomie: Teil 2, Kap. 4.

436 Gemeinsamer Erlass der am Erlass beteiligten Bundesministerien zur Beschaffung von Holzprodukten vom 22.12.2010 – Bek. d. BMEL v. 6.10.2017 – 534–62505/0005 – GMBl. 2017 Nr. 41/42, S. 778, nach dem in den Bundesministerien eine Beschaffung von Holzprodukten aus nachhaltiger und legaler Waldbewirtschaftung erfolgen soll.

437 Vgl. OLG Düsseldorf, 31.5.2017 – VII-Verg 36/16, NZBau 2017, S. 623, 637.

438 Vergleichbare Vorschriften in: § 28 Abs. 3 S. 2 SektVO, § 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A. Damit hat sich die Rechtslage mit Erlass der VRL geändert. Nach der alten Rechtslage zur Geltung der RL 2004/18/EG war eine Berücksichtigung immaterieller Eigenschaften, insbesondere die Anforderung nach einer fairen Lieferkette, in der Leistungsbeschreibung nicht möglich, da Anhang VI der RL 2004/18/EG derartige immaterielle Eigenschaften nicht als Teil der technischen Spezifikationen auffasste. Dementsprechend entschied der EuGH in der Entscheidung über die Nutzung des *Fair-Trade*-Gütezeichens MAX HAVELAAR, dass Anforderungen an den fairen Handel der begehrten Leistung allenfalls als Ausführungsbedingun-

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bestimmung von Ausführungsbedingungen (§ 128 Abs. 2 GWB), die Teil der Leistungsbeschreibung sind.[439] Die Auswahl bestimmter immaterieller Eigenschaften ist dann Teil der weiteren fakultativen Leistungsbestimmung.

cc. Abgrenzung: Gütezeichen und technische Normen

Insbesondere wenn der Staat am Markt einkaufen möchte, ist es üblich, dass er Gütezeichen und technische Normen in der Leistungsbeschreibung verwendet, um die begehrte Leistung einfacher beschreiben zu können. Im deutschen Vergaberecht regeln § 34 VgV, § 32 SektVO die Verwendung von Gütezeichen und §§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 32 VgV, §§ 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 29 SektVO die Verwendung von technischen Normen bzw. technischen Anforderungen.

Bei Gütezeichen sowie technischen Normen (technische Anforderungen im Sinne des § 32 VgV[440]) handelt es sich um nach allgemeinen oder sektoralen Standards anerkannte Be- oder Umschreibungen bestimmter Leistungen bzw. Leistungseigenschaften und damit einen Nachweis dafür, dass bestimmte Eigenschaften vorliegen und ein entsprechender Bedarf gedeckt werden kann. Gütezeichen haben die Funktion, eine bestimmte Produktionsweise, Herkunft, spezifische umweltbezogene, soziale oder sonstige Eigenschaft sowie Qualität formell zu attestieren.[441] Aufgrund dieses »Beweischarakters« kann ein Gütezeichen selbst nur die geforderten Eigenschaften einer Leistung beschreiben, aber nicht selbst eine Eigenschaft der Leistung sein.

---

gen Teil der Ausschreibung sein könnten. Siehe: EuGH, 10.5.2012 – C-368/10 – ECLI:EU:C:2012:284 Rn. 74 ff. (Kommission/Niederlande). S. auch: *Siegel*, VergabeR 2013, S. 370; 372. Die Berücksichtigung immaterieller Eigenschaften in der Leistungsbeschreibung als Bestandteil technischer Spezifikationen ist heute mit der Regelung in Art. 42 Abs. 1 UAbs. 2 VRL bzw. § 31 Abs. 3 VgV möglich. So auch: *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 158.

439 Vgl. instruktiv zur Verfolgung sozial und umweltbezogener Aspekte im Vergabeverfahren: *Burgi*, Vergaberecht, § 7 Rn. 15.

440 § 29 SektVO; § 15 Abs. 2 S. 2 VSVgV.

441 Art. 43 Abs. 1 VRL. Art. 2 Abs. 1 Nr. 23 VRL definiert das Gütezeichen als »ein Dokument, ein Zeugnis oder eine Bescheinigung, mit dem beziehungsweise der bestätigt wird, dass ein bestimmte Bauwerk, eine bestimmte Ware, eine bestimmte Dienstleistung, ein bestimmter Prozess oder ein bestimmtes Verfahren bestimmte Anforderungen erfüllt«.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dasselbe gilt für technische Anforderungen. Technische Anforderungen i.S.v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SektVO sind Normen und technische Zulassungen, die von anerkannten Normungsorganisationen zur wiederholten Anwendung erlassen werden.[442] Technische Normen spiegeln »abstrakt generelle Leistungsmerkmale«[443] wider und bilden die Voraussetzungen an die Eigenschaften der Leistung ab, die die Leistung erfüllen muss, um der Norm zu entsprechen. Auch bei den technischen Normen selbst handelt es sich somit nicht um Eigenschaften der Leistung. Dass es sich dabei lediglich um »Beschreibungen« handelt, ergibt sich zum einen aus der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmung des Art. 42 Abs. 1 S. 2 VRL, wonach die in den technischen Spezifikationen die für die Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen geforderten Merkmale »beschrieben« werden. Doch auch systematisch kann es sich bei den technischen Anforderungen von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SektVO nicht um die individuell geforderten Eigenschaften handeln, denn dann wäre jedes Angebot eines Bieters, welches von der Vorlage der technischen Norm und den damit geforderten Eigenschaften abweicht, nach § 32 Abs. 1 VgV, § 29 Abs. 1 SektVO als Hauptgebot zu werten und nur vom öffentlichen Auftrag auszuschließen, wenn das Unternehmen nicht die Gleichwertigkeit der Leistung nachweisen kann.[444] Dieser Umstand würde aber wiederum der Möglichkeit der Zulassung von Nebenangeboten widersprechen und der Auftraggeber könnte keine individuellen Eigenschaften fordern.[445] Damit sind Gütezeichen und technische Normen selbst keine Eigenschaften, sondern können nur zur Beschreibung oder als Beleg bestimmter Eigenschaften des jeweiligen Gutes genutzt werden. Sie sind somit lediglich Teil der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung, haben aber keinen Einfluss auf Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung. Ob Gütezeichen und technische Normen materielle oder immaterielle Eigen-

442 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 44.

443 *Schellenberg*, in: Pünder/ders., Vergaberecht, VgV § 31 Rn. 60.

444 OLG München, 11.8.2005 – Verg 12/05, BeckRS 2005, 32161 Rn. 27; 28.7.2008 – Verg 10/08, BeckRS 2008, 17225; OLG Düsseldorf, 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, S. 169, 170; vgl. auch *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 21; *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 51.

445 OLG München, 11.8.2005 – Verg 12/05, BeckRS 2005, 32161 Rn. 27; 28.7.2008 – Verg 10/08, BeckRS 2008, 17225; OLG Düsseldorf, 6.10.2004 – VIII Verg 56/04, NZBau 2005, S. 169, 170.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaften der Leistungen abbilden oder beschreiben sollen, richtet sich nach dem Inhalt der Kennzeichnungen.

Bei der Auswahl der Gütezeichen und technischen Normen genießt der Staat grundsätzlich einen weiten Spielraum, der nur durch die vergaberechtlichen Vorgaben begrenzt ist. Der Staat ist nicht verpflichtet, die gewünschte Leistung unter Verweis auf technische Anforderungen oder Gütezeichen beschreiben. In der Praxis und insbesondere im technischen Bereich ist es allerdings üblich, technische Anforderungen vorzugeben, die allgemeine Standards und schließlich den Bedarf abbilden. Da der Beschreibung der Leistung mit technischen Anforderungen und Gütezeichen jedoch das Potential des Ausschlusses von Marktteilnehmern vom Wettbewerb inhärent ist[446], sind die öffentlichen Auftraggeber an den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in Form der Zulassung von gleichwertigen Gütezeichen und technischen Normen gebunden.[447]

dd. Quantität

Ein weiterer Bestandteil der Bedarfsdefinition ist die Quantität, also die Festlegung der geforderten Menge.[448] Insbesondere bei einem wiederkehrenden Bedarf, der im Wege der rechtsgeschäftlichen Beschaffung befriedigt werden soll, bieten sich aus prozessökonomischen Gründen Rahmenvereinbarungen an, mittels derer für den vertraglichen Zeitraum entsprechende Leistungen vereinfacht abgerufen werden können. In diesem Fall

446 Schon in den 1980er Jahren hat der EuGH die Nachfrage nach Rohren aus Asbestzement für Druckrohrleitungen in Übereinstimmung mit einer irischen Norm für mit der Warenverkehrsfreiheit für unvereinbar erklärt. S. dazu: EuGH, 22.9.1988 – C-45/87 – ECLI:EU:C:1988:435 Rn. 12–27 (Kommission/Irland).

447 Bei der Vorgabe bestimmter technischer Anforderungen i.S.d. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SektVO, § 15 Abs. 3 Nr. 1 VSVgV ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Bezugnahme mit dem Zusatz »oder gleichwertig« zu versehen. Siehe: § 31 Abs. 2 S. 2 VgV; § 28 Abs. 2 S. 2 SektVO, § 15 Abs. 3 Nr. 1 a.E. VSVgV. Außerdem müssen technische Anforderungen und Gütezeichen zumindest allen potenziellen Bietern zugänglich sein, und der öffentliche Auftraggeber muss auch solche technischen Anforderungen und Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen. Siehe: § 33 Abs. 1 S. 2, § 34 Abs. 4 VgV; § 31 Abs. 1 S. 2, § 32 Abs. 4 SektVO; § 15 Abs. 4 VSVgV. Damit stellen die Regelungen eine Konkretisierung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung dar. Zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als eine Grundlage des EU-Vergabeprimärrechts: *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 176.

448 Exemplarisch: VK Bund, 3.5.2022 – VK 1–27/22, S. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ist bei der erstmaligen Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung aber die Angabe einer Höchstmenge notwendig.[449]

b. Dienstleistungen

Dienstleistungen unterscheiden sich von Gütern darin, dass sie nicht-körperlich sind. In negativer Abgrenzung sind Dienstleistungen alle Leistungen, die keine Güter darstellen.[450] Prägend ist, dass sie die Erbringung einer Tätigkeit verlangen und als Erfüllung der eingangs gestellten Aufgabe verstanden werden. Demzufolge konkretisieren Dienstleistungen die zu erfüllende Aufgabe.[451] Dienstleistungen weisen keine materiellen und immateriellen Eigenschaften auf, da ihre Eigenschaften immer sowohl leistungs- als auch preisbildend sind. Allenfalls lässt sich zwischen der Dienstleistung an sich und weiteren Anforderungen an die die Dienstleistung erbringende Person differenzieren. Um Dienstleistungen zu differenzieren, lassen sie sich zunächst anhand der Verkehrsauffassung klassifizieren (aa.), bevor sich weitere Eigenschaften ausmachen lassen (bb.). Eigenschaften von Dienstleistungen sind gegenüber vergaberechtlichen Eignungskriterien (cc.) und Ausführungsbedingungen abzugrenzen (dd.).

aa. Klassifikation nach der Verkehrsauffassung

Ebenso wie Güter können auch Dienstleistungen anhand der bestehenden Verkehrsauffassung klassifiziert werden. Auch für Dienstleistungen können die CPV-Codes als Richtschnur zur Einordnung herangezogen werden. Insbesondere Kategorien bilden die Verkehrsauffassung ab. So schlüsselt sich bspw. die Klasse der Postdienste weiter in die Kategorien Postdienste im Zusammenhang mit Zeitungen und Zeitschriften, Briefpostdienste, Paketpostdienste, Post-Schalterdienste und weitere auf.

449 EuGH, 19.12.2018 – C-216/17 – ECLI:EU:C:2018:1034 Rn. 59 ff. (Antitrust u. Coopservice).

450 Vgl. in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit *Randelzhofer/U. Forsthoff,* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, AEUV, Art. 56, 57 Rn. 32.

451 Vgl. *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession, S. 69.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Eigenschaften von Dienstleistungen

Die CPV-Codes bieten nur einen Überblick über die Arten an unterschiedlichen Leistungen. Eigenschaften von Dienstleistungen lassen sich anhand des sachlichen Bezugs zur zugrundeliegenden Aufgabe und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit differenzieren. Nur was in einem sachlichen Bezug zur zugrundeliegenden Aufgabe steht, ist Teil des staatlichen Bedarfs. Darüber hinaus sind Qualitätsanforderungen an die Erbringung der Dienstleistungen möglich.[452] Bei letzterem handelt es sich zum Beispiel um Eigenschaften, die das die Dienstleistung erbringende Personal vorweisen soll, wie bestimmte Fortbildungen oder Kenntnisse auf einem Gebiet – ohne dass damit Anforderungen an die Unternehmenspolitik verbunden sind.[453] Derartige Anforderungen an das Personal sind untrennbar mit der Qualität der Dienstleistung verbunden, zeichnen diese aus und haben einen Bezug zur zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe. Die Anforderung, eine bestimmte Anzahl an Standorten für nachgefragte Rechtsdienstleistungen bereitzustellen, steht hingegen in keinem sachlichen Bezug zur zugrundeliegenden Aufgabe, wenn die Rechtsberatung nur für eine staatliche Stelle erfolgen soll, die an einem Ort stationiert ist. Eine derartige Nachfrage bildet keinen staatlichen Bedarf ab.[454] Folglich sind sowohl die Entscheidung über die Art der Dienstleistung als auch über die Qualität der Dienstleistung Teil der Bedarfsdefinition, wenn sie einen sachlichen Bezug zur Aufgabe aufweisen.

cc. Abgrenzung zu vergaberechtlichen Eignungskriterien

Auch wenn eine Differenzierung in materielle und immaterielle Eigenschaften bei Dienstleistungen nicht möglich ist, sind die gewünschten Eigenschaften einer Dienstleistung zumindest gegenüber vergaberechtlichen

452 Fünfter Erwägungsgrund der KonzRL: »[…] Mitgliedstaaten oder die Behörden sollten auch weiterhin im Einklang mit dem Unionsrecht die Merkmale der zu erbringenden Dienstleistungen, einschließlich qualitativer oder preislicher Anforderungen definieren und festlegen können, um Ziele von öffentlichem Interesse zu erreichen.«

453 Siehe zu Anforderungen an das die Dienstleistung erbringende Personal exemplarisch: VK Bund, 15.2.2018 – VK 1 – 161/17, S. 19.

454 Vgl. zu dieser Ausschreibung: Wirtschaftswoche online vom 4.10.2021, https://www.genios.de/document/WWON__ecf414b3e8af0464eea6027837 1ecb5d87ec5b01 (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eignungskriterien abzugrenzen, die nicht Teil der Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung sind und daher nicht unter die Beschaffungsautonomie fallen. Die Eignungskriterien betreffen die Person des Bieters[455] und sind nach § 122 Abs. 2 GWB abschließend festgelegt. So dürfen die Eignungskriterien nur die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und die technische und berufliche Leistungsfähigkeit i.S.v. § 122 Abs. 2 Nr. 3 GWB, § 46 VgV betreffen. Am schwierigsten ist die Abgrenzung zwischen Anforderungen an die Leistung und der technischen wie beruflichen Leistungsfähigkeit als Eignungskriterium. Während die Eigenschaften einer Dienstleistung leistungsbezogen sind, also einen Bestandteil der Leistung ausmachen, sind solche Merkmale, die die Eignung betreffen, bieterbezogen. Wenn beispielsweise für die konkrete Betreuung und Versorgung von Personen mit medizinischen Artikeln eine besondere Fachausbildung notwendig ist, betrifft die Fachexpertise einen Aspekt der geforderten Leistung, aber nicht die Eignung des Bieters,[456] weil sich die Anforderungen konkret auf die geforderte Dienstleistung beziehen und nicht allgemein auf das Personal des Bieters.[457]

dd. Abgrenzung zu Ausführungsbedingungen

Entsteht dem Staat ein Bedarf an einer Dienstleistung, ist es möglich, die einzelnen Bestandteile der Dienstleistung genauer festzulegen. So lässt sich bspw. fordern, dass bei Reinigungsdienstleistungen nur Materialien genutzt werden, die biologisch abbaubar sind. In der Praxis können die vielfältigsten Anforderungen aufgestellt werden. Hier kann im Einzelnen die Abgrenzung zwischen dem Bedarf und weitergehenden Anforderungen schwierig sein. Anforderungen an Dienstleistungen, die nicht unmittelbar einen sachlichen Bezug zur zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe aufweisen, aber dennoch mit der konkreten Dienstleistung verbunden sind, lassen sich in einem anschließenden Vergabeverfahren allenfalls als Ausführungs-

455 *Burgi*, Vergaberecht, § 16 Rn. 3.
456 So dem Urteil zugrundeliegender Fall: OLG Düsseldorf, 3.8.2018 – Verg 30/18, juris Rn. 51; vgl. auch: *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 73; *Otting*, VergabeR 2016, S. 316, 325.
457 OLG Düsseldorf, 3.8.2018 – Verg 30/18, juris Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bedingungen realisieren.[458] Ausführungsbedingungen sind Teil der Leistungsbeschreibung[459] (vgl. auch § 121 Abs. 1 S. 2 a.E. GWB) und werden mit Erteilung des Zuschlages auch Vertragsbestandteil[460]. Sie dienen nicht der Deckung des Bedarfs[461] und sind dementsprechend nicht Bestandteil des staatlichen Bedarfs. Denn Ausführungsbedingungen sind im Gegensatz zu konkreten Anforderungen an die Leistung nicht besonders qualitätsbezogen, sondern betreffen gerade besondere Anforderungen an die Ausführung der Leistung. Sie können hinweggedacht werden, ohne dass die erfolgreiche Aufgabenerfüllung entfiele.

Gem. § 128 Abs. 1 GWB haben die Unternehmen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden Rechtsvorschriften zu beachten. Hierbei handelt es sich um allgemeine Ausführungsbedingungen.[462] Der zusätzliche Verweis auf die Beachtung von Rechtsvorschriften, die der Auftragnehmer bei der Erbringung der Dienstleistung ohnehin zu berücksichtigen hat, ist daher bei einer öffentlichen Ausschreibung nicht notwendig, denn die rechtskonforme Erbringung der Leistung ist dem staatlichen Bedarf immanent.[463]

Nach § 128 Abs. 2 S. 1 GWB sind Ausführungsbedingungen über die gesetzlichen Bedingungen hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags, die der Auftraggeber einseitig festlegen kann. Sie können entsprechend § 128 Abs. 2 S. 3 GWB insbesondere wirtschaftliche, innova-

458 Hingegen ist die Abgrenzung von Ausführungsbedingungen zu materiellen Eigenschaften eines Gutes einfacher, da Ausführungsbedingungen dann i.d.R. Modalitäten der Lieferung oder gerade den Herstellungsprozess betreffen und sich diese nicht unmittelbar in den materiellen Eigenschaften des Gutes niederschlagen.

459 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 14; *Kühling/Huerkamp*, VergabeR 2010, S. 545, 548.

460 *Opitz*, in: Burgi/Dreher/ders., Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 128 Rn. 15.

461 OLG Koblenz, 19.2.2014 – 1 Verg 8/13, NZBau 2014, S. 317, 320. Zur Unterscheidung zwischen Leistungsbestimmung als dem eigenen Nutzen und Ausführungsbedingungen als zum Nutzen der Allgemeinheit: *Opitz*, in: Burgi/Dreher/ders., Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 128 Rn. 18. S. Teil 1, Kap. 1, E., I., 2., a., bb., (2).

462 Zur Differenzierung zwischen allgemeinen und besonderen Ausführungsbedingungen: *Gyulai-Schmidt*, VergabeR 2019, S. 319, 323.

463 Das betrifft auch die Beachtung des Lieferkettensorgfaltsgesetzes (LkSG), welches bestimmte Unternehmen zur Sorgfalt verpflichtet, Menschenrechtsverletzungen oder umweltbezogene schädigende Maßnahmen durch den unmittelbaren Zulieferer abzustellen (vgl. § 7 Abs. 1 LkSG). Vgl. aber in Bezug auf die DSGVO: VK Baden-Württemberg, 13.7.2022 – 1 VK 23/22 – openJur 2022, 15440 Rn. 67 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tionsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen. Praktische Bedeutung entfaltet diese Regelung insbesondere für Dienstleistungen, bspw. im Rahmen von Cateringleistungen, indem die Verwendung von Einwegverpackungen verboten wird[464]. Ausführungsbedingungen schlagen sich nicht in den materiellen Eigenschaften der Leistung nieder,[465] wenn bspw. gefordert wird, dass an der konkreten Dienstleistung zu gleichen Teilen Frauen und Männer beteiligt sind[466]. Ausführungsbedingungen dürfen sich allerdings nicht allein nur auf die reine Unternehmenspolitik der bietenden Marktteilnehmer beziehen, ohne einen Bezug zum Auftragsgegenstand zu haben.[467] Das ergibt sich sowohl aus § 128 Abs. 2 S. 1 GWB als auch aus dem 97. Erwägungsgrund der VRL.

3. Äußere Umstände der Leistungserbringung

Äußere Umstände der Leistungserbringung sind örtliche und zeitliche Aspekte. Diese machen nach Ansicht der Rechtsprechung einen Bestandteil der Beschaffungsautonomie der staatlichen Stellen aus und sind Teil der Bedarfsdefinition.[468] Äußere Umstände der Leistungserbringung betreffen den Erfüllungszeitpunkt und Leistungs- sowie Erfüllungsort[469], die Einsatzzeit bei einer Dienstleistung und den Zeitraum der Erbringung der Leistung. Eine gegenständliche Leistung wird in aller Regel zum nächstmöglichen

464 *Gyulai-Schmidt*, VergabeR 2019, S. 319, 333.

465 Vgl. *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 14; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 158, der bei Ausführungsbedingungen unter anderem von »[ö]kologischen Anforderungen, die sich nicht auf die Merkmale des Erzeugnisses selbst, seiner Produktion oder eines sonstigen Lebenszyklus-Stadiums beziehen« spricht.

466 Vgl. 98. Erwägungsgrund der VRL.

467 So auch schon: OLG Düsseldorf, 20.12.2010 – Verg 24/10, ZfBR 2011, S. 294, 297.

468 Vgl. OLG Düsseldorf, 3.4.2008 – VII-Verg 54/07, juris Rn. 56; OLG Naumburg, 20.9.2012 – 2 Verg 4/12, VergabeR 2013, S. 55, 63; OLG Celle, 19.3.2015 – 13 Verg 1/15, juris Rn. 48 f.; OLG Koblenz, 22.7.2014 – 1 Verg 3/14, juris Rn. 13; 20.4.2016 – Verg 1/16, ZfBR 2016, S. 622; OLG Frankfurt a.M., 29.3.2018 – 11 Verg 16/17, NZBau 2018, S. 498, 502; OLG Celle, 19.3.2015 – 13 Verg 1/15, juris Rn. 48; VK Rheinland-Pfalz, 17.12.2015 – VK 1–25/15, juris Rn. 33. Vgl. auch zur Feststellung, dass zwischen Ortsangaben und ortsbezogenen Anforderungen an Unternehmen zu differenzieren ist: *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 103 Rn. 26.

469 Vgl. VK Bund, 6.9.2005 – VK 2 – 105/05, S. 8; vgl. auch den 56. Erwägungsgrund der KonzRL: »Als Ort der Erbringung der Dienstleistungen sollte der Ort gelten, an dem die charakteristischen Leistungen erbracht werden. Bei aus der Ferne, zum Beispiel von *Call Centern*, erbrachten Dienstleistungen sollten diese Dienstleistungen

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zeitpunkt zu beschaffen sein. Lediglich bei verschiedenen aufeinander aufbauenden Leistungen, die die Stelle eventuell vorher selbst beschaffen muss, ist eine spätere Terminierung erforderlich. Ebenso ist es möglich, Leistungen über einen längeren Zeitraum regelmäßig nachzufragen. In dem Fall können sich Zeitraum und Quantität der begehrten Leistung überschneiden.

Lieferzeit und Einsatzzeit sind stark einzelfallabhängig und richten sich in der Regel nach der individuellen Dringlichkeit des staatlichen Bedarfs. Hingegen kann sich der Erfüllungsort einer Leistung anhand des Hoheitsbereichs der Stelle, die den Bedarf definiert, zumindest grob einfassen lassen.[470] Aufgrund der Mittelbindung der Beschaffung wird eine staatliche Stelle in der Regel die Aufgaben in ihrem eigenen Hoheitsbereich erfüllen. Dasselbe gilt für die Auslagerung von Aufgaben an Private in Form der Privatisierung. Auch hier kann beispielsweise eine Kommune im Grundsatz nur für ihren Gebietsbereich Aufgaben übertragen. Ausnahmen bestehen bei der Arbeit in Zweckverbänden.

4. Abgrenzung zur Leistungsbestimmung

Häufig ist die abschließende Definition des Bedarfs zugleich auch die Bestimmung der begehrten Leistung. Die Bedarfsdefinition bildet die gewünschte materielle Qualität und Quantität der Leistungen, aber auch die äußeren Umstände der Leistungserbringung ab, wie Zeitpunkt und Ort der Leistungserbringung. Dennoch können Teil der Leistungsbestimmung auch Kriterien sein, die faktisch nur im Rahmen einer öffentlichen Auftragsvergabe am Markt nachgefragt werden können, wie bspw. soziale oder ökologische Anforderungen an den Herstellungsprozess eines Gutes oder besondere Bedingungen an die Ausführung einer Dienstleistung. Dann nutzt der Staat seine Nachfragemacht und instrumentalisiert das öffentliche Auftragswesen, um politische Ziele zu verfolgen und die Beschaffung strategisch einzusetzen.[471] Anders ist dies bei Eigenfertigungen oder Enteignungen, bei denen der Staat auf nachgelagerter Ebene keine zusätzlichen

als am Ort der Ausführung erbracht gelten, ungeachtet der Orte und Mitgliedstaaten, für die die Dienstleistungen bestimmt sind.«

470 So gehört zum Beispiel zur Garantie der kommunalen Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 GG auch die Gebietshoheit: BVerfGE 52, 95 (117 f.); *K. A. Schwarz,* in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28 Rn. 168–177, 179.

471 Exemplarisch: *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 12 f.; *Dörr*, in: FS Müller-Graff, S. 630 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

politischen Ziele verfolgt. Folglich muss zwischen der Bedarfsdefinition, die die Grundlage jeglicher Bedarfsdeckungsmaßnahmen bildet, und einer weiterer Leistungsbestimmung, die nur im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Beschaffung möglich ist und die auf das Marktgeschehen explizit einwirken soll, differenziert werden. Insofern lassen sich Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung nicht gleichsetzen, auch wenn dies teilweise unter den Begriff des Leistungsbestimmungsrechts zusammengefasst wird.[472]

5. Änderung des Beschaffungsbedarfs als vergaberechtlicher Aufhebungsgrund

Der staatliche Bedarf hat unmittelbar Auswirkungen auf den Fortgang des vergaberechtlichen Verfahrens. Grundsätzlich hat die öffentliche Hand vor der Beschaffung die ausreichende Finanzierung der gewünschten Leistung sicherzustellen. Gründe ein Vergabeverfahren aufzuheben, finden sich abschließend in § 63 Abs. 1 VgV, § 57 SektVO, § 32 KonzVgV, § 17 VOB/A, § 17 EU Abs. 1 VOB/A und § 48 Abs. 1 UVgO. Liegt kein Aufhebungsgrund der benannten Vorschriften vor und führt die Verwaltung die Beschaffung dennoch im Wege eines Vergabeverfahrens durch, ohne die Bieter von der unsicheren Finanzierungsgrundlage in Kenntnis zu setzen, können Bieter Schadensersatz in Höhe des negativen Interesses fordern.[473] Stattdessen müssen gewichtige Gründe vorliegen, derentwegen der öffentliche Auftraggeber trotz unsicherer Finanzierungslage ausgeschrieben hat, und die Bieter über diesen Umstand in Kenntnis gesetzt werden.[474] Unter diesen Voraussetzungen lässt sich eine spätere Ausschreibung rechtmäßig aufheben. Wenn der Bedarf ungenau ermittelt wurde und daher zu wenig Finanzmittel bereitgestellt werden, die Finanzierungslücke also objektiv vorhersehbar war, ist eine spätere Aufhebung des Vergabeverfahrens nicht möglich.[475]

---

472 Vgl. BR-Drs. 367/15, S. 75; BT-Drs. 18/6281, S. 68; OLG Düsseldorf, 01.08.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; *Probst/Gutmacher*, ZfBR 2021, S. 238 ff.; *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB § 121 Rn. 28.

473 BGH, 8.9.1998 – X ZR 48–97, NJW 1998, S. 3636, 3637. Vgl. auch zum gegensätzlichen Fall, dass gerade ein Aufhebungsgrund vorliegt und daher ein Schadensersatzanspruch ausscheidet: BGH, 8.9.1998 – X ZR 99/96, NJW 1998, S. 3640, 3641.

474 *Herrmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 63 Rn. 49.

475 BGH, 8.9.1998 – X ZR 99–96, NJW 1998, S. 3640, 3641; vgl. auch BGH, 5.11.2002 – X ZR 232/00, NZBau 2003, S. 168, 169; 20.11.2012 – X ZR 108/10, NZBau 2013, S. 180, 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn sich der Bedarf allerdings in den einzelnen Mengen erheblich ändert, ohne dass dies für den Auftraggeber vorhersehbar war, hat der Auftraggeber einen sachlichen Aufhebungsgrund i.S.v. § 63 VgV.[476] Andernfalls würde die Beschaffung am Bedarf vorbei erfolgen und der Beschaffer würde die eingekaufte Leistung schlussendlich nicht mehr benötigen, was wiederum gegen die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG verstoßen würde.[477] Die entsprechende Bedarfsdefinition ist dann nicht mehr geeignet, die zugrundeliegende Aufgabe zu erfüllen. Es kann aber auch sein, dass die zugrundeliegende Aufgabe vollständig entfallen ist oder durch andere Leistungen erfüllt wurde.

II. Schuldrechtliche Leistungsbestimmung

Zur Beschaffungsautonomie gehört auch der Spielraum des Staates, im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung die konkrete vertragliche Leistung zu bestimmen. Die konkrete vertragliche Leistung muss, wie auch die Bedarfsdefinition, im Zusammenhang mit der staatlichen Aufgabe stehen. Bei der Bestimmung der schuldrechtlichen Leistung lässt sich zwischen zwei Gegenständen differenzieren: Kern der Leistungsbestimmung ist neben der Bestimmung der begehrten sachlich-gegenständlichen Leistung auch die konkrete schuldrechtliche Leistung, die vom Auftragnehmer gefordert wird (1.). Begleitet wird die schuldrechtliche Bestimmung von weiteren vertraglichen Bedingungen (2.).

1. Typus der schuldrechtlichen Leistung

Von der Beschaffungsautonomie ist auch die Festlegung des schuldrechtlichen Typs der Leistung, mithin der klassischen Hauptpflichten der Leistung, umfasst.[478] Nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis ist die Leistung das »im Rahmen einer […] Verpflichtung Geleistete bzw. Gewähr-

476 VK Bund, 3.5.2022 – VK 1–27/22, S. 16 f.; *Mehlitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 63 Rn. 33.

477 VK Bund, 3.5.2022 – VK 1–27/22, S. 16.

478 Vgl. OLG Düsseldorf, 3.6.2015 – VII-Verg 3/15, juris Rn. 25; VK Rheinland Köln, 29.4.2020 – VK 17/20 – L, juris Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

te« oder auch eine »Dienstleistung«[479]. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB legt fest, dass kraft Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Klarstellend ergänzt § 241 Abs. 1 S. 2 BGB, dass auch das Unterlassen als eine Leistung gilt. Eine inhaltliche Definition des Leistungsbegriffes erfolgt jedoch nicht und findet sich auch nicht in den folgenden Vorschriften des BGB. Es lassen sich daher anhand des Zivilrechts keine feststehenden Merkmale einer Leistung herausfiltern. Die Leistung wird schlicht mit dem »Geleisteten« und der »Dienstleistung« umschrieben.

Im Fall einer rechtsgeschäftlichen Beschaffung am Markt erfolgt ein Leistungserwerb. Dieser Leistungserwerb richtet sich nach der konkreten Gestalt des geplanten Rechtsgeschäfts. Für die Anwendung des Vergaberechts hat zwingend ein Erwerb zu erfolgen.[480] Dies meint aber nicht zwangsläufig die Übertragung von Eigentum, sondern schlicht die Erlangung des Nutzens der jeweiligen Leistung.[481] Güter können unter anderem mittels Kauf-, Miet- oder Leasingvertrags erworben werden. Hierbei ist zu beachten, dass das Schuldrecht keinen *numerus clausus* der Vertragstypen enthält. § 311 BGB als allgemeine Bestimmung erlaubt zwischen den Parteien grundsätzlich jede Art und Form der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung. Insbesondere steht es den Vertragsparteien frei, eigene Typen zu schaffen, die nicht unter die durch das Schuldrecht vorbestimmten Kategorien fallen. So hat sich bspw. der Leasingvertrag als ungeregelter Vertragstypus im Schuldrecht etabliert.

2. Vertragsbedingungen

Auch die Bestimmung weiterer Vertragspflichten ist Teil der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung des Staates. Dies betrifft die Festlegung von bestimmten vertraglichen Rechten und Pflichten in Bezug auf die anschließende Vertragserfüllung. Vertragsbedingungen bilden gemeinsam mit der vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung den Vertragsgegenstand eines

479 Duden online, Stichwort: Leistung (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

480 Vgl. den vierten Erwägungsgrund der VRL; Art. 1 Abs. 2 VRL. Zum Beschaffungszweck des Vergaberechts: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 140 ff.; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 103 Rn. 59; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 103 Rn. 28; *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 24.

481 Vgl. den vierten Erwägungsgrund der VRL.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

öffentlichen Auftrags.[482] Vertragsbedingungen, also solche, die die vertragliche Erfüllung betreffen, enthalten die früher als Verdingungsordnungen bezeichneten allgemeinen Vertragsbedingungen, insbesondere Teil B der VOB und VOL. Als standardisierte Vertragsbedingungen werden sie auch als allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. §§ 305 ff. BGB eingeordnet.[483] Nach § 8a VOB/A, § 8a-EU VOB/A und § 8a-VS VOB/A sind die Vertragsbedingungen der VOB/B und VOB/C obligatorisch einzubeziehen, während die Vorgaben der VOL/B im Rahmen von sonstigen Lieferverträgen nur in der Regel in den Vertrag einzubeziehen sind.[484] Letzteres ergibt sich aus § 29 Abs. 2 S. 1 VgV und § 21 Abs. 2 UVgO. Die Pflicht zur Einbeziehung dient dem Schutz des Vertragspartners.[485]

Teil B der VOB enthält allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführungen von Bauleistungen und regelt Rechte und Pflichten der Parteien des Bauvertrages, wie insbesondere auftraggeberseitige Pflichten zur Ausführung der Leistung, Bereitstellungspflichten und Betretungsbefugnisse. Ferner enthält er allgemeine Regelungen über die Risikoverteilung, die Haftung, Vertragsstrafen, Mängelansprüche und Sicherheitsleistungen. Teil B der VOL betrifft die Ausführungen von übrigen Leistungen, insbesondere von Dienst-, Kauf- und Werkverträgen, bzw. solche Verträge, die die Lieferung von herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen zum Inhalt haben.[486] Auch enthält er unter anderem allgemeine Vertragsbedingungen über die Ausführung der Leistung, Regelungen über Mängelge-

482 *Ohlerich*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 20 Rn. 31.

483 BGH, 24.7.2008 – VII ZR 55/07, NZBau 2008, S. 640; *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A/B, VOB/B Einleitung Rn. 45; *Leupertz/von Wietersheim*, in: Ingenstau/Korbion, VOB A/B, Einl. Rn. 63; *Sacher*, in: Ganten/Jansen/Voit, VOB, Teil B, Einleitung Rn. 38; *Ohlerich*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 20 Rn. 32; a.A. *Siegburg*, BauR 1993, S. 9, 9–15. Dieselbe Regelung enthalten § 8a-EU Abs. 1 S. 1 VOB/B und § 8a-VS Abs. 1 S. 1 VOB/B.

484 Vgl. § 21 Abs. 2 UVgO.

485 *Goede/Hänsel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VOB/A-EU, § 8a Rn. 3; *Verführth*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV-Kommentar, § 29 Rn. 28. Vgl. auch zum historischen Hintergrund der früher als Verdingungsordnungen benannten Vertragsordnungen: *von Rintelen*, in: Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A/B, VOB/B, Einl. Rn. 1; *Schubert*, in: FS Korbion, S. 389 ff.

486 Daneben existieren weitere Vertragsbedingungen, die bei öffentlichen Aufträgen anzuwenden sind, wie die EVB-IT und BVB. Hierbei handelt es sich um ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von Informationstechnik (EVB-IT) und besondere Vertragsbedingungen für die Beschaffung und den Betrieb von Datenverarbeitungsanlagen und -Geräten sowie von Datenverarbeitungsprogrammen (BVB). Nach der VV-BHO zu § 55 Nr. 4.3 haben Bundesbehörden die entsprechenden Vorgaben der Vertragsbedingungen anzuwenden. Instruktiv zur Beschaffung von

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

währleistungsrechte, Obhutspflichten, Vertragsstrafen und Sicherheitsleistungen.

Neben den allgemeinen Vertragsbedingungen können Teil der Vertragsbedingungen auch Beistellungen sein.[487] Hierbei handelt es sich um vertragliche Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, wie bspw. die Zurverfügungstellung von Baustoffen, Gütern und/oder Dienstleistungen, Wasser oder Strom durch den Auftraggeber an den Auftragnehmer.

III. Verhältnis von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung zur vergaberechtlichen Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung nach § 121 Abs. 1 GWB, § 31 VgV, § 28 SektVO, § 15 KonzVgV, § 15 VSVgV ist ein zwingender Bestandteil der Vergabeunterlagen, ohne die die öffentliche Hand ein förmliches Vergabeverfahren nicht in die Wege leiten kann. Die Leistungsbeschreibung legt die wesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*) der Leistungspflichten fest und stellt gewissermaßen das Herzstück der Vergabeunterlagen dar.[488] Hinsichtlich des Auftragsgegenstandes dient die Leistungsbeschreibung über den reinen Erwerbsvorgang hinaus als Beschaffenheitsvereinbarung für die Auftragsdurchführung, an der etwaige Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden können.[489] Dementsprechend steht und fällt mit der Leistungsbeschreibung das Erwerbsgeschehen. Mit ihrer Veröffentlichung tritt der öffentliche Auftraggeber in der Regel das erste Mal auf den Markt und gibt den Marktteilnehmern seinen Beschaffungsbedarf bekannt.[490] Dennoch sind Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung mit der Leistungsbeschreibung nicht identisch.

IT-Systemen auch: *Reichling/Scheumann*, GewArch 2019, S. 7–11; *Reichling/Scheumann*, GewArch 2019, S. 58–63.

487 *Lampert*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 13; *Müglich/Lapp*, CR 2004, S. 801, 804.

488 *Mehlitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 29 Rn. 38; *Prieß*, NZBau 2004, S. 20.

489 *Schellenberg,* in: Pünder/ders., Vergaberecht, GWB, § 121 Rn. 1; *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 2; *Seebo*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 1. Vgl. *Mehlitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 29 Rn. 36.

490 Vgl. *Seebo*, in: Säcker/Ganske/Knauff, MüKo, Wettbewerbsrecht, Bd. 3, VgV, § 31 Rn. 1; *Traupel/Schmidt,* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 121 Rn. 10. Vgl. in Bezug auf die Zulassung von Nebenangeboten: OLG Düsseldorf, 20.12.2019 – Verg 35/19, NZBau 2020, S. 194, 197.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung sind aus systematischen Gründen von der Leistungsbeschreibung zu differenzieren.[491] Hierbei handelt es sich um voneinander zu trennende Schritte im Prozess der Beschaffung von Leistungen.[492] Die Leistungsbeschreibung ist als Teil des Vergabeverfahrens der erste Schritt zur Durchführung der Beschaffung, während die Bedarfsdefinition den Abschluss der Analysephase bildet. Eine weitere Leistungsbestimmung erfolgt nur im Fall der rechtsgeschäftlichen Nachfrage im Rahmen der Planungsphase. Die begehrte Leistung muss – um am Markt nachgefragt werden zu können – in einem weiteren Zwischenschritt beschrieben werden, mithin ist eine erneute »Entscheidung« notwendig.[493] Insbesondere die Differenzierung zwischen Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung spiegelt sich in den Vorschriften des Vergaberechts wider. Die Bedarfsdefinition bildet den vergaberechtlichen Auftragsgegenstand ab. So differenziert § 121 Abs. 1 S. 1 GWB ausdrücklich zwischen der Leistungsbeschreibung und dem Auftragsgegenstand. Die Leistungsbeschreibung soll den Auftragsgegenstand nur so »eindeutig und erschöpfend wie möglich […] beschreiben«, um die objektive Vergleichbarkeit der Angebote zu ermöglichen.[494] Unter gewissen Umständen ist der Leistungsbeschreibung sogar der Zusatz »oder gleichwertig« hinzuzufügen.[495] Die Leistungsbeschreibung dient also als »Übersetzung der jeweiligen Aufga-

491 A.A. *Meyer*, Politische Zielsetzung, S. 101, nach der eine Abgrenzung viel zu kleinschrittig und daher rein formalistisch sei. Für einen Gleichlauf von Leistungsbestimmung und Leistungsbeschreibung ebenso: VK Bund, 29.1.2015 – VK 2 – 117/14, S. 27, 30, 35; VK Bund, 18.10.2017 – VK 2–106/17, S. 14; *Schellenberg*, in: Hilgers/Schauer/Thom, Public Management, S. 665, 669.

492 Vgl. auch OLG Düsseldorf, 14.4.2005 – Verg 93/04, NZBau 2005, S. 532, 533; 3.4.2008 – VII-Verg 54/07, juris Rn. 58; *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 367; *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 74; *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 5; *Dohmen*, Jahrbuch der Deutschen Bundespost 1985, S. 198, 204; *von Wietersheim*, WiVerw 2015, S. 182, 184 f.; *Lax/Ille/Hönig,* in: Eßig, Exzellente öffentliche Beschaffung, S. 143. Im Ergebnis wohl auch: *Probst/Gutmacher*, ZfBR 2021, S. 238, 239.

493 Vgl. *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 93.

494 *Trutzel,* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 121 Rn. 4, 22; *Krohn,* in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 21; OLG Brandenburg, 27.3.2012 – Verg W 13/11, ZfBR 2012, 513, 517; OLG Düsseldorf, 14.9.2016 – VII-Verg 7/16, juris Rn. 18; vgl. VK Berlin, 24.9.2020 – VK – B 1 – 10/19, juris Rn. 69. *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 93.

495 Diese Regelung nimmt *Krönke* als Indiz für die Unterscheidung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 75. Zu den Voraussetzungen, wann der Leistungsbeschreibung der Zusatz »oder gleichwertig« hinzuzufügen ist: Teil 2, Kap. 1, B., II., 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

benerfüllung in das Vergaberecht«[496]. Die Bezugnahme auf den Auftragsgegenstand, nicht aber die Leistungsbeschreibung findet sich unter anderem in § 127 Abs. 3 S. 1 GWB, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB, § 122 Abs. 4 S. 1 GWB, § 31 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2, Abs. 6 VgV, § 35 Abs. 1 S. 3 VgV, § 28 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2, Abs. 6 SektVO und § 16 Abs. 8 VSVgV[497]. Diese semantische und systematische Trennung indiziert die Unterscheidung von Bedarfsdefinition und Leistungsbeschreibung.

Außerdem besteht die Möglichkeit der öffentlichen Hand, noch während des Vergabeverfahrens zwischen den verschiedenen Formen der Leistungsbeschreibung i.S.d. § 121 Abs. 1 S. 2 GWB zu wechseln, denn eine nachträgliche Änderung der Auftragsunterlagen ist möglich, solange sie transparent und diskriminierungsfrei erfolgt.[498] Dass eine Änderung der Vergabeunterlagen möglich ist, impliziert sowohl § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VgV, der eine Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfristen vorsieht, wenn der öffentliche Auftraggeber Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt, als auch § 17 Abs. 13 S. 3 VgV, nach dem über die Änderung der Leistungsbeschreibung im Verhandlungsverfahren Bieter zu informieren sind. Dabei bleibt der Bedarf jedoch im Grundsatz unverändert. Änderte sich der Bedarf grundlegend, würde dies vielmehr zur Aufhebung des Vergabeverfahrens nach § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 4 VgV berechtigen.

Die Leistungsbeschreibung ist folglich ein Abbild von Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung, erfolgt aber zu einem anderen Zeitpunkt im Beschaffungsprozess. Sie muss mindestens den staatlichen Bedarf abbilden, da die Leistungsbeschreibung andernfalls der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe nicht dienlich wäre und damit den Zweck des Vergabeverfahrens

496 *Burgi*, Vergaberecht, § 12, Überschrift über Rn. 2. Ähnlich spricht *Krönke* von einer Übersetzungsfunktion des Vergaberechts: *Krönke*, Die Verwaltung 52 (2019), S. 65, 73, 74 ff.

497 § 15 Abs. 2 S. 1 VSVgV erfordert, die *Leistung* so eindeutig wie möglich zu beschreiben.

498 VK Lüneburg, 7.10.2015 – VgK-31/2015, ZfBR 2016, 398, 400; OLG Rostock, 9.10.2013 – 17 Verg 6/13 – VergabeR 2014, S. 442, 452; OLG Düsseldorf, 4.2.2013 – Verg 31/12, NZBau 2013, S. 321, 326; *Trutzel,* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 121 Rn. 16 f.; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, 22.8.2019 – WD 7 – 3000 – 132/19, S. 4. So kann der öffentliche Auftraggeber auch ein rechtsfehlerhaftes Vergabeverfahren durch transparente und diskriminierungsfreie Änderung der Vergabeunterlagen ändern und muss es nicht aufheben. Dazu: BGH, 26.9.2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, S. 800, 802; OLG Düsseldorf, 12.1.2015 – Verg 29/14, ZfBR 2015, S. 502, 503.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verfehlen würde.[499] Daher lässt sich aus der Leistungsbeschreibung der staatliche Bedarf filtern, der auf diese Weise als Auftragsgegenstand am Maßstab vergaberechtlicher Vorschriften geprüft werden kann und insbesondere für immaterielle Kriterien und Ausführungsbedingungen selbst Maßstab ist (vgl. § 31 Abs. 3 VgV).

F. Fazit

Ein staatlicher Bedarf entsteht durch die notwendige Erfüllung einer staatlichen Aufgabe. In der Praxis ist die Abgrenzung zwischen Aufgabe und Bedarf schwierig. Es kann lediglich insofern unterschieden werden, dass die Aufgabenstellung abstrakt-generell bleibt, während die Feststellung des Bedarfs einzelfallabhängig ist.[500] Welche Aufgabe zu welchem Zeitpunkt erfüllt wird, fällt in die Einschätzungsprärogative der staatlichen Stellen. Aufgrund begrenzter Ressourcen ist die öffentliche Hand allerdings gezwungen, zwischen anfallenden Aufgaben zu priorisieren. Diese Einschätzungsprärogative ist kein Fall der Beschaffungsautonomie, denn die Entscheidung über die Wahl der zu erfüllenden Aufgabe ist der Entstehung eines staatlichen Bedarfs vorgelagert.

Die hier zu untersuchende Beschaffungsautonomie konzentriert sich auf die Deckung des (Sach-)Bedarfs an Gütern und Dienstleistungen. Den festgestellten Bedarf kann die öffentliche Hand mittels Beschaffung oder Eigenfertigung decken. Die sog. *Make-or-procure*-Entscheidung ist nur ein Aspekt, der Teil der Beschaffungsautonomie ist. Bestandteile der Beschaffungsautonomie sind auch der staatliche Spielraum bei der Bedarfsdefinition, der Leistungsbestimmung, der Auswahl der konkreten Beschaffungsform und der schuldrechtlichen Leistungsbestimmung. Vereinfacht wird im Folgenden von der Bedarfsdefinition, der Beschaffungsentscheidung, als Entscheidung über das *make-or-procure* und über die Form der Beschaffung und der Leistungsbestimmung als Bestimmung der immateriellen und schuldrechtlichen Anforderungen gesprochen.

---

499 Vgl. auch die Interpretierende Mitteilung der Kommission über das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001/C 333/07), KOM(2001) 274 endg., EUAbl. C 333/12, S. 15.

500 Der primäre Zweck des Vergabeverfahrens ist die Erfüllung von Aufgaben, exemplarisch: *Burgi*, Vergaberecht, § 6 Rn. 2; *C. Fuchs*, in: G. Kirchhof/Korte/Magen, § 15 Rn. 5.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die staatliche Bedarfsdefinition bildet die materiellen Eigenschaften der Güter ab, da sich der staatliche Bedarf in Anknüpfung an die zugrundeliegende staatliche Aufgabe bildet. Zumindest müssen die Eigenschaften geeignet sein, einen eigenen Beitrag zur staatlichen Aufgabe zu leisten. Da bei der Nachfrage nach Dienstleistungen nicht zwischen materiellen und immateriellen Eigenschaften unterschieden werden kann, ist für die Ermittlung der Bedarfskriterien der unmittelbare sachliche Bezug zur staatlichen Aufgabe ausschlaggebend. Immaterielle Eigenschaften sind nicht Teil der Bedarfsdefinition, können aber in einem späteren Vergabeverfahren als Sekundärzwecke oder in Form von Ausführungsbedingungen nachgefragt werden. Sie sind Teil einer weiteren fakultativen Leistungsbestimmung durch den Staat. Die Leistungsbeschreibung bildet diese Wünsche ab.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kapitel 2: Die rechtliche Herleitung der Beschaffungsautonomie

Die rechtlichen Grundlagen der Beschaffungsautonomie sind bisher nicht geklärt. Dabei können ihre rechtlichen Grundlagen Aufschluss über die Grenzen geben. Angenommen die Beschaffungsautonomie ist mit der Privatautonomie zu begründen, deren Wesensinhalt die »legitime Willkür«[501] ist, wären der staatlichen Gewalt kaum Grenzen gesetzt. Denn die Wirksamkeit des privatautonomen Akts begründet sich allein aus dem Willen.[502] Vorausgesetzt der Staat könnte sich der Privatautonomie bedienen, wäre auch nichts dagegen einzuwenden, wenn die städtische Kommune funktionsfähige militärische Ausrüstung beschaffen möchte. Auch gegen goldene Badarmaturen im Zug wäre nichts einzuwenden.[503] Denn im Sinne der Privatautonomie begründet allein der Wille die Auswahlentscheidung.

Folglich sollen Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Grundlagen der Beschaffungsautonomie auf den Prüfstand gestellt werden (A.). Privatautonomie und Vertragsfreiheit können jedoch nicht für die Beschaffungsautonomie fruchtbar gemacht werden. Die Herleitung der Beschaffungsautonomie erfolgt stattdessen zweistufig: die rechtliche Pflicht zur Deckung des staatlichen Bedarfs ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit in Verbindung mit der zugrundeliegenden staatlichen Aufgabe (B.). Der administrative Entscheidungsspielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung – hier als Autonomie bezeichnet – ergibt sich aus einem Zusammenspiel von gesetzlichen Vorgaben und gerichtlicher Kontrolle (C. und D.). Eine gesonderte Herleitung ist für diejenigen Privaten notwendig, die in keiner Verbindung zum Staat stehen, aber dennoch dem Kartellvergaberecht unterworfen sind (E.).

501 *Isensee*, in: ders., Vertragsfreiheit und Diskriminierung, S. 239, 249; vgl. *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 140; *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 71.

502 *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 141; BVerfGE 103, 89 (100). Vgl. BVerfGE 81, 242 (254); *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 238. Differenzierend *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 82–85.

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

A. Privatautonomie und Vertragsfreiheit?

Insbesondere die Rechtsprechung rekurriert sowohl auf die Privatautonomie als auch auf die Vertragsfreiheit als Grundlage der Beschaffungsautonomie.[504] Die Privatautonomie ist »das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach eigenem Willen«[505] und ist ein Teil der Selbstbestimmung des Menschen[506]. Die Vertragsfreiheit stellt eine institutionelle Ausprägung der Privatautonomie dar[507] und beschreibt die Freiheit des Einzelnen, ohne Einfluss staatlicher Gewalt den Vertragspartner, die Vertragskonditionen und den Vertragsschluss nach Belieben zu gestalten und sich selbst zu binden[508].

Wenn Rechtsprechung und Literatur die Beschaffungsautonomie mit der Privatautonomie oder der Vertragsfreiheit in Zusammenhang bringen, nimmt dies Anleihen an der Fiskustheorie und deutet auf ein Verständnis vom Staat hin, der sich zwei unterschiedlicher Persönlichkeiten bedient (I.). Im Folgenden sollen daher Konzept und rechtliche Grundlagen der Privatautonomie und Vertragsfreiheit aufgezeigt werden (II.), bevor die

504 Vgl. zur Rechtsprechung: Einführung, A., III. Auch in der Literatur hält sich die Begründung der Ungebundenheit bei fiskalischen Geschäften des Staates mit der Privatautonomie: vgl. *Badura*, Staatsrecht, G Rn. 23; *Herrmann*, NZBau 2022, S. 443, 444.

505 *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136. Vgl. auch BVerfGE 72, 155 (170); 81, 242 (254 f.); 89, 214 (231); 103, 89 (100); *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 16; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 4, 174; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 2. Bereits die Vorarbeiten zum BGB enthielten eine Definition der Privatautonomie. So bedeutete die Privatautonomie in Abgrenzung zur institutionellen Autonomie als Quelle objektiven Rechts, »[die] Befugnis, innerhalb der Grenzen des dispositiven Rechtes die privaten Angelegenheiten im Wege des Rechtsgeschäftes zu regeln«. S. dazu *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1899), Bd. 1 S. 21.

506 BVerfGE 81, 242 (254 f.).

507 *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 132; *Raiser*, JZ 1958, S. 1; *Merz*, Privatautonomie, S. 3; *Roscher*, Vertragsfreiheit, S. 54–58; *Röthel,* in: Bumke/dies., Autonomie im Recht, S. 45; vgl. auch *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136, 138; BVerfGE 72, 155 (170); 81, 242 (254 ff.); 89, 214 (231 ff.); 103, 89 (100 f.); 117, 163 (181); 126, 286 (300).

508 *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 12; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 4; *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 3; *Raiser*, JZ 1958, S. 1; *Oftinger*, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, S. 315, 316; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 41; *Larenz*, Schuldrecht I (14. Aufl.), S. 40 f.; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101; *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 66; vgl. *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 119.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Übertragung dieser Grundsätze auf die Bedarfsdeckung durch den Staat überprüft wird (III.).

I. Die Fiskustheorie und das fiskalische Hilfsgeschäft

Der historische Fiskusbegriff fasste den fiskalisch agierenden Staat als eine vom hoheitlich-handelnden Staat unterschiedliche Person auf.[509] Wenn der Staat als Wirtschaftssubjekt agierte, bediente er sich der zivilrechtlichen Vorschriften und stand mit dem Bürger auf derselben Stufe. Zu den Zeiten der konstitutionellen Monarchie diente die Konstruktion der »staatlichen Doppelpersönlichkeit«[510] als ein Ersatz für den fehlenden Rechtsschutz gegenüber den Handlungen der Hoheitsgewalt.[511] Weil sich der Fiskus auf der Ebene der Bürger befand, konnte der Einzelne durch Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche gegenüber der Hoheitsgewalt Rechtsschutz in Anspruch nehmen und das staatliche Handeln inzident überprüfen lassen.[512] Mit der Einführung eines primären Rechtsschutzes gegen die hoheitlich handelnde Verwaltung entfiel das Bedürfnis nach einem Ersatz für fehlenden Rechtsschutz und damit auch die Notwendigkeit, eine Doppelpersönlichkeit zu konstruieren.[513]

Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erfolgte mit der Entwicklung des klassischen Verwaltungsprivatrechts[514] zumindest gedanklich ein Rückgriff auf den historischen Fiskusbegriff, um die staatliche Gewalt von den strengen Bindungen des öffentlichen Rechts zu lösen und stattdessen ihr eine dem Bürger vergleichbare Handlungsfreiheit zuzusprechen.[515] Die

509 Vgl. *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 49 ff., 119; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 39; vgl. zu den unterschiedlichen Ausprägungen des Fiskus: *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 75.

510 Gegen die »Doppelpersönlichkeit« des Staates schon: *O. Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 119 f.; vgl. auch *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 320, 321.

511 Vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 76–78.

512 *O. Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 51; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 76; *Haak*, Grundrechtsbindung, S. 80 ff.

513 Vgl. *Haak*, Grundrechtsbindung, S. 74 m.w.N., der feststellt, dass zu Zeiten der Weimarer Reichsverfassung die Grundrechtsbindung des Staats bei der Bedarfsdeckung abgelehnt wurde.

514 *Wolff*, Verwaltungsrecht Bd. 1 (3. Aufl. 1959), S. 84. Vgl. zur Herkunft des Begriffes auch: *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, S. 23 f.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 37 f.

515 Vgl. *Wolff*, Verwaltungsrecht Bd. 1 (3. Aufl.), S. 83, 84 f., nach dem der Staat, der zur Bedarfsdeckung tätig wird, keine vollziehende Gewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG ausübt

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Theorie von der Doppelpersönlichkeit des Staates erfuhr eine Renaissance. Die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht differenziert zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Aufgabenerfüllung. Nur bei der unmittelbaren Erfüllung von Aufgaben mittels Privatrechts werde die Privatrechtsordnung an einzelnen Stellen »durch öffentlich-rechtliche Bindungen ergänzt, modifiziert und überlagert […], ohne dass darum das Verwaltungshandeln selbst dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre«[516]. In diesen Fällen besteht eine Bindung an das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechtsbestimmungen und einfach-gesetzliche öffentlich-rechtliche Vorschriften. Hingegen gelte der Staat als reines Privatrechtssubjekt und unterliege dann nicht den strengen öffentlich-rechtlichen Bindungen, wenn er nicht unmittelbar, sondern lediglich mittelbar Verwaltungszwecke erfülle. Die Maßnahmen zur mittelbaren Erfüllung von Aufgaben richteten sich dann nach dem Privatrecht, auf dessen Gebiet keine öffentlich-rechtlichen Bindungen existierten. Der Staat würde insofern wie ein Privater ohne jegliche Bindung handeln. Letztere Geschäfte wurden und werden auch teilweise heute noch als fiskalische Hilfsgeschäfte bezeichnet.[517]

Im Kern soll damit die Unterscheidung von Verwaltungsprivatrecht und fiskalischen Hilfsgeschäften eine abgestufte Verfassungs- und Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt erklären. Gegen diese Aufteilung spricht aber die schwierige Differenzierung zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Erfüllung von Aufgaben[518] und die mittlerweile anerkannte lückenlose Rechtsbindung der staatlichen Gewalt in allen Handlungs- und Organisationsformen[519]. Eine Flucht in das Privatrecht ist gerade nicht

---

und sich daher auf die Privatautonomie berufen kann. Verfolgt der Staat hingegen unmittelbar öffentliche Zwecke, unterliegt er öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere den grundrechtlichen Bindungen.

516 BVerwGE 129, 9 (12); vgl. auch BGH, 26.11.1974 – VII ZR 164/74, NJW 1976, S. 709; 7.2.1985 – III ZR 179/83, NJW 1985, S. 1892, 1894; 17.6.2003 – XI ZR 195/02, NJW 2003, S. 2451, 2453; 6.11.2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, S. 531, 532 Rn. 9; 17.11.2011 – III ZR 234/10, NZBau 2012, S. 131, 133 Rn. 23; *Wolff*, Verwaltungsrecht Bd. 1 (3. Aufl.), S. 84 f.; *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 2.

517 Vgl. zum Begriff: *Siebert*, in: FS Niedermeyer, S. 214, 220 f.

518 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 95–100, insb. S. 99 f.

519 BVerfGE 128, 226 (243); 138, 296 (328); BVerfG, 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, S. 3153, 3155 f.; BKartA, 29.4.1999 – VK 1–7/99, NZBau 2000, S. 53, 55; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1960), S. 167, 201 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 113 ff., 212 ff.; *Möstl*, Grundrechtsbindung, S. 76 ff., 89 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 303 ff., 318; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 442; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 71; *ders.*, NVwZ 1983, S. 121; *ders.*, NZBau 2003, S. 242, 243; *Pa-*

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

möglich. Die Fiskustheorie ist daher heute nicht mehr haltbar. Das spricht gegen die Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Grundlagen der staatlichen Beschaffungstätigkeit.

II. Konzept und rechtliche Grundlagen von Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Privatautonomie und Vertragsfreiheit sind Teil derselben Selbstbestimmung, die der Mensch kraft seiner originären Autonomie wahrnimmt. Beide Gewährleistungen sind Ausdruck von individueller Autonomie[520], haben ihren Ursprung im Liberalismus (1.) und lassen sich heute in den Grundrechten verorten (2.).

1. Ideengeschichtlicher Hintergrund

Erste wohl ausdrückliche Nennung fand die Privatautonomie bei *Johann Christian Majer* im 18. Jahrhundert, der sich des Begriffes der Autonomie aus dem Religionsrecht bediente, Autonomie aber als weltliche Freiheit verstand.[521] Die Idee der Privatautonomie lebte mit dem Liberalismus[522] und der industriellen Revolution[523] auf und hat sich aus der Vorstellung

---

che, DVBl. 2001, S. 1781; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 477; *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014, 1015; *Pünder*, VerwArch 95 (2004), S. 38, 41; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 32 f.; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 347 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 35; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 86, 107; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 29; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 105 ff.; *Sauer*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 74 f.; *Hermes*, JZ 1997, S. 909, 912 f.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1394 ff., 1411, 1417; *Schaefer*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 3, § 74 Rn. 22.

520 Vgl. *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 41; *Hillgruber*, in: Riesenhuber, Das Prinzip der Selbstverantwortung, S. 165, 169; *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 351. Zur individuellen Autonomie: Teil 1, Kap. 2, C., I., 2., a., aa.

521 Nachweise bei: *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 348, 377 ff.; *Mizia*, Rechtsbegriff der Autonomie und Privatfürstentum, S. 128 f. m.w.N.; *Pohlmann*, in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 704 m.w.N.

522 *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 3 Rn. 1; differenzierend hingegen *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 138, 145.

523 *Raiser*, JZ 1958, S. 1, 2; vgl. auch *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 73.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Gleichheit aller Bürger in einer horizontalen Perspektive entwickelt.[524] Die Prämisse der Gleichheit aller Bürger soll nach der liberalistischen Vorstellung die größtmögliche Freiheit aller Bürger im ökonomischen Verkehr gewährleisten. Niemand, eingeschlossen übergeordnete Instanzen, sollten die marktwirtschaftliche Freiheit des Einzelnen begrenzen.[525] Dabei ist die Privatautonomie konstituierender Pfeiler einer Marktordnung, in der alle Akteure gleich sind, wobei rechtliche Gleichheit, nicht tatsächliche und ökonomische Gleichheit gemeint ist.[526]

Der Einzelne tritt in Ausübung seiner Privatautonomie als Wirtschaftssubjekt auf, das sich zur marktwirtschaftlichen Betätigung seiner rechtsgeschäftlichen Möglichkeiten bedient. Marktwirtschaftliche Selbstbestimmung erfordert aber einen Regelungsrahmen, der die für alle Marktteilnehmer verbindlichen Rechte und Pflichten aufstellt sowie der marktwirtschaftlichen Betätigung rechtliche Anerkennung und Geltung verleiht. Die Zivilrechtsordnung dient heute der Ausübung der ökonomischen Freiheit, denn Privatautonomie und Vertragsfreiheit können nicht ohne eine bestehende Rechtsordnung existieren, die die Rechtsgültigkeit von entsprechenden Vereinbarungen und Rechtsgeschäften anerkennt.[527] Beide Freiheiten stellen damit normgeprägte Prinzipien dar.[528] Die zivilrechtlichen Normen sind damit zugleich Grundlage und Grenze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit.[529]

2. Verortung in den Grundrechten

Privatautonomie und Vertragsfreiheit sind nicht explizit im GG verankert. Eine ausdrückliche Grundlage existiert im Gegensatz zur früheren WRV

524 *Olzen*, in: Staudinger, BGB, 2. Buch, Vor § 242 Rn. 50; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, § 3 Rn. 2; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 5.

525 Vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 52, nach dem sich das Privatrecht im 19. Jahrhundert als ein »schützenswerte[r] staatsfreie[r] Raum« entwickelte.

526 Vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 24; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 105; *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 143 f.; *Larenz*, Schuldrecht (14. Aufl.), S. 41.

527 *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136; vgl. auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7. § 150 Rn. 20; *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 20 ff.; *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 3, 13; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 37 f.; *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 65 f.

528 Vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 85.

529 BVerfGE 81, 242 (254). *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht. Demgegenüber hieß es in Art. 152 WRV noch ausdrücklich: »Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze«. Lediglich einige Landesverfassungen führen den Grundsatz der Vertragsfreiheit in ihren Grundrechtskatalogen auf. Art. 152 Abs. 2 S. 1 der Bayrischen Verfassung, Art. 52 Abs. 1 der Rheinland-Pfälzischen Verfassung und Art. 44 S. 1 der Saarländischen Verfassung garantieren ausdrücklich das Recht der Vertragsfreiheit.[530]

Das bedeutet allerdings nicht, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht grundrechtlich gewährleistet wären. Es ist allgemein anerkannt, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit als elementare Bestandteile einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Grundordnung zentral ihre verfassungsrechtliche Grundlage im Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG finden.[531] Daneben spiegeln auch andere Grundrechte den Aspekt der Selbstbestimmung im Rechtsverkehr wider. So betreffen arbeitsrechtliche Regelungen den grundrechtlich geschützten Bereich des Art. 12 GG.[532] Gesetze, die die Übertragung oder die Nutzung von Eigentum (im

530 Vgl. auch *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 139; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 40. Auch die GrCh normiert die Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit nicht explizit. Diese sind aus den Garantien der Ehe (Art. 9 GrCh), der Berufsfreiheit (Art. 15 GrCh), der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GrCh) und der Eigentumsgarantie (Art. 17 GrCh) herauszufiltern. Der EuGH erkennt die Vertragsfreiheit als Ausprägung der unternehmerischen Freiheit ausdrücklich an, vgl. zuerst allgemeine Anerkennung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit: EuGH, 16.1.1979 – Rs. 151/78 – ECLI:EU:C:1979:4 Rn. 19 f. (Sukkerfabriken Nykobing Limiteret); 5.10.1999 – C-240/97 – ECLI:EU:C:1999:479 Rn. 99 (Spanien/Kommission). Vgl. zur Bezugnahme auf die unternehmerische Freiheit: EuGH, 22.1.2013 – C-283/11 – ECLI:EU:C:2013:28 Rn. 42 (Sky Österreich); 18.7.2013 – C-426/11 – ECLI:EU:C:2013:521 Rn. 32 (Alemo Herron); 17.10.2013 – C-101/12 – ECLI:EU:C:2013:661 Rn. 25 (Schaible). Ebenso wird die Vertragsfreiheit auch in den allgemeinen Erläuterungen der GrCh zu Art. 16 aufgeführt, s. Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02), EUAbl. C 303/17, 23.

531 Zur Privatautonomie: *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 140; BVerfGE 89, 214 (232); 103, 89 (100); 134, 204 (225); 126, 286 (300); *Röthel*, NJW 2001, S. 1334. Zur Vertragsfreiheit: *Raiser*, JZ 1958, S. 1, 5; *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 18; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 27 Rn. 3; BVerfGE 8, 274 (328); BVerfG, 18.7.2019 – 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18, juris Rn. 90; BVerwGE 1, 321 (323), 2, 114 (115); 17, 306 (309); 30, 65 (69); BVerwG, 26.6.2013 – 6 C 1.12, juris Rn. 30; 5.8.2015 – 6 C 8/14, NVwZ 2016, S. 535, 536; 12.4.2018 – 3 C 20.16, juris Rn. 23; BVerwG, 20.10.2021 – 6 C 8.20, juris Rn. 94. Vgl. auch *G. Kirchhof*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, § 109 Rn. 73.

532 Vgl. BVerfGE 81, 242 (254); 134, 204 (225); 149, 126 (141 Rn. 38); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 40 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verfassungsrechtlichen Sinn) regeln, fallen in den Schutzbereich des Art. 14 GG. Ist die vertragliche Selbstbestimmung mit einer Meinungskundgabe verbunden, kann auch Art. 5 Abs. 1 GG einschlägig sein. Welchen freiheitlich geschützten Bereich der Einzelne im Rechtsverkehr wahrnimmt, ist im Einzelfall zu ermitteln, wobei die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffangtatbestand gilt.[533] Damit sind Privatautonomie und Vertragsfreiheit als ökonomische Freiheiten im Rechtsverkehr gegenüber staatlicher Gewalt zumindest in der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie auch in den unionsrechtlichen Grundrechten abgesichert.[534]

III. Widersprüche gegen die Privatautonomie des Staates

Die Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit, die ihren Ursprung im Liberalismus haben, bezeichnen die grundsätzlich legitime Willkür und erfordern keinen Rechtfertigungszwang für die getroffene Entscheidung.[535] Der eigene Wille ist Mittel und Geltungsgrund für das Rechtsgeschäft.[536] Dieses Inhalts kann sich der Staat nicht bedienen. So können zwar auch staatliche Einrichtungen durch ihre Organe einen »Willen« bilden, doch sind sie dabei aufgrund des Rechtstaatsprinzips an sachgemäße Erwägungen gebunden.

533 Eine Darstellung der verschiedenen Bereiche der Gewährleistung bei: *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 14–19; *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 62–69; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 103; *Horn*, in: Stern/Becker, GG, Art. 2 Rn. 30. Zum Spezialitätsverhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 12 GG bei der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung: BVerfGE 126, 286 (300); 134, 204 (222 f.); BVerfG, 29.6.2016 – 1 BvR 1015/15, juris Rn. 49.

534 Zur Herleitung aus den EU-Grundrechten: Teil 1, Kap. 2, A., II., 2. Fn. 30.

535 Vgl. aber zur Konstellation der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten, die Private teilweise in die Pflicht zur Beachtung von Grundrechten, insb. Art. 3 Abs. 1 GG, nehmen, wenn der Private eine strukturelle Überlegenheit aufweist und über gewichtige Belange der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben Privater entscheiden kann: BVerfG, 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15 – juris Rn. 6; BVerfGE 148, 267 (283 f.). Auch § 7 Abs. 1 AGG sieht ein Benachteiligungsverbot aufgrund rassistischer Motive, des Geschlechts, der Religion, einer Weltanschauung, des Alters, einer Behinderung oder der sexuellen Identität durch den Arbeitgeber vor.

536 Vgl. *Medius/Petersen*, BGB AT, Rn. 175, 244 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So hieß es im Herrenchiemseer Entwurf zum Grundgesetz: »[d]er Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen«[537]. Damit existiert der Staat nicht zum Selbstzweck, sondern des Erhalts des Gemeinwohls wegen. Im Sinne der Privatautonomie als eines »Strukturelement[s] der freiheitlichen Gesellschaftsordnung«[538] regelt der Einzelne seine Rechtsgeschäfte eigenverantwortlich. Der Staat, der dem Gemeinwohl verpflichtet ist, beansprucht aber von Anfang an keine Eigenverantwortung, sondern ist dem Gemeinwohl und mithin dem Gemeinwesen gegenüber verantwortlich. Der Staat bildet keinen freien Willen, sondern ist an öffentliche Interessen und öffentliche Zwecke gebunden.[539] Staatliche Willkür ist mithin niemals legitim.

Ebenso sind Staat und Bürger ideell betrachtet nicht gleichgestellt. Sie sind dem Wesen nach verschieden.[540] Die Privatautonomie beruht auf dem Grundsatz der idealen Gleichheit der miteinander agierenden Personen. Staat und Bürger sind aber von Anfang nicht gleichgestellt. Zum einen schafft der Staat als Gesetzgeber die rechtlichen Regeln des Marktes, auf dem sich Staat und Bürger treffen,[541] während der Bürger nur die Möglichkeit hat, sich diesen Regelungen zu unterwerfen, um von seiner Privatautonomie Gebrauch zu machen. Denn Privatautonomie und Vertragsfreiheit sind normgeprägte Prinzipien und ihre Grenzen insofern flexibel. Allenfalls im Fall der Fremdbestimmung ist die Privatautonomie berührt.[542] Folglich befindet sich der Staat in einer anderen Ausgangslage als der Private. Zum anderen verbleiben dem Staat eine Auswahl zwischen mehreren Mitteln der Aufgabenerfüllung. So kann er hoheitlich und privatrechtlich tätig werden[543] und diese Auswahlmöglichkeit als Verhandlungsposition nutzen.[544] Für die Beschaffung am Markt gilt, dass, wenn auch die Entscheidung

537 Herrenchiemsee Entwurf, Vorlage an den Parlamentarischen Rat, zitiert nach: *von Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 48.
538 BVerfGE 81, 242 (254).
539 *Stern*, Staatsrecht Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1407; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1961), S. 164, 197; *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 318, 332; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 387 f.
540 *Stern*, Staatsrecht Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1412; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung, S. 387 f.; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 157.
541 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 317; *Dörr*, in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 108; *Niestedt/Hölzl*, NJW 2006, S. 3680, 3682.
542 Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 89, 214 (232); 148, 267 (282).
543 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 313 m.w.N.
544 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 315.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

für eine bestimmte Leistung eher selten eine unmittelbare Außenwirkung entfaltet, dem staatlichen Handeln durch die Eröffnung eines Nachfragemarktes eine nicht zu vernachlässigende Lenkungswirkung zugrunde liegt, die die Überlegenheit des Staates indiziert. Diese strukturellen Unterschiede sprechen gegen die Inanspruchnahme der Privatautonomie durch den Staat.

Lokalisiert man Privatautonomie und Vertragsfreiheit in grundrechtlichen Bestimmungen und versteht sie als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG und weiteren speziellen Grundrechtsgewährleistungen, dann fällt es nicht schwer zu schlussfolgern, dass die Beschaffungsautonomie nicht aus diesen Grundsätzen abgeleitet werden kann. Der Staat kann sich weder auf die Privatautonomie noch auf die Vertragsfreiheit stützen. Denn der Staat kann sich nicht auf Grundrechte berufen.[545] In der *Sasbach*-Entscheidung umschrieb das BVerfG anhand von Art. 14 GG, dass nur das Eigentum Privater, aber nicht das Privateigentum geschützt sei.[546] Mittlerweile ist anerkannt, dass der Staat in jeglicher Handlungs- und Organisationsform gem. Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist. Art. 1 Abs. 3 GG ordnet eine umfassende und lückenlose Grundrechtsbindung an.[547]

Das BVerfG beschrieb es wie folgt: »Öffentliche einschließlich der öffentlich beherrschten Unternehmen können zwar ihre Kundenbeziehungen nach der Logik des Marktes gestalten, jedoch steht es ihnen nicht frei, ihre wirtschaftliche Tätigkeit nach Belieben mit subjektiv weltanschaulichen Präferenzen oder Zielsetzungen und hierauf beruhenden Differenzierungen zu verbinden.«[548] Der Staat ist folglich privatrechtsfähig, aber nicht zur Pri-

545 BVerfGE 61, 82 (104 ff.).

546 BVerfGE 61, 82 (108 f.).

547 BVerfGE 128, 226 (243); 138, 296 (328); BVerfG, 19.7.2016 – 2 BvR 470/08, NJW 2016, S. 3153, 3155 f.; BKartA, 29.4.1999 – VK 1–7/99, NZBau 2000, S. 53, 55; *Mallmann*, VVDStRL 19 (1960), S. 167, 201 f.; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 113 ff., 212 ff.; *Möstl*, Grundrechtsbindung, S. 76 ff., 89 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 303 ff., 318; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 442; *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 71; *ders.*, NZBau 2003, S. 242, 243; *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 458, 477; *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014, 1015; *Pünder*, VerwArch 95 (2004), S. 38, 41; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 32 f.; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 347 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 35; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 1 Rn. 86, 107; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 105 ff.; *Sauer*, in: Dreier, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 74 f.; *Hermes*, JZ 1997, S. 909, 912 f.

548 BVerfGE 128, 226 (249).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vatautonomie berechtigt.[549] Folglich spricht die Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt gegen den staatlichen Rückgriff auf die Privatautonomie und Vertragsfreiheit.

IV. Ergebnis

Während das Rechtsgeschäft des Individuums seinen Geltungsgrund in der individuellen Autonomie und der Rechtsordnung findet,[550] kann sich der Staat aufgrund seiner strukturellen Überlegenheit dem Bürger gegenüber, der Gemeinwohlverpflichtung und lückenlosen Rechtsbindung nicht auf die Privatautonomie oder die Vertragsfreiheit berufen. Der Staat ist stattdessen in jeder Handlungs- und Organisationsform an die Grundrechte und Verfassungsbestimmungen gebunden.

Im Übrigen ist auch die Enteignung als ein hoheitlich-imperatives Mittel eine Form der Beschaffung. Bei der Wahl zwischen dem Erwerb am Markt und dem Mittel der Enteignung würde allerdings niemand annehmen, dass diese Entscheidung auf die Privatautonomie oder Vertragsfreiheit zurückgeführt wird. Folglich kann die Beschaffungsautonomie nicht aus den ökonomischen Freiheiten hergeleitet werden.[551]

B. Die verfassungsrechtliche Pflicht zur Bedarfsdeckung

Da Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht als Grundlage der Beschaffungsautonomie fruchtbar gemacht werden können, sollen andere Grundlagen ermittelt werden. Es besteht die verfassungsrechtliche Pflicht zur Bedarfsdeckung. Diese Pflicht ist die Grundlage für die mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Befugnisse[552] (III.) und stützt sich auf zwei wesentliche Erwägungen: Die Erfüllung der dem Staat zugewiesenen Aufgaben ist zunächst Pflicht des Staates und stellt den Maßstab für den Er-

549 Zu eng: *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 10 f., nach dem der Staat auch nicht privatrechtsfähig sein könne.

550 *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 41.

551 So auch: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 92. Vgl. auch *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 74; *ders.*, Staatsauftrag, S. 364.; *Ronellenfitsch* in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 98 Rn. 28; *Isensee* in ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 105.

552 Befugnis wird in diesem Fall nicht als Ermächtigung zum Eingriff in subjektive Rechte verstanden. Vgl. *Stettner*, Kompetenzlehre, S. 43–48.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

halt der staatlichen Funktionsfähigkeit dar (I.). Aufgaben, die dem Staat obliegen, kann dieser nicht unerfüllt lassen. Aus unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Prinzipien und Rechtsgrundlagen ergibt sich dann in der Gesamtschau, dass der Staat sich in einem Zustand halten muss, sämtliche – auch zukünftig entstehende – Aufgaben erfüllen zu können. Der Staat muss sich also funktionsfähig halten (II.). Bildlich gesprochen: die Aufgaben, die dem Staat als seine Hausaufgaben aufgegeben sind, muss der Staat erfüllen. Der Staat muss sich aber auch ständig und generell in einem Zustand halten, in dem er die immer wieder neu entstehenden Hausaufgaben erfüllen kann, also muss er im übertragenen Sinne ausreichend Papier und Tinte – oder heute: funktionsfähige Computer zur Hand haben.

I. Die Erfüllung von Aufgaben als Maßstab staatlicher Funktionsfähigkeit

Die Untersuchung hat ergeben, dass sich die staatliche Bedarfsdeckung immer an die Erfüllung einer Aufgabe anschließt.[553] Staatliche Aufgaben ergeben sich aus den Gesetzen.[554] Sie bilden den Maßstab staatlicher Funktionsfähigkeit. Erst wenn der Staat die ihm obliegenden Aufgaben erfüllen kann, ist er funktionsfähig.

Eine rechtliche Pflicht des Staates zur Erfüllung etwaiger Aufgaben wird kaum ausdrücklich erwähnt.[555] Nicht überzeugend unterscheidet die Literatur zwischen obligatorischen und fakultativen Aufgaben.[556] Vielmehr ist einer staatlichen Aufgabe die Pflicht ihrer Erfüllung inhärent. Aufgaben verpflichten nach allgemeinem Verständnis denjenigen zur Erfüllung, dem sie aufgetragen sind.[557] Eine »Aufgabe« stellt nach allgemeinem Wortverständnis eine Pflicht dar, die Verantwortung für deren Erfüllung schafft. Ebenfalls sprechen Sinn und Zweck der staatlichen Aufgaben für eine generelle Pflicht der Erfüllung. Überträgt das Volk in freier, demokratischer Entscheidung dem Staat ebenjene Aufgaben, begründet es unmittelbar die Pflicht zur Erfüllung der Aufgabe und die entsprechende Zuteilung der Ver-

553 S. Teil 1, Kap. 1, B., II.
554 S. Teil 1, Kap. 1, B., II., 1., e.
555 *Lüttmann* leitet allerdings aus einer Gesamtschau von Grundrechten und anderen Verfassungsprinzipien eine Pflicht zur Erfüllung einzelner öffentlicher Aufgaben her. S. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 31–36.
556 Vgl. *Isensee*, in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 73 Rn. 29 m.w.N.
557 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 26; *Kirmer*, Der Begriff der öffentlichen Aufgabe, S. 45 f.; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

antwortung. Eine Zuweisung an den Staat wäre obsolet, ginge man davon aus, dass der Staat diese Aufgaben ohnehin nicht erfüllen müsse und werde. Denn dann könnte die Aufgabe auch im alleinigen Verantwortungsbereich der Gesellschaft verbleiben.[558] Hinter der Aufgabenzuweisung steht also die Schaffung von Rechtssicherheit und Verantwortungsklarheit im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft. Wenn Klarheit über die Verantwortung des Staates besteht, macht dies auch staatliches Handeln vorhersehbar, was ein Grundanliegen von Rechtsstaatlichkeit ist.[559] Dieser Grundsatz würde torpediert, wenn der Staat die Erfüllung der ihm zugewiesenen Aufgaben unterließe. Im Hinblick darauf ist es ein rechtsstaatliches Anliegen, dass die die Beeinträchtigungen indizierenden Pflichten klar umrissen sind und als solche auch ausgeübt werden. Insofern besteht eine staatliche Pflicht zur Erfüllung all seiner Aufgaben. Diese Pflicht materialisiert sich darin, dass die Aufgabe schlichtweg erfüllt wird – sei es bspw., dass der Staat ein Gesetz i.S.v. Art. 6 Abs. 5 GG erlässt oder die Verwaltung dem Eigentümer eines einsturzgefährdeten Gebäudes eine Abrissverfügung mit dem Ziel der Gefahrenabwehr erteilt.

Schließlich kann sich die staatliche Gewalt bei der Erfüllung solcher Aufgaben nicht auf Gründe subjektiver Unmöglichkeit hinsichtlich der Erfüllung verpflichtender Aufgaben berufen. Dies würde einer rechtlichen Pflicht zuwiderlaufen und die Pflicht ihres Inhalts entleeren. Lediglich Fälle, die objektiv für jedermann unmöglich sind, können entsprechend dem Grundsatz *ultra posse nemo obligatur* eine rechtliche Pflicht untergehen lassen.[560] Denn Maßnahmen, die für jedermann unmöglich sind, können auch nicht vom Staat verlangt werden, der durch seine Organe tätig wird.

558 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 27; vgl. auch *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 259; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 92 f.; BVerfGE 128, 226 (245).

559 *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 122, 123, 131; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 26 Rn. 81; krit. *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 54 f.

560 »Über das Können hinaus wird niemand verpflichtet.« Dieser Grundsatz, der dem römischen Recht entnommen ist, findet auch Anwendung im Verwaltungsrecht und damit bei staatlichem Handeln. So ist beispielsweise ein Verwaltungsakt, welchen aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, von Anfang an gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nichtig. Vgl. auch: *S. Meyer*, JURA 2017, S. 1259, 1262.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Herstellung und Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit als staatliche Pflicht

Damit die Erfüllung von Aufgaben ohne weiteres möglich ist, muss der Staat im Vornherein einen Rahmen schaffen, in dem es ihm möglich ist, seine Aufgaben zu erfüllen. In diesem Sinne meint Funktionsfähigkeit, die Gegebenheiten zu schaffen, um die obliegenden Aufgaben erfüllen zu können.[561] Dementsprechend eröffnet sich die Frage, was einen funktionsfähigen Staat auszeichnet und was dessen Mittel sind (1.). Fraglich ist dann, ob sich aus der Rechtsordnung auch eine rechtliche Pflicht zum funktionsfähigen Selbsterhalt herleiten lässt (2.). Vereinzelt wird die Funktionsfähigkeit bestimmter staatlicher Stellen in der Rechtsprechung und Literatur aufgeführt.[562] Diese Passagen konzentrieren sich aber zumeist nur auf einzelne Stellen und die sogenannte Funktionsfähigkeit wird nicht weiter konkretisiert. Ist vom Staat in seiner Gesamtheit die Rede, wird der Erhalt der Funktionsfähigkeit regelmäßig als ungeschriebene Prämisse des Bestehens des Staates gehandelt.[563]

1. Mittel zum Erhalt der Funktionsfähigkeit

Der Erhalt der Funktionsfähigkeit erfordert, dass der Staat notwendige Vorleistungen erbringt oder beschafft und ein Umfeld erschafft, ohne welches der Staat nicht als handlungsfähig zu bezeichnen wäre. Hierzu müssen sich staatliche Stellen entsprechend organisieren (a.) sowie die zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe erforderlichen Personal-, Sach- und Finanzmittel

561 Vgl. auch *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.

562 Exemplarisch zur Funktionsfähigkeit des Parlaments als anerkanntes Rechtsgut: BVerfGE 80, 188 (219); 84, 304 (321); 96, 264 (278); 99, 19 (32); 112, 118 (140); 118, 277 (324); 130, 318 (348). Exemplarisch zur Funktionsfähigkeit der Verwaltung: BVerfGE 18, 121 (125); BVerfG, 27.4.2021 – 2 BvR 206/14, Rn. 108; *Schwarze*, DÖV 1980, S. 581, 585, 591. Exemplarisch zur Funktionsfähigkeit der Rechtspflege: BVerfGE 153, 1 (38 f.). Vgl. auch zur Einschränkung von Leistungsrechten: BVerfGE 33, 303 (334).

563 Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: ders./Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, S. 11, 21; *Krautzberger*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 54; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 39; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 175 ff.; *Groß*, Kollegialprinzip, S. 200; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 32 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bereithalten (b.) (sog. »materielle Beiträge«).[564] Diese Beiträge sind dann als Instrumente zur Erfüllung der obliegenden Aufgaben zu verstehen.

a. Organisation

Ein wesentlicher Beitrag zur staatlichen Funktionsfähigkeit ist eine vorhandene Organisation. Organisation meint die wechselseitige Zuordnung von Funktionen, Aufgabenbereichen und Verhaltensweisen innerhalb eines sozialen Gebildes mit dem gesamtheitlichen Ziel der Erfüllung von Aufgaben.[565] Die Organisation des Staates ist notwendig und unumgänglich, weil es schlichtweg unmöglich ist und innerhalb eines gewaltengegliederten Systems rechtlich auch nicht zulässig wäre, sämtliche Aufgaben einer Einheit zu übertragen. Die Fülle staatlicher Aufgaben lässt sich nicht von einer Stelle allein erledigen. Innerhalb einer staatlichen Einrichtung müssen unterschiedliche Aufgaben verteilt werden, damit diese im Ergebnis in angemessener Zeit erfüllt werden können. Aber auch zwischen den staatlichen Stellen sind die Aufgaben zu verteilen, was sich unter anderem aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ergibt. Das Grundgesetz selbst führt eine Fülle an Organisations- und Kompetenznormen auf, die das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Funktionen regeln. Dementsprechend führt die Organisation zu einer effektiven und sachgerechten Aufgabenerfüllung und dient dazu, ein funktionierendes Gemeinwesen[566] und die Staatsstrukturprinzipien sowie Grundrechte zu

564 Vgl. *Isensee*, JZ 2005, S. 971, 978. Zwischen diesen vier Beiträgen wird auch in der Betriebs- und Verwaltungswissenschaft differenziert, vgl. *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 20; *von Känel*, Betriebswirtschaftslehre; *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 54 ff., 134 ff.

565 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 245; *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 79 Rn. 8; vgl. *Böckenförde*, in: FS Wolff, S. 292, 297 f.; *Groß*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 15 Rn. 4. Vgl. auch die betriebswirtschaftliche und sozialwissenschaftliche Perspektive: *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Betriebswirtschaftslehre, S. 486; *von Känel*, Betriebswirtschaftslehre, S. 355, 358; *Weber/Kabst/Baum*, Einführung in die Betriebswirtschaft, S. 130; *Schreyögg*, Organisation, S. 15; *Kieser/Walgenbach*, Organisation, S. 6 f.

566 Vgl. *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht Bd. 2, § 79 Rn. 1; NWVerfGH, 9.2.1999 – VerfGH 11–98, NJW 1999, S. 1243, 1246; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 14; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 5 Rn. 15 ff.; *Krebs*, in: Isen-

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gewährleisten.[567] Damit erfolgt die Organisation nicht zum Selbstzweck, sondern dient primär dem Gebot von Rationalität und Sachgerechtigkeit, mithin dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. Spiegelbildlich kann dann aus dem Rechtsstaatsprinzip das Gebot einer aufgabengerechten Organisation abgeleitet werden.[568] Mithilfe von sachgerechter Organisation soll es also ermöglicht werden, Aufgaben effektiv zu erfüllen. Daraus ergibt sich, dass jede staatliche Einrichtung eine Organisation aufweisen muss, um sich selbst funktionsfähig zu halten.

b. Materielle Mittel

aa. Personal

Erst durch Personal wird der Staat nach außen handlungsfähig. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass selbst das Grundgesetz u.a. in Art. 33 Abs. 4, Art. 38 Abs. 1, Art. 40, Art. 51 Abs. 1, Art. 54, Art. 62, Art. 92 GG bestimmte Amtsträger ausdrücklich vorsieht. Ähnliche Regelungen, die Amtsträger betreffen, finden sich in den Landesgesetzen, die die kommunale Verfassung betreffen.[569] Auch Befangenheitsvorschriften implizieren den Einsatz von Personal.[570] Juristische Personen bedürfen im Ergebnis natürlicher Personen, um handlungsfähig zu sein. Das Personal kann aufgrund der Stellung als vernunftbegabtes Wesen und der Unterscheidung im Haushaltsrecht nicht mit Sachmitteln gleichgesetzt werden.[571] Der Staat ist also auf Perso-

see/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 108 Rn. 29; *Burmeister*, Institutioneller Gesetzesvorbehalt, S. 143; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 86; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 199–215; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 54.

567 *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht Bd. 2, § 80 Rn. 10; *Krebs,* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 108 Rn. 89; *Ohler*, AöR 131 (2006), S. 336, 346; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 358 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 27; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Kap. 5 Rn. 18; *ders.*, in: FS H. P. Ipsen, S. 333, 336; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 151.

568 *Groß*, Kollegialprinzip, S. 200; *Schmidt-Aßmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 84; vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 794.

569 S. unter anderem: Art. 29 ff. GO Bayern; §§ 42 ff., 56 GO Baden-Württemberg; §§ 39 ff., 49 ff. GO Hessen; §§ 45 ff., 80 ff. NKomVG; §§ 40 ff., 62 ff. GO Nordrhein-Westfalen.

570 Bspw. § 42 ZPO (i.V.m. § 54 VwGO), § 24 StPO, §§ 20, 21 VwVfG.

571 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nal angewiesen, um handlungsfähig zu sein. Damit werden auch Einstellung und Berufung von Personal notwendige Mittel für den Staat, um sich selbst funktionsfähig zu halten.

bb. Ausstattung

Die Ausstattung betrifft Güter und Dienstleistungen, die nicht durch das im öffentlichen Dienst stehende Personal erbracht werden. Sowohl Güter als auch Dienstleistungen sind zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit notwendig. Güter dienen dem sachlich-gegenständlichen Aufbau einer Einrichtung und der Aufgabenerfüllung. Denn der Staat ist nur mit entsprechendem Equipment handlungsfähig. So muss der Staat funktionsgerechte Gebäude zuzüglich Einrichtung für die Unterbringung des Personals[572] wie auch Materialien zur Bewältigung des allgemeinen Arbeitsaufwandes anbieten.

Dienstleistungen leisten einen unmittelbaren Beitrag zur Aufgabenerfüllung. Der Staat ist daher mit Dienstleistungen »ausgestattet«, die der Staat zur Aufgabenerfüllung in Anspruch nimmt. Hierbei ist zwischen solchen Dienstleistungen zu differenzieren, die durch das eigene im öffentlichen Dienst stehende Personal erbracht werden, wie bspw. die Ausstellung eines Personalausweises, und solchen Dienstleistungen, die nicht durch im öffentlichen Dienst stehende Personen erbracht werden. Dies ist bspw. der Abschleppdienst, der ein im Parkverbot stehendes Fahrzeug auf Anweisung des Staates entfernt. Haushaltsrechtlich betrachtet, handelt es sich bei letzterem Fall um einen Einsatz von Sachmitteln, denn der Dienstleistende wird nicht in den öffentlichen Dienst eingegliedert.[573] Nur solche Fälle fallen unter die Mittel der Ausstattung.

cc. Finanzmittel

Finanzmittel sind Geldmittel, mit denen in einer arbeitsteiligen Gesellschaft unkompliziert Leistungen ausgetauscht werden können. Erhoben werden diese Mittel in Form von Steuern, Gebühren und sonstigen Einnah-

572 Vgl. BVerfGE 18, 121 (125).

573 Vgl. die Vorschriften in Bezug auf das Personal: §§ 48, 49, 50, 51 BHO. *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

men aus Strafen und Bußgeldern.[574] Damit der Staat funktionsfähig bleibt, muss er ausreichend Finanzmittel bereithalten, um vorliegende Aufgaben zu erfüllen.[575] Das Personal muss entlohnt werden und die notwendige Ausstattung, wozu Güter und Dienstleistungen gehören, müssen mit Finanzmitteln bezahlt werden. Finanzmittel fungieren als Tauschmittel, um die sachliche und personelle Grundlage des Staates zu schaffen. Implizit ergibt sich dies auch durch die Vorgaben der Verfassung zum Finanzwesen in den Art. 104a ff. GG. Ausgaben ergeben sich aus der Wahrnehmung von Aufgaben (vgl. Art. 104a Abs. 1 GG). Durch die Erhebung von Finanzmitteln kann der Staat garantieren, weiterhin Ausgaben zu tätigen und damit Aufgaben erfüllen zu können, so dass Finanzmittel ein notwendiges Instrument zum Erhalt der Funktionsfähigkeit sind.

c. Zwischenfazit

Festzuhalten ist, dass sich ein funktionsfähiger Staat durch eine Organisation sowie durch Personal, eine Ausstattung und Finanzmittel auszeichnet. Das bedeutet in Bezug auf bereits aufgeführte Beispiele,[576] dass das Parlament entsprechende Räumlichkeiten und Infrastruktur benötigt, um im Sinne des Demokratieprinzips einen Gesetzesentwurf öffentlich auszuarbeiten. Es benötigt aber auch Mittel zur Dokumentation des Vorgangs und zum Abschluss des Verfahrens mit der Verkündung des Gesetzes im Gesetzblatt (Art. 82 GG), seien es elektronische oder gegenständliche, wie Papier und Büromaterialien oder technische Anlagen und Systeme, wie Server, Computer und Programme. Gleiches gilt für Vorgänge in der Verwaltung. Der Staat muss die notwendigen Materialien, Leistungen und den Sachverstand besorgen, um beurteilen zu können, ob bspw. ein Bescheid zum Abriss des Gebäudes zweck- und rechtmäßig ist, und um den Bürger an diesem Verfahren beteiligen zu können. All diese Aufgaben erfordern Finanzmittel, die den Erwerb von externen Leistungen möglich machen. Fälle der Eigenfertigung oder aber der Enteignung sind zumindest mit einem Verwaltungsaufwand verbunden, der unter anderem in (Gehalts-)Kosten der Angestellten im öffentlichen Dienst besteht. All diese Mittel sind not-

574 *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 139.
575 Vgl. *Waldhoff*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 116 Rn. 1 f.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 21 Rn. 1; *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 134.
576 S. Teil 1, Kap. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wendig, um den Staat funktionsfähig zu halten, mithin dienen sie dem Erhalt der Funktionsfähigkeit.

2. Herleitung der rechtlichen Pflicht

Eine rechtliche Pflicht zum Erhalt staatlicher Funktionsfähigkeit lässt sich im Wege einer Gesamtschau verfassungsrechtlicher Normen ermitteln.[577]

a. Rechtsstaatsprinzip

Der verfassungsrechtlich zwingende Erhalt der Funktionsfähigkeit stützt sich auf das Rechtsstaatsprinzip.[578] Rechtsstaatlichkeit bedeutet, dass sämtliche staatliche Tätigkeiten aufgrund und in den Grenzen der Rechtsordnung erfolgen.[579] Üblicherweise verortet in Art. 20 Abs. 3 GG,[580] entfaltet sich das Rechtsstaatsprinzip als Staatsstrukturprinzip in mehreren strukturellen Vorgaben.[581] Aus der rechtsstaatlichen Ausprägung der Rechtsbindung staatlicher Gewalt gem. Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich die rechtliche Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit. Zum einen folgt aus der Anknüpfung an die Pflicht zur Aufgabenerfüllung[582] die Pflicht zum Funktionserhalt. Denn wenn sich Pflichten zur Aufgabenerfüllung aus der Rechtsordnung herleiten lassen, ist entsprechend dieser rechtlichen Pflichten zu handeln. Daraus folgt, neben der unmittelbaren Aufgabenerfüllung, auch die zur Erfüllung notwendigen Zwischenschritte zu erledigen, also

577 Eine Begründung der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt erfolgte bisher, soweit ersichtlich, nicht. *Lüttmann* leitet zumindest aus der Schutzfunktion der Grundrechte, den Staatszielbestimmungen und in Grenzen aus den Staatsstrukturprinzipien eine Pflicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ab. Dazu: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 31–36. Aus den Staatsstrukturprinzipien ergebe sich ihrer Ansicht nach zumindest die Pflicht zum allgemeinen Funktionserhalt. S. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

578 Vgl. auch *Herzog*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 72 Rn. 88; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 20 Rn. 1818; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 190 f.; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

579 *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 372.

580 Vgl. BVerfGE 35, 41 (47); 84, 133 (159); 98, 106 (117); 106, 28 (49).

581 Vgl. *Leisner*, in: Sodan, GG, Art. 20 Rn. 1; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 41; *Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer*, Staatsrecht I, S. 221.

582 S. Teil 1, Kap. 2, B., I.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die notwendigen materiellen Mittel, sowie eine funktionierende Organisation zur eigenen Funktionsfähigkeit aufzuweisen.[583] Aus der Rechtsbindung ergibt sich aber auch, dass staatliches Handeln effektiv sein muss. Wie effektiv eine Maßnahme ist, lässt sich am Maßstab des Zielerreichungsgrads bestimmen.[584] Staatliches Handeln ist an die Rechtsordnung gebunden und daher auf die in der Rechtsordnung angelegten Zielsetzungen und Handlungsvorgaben verpflichtet. Zur Anwendung des Rechts bedarf es Institutionen, die geltendes Recht setzen und Gesetze schaffen können. Ferner müssen Institutionen existieren, die kraft rechtlicher oder gesetzlicher Zuweisung dazu befugt sind, Recht und Gesetze – sei es durch Vollzug oder Kontrolle – effektiv durchzusetzen, um Rechtsstaatlichkeit in ihrer Gänze zu verwirklichen.[585] Der Staat hat also für eine effektive Anwendung und Durchsetzung des Rechts zu sorgen. Die Aufgaben können die Institutionen jedoch nur in effektiver Weise erledigen, wenn sie selbst über die notwendigen immateriellen und materiellen Mittel verfügen. Ersichtlich wird dies auch in § 882 Abs. 2 ZPO, nach dem die Zwangsvollstreckung in Sachen unzulässig ist, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Bund oder Länder unentbehrlich sind. Hier sichert das Zwangsvollstreckungsrecht den Grundsatz des Erhalts der staatlichen Funktionsfähigkeit gesondert ab. Dass die Institutionen zur Erfüllung der Aufgaben selbst funktionsfähig sein müssen, ist also untrennbar mit der Rechtsbindung verbunden.

Ferner ergibt sich unmittelbar aus dem Gebot der Gewaltenteilung eine Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt. Das Gebot der Gewaltenteilung erfordert, dass Staatsgewalt durch unterschiedliche, existierende Amtsträger ausgeübt wird. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG setzt die Funktionsfähigkeit staatlicher Organe voraus, indem die Vorschrift besagt, dass die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Diese Organe müssen selbstverständlich existent sein und ihre Aufgaben effektiv erfüllen können, was wiederum voraussetzt, dass jene funktionsfähig sind.[586] Funktionslose Organe

583 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 1., a. Vgl. auch *Hesse*, in: FS Smend, S. 71, 83; *Gramm*, Privatisierung, S. 65; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

584 *Gröpl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 121 Rn. 14.

585 Vgl. BVerfGE 51, 324 (343 f.). Zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Justiz als Element von Rechtsstaatlichkeit: *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VII) Rn. 26; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 92, 101; *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 54; *Hölscheidt*, JA 2001, S. 409.

586 Vgl. *von Danwitz*, Der Staat 35 (1996), S. 329, 335; *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 153 Fn. 94 a.E.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

könnten die obliegenden Aufgaben gar nicht erfüllen. Entweder wäre dann eine Zuweisung der Aufgabe an das Organ obsolet und ein anderes Organ müsste sich der Aufgabe bemächtigen, so dass eine Verlagerung der Staatsgewalt auf eine andere Stelle erfolgen würde, oder aber durch die Funktionslosigkeit wäre eine Kontrolle anderer Organe nicht möglich. Derartige Situationen hätten dann einen Gewaltenmonismus zur Folge, der dem Gebot der Gewaltenteilung widerspräche.[587] So wäre beispielsweise die Unabhängigkeit der Rechtsprechungsorgane aus Art. 97 GG konterkariert, wenn die Rechtsprechung selbst nicht funktionsfähig und stattdessen zur eigenen Aufgabenerfüllung auf andere Organe außerhalb der Rechtsprechung angewiesen wäre. Gewaltenteilende Kompetenz- und Organisationsnormen verbinden also die obliegende Aufgabe mit entsprechendem Sachverstand und Ressourcen. Eine erfolgreiche Verbindung setzt aber voraus, dass entsprechende Ressourcen verfügbar sind.

Herauszuheben ist ferner, dass das Rechtsstaatsprinzip durch Art. 79 Abs. 3 GG besonders abgesichert ist. Die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG schreibt vor, dass die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze einer formellen Verfassungsänderung nicht zugänglich sind. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, eine Erosion der grundlegenden Struktur und Prinzipien, auf die sich der Staat der Bundesrepublik Deutschland stützt, zu verhindern.[588] Wenn schon eine formell-rechtliche Berührung der Prinzipien in Art. 20 GG unmöglich ist, so darf sich der Staat auch nicht faktisch in eine Lage hineinmanövrieren, in der er die Aufrechterhaltung dieser Prinzipien mangels fähiger Einrichtungen oder Leistungen nicht mehr gewährleisten kann. Eine derartige faktische Aufgabe der eigenen Leistungsfähigkeit wäre gleichbedeutend mit der rechtlichen Abänderung der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Grundsätze. Insofern sichert Art. 79 Abs. 3 GG den Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit als Grundsatz zusätzlich ab. Dasselbe gilt im Übrigen für das folgende Sozialstaatsprinzip. Dadurch erhält auch der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit eine gesteigerte Bedeutung.

587 Vgl. BVerfGE 49, 89 (124 ff.); 67, 100 (139); 68, 1 (86 f.); 98, 218 (251 f.); 139, 19 (46); 150, 1 (99).

588 Vgl. *Dietlein*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 79 Rn. 15; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 79 Rn. 8 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 22 Rn. 17 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Sozialstaatsprinzip

Auch aus dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG leitet sich die rechtliche Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit ab. Als objektiv-rechtlicher Rahmen bindet das Sozialstaatsprinzip alle Funktionen des Staates.[589] Zwar ist eine Herleitung konkreter Einzelmaßnahmen aus dem sozialen Staatsziel regelmäßig nicht möglich.[590] Allerdings verpflichtet das Sozialstaatsprinzip übergreifend den Staat daraufhin, für eine »gerechte Sozialordnung zu sorgen«[591]. Dies bedeutet unter anderem, Schwächere zu schützen und zu unterstützen und nicht zuletzt für ein menschenwürdiges Dasein zu sorgen. Es ist ein Anliegen des Sozialstaates, den Menschen in der Industriegesellschaft nicht sich selbst zu überlassen.[592] Ein Schwerpunkt zur Schaffung derartiger sozialer Gerechtigkeit liegt in der Bereitstellung von Leistungen, um eine Teilhabe aller am gesellschaftlichen Leben grundsätzlich zu ermöglichen.[593] Dies schließt wiederum Leistungen der Daseinsvorsorge[594] ein, die darin bestehen, dass der Staat unmittelbar für den Bürger sorgt und Leistungen erbringt, die für den Einzelnen lebensnotwendig oder -nützlich sind.[595] Derartige Leistungen sind unter anderem die Versorgung mit Strom und Wasser, die Müllentsorgung, die Abwasseraufbereitung, aber auch die

589 *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 153; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 20 Rn. 209; *Gröpl*, Staatsrecht I, Rn. 667; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 589, 596.

590 BVerfGE 1, 97 (105); 69, 272 (314); 82, 60 (80); 94, 241 (263); 110, 412 (445); *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 72; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 47; *Voßkuhle/Wischmeyer*, JuS 2015, S. 693, 693 f.

591 BVerfGE 69, 272 (314); 94, 241 (263); 110, 412 (445); 123, 267 (362); 138, 136 (254); ähnlich auch schon BVerfGE 27, 253 (283); 35, 202 (235 f.); 87, 1 (35).

592 *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 110; *Badura*, Staatsrecht, D Rn. 35.

593 *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 74; *Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 20 Rn. 211 f.; *Broß*, NZBau 2004, S. 465, 466. Vgl. in Bezug auf eine Pflicht zur Erfüllung von Aufgaben: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 33 f. Fn. 80.

594 Der Begriff der Daseinsvorsorge geht auf *Ernst Forsthoff* zurück. S. *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), S. 4 ff., 12 »Vorsorge für die Lebensnotwendigkeiten«; vgl. auch *Ronellenfitsch*, in: Blümel, Kolloquium Forsthoff, S. 53, 58; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 96 Rn. 1, 3 ff.; *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 90; vgl. *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 267; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 197; *Hünnekens*, Infrastruktur, S. 116–123; *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der Kommunen, S. 38; *Reidt*, NVwZ 1996, S. 1156, 1157 f.; *Broß*, NZBau 2004, S. 465, 466.

595 *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 96 Rn. 3; *Knauff*, Gewährleistungsstaat, S. 48; vgl. *Peine*, DÖV 1997, S. 353, 356.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schaffung von ausreichender Mobilität durch Angebote des ÖPNV und des SPNV.[596] Auch die Gewährleistung eines existenziellen Minimums sowie die Bereitstellung von bspw. Schulen, Krankenhäusern und kulturellen, wie gesellschaftlichen Einrichtungen sind vom Auftrag umfasst, eine gerechte Sozialordnung zu schaffen.[597] Um diesen sozialstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden, muss der Staat ein Mindestmaß an Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen, was einschließt, dass der Staat die notwendigen Ressourcen aufweist, um die angeforderten Leistungen auch tatsächlich zu erbringen. All diese Leistungen zu realisieren, ist nur möglich, wenn der Staat selbst handlungs- und funktionsfähig ist, also die notwendigen Mittel aufweist. Infolgedessen erfordert das Sozialstaatsprinzip zwingend eine leistungs- und funktionsfähige Staatlichkeit.[598]

Mit der Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge wird angesichts knapper staatlicher Haushaltskassen das Stichwort der Privatisierung, also die Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung, in Verbindung gebracht.[599] Der Trend der Privatisierung der letzten Jahrzehnte widerspricht allerdings nicht der staatlichen Pflicht zum Funktionserhalt. Denn auch die Vermittlung von Aufgaben an Private erfordert im ersten Schritt eine funktionsfähige Staatlichkeit, die sich in der spezifischen Situation gerade dadurch auszeichnet, dass sie zwar nicht die notwendige Ausstattung zur Aufgabenerfüllung aufweist, dafür aber zur Einbindung Privater Vorgänge durch das öffentliche Personal koordinieren und die private Leistung mit Finanzmitteln bezahlen muss. Ferner trifft den Staat in den Fällen der funktionalen Privatisierung weiterhin die Gewährleistungsverantwortung, die ihn dazu anhält, das Handeln der Privaten zu überwachen.[600]

c. Grundrechte

Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte (*status negativus*) gegen staatliches Handeln, sondern verpflichten den Staat ebenfalls zu einem positiven

596 *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 28 Rn. 36.
597 BVerwG, 22.9.1967 – VII C 71/66, NJW 1968, S. 613; *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 28 Rn. 36; *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 74.
598 Im Ergebnis auch: *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 76.
599 Zur Privatisierung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b.
600 Zur Gewährleistungsverantwortung: Teil 1, Kap. 1, C., I., 2., b., aa.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Tun (*status positivus*)[601]. Dieser *status positivus* spiegelt sich in staatlichen Schutzpflichten, Leistungsrechten und Teilhaberechten wider. In diesen Dimensionen verpflichten die Grundrechte den Staat zum Tätigwerden und mitunter zum Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit.

Grundrechte als Schutzpflichten verpflichten den Staat daraufhin, die in den Grundrechten aufgefassten Rechtsgüter zu schützen. Dies ergibt sich sowohl unmittelbar aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt[602] der Grundrechtsbestimmungen selbst als auch aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, wonach die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt ist.[603] Der Staat ist demnach verpflichtet, drohende Beeinträchtigungen der Bürger von unterschiedlichen Quellen, wie Dritten, Naturkatastrophen oder ausländischen Stellen, abzuschirmen.[604] Diese Beeinträchtigungen kann der Staat nur abwehren, wenn er selbst funktionsfähig ist. Die Abwehr erschöpft sich nicht im Erlass von allgemeinverbindlichen Regelungen, bei dem im Übrigen der Staat einen sehr weiten Einschätzungsspielraum hinsichtlich der konkreten Umsetzungen etwaiger Schutzpflichten genießt. Bei Abwehrleistungen, bei denen es nicht ausreicht, lediglich regulierend tätig zu werden, muss der Staat unmittelbar Leistungen erbringen oder für die Erbringung sorgen. Die grundrechtlichen Schutzverpflichtungen verpflichten den Staat demnach zum funktionsfähigen Selbsterhalt.

Als Instrument der Bestimmung von Handlungspflichten fungiert das Untermaßverbot spiegelbildlich zum Übermaßverbot als unterste Grenze und Mindestschutz.[605] Das Untermaßverbot sieht vor, dass die staatliche Gewalt im Mindestmaß ihrer grundrechtlichen Verantwortlichkeit nachkommt und dass sie gerade nicht untätig bleibt. Dieser Maßstab ist unterschritten, wenn eine Maßnahme »offensichtlich ungeeignet oder völlig

601 Die Bezeichnungen vom *status negativus* und *status positivus* der Grundrechte bei: *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte (2. Aufl.), S. 87.

602 Dass das Grundgesetz mit den Grundrechtsbestimmungen auch eine objektive Werteordnung ist, ist st. Rspr. seit: BVerfGE 7, 198 (203 f.)

603 Vgl. BVerfGE 39, 1 (41 f.); 46, 160 (164); 90, 145 (195); 115, 320 (346); 142, 313 (337); 149, 293 (322).

604 *Manssen*, Staatsrecht II, § 3 Rn. 58;

605 *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 84 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 198; *Gramm*, Privatisierung, S. 347–349.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unzulänglich«[606] ist. Das Untermaßverbot wird somit zum Instrument der Bestimmung einer Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit.[607]

Ferner verpflichten die leistungs- und teilhaberechtlichen Dimensionen der Grundrechte den Staat auf ein positives Tun. Leistungs- und Teilhaberechte sind darauf gerichtet, dem Einzelnen Einrichtungen oder Rechte zur Ausübung der Freiheit zu garantieren, und zielen mithin auf ein Handeln des Staates.[608] Der Staat muss die Voraussetzungen schaffen, unter denen eine gleiche Teilhabe oder zumindest Teilhabe an den Leistungen möglich ist. Ein Beispiel hierfür ist das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG als eine institutionelle Garantie.[609] Der Staat ist verpflichtet, dem Bürger den Zugang zu Gerichten zu ermöglichen sowie die Effektivität des Rechtsschutzes zu garantieren. Dies umfasst einen wirksamen Rechtsschutz vor den Gerichten im Sinne einer umfassenden Kontrolle der Entscheidungen öffentlicher Gewalt über rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte.[610] Ferner erfordert ein wirksamer Rechtsschutz auch eine angemessene Verfahrensdauer.[611] Diese beiden Aspekte erfordern eine funktionsfähige Gerichtsbarkeit, denn die Kontrolle aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte in angemessener Zeit zu erledigen, erfordert angesichts hoher Verfahrenszahlen eine entsprechende Ausstattung und zahlreiches Personal. Damit lässt sich aus Grundrechten in ihrer objektivrechtlichen Dimension als Schutzpflichten und ihrer subjektiv-rechtlichen Dimension als Leistungs- oder Teilhaberechte eine rechtliche Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit herleiten.

606 BVerfGE 88, 203 (254 f.); 142, 313 (337 f.); 157, 30 (114); *Manssen*, Staatsrecht II, § 3 Rn. 61; *Robbers*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 20 Rn. 1907.

607 *Gramm*, Privatisierung, S. 348 f.

608 Vgl. *Manssen*, Staatsrecht II, § 3 Rn. 66–71; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 6. Hierbei ist anzumerken, dass eine eindeutige Kategorisierung von Leistungs- und Teilhaberechten nicht immer erfolgt und möglich ist. Vgl. auch *Maurer*, Staatsrecht I, § 9 Rn. 28.

609 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 14; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 1442; *Rixen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, § 131 Rn. 6; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 164; *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 380.

610 BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 73, 339 (373); 78, 214 (226); 84, 34 (49); 84, 59 (77); 88, 40 (56); 101, 106 (123); 103, 142 (156); 129, 1 (20); 143, 216 (225 Rn. 20); 149, 407 (413 Rn. 19); BVerfG, 23.3.2020 – 2 BvR 2051/19 – juris Rn. 26; *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 183; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 571.

611 BVerfGE 35, 382 (405); 40, 237 (257); 55, 349 (369); 63, 45 (68 f.); 88, 118 (124); 130, 1 (26 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d. Allgemeiner Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG

Ähnlich weist die Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG als sogenannter Funktionsvorbehalt[612] auf einen zwingenden Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit hin.[613] Nach dieser Vorschrift ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen. Diese Norm setzt das Vorliegen von solchen staatlichen Aufgaben, die notwendigerweise zu erfüllen sind, voraus und betrifft die Modalitäten der Aufgabenerfüllung, indem es für bestimmte Aufgaben besonderes Personal vorsieht.[614] Dazu sichert Art. 33 Abs. 4 GG das Berufsbeamtentum als institutionelle Garantie.[615] Zweck dieser Vorschrift ist, die kontinuierliche Ausübung der hoheitlichen Staatsfunktionen abzusichern.[616] Beamtenrechtliche Vorzüge, wie Statusrechte, Anspruch auf staatliche Alimentation und das Lebenszeitprinzip, sollen die Neutralität des Beamten gewährleisten.[617] Im Gegenzug trifft den Beamten eine Treue- und Loyalitätspflicht gegenüber dem Dienstherrn.[618] Derartig statusrechtlich privilegiertes Personal soll in der Idealvorstellung aufgrund der abgesicherten Stellung weniger anfällig für Missbrauch und Korruption sein und durch loyale Pflichterfüllung eine gesetzmäßige Verwaltung garantieren.[619] Denn die Alimentation und grundsätzliche Anstellung auf Lebenszeit schafft für den Beamten eine wirtschaftliche und rechtliche Sicherheit, die in Unabhängigkeit von äußeren Einflüssen mündet. Diese Unabhängigkeit ist mithin ein Garant für die Handlungs- und Funktionsfähigkeit des Staates.

---

612 *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, Art. 33 Rn. 148; *Battis*, in: Sachs, GG, Art. 33 Rn. 45; *Bickenbach*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 33 Rn. 104.

613 Im Ergebnis: *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34.

614 *Peine*, DÖV 1997, S. 353, 356; *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 34; *Ernst*, Grundsatz digitaler Souveränität, S. 21; vgl. *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rn. 34, 38.

615 BVerfGE 9, 268 (285 f.); 62, 374 (382); 106, 226 (231 f.); 117, 372 (379); 121, 205 (Rn. 67); *Bickenbach*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 33 Rn. 95.

616 BVerfGE 88, 103 (114).

617 BVerfGE 148, 296 (346 ff.); *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rn. 33; *Manssen*, ZBR 1999, S. 253, 255; *M. Schwarz*, JZ 2019, S. 276, 276.

618 BVerfGE 9, 268 (286).

619 BVerfGE 7, 155 (162); 117, 372 (380); 119, 247 (260 f.); 121, 205 (Rn. 68 f.); 148, 296 (345, 347 f.); *Jachmann-Michel/Kaiser*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rn. 33; *Peine*, Die Verwaltung 17 (1984), S. 415, 423; *M. Schwarz*, JZ 2019, S. 276, 276.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dass dieser besondere Status als institutionelle Garantie vorgesehen ist, impliziert, dass der Staat sich selbst zur optimalen Aufgabenerfüllung verpflichtet hat und der Erhalt der Funktionsfähigkeit rechtliche Pflicht ist.[620] Andernfalls wäre nämlich auch die Ernennung besonderer Amtsträger obsolet. Der Einsatz besonderen Personals ist also durch den Grund legitimiert, eine optimale Aufgabenerfüllung, mithin den Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit zu gewährleisten. Damit ist der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit implizit in der Vorschrift vorgesehen.

e. Fazit

Indem sich der Staat (i.d.R. durch den Gesetzgeber) bestimmte Pflichten auferlegt, muss er fortwährend dafür Sorge tragen, diese Pflichten, mithin Aufgaben zu erfüllen.[621] Erst wenn die Aufgaben erfüllt werden, gilt der Staat als funktionsfähig. Damit ist der Erhalt der Funktionsfähigkeit nicht nur eine faktische Notwendigkeit, die sich an die Pflicht zur Erfüllung von Aufgaben anschließt, sondern auch rechtliche Pflicht des Staates. Insbesondere im Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip, den Grundrechten und Art. 33 Abs. 4 GG ist die Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit angelegt. Demnach muss der Erhalt der Funktionsfähigkeit nicht nur als legitimer Zweck, sondern auch als rechtliches Prinzip abwägend in Entscheidungsprozesse eingebunden werden.[622] Für die zugrundeliegenden staatlichen Aufgaben bedeutet dies, dass der Staat sich in einem Zustand zu halten hat, in dem er die staatlichen Aufgaben erfüllen kann.

III. Schlussfolgerungen für die Beschaffungsautonomie

Die Untersuchung hat ergeben, dass den Staat die Pflicht zum Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit trifft. Die eigene Funktionsfähigkeit ist immateriell durch Organisation und materiell durch Ausstattung, Personal und

620 Dasselbe gilt für Art. 19 Abs. 4 GG, der auch eine institutionelle Garantie enthält. Siehe: *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 14.

621 Vgl. *Kämmerer*, Privatisierung, S. 165, nach dem der Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit ein Axiom darstellt.

622 Zu Prinzipien als Abwägungs- und Optimierungsgebote: *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Finanzmittel zu besorgen.[623] Hieraus ergibt sich insbesondere im Hinblick auf die Ausstattung die Pflicht zur staatlichen Bedarfsdeckung. Entsteht der staatlichen Stelle ein Bedarf an Gütern oder Dienstleistungen infolge der notwendigen Erfüllung einer Aufgabe, ist der Staat verpflichtet, diesen Bedarf – sei es durch Fremd- oder Eigenfertigung – zu decken. Es stellt sich nun die Frage, was dieses Ergebnis für die rechtliche Herleitung der Beschaffungsautonomie bedeutet. Die Organisationsgewalt kann entgegen vereinzelter Annahmen[624] nicht als Kompetenztitel für die in der Beschaffungsautonomie wurzelnden Befugnisse fruchtbar gemacht werden (1.). Vielmehr ergibt sich aus der Pflicht zur Bedarfsdeckung selbst die Befugnis zur Bedarfs- und Leistungsbestimmung sowie zur Beschaffungsentscheidung (2.).

1. Organisationsgewalt als Kompetenztitel für Maßnahmen der Bedarfsdeckung?

Die Organisationsgewalt taugt nicht als selbstständiger Kompetenztitel für die in der Beschaffungsautonomie liegenden Befugnisse. Der Terminus der Organisationsgewalt bietet keinen dogmatischen Mehrwert, da die Organisationsgewalt als deskriptiver Begriff[625] keine unmittelbaren Rechtsfolgen auslöst oder auch nur Aufschluss über die rechtliche Verortung bieten könnte. Gegen die allgemeine Verwendung des Begriffes der Organisationsgewalt sprechen ferner etymologische und systematische Erwägungen. Es handelt sich bei dem Begriff der Organisationsgewalt[626] um einen Begriff, der aus der Zeit der konstitutionellen Monarchie des 19. Jahrhunderts stammt und als ein Gegengewicht zum damals aufkommenden Parlamenta-

623 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 1.

624 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 92. Vgl. auch *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 48; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 26.

625 *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 37. Vgl. in Bezug auf Art. 86 GG: *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 36 f.; *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 86 Rn. 60.

626 Zum ersten Mal taucht der Begriff auf bei *Maurenbrecher* auf, der die Organisationsgewalt als die gesetzgebende Gewalt »die Staatsbehörden anzuordnen und die sonstigen nothwendigen und nützlichen Anstalten und Einrichtungen im Staat zu treffen, über deren Wirkungskreis Instructionen zu erlassen, so wie die Formen ihrer Geschäftsführung zu bestimmen« bezeichnet. *Vgl. Maurenbrecher*, Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts (1. Aufl. 1837), § 185, S. 324 f. Vgl. auch *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 86 Rn. 60; *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 21; *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 81 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rismus fungieren sollte.[627] Die Organisation der Behörden und Streitkräfte war als »Hausrecht« dem Monarchen zugeordnet. Demgemäß diente die Organisationsgewalt dem Monarchen als exklusive Kompetenz, auf die das Parlament keinen Zugriff besaß.[628] Heute ist die Annahme von absoluten Eigenbereichen der Exekutive angesichts der potentiell umfassenden Zugriffskompetenz der Legislative und der grundsätzlichen lückenlosen Kontrolle durch die Judikative überholt. Der Begriff der Organisationsgewalt lässt sich darüber hinaus nicht im Grundgesetz finden. Vielmehr hat sich der Parlamentarische Rat in den Beratungen zum Grundgesetz ausdrücklich gegen die Übernahme des Begriffes der Organisationsgewalt ausgesprochen.[629] Insofern kann dieser Begriff auch nicht für die Beschaffungsautonomie als Grundlage nutzbar gemacht werden.[630]

Ungeachtet der deskriptiven Natur der Organisationsgewalt bestehen auch Zweifel, ob die sachgegenständliche Bedarfsdeckung überhaupt unter den Begriff der Organisationsgewalt subsumierbar ist. Etymologische Gesichtspunkte sprechen dagegen. Die Organisationsgewalt lässt sich in die einzelnen Begriffe ›Organisation‹ und ›Gewalt‹ aufteilen. Gegenstand der Ordnung durch Organisation sind »die Beziehungen zwischen den Mitarbeitenden sowie zwischen den Menschen und den Sachmitteln«[631], mithin also das »In-Bezug-Setzen« von Mitarbeitern zueinander und Mitarbeitern und Sachmitteln.[632] Auch das Organisationsrecht beschäftigt sich mit »der inneren Ordnung, dem Beziehungsgefüge und den internen und externen Kompetenzen«[633] der administrativen Einrichtungen. Während Organisationsmaßnahmen also das *Wie* der Aufgabenerfüllung betreffen, betreffen die Maßnahmen zur Bedarfsdeckung das *Womit* der Aufgabenerfüllung. Organisation und Ausstattung sind dementsprechend voneinander zu tren-

627 Vgl. Darstellungen bei *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 21 ff.; *Butzer*, Die Verwaltung 27 (1994), S. 157–160; *Traumann*, Organisationsgewalt, S. 18 ff.; *Ermacora*, VVDStRL 16 (1958), S. 191, 202 f.; *Schnapp*, JURA 1980, S. 293, 296; *Maurer*, in: FS Vogel, S. 331, 331–333, 337–340.

628 *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/ders., Verwaltungsrecht, Bd. 2, § 81 Rn. 5; vgl. auch *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 142.

629 Herrenchiemsee Entwurf, Vorlage an den Parlamentarischen Rat, zitiert nach: *von Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 625, 631, 641, 642.

630 Im Ergebnis auch: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 186.

631 *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Jarchow/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 486.

632 *Ermacora*, VVDStRL 16 (1958), S. 191; *Kühnreich*, Selbstorganisation, S. 33.

633 *Schmidt-De Caluwe*, JA 1993, S. 77, 78.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen.[634] Beschaffung und Eigenfertigung schaffen den sachdinglichen Rahmen, in dem Organisation institutionell bestehen und instrumentell wirken kann. Damit hat die Organisation keinen unmittelbaren Einfluss auf die Ausstattung. Allenfalls kann die Organisation mittelbar den notwendigen Sachbedarf betreffen. Infolgedessen spricht der Organisationsbegriff gegen die Einordnung der Ausstattung unter die Organisationsgewalt.

2. Bedarfsdeckung als Befugnis aus der Aufgabenstellung

Aus der Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit folgt die Befugnis, über die jeweiligen Mittel zum Erhalt der Funktionsfähigkeit entscheiden zu können. Indem der Staat bestimmt, welche Leistung er am Markt oder innerhalb seiner eigenen Struktur nachfragen oder herstellen will, leistet er die notwendige Bedingung, um sich selbst funktionsfähig zu halten. Im Sinne der *sine-qua-non*-Bedingung kann die Bedarfsdeckung von Gütern und Dienstleistungen nicht hinweggedacht werden, ohne dass die staatliche Funktionsfähigkeit entfiele, da die Ausstattung mit Gütern und Dienstleistungen eine tragende Stütze eines funktions- und handlungsfähigen Staates ist.[635] Die Ausstattung ist ein Erfolgsgarant der Aufgabenerfüllung und entscheidet neben dem einzusetzenden Personal und den Finanzen über die effektive Aufgabenerfüllung. Dies macht die Pflicht zum Funktionserhalt zu einer Pflicht der Bedarfsdeckung, was wiederum die Bedarfsdeckung im Ergebnis selbst zu einer staatlichen Aufgabe werden lässt, die der Staat erfüllen muss.[636] Die Befugnis zur Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung ist dann die notwendige rechtliche Konsequenz der staatlichen Pflicht zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit.

---

634 Vgl. auch die Differenzierung zwischen der Beschaffung der Produktionsfaktoren (Sachmittel – Personal – Finanzen) und der Organisation bei *Püttner*, Verwaltungslehre, S. 54 ff., 137 ff.

635 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 1., b., bb.

636 Vgl. *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 36 f. Zu kurz greift die Schlussfolgerung von *Wallerath*, der die Befugnis zur Bedarfsdeckung unmittelbar aus der Befugnis zur Errichtung von Organisationseinheiten ableitet. Siehe: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 198 f. Ferner bagatellisiert die Annahme, die Bedarfsdeckung leite sich als ein Annex aus der zugrundeliegenden Aufgabe ab, die Relevanz der staatlichen Bedarfsdeckung. Zu dieser Annahme: *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 93; *Brohm*, NJW 1994, S. 281, 286. Vgl. auch *Wittek*, Das In-House-Geschäft im EG-Vergaberecht, S. 82 Fn. 226; *Altenmüller*, DVBl. 1982, S. 241, 242.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Da sich die Funktionsfähigkeit am Maßstab der erfolgreichen Aufgabenerfüllung bemisst, liegt in der Pflicht zur Funktionsfähigkeit i.V.m. der staatlichen Aufgabe die Befugnis begründet, die notwendigen Maßnahmen zur Bedarfsdeckung vorzunehmen. Denn der Pflicht zum staatlichen Selbsterhalt und damit zur Bedarfsdeckung korrespondiert die Befugnis, diejenigen zur Pflichterfüllung notwendigen Maßnahmen wahrnehmen zu dürfen.[637]

Aus dieser Herleitung folgen ferner zwei Erkenntnisse: Die staatlichen Aufgaben ziehen der Entstehung des Bedarfs eine Grenze in die Breite als auch in die Tiefe. Der staatliche Bedarf ist von der Aufgabe abhängig. Das bedeutet für das eingangs gestellte Beispiel,[638] dass Kommunen nie ein Bedarf an der Besorgung von funktionsfähigen militärischen Rüstungsgütern, die einzig und allein militärischen Einsätzen dienen, entstehen kann. Da einer Kommune nicht die Aufgabe der bundesstaatlichen Verteidigung zukommt, kann ein Bedarf auch nicht in der Besorgung von solchen Gegenständen liegen. Damit ist die staatliche Aufgabe Grundlage und äußere Grenze der Beschaffungsautonomie zugleich.

Da den Staat die Pflicht zum Funktionserhalt trifft, muss er auch für entsprechend geeignete Leistungen sorgen. Die zu besorgende Leistung darf nicht ungeeignet sein, die Aufgabe zu erfüllen.[639] Dies widerspräche der Pflicht zur Funktionsfähigkeit. So würde die Beschaffung von goldenen Badarmaturen in Zügen[640] nicht gegen die zugrundeliegende Aufgabe verstoßen. Die zugrundeliegende Aufgabenstellung, die in der Bereitstellung von Infrastruktur an die Bevölkerung liegt, spricht nicht gegen die Beschaffung goldener Badarmaturen, da die Bereitstellung hygienischer Einrichtungen einen Teil der Aufgabenerfüllung darstellt und sowohl goldene als auch kupferlegierte Armaturen im Ergebnis gleichsam effektiv die Aufgabe erfüllen können. Die Aufgabenstellung trifft demnach keine Aussage über die einzelnen materiellen Eigenschaften des *Womit* der Aufgabenerfüllung. Ob eine Leistung auch erforderlich ist, bestimmt sich hingegen nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.[641]

637 Vgl. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 198 f.
638 S. Teil 1, Kap. 2, B.
639 Zur Verbindung von staatlicher Aufgabe und der Bedarfsdefinition: Teil 1, Kap. 1, E., I., 1.
640 Vgl. OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834.
641 Dazu: Teil 2, Kap. 1, A.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Damit zieht die vorgegebene staatliche Aufgabe der Entstehung des Bedarfs und der Definition des Bedarfs die erste – zugegebenermaßen weite – Grenze.

C. Entstehung und Zulässigkeit von Autonomiebereichen bei der staatlichen Pflichterfüllung

Die mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Befugnisse liegen also in der Pflicht zur staatlichen Funktionsfähigkeit und in den staatlichen Aufgaben begründet. Ungeklärt ist, ob und inwiefern der Staat »Autonomie« bei der Bedarfsdeckung in Anspruch nimmt. Die Beschaffungsautonomie zeichnet sich durch die »Freiheit« bei der Bedarfsdefinition, der Beschaffungsentscheidung und der Leistungsbestimmung aus.[642] Nun ist der Staat, wie bereits festgestellt, nicht »frei« im Sinne einer dem Privaten zukommenden legitimen Willkür, wie es die Privatautonomie umschreibt,[643] sondern aufgrund von Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG in sämtlichen Bereichen an Recht und Gesetz gebunden. Rechtsfreie Räume gibt es im Rechtsstaat nicht. Jene »Freiheit«, die mit dem Begriff der Beschaffungsautonomie in Verbindung gebracht wird, ist also allenfalls ein rechtlicher oder politischer Spielraum staatlicher Einrichtungen bei der Bedarfsdeckung.

Um den mit der Beschaffungsautonomie verbundenen Spielraum zu ermitteln, bedarf es zunächst der Untersuchung, wie sich ein staatlicher Autonomiebereich rechtlich verorten lässt. Da die Verwaltung die Aufgaben der Bedarfsdeckung im Einzelfall wahrnimmt, konzentriert sich die folgende Untersuchung auf die Entstehung und Reichweite administrativer Spielräume. Fraglich ist, in welchem Zusammenhang der Autonomiebegriff fruchtbar gemacht werden kann (I.). Administrative Autonomiebereiche sind in der Rechtsordnung zu verorten. Das Gewaltenteilungsprinzip ist zwar Ordnungsprinzip der Staatsstruktur, allein anhand dessen lassen sich aber keine konkreten Spielräume ermitteln (II.). Konkrete rechtliche Entscheidungsspielräume ergeben sich daraus, dass das Recht kein bestimmtes Handlungsprogramm vorgibt (III.), sowie durch eine verminderte gerichtliche Kontrolle (IV.).

642 Vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74.
643 S. Teil 1, Kap. 2, A., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

I. Autonomie als Freiraum bei der Entscheidungsfindung

1. Bedeutung und historischer Hintergrund des Autonomiebegriffs

Der Begriff der Autonomie hat seinen Ursprung in der griechischen Antike und setzt sich aus den beiden Wörtern ›*autos*‹ und ›*nomos*‹ zusammen, welche ›selbst‹ und ›Gesetz‹ bedeuten.[644] Aus der Zusammensetzung beider Worte ergibt sich der Begriff Selbstgesetzgebung, wobei auch andere Deutungen wie Selbstverwaltung, Selbstverantwortung, Eigengesetzlichkeit und Selbstbestimmung gebräuchlich sind.[645] Das semantische Gegenteil von Autonomie ist Heteronomie und bedeutet übersetzt soviel wie die Fremdgesetzgebung und Fremdbestimmung.

Für sich allein genommen, besitzt der Autonomiebegriff keinen rechtlichen Gehalt. Rechtsfolgen eröffnet der Begriff nicht. Die historische Entwicklung des Wortes spricht für ein deskriptives Begriffsverständnis. Was in der griechischen Antike als »politische Kategorie«[646] verstanden wurde und lediglich die Unabhängigkeit respektive Eigenverwaltung griechischer Stadtstaaten betraf, erhielt beginnend mit Religionsangelegenheiten schließlich zu Zeiten der Aufklärung erstmalig eine individuelle Komponente.[647] Je nach Epoche, gesellschaftlicher Ordnung und Interpret erhielt der Begriff der Autonomie einen anderen Inhalt.[648] Im Autonomiebegriff

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

645 Vgl. *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 701; *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19; *Mizia*, Autonomie und Privatfürstenrecht, S. 124; *Haug*, Autonomie im öffentlichen Recht, S. 1. Vgl. auch *Prost*, NJW 1955, S. 1463, 1464 m.w.N., der Autonomie mit der Befugnis objektives Recht zu setzen verbindet.

646 *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 701; *Mizia*, Autonomie und Privatfürstenrechts, S. 124.

647 Vgl. *Kiehnle*, ZRG KA 104 (2018), S. 346, 348, 377 ff.; *Mizia*, Rechtsbegriff der Autonomie und Privatfürstentum, S. 128 f. m.w.N.; *Pohlmann*, in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 704 m.w.N; *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 6; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 102 m.w.N.; *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Nachdruck Kraft/Schönecker 2016), S. 60, 63: »Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur«.

648 Vgl. *Pohlmann,* in: Ritter, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Stichwort: Autonomie, S. 703.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind sowohl juristische als auch politische, religiöse, soziologische und philosophische Deutungen enthalten. Folglich sollen ausgehend vom allgemeinen Begriffsverständnis Bereiche der Autonomie fruchtbar gemacht werden.

Nach dem allgemeinen Begriffsverständnis beschreibt der Begriff der Autonomie einen Freiraum von fremden Einflüssen oder Eingriffen. Ein Freiraum erfordert allerdings auch immer einen Bereich außerhalb des Freiraumes, in dem fremde Einflüsse grundsätzlich möglich und zulässig sind. In derartigen Bereichen besteht aufgrund der potenziellen oder tatsächlichen Abhängigkeit von Entscheidungen und Handlungen Anderer keine Autonomie. Das bedeutet auch, dass neben dem Autonomieträger mindestens ein weiterer Akteur existiert, welcher potenziell Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen könnte. Denn nur dann, wenn ein weiterer Akteur keinen Zugriff auf die Entscheidung des Autonomieträgers hat, liegt ein autonomer Bereich vor. Autonomie betrifft also den Zustand während der Entscheidungsfindung und knüpft an die Entscheidung selbst an. Über dieses Verständnis kann man sich dem Autonomiebegriff rechtlich annähern.

2. Rechtliche Annäherung an den Autonomiebegriff

Eine Annäherung an den Autonomiebegriff soll einen ersten Aufschluss über Differenzierungen geben und Erkenntnisse für die Beschaffungsautonomie liefern. Die Verwendung des Autonomiebegriffes ist der Rechtswissenschaft nicht fremd[649], auch wenn die Autonomie zumindest in der deut-

649 So betrifft die Satzungsautonomie die eigenverantwortliche Regelung der Verfahrens- und Organisationsvorschriften der eigenen Körperschaft: vgl. BVerfGE 10, 20 (49 f.); 33, 125 (156); 111, 191 (215 f.); 146, 164 (212). Die Privatautonomie betrifft das Recht natürlicher und juristischer Personen des Privatrechts, die eigenen Rechtsbeziehungen nach eigenem Willen gestalten zu können: vgl. *Flume*, in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136. Die Tarifautonomie bezeichnet die Freiheit der Koalitionen, vorrangig die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu regeln. In diesen Bereichen enthält sich der Staat üblicherweise der Einflussnahme: vgl. BVerfG, 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, S. 815; 27.4.1999 – 1 BvR 2203–93 u. 1 BvR 897–95, NJW 1999, S. 3033, 3034; 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, S. 51, 53. Beim Unionsrecht handelt es sich um eine autonome Rechtsordnung. Das bedeutet, dass zur Auslegung des Unionsrechts nicht auf mitgliedstaatliche Gegebenheiten oder völkerrechtliche Prinzipien zurückgegriffen wird: vgl. EuGH, 15.7.1964 – C-6/64, Slg. 1964, S. 1141, 1270 (Costa/ENEL); *Ipsen*, in: FS Scheuner, S. 211, 220 f.; *Ruffert*, in: Callies/ders., EUV/AEUV, AEUV, Art. 1 Rn. 4. Vgl. zu den verschiedensten recht-

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:08. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Rechtsordnung nicht positivrechtlich verankert ist. Vielmehr wird der Begriff der Autonomie verwendet, um einen Zustand von Selbstständigkeit zu umschreiben, ohne dabei ein einheitlicher Rechtsbegriff zu sein, aus dem sich feste und allgemeingültige Rechtsfolgen ableiten lassen.[650] Dementsprechend existieren keine einheitlichen Maßstäbe, wie sich Autonomie bestimmen lässt. Zur Ermittlung etwaiger Maßstäbe bietet es sich an, den Inhaber von Autonomie (a.) als auch den Gegenstand von Autonomie (b.) näher in den Blick zu nehmen.

a. Inhaber von Autonomie

Autonomie ist grundsätzlich adressatenneutral. Differenziert werden kann dementsprechend anhand des Inhabers von Autonomie. Hierbei ist zwischen Individuen (aa.) und Institutionen (bb.) zu unterscheiden.

aa. Individuelle Autonomie

Die individuelle Autonomie knüpft an den Einzelnen als Autonomieinhaber an. Als wesentliche Errungenschaft des Liberalismus und der Aufklärung ist der Einzelne als eine Persönlichkeit zu begreifen, welche eigenverantwortlich sowie selbstbestimmt die eigenen Maßstäbe für das Leben fasst und sich frei entfalten kann.[651] Die Lebensplanung und die Festsetzung eigener Werte, Vorstellungen und Maßstäbe sind Sache des Einzelnen und stehen grundsätzlich nicht zur Disposition Außenstehender.[652] Diese naturrechtlich-idealistische Vorstellung von einem Freiraum des Einzelnen von der staatlich-hoheitlichen Einflussnahme und der Möglichkeit, über sich nach eigenen Maßstäben zu verfügen, findet ihre positivrechtliche

---

lichen Deutungen von Autonomie auch die Beiträge in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht (2017).

650 Vgl. auch *Bumke*, der von einer »konzeptionellen Offenheit« des Autonomiekonzepts spricht. *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 3, 16 f.

651 *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 29. Vgl. *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 6; *von Arnauld*, Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 20 ff.; *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19.

652 Vgl. *Stern*, Staatrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 31; *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 52; BVerfGE 80, 137 (164); *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verortung in der Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG und im Speziellen in den Grundrechten.[653] Das Grundgesetz wird von der Wertvorstellung des autonomen Menschen getragen, welcher unumgängliche Grundlage einer staatlichen Ordnung, aber niemals Mittel staatlicher Gewalt sein kann. Die Grundrechte im Einzelnen spiegeln eine objektivrechtliche Werteordnung wider, welche den Einzelnen, der sich frei entfalten kann, in den Mittelpunkt stellen.[654] Sie sind Abwehrrechte gegen den Staat[655] und gewährleisten einen autonomen Bereich des Individuums vor Eingriffen des Staates. Grundrechte sind aber auch Leistungsrechte, die dem Einzelnen beispielsweise staatlichen Schutz vor Beeinträchtigungen Dritter bieten. So ist die Entfaltung eigener Autonomie beispielsweise dadurch geschützt, dass der Staat strafrechtliche Regelung zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens erlässt.[656] Eine besondere Ausprägung dieser individuellen Autonomie ist die Privatautonomie, die die rechtliche Gestaltungsmacht des Einzelnen in seinen rechtsgeschäftlichen Beziehungen betrifft.[657]

bb. Institutionelle Autonomie

Die institutionelle Autonomie hingegen knüpft an eine Institution, als eine Zusammenfassung mehrerer natürlicher Personen oder eine juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit, an.[658] Institutionelle Autonomie beschreibt unabhängig von der Natur des Autonomieträgers die Selbstverwal-

653 BVerfGE 7, 198 (204 f.); 153, 182 (261 Rn. 207 f., 264 Rn. 211); *Kahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 124 Rn. 52; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 3/1 (1. Aufl.), S. 31; *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 1, 32; *von Arnauld*, Freiheitsrechte und ihre Schranken, S. 22; vgl. auch *Schachtschneider*, Staatsunternehmen und Privatrecht, S. 101 f.; *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 76; *Fehling*, in: Bumke/Röthel, Autonomie im Recht, S. 295, 303; *Dreier*, in: ders., GG, 3. Aufl., Art. 2 Rn. 21, 69; *Tenthoff*, Autonomieprinzip, S. 19–24.

654 BVerfGE 7, 198 (205); 65, 1 (41).

655 S. Teil 1, Kap. 2, B., II., 2., c.

656 Vgl. zum strafrechtlich bewehrten Schwangerschaftsabbruch: BVerfGE 39, 1 (42 ff.); 88, 203 (251 ff.).

657 *Flume,* in: FS Deutscher Juristentag, S. 135, 136. *Isensee,* in: ders./Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, § 150 Rn. 7.

658 Ein institutionelles Verständnis von Autonomie: *Engel*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. 2, § 33 Rn. 8; vgl. auch *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 104; *Starck*, AöR 92 (1967), S. 449 ff.; *Groß*, DVBl. 2002, S. 1182 ff.; *Prost*, NJW 1955, S. 1463, 1464.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung und Selbstgesetzgebung eigener, interner Angelegenheiten unabhängig von einem übergeordneten, fremden Einfluss. Die Selbstverwaltung betrifft sowohl das Auftreten nach außen als auch den internen Aufbau, wie sich zum Beispiel eine eigene Satzung zu geben.[659] Möchte man derartige institutionelle Freiräume rechtlich verorten, muss jedoch differenziert werden: Institutionelle Autonomie weisen sowohl private als auch staatliche oder öffentlich-rechtliche Institutionen auf. Ob eine private oder eine staatliche Institution vorliegt, richtet sich nach den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen der dahinterstehenden Träger.[660] Besteht die Mehrheit aus staatlichen Trägern, handelt es sich um eine staatliche Institution. Wenn sich die Mehrheit hingegen aus privaten Trägern zusammensetzt, handelt es sich um eine private Institution.[661]

Private Institutionen sind Individuen ähnlich. Jene verorten ihre Autonomie und damit die Möglichkeit der Selbstverwaltung ebenfalls in den Grundrechten. Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 19 Abs. 3 GG, wonach Grundrechte auch für juristische Personen Anwendung finden können, sofern sie dem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar sind. Staatliche Institutionen können demgegenüber keine grundrechtlichen Gewährleistungen für sich in Anspruch nehmen. Denn der Staat ist grundrechtsverpflichtet (Art. 1 Abs. 3 GG) und kann daher nicht selbst aus Grundrechten berechtigt sein. Dennoch ist der Begriff der Autonomie nicht auf private Akteure beschränkt, sondern findet auch bei der Beschreibung staatlicher Freiräume Anwendung.[662] Bei staatlichen Freiräumen geht es nicht um die Abwehr einer »übergeordneten Gewalt«, sondern um die Einhaltung der Kompetenz- und Zuständigkeitsbereiche und Freiräume gegenüber anderen staatlichen Amtsträgern, welche der entscheidenden Stelle nicht zwingend übergeordnet sein müssen. Dementsprechend kann es sich bei staatlichen Autonomiebereichen nur um Bereiche handeln, auf die andere Stellen nicht zugreifen können. Solche Bereiche müssen aber aufgrund der Rechtsgebundenheit des Staates rechtlich ausgewiesen sein.

659 Vgl. auch *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 90 Rn. 36.

660 BVerfGE 128, 226 (246 f.).

661 Vgl. BVerfGE 128, 226 (246 f.).

662 So beschreibt bspw. die Verfassungsautonomie der Länder, verankert in Art. 28 Abs. 1 GG, den weiten Spielraum der Länder im Verhältnis zum Bund bei der Gestaltung ihrer eigenen Verfassung. Vgl. BVerfGE 147, 185 (210); *Dreier*, in: ders., GG, Art. 28 Rn. 42 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für die weitere Bearbeitung ist nur der Bereich der staatlichen (institutionellen) Autonomie von Belang.

b. Die Entscheidung als Ausgangspunkt der Bestimmung von Autonomie

Ausgangspunkt der Bestimmung von Autonomie ist die Entscheidung. Denn die Selbstbestimmung und Selbstverwaltung betreffen zuallererst das Treffen von Entscheidungen. Aus Entscheidungen wiederum folgt das weitere Handeln. Handelt es sich um Entscheidungen, die »selbstbestimmt«, also nicht in Abhängigkeit von anderen Vorgaben oder nachträglicher Kontrolle getroffen worden sind, erfolgen diese Entscheidungen nach allgemeinen Wortverständnis autonom.[663] Bei autonomen Bereichen handelt es sich also um Entscheidungsfreiräume, mithin Entscheidungsspielräume. Diese Erwägungen lassen sich auch auf die staatliche Tätigkeit übertragen, denn staatliche Tätigkeiten gehen letztlich immer auf Entscheidungen zurück.[664] Wiederum für das Vorliegen eines staatlichen Autonomiebereichs ist notwendig, dass mehrere Entscheidungsmöglichkeiten und damit auch Handlungsalternativen existieren und die getroffene Entscheidung nicht durch einen anderen Akteur sanktioniert werden kann. Je weniger unterschiedliche staatliche Stellen an einer Entscheidung beteiligt sind oder beteiligt sein dürfen, desto eher liegt ein Entscheidungsspielraum vor. Dadurch offenbart sich eine Skala von Fremd- und Eigensteuerung (bb.). Ein Entscheidungsspielraum ist aber von einer Letztentscheidungsbefugnis zu differenzieren (cc.). Ferner betrifft eine autonome Entscheidung in der Regel eigene Belange des Entscheiders (aa.).

663 Vgl. auch in Bezug auf die Privatautonomie: *Bumke*, in: ders./Röthel, Autonomie im Recht, S. 69, 85.

664 *Krebs*, Kontrolle, S. 28 f.; *Kirchhof*, in: Isensee/ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 99 Rn. 148; *ders.*, NVwZ 1983, S. 505, 510; *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 70; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 35; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 44; *Gusy*, DÖV 1990, S. 537, 537. Vgl. BVerfG, 7.11.2017 – 2 BvE 2/11, NVwZ 2018, S. 51, 55 Rn. 218.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

aa. Zielrichtung der Entscheidung

Autonomie zeichnet aus, dass das Ziel der autonomen Entscheidung auf die Verfolgung eigener Belange gerichtet ist. Bei natürlichen Personen wäre das beispielsweise die Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse, die einen betreffen, oder im grundrechtlichen und allgemeineren Sinne verstanden, die Ausrichtung des eigenen Lebens. Bei juristischen Personen bezieht sich die Entscheidung auf die eigenen innerorganisatorischen Regelungen und Belange, wie beispielsweise die Organisation oder das Verfahren.[665] Das ergibt sich sowohl aus dem Wortsinn von Autonomie – denn Autonomie als Selbstverwaltung oder Selbstgesetzgebung ist darauf gerichtet, dass die Entscheidung in der eigenen Sphäre und für die eigene Sphäre erfolgt – als auch aus der allgemeinen Verwendung des Autonomiebegriffs in der Rechtsprechung. Bspw. beschreibt die Tarifautonomie den Freiraum der Koalitionen, solche Maßnahmen, wie den Abschluss von Tarifverträgen, zu verfolgen, die dazu dienen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Angehörigen zu verbessern.[666] Die Satzungsautonomie umreißt das Recht einer Körperschaft, eigenverantwortlich und selbstbestimmt die innerorganisatorische Ausgestaltung zu bestimmen.[667] Autonome Entscheidungen weisen als Komponente also auf, dass sie nach innen gerichtet bzw. zum Nutzen des Entscheiders getroffen werden.

bb. Verhältnis zwischen Fremd- und Eigensteuerung

Da in einer gewaltengegliederten Rechtsordnung potenziell mehrere Akteure an einer Entscheidung beteiligt sein können (und teilweise auch beteiligt sein müssen[668]), eröffnet sich eine Skala zwischen Fremd- und Eigensteuerung des Entscheidungsverhaltens einzelner Amtsträger.[669] Am einen Ende

665 Vgl. *Prost*, NJW 1955, S. 1463, 1465.

666 BVerfGE 88, 103 (114); 94, 268 (283); 103, 293 (304); BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, S. 51, 53.

667 Vgl. BVerfGE 10, 20 (49 f.); 33, 125 (156); 111, 191 (215 f.); 146, 164 (212 Rn. 119).

668 So sind bspw. in Planungs- und Genehmigungsverfahren sowohl Belange der Bürger als auch Belange anderer staatlicher Stellen zu berücksichtigen.

669 Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 7 ff., 9, 20, 31, der von einer Fremdprogrammierung und Selbstprogrammierung der Verwaltung und Bereichen »normativer Eigensteuerung« ausgeht. *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 31, 39. Zur Steuerung von Verwaltungshandeln durch Haushaltsrecht: *D. Birk*,

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Skala ist eine bestimmte Entscheidung für einen Amtsträger von einem anderen Akteur vorgegeben (Fremdsteuerung) und am anderen Ende der Skala ist dem Akteur sein Entscheidungsverhalten nicht von anderen Stellen vorgegeben (Eigensteuerung).[670] Zwischen den beiden Endpunkten ist der Verlauf zwischen Fremd- und Eigensteuerung jedoch fließend.[671]

Staatliche Entscheidungsspielräume ergeben sich aus dem Verhältnis zwischen Fremd- und Eigensteuerung und befinden sich auf dieser Skala in Richtung der Eigensteuerung. Denn Entscheidungsspielräume entstehen in abstrakter Betrachtung dort, wo Akteuren in positiver Weise ein ausdrücklicher Spielraum überlassen wird oder in negativer Weise keine konkreten steuernden Vorgaben eines anderen Akteurs existieren oder gar der Zugriff anderer Akteure begrenzt ist. In diesen Fällen kann der Amtsträger seine Entscheidungen selbst bestimmen. Dem Amtsträger ist bei Vorliegen eines Spielraums eine Auswahl zwischen mehreren Möglichkeiten möglich. Wenn Entscheidungsspielräume bestehen können, müssen auch Entscheidungsmuster existieren, die vorgegeben und unumstößlich sind, mithin einen Spielraum ausschließen und eine bestimmte Entscheidung (bsp. aufgrund konkreter gesetzlicher Regelung) erfordern. Hierbei handelt es sich um einen Fall der Fremdsteuerung. Bei der Ermittlung von Spielräumen geht es dann um das Ausloten des Verhältnisses von Fremd- und Selbststeuerung im konkreten Fall. Es stellt sich also die Frage, wo Entscheidungen vorgegeben sind, von denen nicht abgewichen werden darf, und wo staatlichen Amtsträgern viele Entscheidungsalternativen ohne die Möglichkeit der Einflussnahme anderer eröffnet sind.

cc. Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse

Bei der Arbeit mit staatlichen Bereichen der Eigensteuerung ist zwischen Entscheidungsspielräumen und Letztentscheidungsbefugnissen zu differenzieren. Ein Entscheidungsspielraum bezeichnet die Möglichkeit, zwischen

DVBl. 1983, S. 865, 867. Zur steuerungstheoretischen Betrachtung des Rechts als ein Element der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft: *Hoffmann-Riem*, AöR 115 (1990), S. 400, 405; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 28 ff.; *Siegel*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 46 Rn. 25 ff.; *Voßkuhle*, in: ders./Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 1 Rn. 17 ff. m.w.N.

670 Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 9, 35.

671 Vgl. *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 9; *D. Birk*, DVBl. 1983, S. 865, 867.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mehreren Entscheidungsvarianten auszuwählen.[672] Derartige Spielräume können sowohl bei der Interpretation von rechtlichen Grundlagen als auch bei der Entscheidung für eine bestimmte Rechtsfolge bestehen.[673] In der Rechtswissenschaft versteht man letzteren Fall auch unter dem technischen Begriff des Ermessens.[674] Die unterschiedlichen Entscheidungsvarianten werden zur Entscheidungsfindung zwangsläufig in ein Verhältnis gesetzt und es erfolgt eine Abwägung, welche Entscheidung vorzugswürdig ist. Die Befugnis zur Letztentscheidung stellt einen Unterfall von Entscheidungsspielräumen dar.[675] Folglich kann es sowohl Entscheidungsspielräume mit als auch Entscheidungsspielräume ohne Letztentscheidungsbefugnisse geben. Die Befugnis zur Letztentscheidung umfasst, dass bestimmte Aspekte der Entscheidungen von Amtsträgern nicht durch die Erwägungen anderer Amtsträger faktisch ersetzt werden können. Dies ist nur der Fall, wenn keine oder nur eine reduzierte Kontrolle erfolgt. Erfolgt keine Kontrolle, kann auch keine nachträgliche Korrektur der Entscheidung erfolgen. Dem Entscheider verbleibt die Befugnis zur letztverbindlichen Entscheidung. Ihm verbleibt sprichwörtlich »das letzte Wort«. Bei der Arbeit mit Letztentscheidungsbefugnissen ist allerdings zu beachten, dass in der Regel nur einzelne Aspekte der Entscheidung der Letztentscheidung durch den staatlichen Akteur verbleiben. Bspw. kann nach allgemeiner Ansicht eine Prüfungsentscheidung nur auf die Einhaltung des Verfahrens und Willkürfreiheit untersucht werden, aber nicht darauf, ob eine andere Bewertung womöglich »richtiger« gewesen wäre.[676] Hinsichtlich der Auswahl der Prü-

672 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 88.

673 Vgl. zur Entstehung eines »Interpretationsspielraums« mangels konkreter Vorgaben: *Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (2. Aufl.), § 8 Rn. 60; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 50, 51.

674 Zur Definition des Ermessens für die Verwaltung: *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 9; *Jesch*, AöR 82 (1957), S. 163, 205 f.; *Ossenbühl*, DÖV 1968, S. 618, 619.

675 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 88; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 37. Den Begriff der administrativen Letztentscheidungsermächtigung verwendet: *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 188; vgl. auch BVerfGE 84, 34 (52); BVerfG, 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, NVwZ 2010, S. 435, 437.

676 Zu den Grenzen administrativer Beurteilungsspielräume bei Prüfungsentscheidungen: BVerfGE 84, 34 (53 f.); BVerwG, 5.3.2018 – 6 B 71/17, NJW 2018, S. 2142, 2143 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fungsnote verbleibt den staatlichen Amtsträgern eine Letztentscheidungsbefugnis. Infolgedessen ist zwischen Entscheidungsspielräumen und Letztentscheidungsbefugnissen zu differenzieren.

3. Arbeitsdefinition: Autonomie – Entscheidungsspielraum – Letztentscheidungsbefugnis

Es stellt sich die Frage, ob der administrative Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung als Autonomiebereich bezeichnet werden kann. Die Beantwortung der Frage erfordert, Grundlagen und Grenzen des administrativen Entscheidungs- und Handlungsspielraums festzustellen und diesen mit dem im Rahmen der Arbeit vertretenen Autonomieverständnis abzugleichen. Dazu wird eine Arbeitsdefinition für die Autonomie erstellt.

Die Autonomie als Konzept knüpft an einen Entscheidungsprozess an und betrifft das Maß des Freiraumes bei der Entscheidungsfindung. Autonom erfolgt eine Entscheidung nur, wenn in ihr ein hohes Maß an Eigensteuerung liegt. Das ergibt sich aus dem allgemeinen wörtlichen Verständnis, nach dem Autonomie als Selbstbestimmung bzw. als Gegensatz zur Fremdbestimmung zu bezeichnen ist.[677] Insofern besteht eine Übereinstimmung mit dem, was man in der Rechtswissenschaft als Spielraum versteht. Autonomie ist ein Freiraum bei der Entscheidungsfindung und meint, die Entscheidung ohne äußere Einflüsse selbst treffen zu können. Im Gegensatz dazu kann ein Autonomiebereich dort nicht bestehen, wo bestimmte Entscheidungen von anderer Stelle vorgegeben sind – wo also eine Abhängigkeit von steuernden Regelungen (insb. Gesetzen, Rechtsverordnungen) besteht – oder wo Entscheidungen im Nachhinein kontrolliert und faktisch modifiziert werden können, weil die Entscheidung der Kontrollinstanz verbindlich ist und befolgt werden muss.[678] Die Annahme von Autonomie bedient sich also auch eines steuerungstheoretischen Ansatzes, weil zu untersuchen ist, inwiefern das Entscheidungsverhalten durch andere Akteure gesteuert wird.[679] Daneben erhält der Autonomiebegriff aber auch eine zielgerichtete Dimension, denn aus dem allgemeinen Verständnis als

677 S. Teil 1, Kap. 2, C., I., 1.

678 Vgl. zur Entstehung von Spielräumen durch positive oder negative Freistellung von Bindungen und Kontrolle: *Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (2. Aufl.), § 8 Rn. 61.

679 S. Teil 1, Kap. 2, C., I., 2., b., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Selbstverwaltung und Selbstgesetzgebung ergibt sich, dass Autonomie vor allem als ein Entscheidungsfreiraum bei der Regelung eigener Belange zu sehen ist. Autonomie, die Bestandteil der Beschaffungsautonomie ist, wird im Rahmen dieser Arbeit also als ein Freiraum von äußeren steuernden Vorgaben und nachträglicher äußerer Kontrolle bei der Entscheidung über eigene Belange verstanden. Sie beschreibt einen Entscheidungsspielraum über die eigenen Belange, der eine Letztentscheidungsbefugnis enthält und damit in einzelnen Aspekten nicht im Nachhinein durch Kontrollinstanzen abgeändert werden kann.

Steuerung und Kontrolle können sowohl im horizontalen Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als auch im vertikalen Verhältnis, bspw. zwischen EU und Mitgliedstaaten oder durch Aufsichtsinstanzen innerhalb der Verwaltung, ausgeübt werden. Die zur Beschaffungsautonomie ergangene Rechtsprechung stützt sich schwerpunktmäßig auf das horizontale Verhältnis. So differenziert das OLG Koblenz zwischen der rechtlichen Kontrolle durch die Gerichte und der aufsichtstechnischen Kontrolle durch die Rechnungshöfe: »Verlangt ein Aufgabenträger die Ausstattung der Zugtoiletten mit goldenen Armaturen, so ist das mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Fall für Aufsichtsbehörde oder Rechnungshof. Vergaberechtlich wäre dagegen nichts einzuwenden, weil allein der Auftraggeber entscheidet, was er haben will und wie er es haben will«[680]. Dieser Leitsatz impliziert, dass das, was als Beschaffungsautonomie begriffen wird, ein von der gerichtlichen Kontrolle losgelöster Entscheidungsspielraum – mithin eine administrative Letztentscheidung ist, die nicht durch die Wünsche der Bieter modifiziert werden kann. Folglich werden Steuerung und Kontrolle durch Rechts- und Fachaufsicht sowie die Rechnungsprüfung, deren Zweck zwar die Kontrolle und damit die Wahrung der Recht- und Zweckmäßigkeit des staatlichen Handelns ist[681],

680 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834. Ähnlich auch die VK Bund, 8.1.2004 – VK1 – 117/03, S. 8 f. So sei es »[…] grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers […], seinen Bedarf selbst zu definieren und zu entscheiden, welche Produkte er in welchen Mengen nachfragt. Schon in Ermangelung entsprechender vergaberechtlicher Vorschriften, deren Einhaltung überprüft werden könnte, ist es nicht Aufgabe vergaberechtlicher Nachprüfungsinstanzen und liegt auch nicht in deren Kompetenz, zu überprüfen, ob dieser Bedarf in sinnvoller Weise definiert wurde oder ob andere als die nachgefragten Varianten vorteilhafter bzw. wirtschaftlicher wären«.

681 Zur Rechts- und Fachaufsicht exemplarisch: *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 19–25.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die aber nicht auf die Durchsetzung subjektiver Rechte gerichtet sind, im Rahmen dieser Arbeit ausgeklammert.

Auf Grundlage dieses horizontalen Verständnisses der Beschaffungsautonomie erhält der Autonomiebegriff im Rahmen dieser Arbeit zwei Stoßrichtungen: Zum einen resultiert ein administrativer Interpretationsspielraum daraus, dass keine oder nur wenige materielle Vorgaben existieren. Der Gesetzgeber nimmt nicht steuernd auf das Entscheidungsverhalten der Verwaltung Einfluss. Zum anderen können administrative Entscheidungen nur einer reduzierten gerichtlichen Kontrolle unterliegen, so dass eine administrative Letztentscheidungsbefugnis in manchen Aspekten der Entscheidung im Verhältnis zur Judikative entsteht. Autonomie im Sinne der Beschaffungsautonomie liegt dann vor, wenn entweder keine konkreten rechtlichen Vorgaben in Bezug auf die Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung existieren oder aber rechtliche Vorgaben existieren, diese aber im Nachhinein aufgrund einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis auf bestimmte Aspekte, wie bspw. darauf, eine andere Leistung zu beschaffen, nicht kontrolliert werden.

II. Das Prinzip der Gewaltenteilung als Grundlage staatlicher Autonomiebereiche?

Das Spannungsverhältnis von Fremd- und Selbststeuerung führt zum Prinzip der Gewaltenteilung. Denn wo Außenstehende ein Verhalten steuern können, besteht das Potential, verschiedene Funktionsbereiche miteinander zu verschränken. Fraglich ist, ob sich allein aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung konkrete Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse ableiten lassen. Dafür müssten sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip brauchbare Maßstäbe ableiten können, mithilfe derer konkrete Spielräume umrissen werden könnten.

1. Sachgerechte Entscheidungen als Ziel der Gewaltenteilung

Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist das tragende Organisations- und Funktionsprinzip der Verfassung und findet seine positivrechtliche, zentra-

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

le Verankerung zuvorderst in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG.[682] Demnach wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Hintergrund dieses Organisationsprinzips ist, ein System der *checks and balances* zu schaffen.[683] Das Gewaltenteilungsprinzip zielt nicht auf die Trennung der Staatsgewalt ab, sondern ordnet die gesetzgeberischen, ausführenden und rechtsprechenden Funktionen unterschiedlichen Organen (sog. Funktionsträgern) zu, welche mittels Einwirkungsbefugnissen und Beteiligungsrechten aufeinander Einfluss nehmen können, was wiederum zu einer Verschränkung der verschiedenen Funktionen miteinander führt.[684] Mittels Einflussnahme verschiedener Organe aufeinander soll die Konzentration von Macht bei einem einzigen Organ und ein potentieller Machtmissbrauch verhindert werden.[685] Plastisch lässt sich diese Gewaltenverschränkung an § 113 Abs. 1 VwGO erkennen, wonach das Verwaltungsgericht einen rechtswidrigen Verwaltungsakt, der den Kläger in seinen Rechten verletzt, aufheben kann. Hier ändert die Rechtsprechung im Ergebnis die Entscheidung der Verwaltung.

Ziel der Gewaltenteilung ist es, rationale und sachgerechte Entscheidungen des Staates zu fördern.[686] Dieses Ziel ergibt sich aus den zwei Stoßrichtungen des Gewaltenteilungsprinzips: So soll in positiver Idealvorstellung die Entscheidung das Organ treffen, welches nach »Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzun-

682 BVerfGE 3, 225 (247); 95, 1 (15); 137, 185 (231); 147, 50 (126); 148, 69 (88); BVerfG 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, S. 1434, 1439; 19.11.2021 – 1 BvR 781/21, Rn. 140; *Maurer*, Staatsrecht, § 12 Rn. 13; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 297; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 32; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 90; *H. A. Wolff*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 15 Rn. 67; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 476 f., Rn. 497 f.

683 *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 212 m.w.N.

684 BVerfGE 3, 225 (247); 9, 268 (279); 95, 1 (15); *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81; *Maurer*, Staatsrecht, § 12 Rn. 1 f.; *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, § 27 Rn. 31; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 432, 438; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 33, 39.

685 BVerfGE 3, 225 (247); 9, 268 (279); 34, 52 (59); 95, 1 (15); BVerfG, B. v. 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, S. 1434, 1439; *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81; *Maurer*, Staatsrecht I, § 12 Rn. 2.

686 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 484–499; *Sachs,* in: ders., GG, Art. 20 Rn. 81; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 298; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen«[687] zur Entscheidungsfindung verfügt. Aufgaben, mithin Funktionen, sollen also von vorneherein denjenigen Organen zugeordnet werden, die sich am besten dafür eignen.[688] In negativer Betrachtung soll das Gewaltenteilungsprinzip Eingriffe in Aufgabenbereiche oder gar die Übernahme ganzer Aufgabenbereiche von Organen verhindern, um der Zentrierung von Macht und einem möglichen Machtmissbrauch vorzubeugen. Die Verschränkung der Gewalten soll nicht zu einem Gewaltenmonismus führen, in dem eine Funktion den einzig maßgeblichen Einfluss auf die anderen Funktionen ausübt.[689]

Autonome Bereiche, in denen der Einfluss der anderen Gewalten stark reduziert ist, widersprechen der Zielsetzung des Gewaltenteilungsprinzips nicht. Denn das Prinzip der Gewaltenteilung dient der maßvollen Aufgabenerfüllung, indem es Funktionen zuweist und diese Bereiche vom Einfluss anderer Organe ausnimmt.[690] Wenn das Ziel die rationale und möglichst sachgerechte Aufgabenerfüllung ist, dürfen im Umkehrschluss ungeeignete Funktionsträger die Aufgabenerfüllung nicht an sich reißen. Damit stehen Entscheidungsspielräume, die keiner Gewaltenverschränkung unterliegen, nicht dem Ziel der Gewaltenteilung entgegen, sondern können diesem Ziel regelmäßig dienen. Um zu ermitteln, welches Organ am geeignetsten für die Aufgabe ist, muss zunächst Klarheit über die entsprechenden Funktionen und Funktionsträger bestehen, aber auch darüber, wie man diese einander zuordnen kann.

2. Methoden zur Ermittlung von exklusiven Funktionsbereichen

a. Positive Zuordnung von Funktionsbereichen

Nach der Rechtsprechung des BVerfG soll die Entscheidungen das Organ treffen, welches nach »Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen«[691] zur Entscheidungsfin-

687 BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (252).

688 BVerfGE 68, 1 (86); 98, 218 (251 f.); BVerfG, B. v. 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11, NVwZ 2015, S. 1434, 1439. *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81.

689 BVerfG 49, 89 (125 f.); 68, 1 (87); 95, 1 (15); 139, 321 (362); BVerfG, 21.4.2015 – 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, NVwZ 2015, S. 1279, 1280.

690 Vgl. *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 498; *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 536.

691 BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (252); 150, 1 (99); BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 2055/16, juris Rn. 67.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dung verfügt. Sachkunde und Expertise bestimmen also, wer welche Aufgabe wahrnimmt. Diese positive Stoßrichtung des Gewaltenteilungsprinzips wird auch als Gebot der Organadäquanz[692] bezeichnet. Um dieses Gebot handhabbar zu machen, müssen zunächst feste Kriterien für die Organe und ihre jeweiligen Funktionen feststehen. Das Grundgesetz bietet hier nur vage Ansätze. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG normiert, dass die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird. Zwischen Funktionen (also der Rechtsetzung, Rechtsprechung und ausführenden Gewalt) und den Organen als Träger der Funktionen ist zu unterscheiden.[693] Das Gebot der Organadäquanz legt die Prämisse zugrunde, dass eine Zuordnung von Aufgabe zu Organen zweifelsfrei möglich ist. Eine derartige Zuordnung von Funktionen zu Funktionsträgern ist aber aus folgenden Gründen schwierig:

Damit eine Zuordnung möglich ist, müssen die Funktionen definierbar sein. Funktionen sind die Rechtsetzung, Rechtsprechung und die ausführende Gewalt. Die Legislative als rechtssetzende Funktion zeichnet sich regelmäßig durch den Erlass von abstrakt-generellen Vorschriften aus, die für Bürger und staatliche Stellen verbindlich sind und Gebote oder Verbote aufstellen.[694] Die Judikative stellt die rechtsprechende Gewalt dar. Die Rechtsprechung erfolgt regelmäßig durch die retrospektivische Kontrolle eines Sachverhalts in einem geregelten Verfahren am Maßstab des Rechts mit der Möglichkeit, eine Rechtslage im Einzelfall letztverbindlich zu klären.[695] Die Exekutive umfasst im Sinne einer Negativabgrenzung[696] alles, was nicht Legislative oder Judikative ist.[697] Angesichts letzterer Definition lassen sich Aufgaben nicht zweifelsfrei der Exekutive zuordnen, da schon unklar ist, was diese auszeichnet. Der Aufgabenbereich der Exekutive ist anhand dieser Definition nicht umgrenzbar. Es ist nicht möglich, diesen Aufgabenbereich mit materiellen Kriterien zu füllen. Wenn aber schon der Inhalt der Funktionen nicht zweifelsfrei bestimmbar ist, steht eine Zuordnung von Funktion zu Organ auf einem instabilen Fundament.

692 S. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 71.
693 Vgl. *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 10 f.
694 *Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer*, Staatsrecht I, S. 223.
695 *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 894; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 93; *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 410.
696 *Fastenrath*, JuS 1986, S. 194, 196; *Maurer*, Staatsrecht I, § 18 Rn. 2; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 530; *Schröder*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 106 Rn. 19. Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 734 ff.
697 *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 79; *Maurer*, Staatsrecht I, § 18 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zum anderen besteht keine feste Zuordnung von Funktionen zu Funktionsträgern. Die Exekutive kann Aufgaben der Rechtssetzung wahrnehmen, bspw. durch Rechtsverordnungen gem. Art. 80 GG, sowie Aufgaben der Rechtsprechung wahrnehmen, wenn sie Gnadenakte erlässt. Die Legislative kann Planungsaufgaben wahrnehmen.[698] Unabhängig davon würde eine feste Zuordnung von Funktionen zu Funktionsträgern der Vorstellung von der Übernahme eines »vorverfassungsmäßigen, richtigen« Modells von der Gewaltenteilung entsprechen, welches das Grundgesetz aber nicht übernommen hat.[699] Mangels positivrechtlicher Festlegung konkreter Funktionsinhalte können sich die einzelnen Aufgaben der Organe nur aus dem systematischen Zusammenhang der Verfassungsnormen und der Ausgestaltung der Funktionsträger ergeben.[700] Das bedeutet aber wiederum, dass das Gewaltenteilungsprinzip für sich genommen keine konkreten Spielräume begründen kann, sondern allenfalls bei der Auslegung von Kompetenzvorschriften unterstützend beansprucht werden kann, so dass die Ausübung der Kompetenzen einem System von gegenseitiger Kontrolle nicht zuwiderläuft.

Zum anderen ist die Voraussetzung, dass ein Organ über die »besten Voraussetzungen verfüge« ein stark wertungsabhängiges Merkmal. Dieses Merkmal lässt sich empirisch ermitteln, aber nicht dogmatisch erfassen. Materielle Maßstäbe der Bestimmung, was die besten Voraussetzungen zur Entscheidung sind, fehlen. Faktische Maßstäbe und Sachzwänge können nicht mit normativer Wirkung gleichgestellt werden. Sachverstand ist zwar Voraussetzung für die Kompetenzausübung, kann die Kompetenz aber nicht begründen.[701] Das kann im Rechtsstaat nur eine rechtliche Regelung. Eine positive Zuordnung von Kompetenzen zu Organen und damit auch von Autonomiebereichen allein aus dem Gewaltenteilungsprinzip scheitert also an mangelnden verwertbaren Kriterien.

698 Vgl. auch mit weiteren Beispielen: *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 494–497. Vgl. auch *von Danwitz*, Der Staat 35 (1996), S. 329, 337 f., der darauf hinweist, dass die Zuordnung von Funktionen zu Organen durchaus schwierig ist.

699 *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 150; vgl. *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172, 190.

700 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 500 f.

701 *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172, 191 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Negative Abgrenzung von Funktionsbereichen

Womöglich könnten aber Bereiche staatlicher Autonomie negativ betrachtet aus den Kernbereichen der Funktionen fruchtbar gemacht werden. Das GG sieht keine Gewaltentrennung vor; vielmehr sieht das grundgesetzliche Gewaltenteilungsprinzip die Möglichkeit der Verschränkung der unterschiedlichen Funktionen miteinander vor.[702] Infolgedessen können die Funktionsträger durch Mitwirkungsbefugnisse, Kontrollrechte, Initiativrechte und weitere Mittel in den Funktionsbereich einer anderen Gewalt eingreifen.

aa. Verbot des Eingriffs in den Kernbereich als Grenze der Gewaltenverschränkung

Die Grenze der zulässigen Gewaltenverschränkung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG überschritten, wenn eine Funktion in den Kernbereich einer anderen Funktion eingreift.[703] Nach der Kernbereichsrechtsprechung steht jeder Funktion ein eigener Kernbereich zu, der unveränderbar ist und nicht zur Disposition steht.[704] Der Kernbereich soll einen Bereich von Exklusivität vermitteln.[705] Ausgeschlossen ist demnach, dass »eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben verliert«[706]. Diese Rechtsprechung eröffnet wiederum die Schwierigkeit der Bestimmung der den Organen »typisch« zugeschriebenen Aufgaben.[707] Wie festgestellt, sind die Funktionen nicht in ihrer Gänze definierbar – schon gar nicht lassen sich deren Aufgabenbereiche in Gänze systematisch erfassen. Insbesondere für die Exekutive ist es schwierig, materielle Inhalte zu finden. Außerdem bleibt unklar, wie der Maßstab der typischen Aufgabe von Funktionsträgern zu bemessen ist.[708] Das Grundgesetz definiert die Funktionsinhalte nicht. Wenn man typische Aufgaben als solche versteht, die die Organe für gewöhnlich wahrnehmen, hat dies den Anschein eines

702 Vgl. *Achterberg*, Funktionenlehre, S. 189; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 426, 439; *Grzeszick*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 41.
703 BVerfGE 9, 268, (280); 34, 52 (60); 95, 1 (15); 139, 321 (362); 159, 223 (287).
704 BVerfGE 34, 52 (60); 95, 1 (15); 139, 321 (362); 159, 223 (287); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 33.
705 *Baer*, Der Staat 40 (2001), S. 525, 526.
706 BVerfGE 95, 1 (16).
707 Vgl. *Achterberg*, Funktionenlehre, S. 189; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 149.
708 S. Teil 1, Kap. 2, C., II., 2., a.; vgl. auch *Horn*, AöR 127 (2002), S. 426, 440.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zirkelschlusses und birgt die Gefahr von Pauschalisierungen, wie bsp. der Annahme, der Gesetzgeber schüfe abstrakt-generelle Regelungen, die Exekutive führte die Gesetze mittels konkret-individueller Regelungen aus und die Rechtsprechung kontrollierte diese Entscheidungen am Maßstab der Gesetze und träfe Entscheidungen im Einzelfall. Dies lässt aber die Wirklichkeit außer Acht, in der Bestandteile der Planung großer Projekte im Einzelfall auch dem Parlament übertragen sein kann[709] oder auch die Exekutive rechtsetzend durch abstrakt-generelle Verordnungen tätig wird. Zum anderen wird zur Bestimmung »typischer« Aufgaben wiederum an die bestehende Verfassungswirklichkeit, also an bereits bestehende Organisations- und Kompetenzvorschriften angeknüpft. Letztlich ist das Kernbereichskriterium also kaum rechtlich bestimmbar.[710] Als rechtliche Begründung eines Spielraums und einer Letztentscheidungsbefugnis taugt das Kriterium des Kernbereichs also nicht.

bb. Spezialfall: Verwaltungsvorbehalt?

Im Zusammenhang mit administrativen Eigenbereichen wird teilweise der Begriff des Verwaltungsvorbehalts aufgeworfen.[711] Dabei wird angenommen, dass der Verwaltung ein originärer, absolut geschützter Bereich zustehe, der nicht durch gesetzliche Regelung berührt werden könne.[712] Die Lehre vom Verwaltungsvorbehalt findet ihren Ursprung in der Zeit der konstitutionellen Monarchie, in der sich angesichts voranschreitender Beschränkung der Rechte des Monarchen durch das Parlament die Frage nach verbleibenden absolut geschützten Bereichen der Exekutive stellte.[713]

709 Vgl. BVerfGE 95, 1 (15 ff.).

710 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 100; *Poscher*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1 (2. Aufl.), § 8 Rn. 32–34; *Achterberg*, Funktionslehre, S. 189 f.; *Baer*, Der Staat 40 (2001), S. 525, 527 f.; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 426, 438 ff., 451 ff.; *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 494–497.

711 Exemplarisch: *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135 ff.; *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172 ff.; vgl. auch: *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 68 ff.

712 Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 68 ff.; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 139; *Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), S. 172 ff.

713 *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 142 ff. S. auch zur Organisationsgewalt als eine Ausprägung eines Verwaltungsvorbehalts: Teil 1, Kap. 2, B., III., 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In ähnlicher Weise geht allerdings auch das BVerfG im Zusammenhang mit dem Prinzip der Gewaltenteilung von einem »Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung«[714] aus, wenn Befugnisse und Aufgaben des Parlaments gegenüber der Exekutive, insbesondere der Regierung abzugrenzen sind. Dies wird teilweise als Ausprägung der Lehre vom Verwaltungsvorbehalt betrachtet.[715] Ob der Fall des Verwaltungsvorbehalts als Sonderfall der Kernbereichsrechtsprechung zu verstehen ist, kann hier dahingestellt bleiben, denn die Lehre vom Verwaltungsvorbehalt kann – wie auch die Kernbereichslehre – durchaus in Zweifel gezogen werden. Gegen einen derartigen Vorbehalt spricht nämlich das umfassende Zugriffsrecht des Gesetzgebers.[716] Auch wenn der Gesetzgeber aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes nicht zu einer Regelung verpflichtet ist, so verbleibt ihm das Recht, einen bestimmten Bereich gesetzlich zu regeln. Ebenso wenig existiert eine generelle Pflicht einer geringen Regelungsdichte, die den Gesetzgeber beschränken könnte.[717] Der Verwaltungsvorbehalt ist also keine normative Kategorie, sondern kann allenfalls als deskriptiver Begriff solche Bereiche umschreiben, in denen keine gesetzlichen Regelungen existieren und der Verwaltung im Rahmen der Verfassungs- und Kompetenzordnung weitläufige Bereiche der Eigensteuerung verbleiben.[718]

3. Zwischenergebnis

Zwar ist es die Zielsetzung der Gewaltenteilung, sachgerechte Entscheidungen hervorzubringen, doch lassen sich allein anhand des Verfassungsprinzips nicht konkrete Entscheidungsspielräume oder gar Letztentscheidungsbefugnisse normativ bestimmen. Dies liegt sowohl daran, dass eine allgemeinverbindliche Definition der Funktionsbereiche sowie die Zuordnung

714 BVerfGE 67, 100 (139); 68, 1 (87); 95, 1 (16).
715 Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 71.
716 Vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 76; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 138, 156; *Maurer*, in: FS Vogel, S. 331, 345; *Burmeister*, Institutioneller Gesetzesvorbehalt, S. 93 f., 126 ff.; vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 794; *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 500 f., nach dem der Gesetzgeber einen »Legitimationsvorsprung« vor den anderen Funktionsträgern genießt. Differenzierend: *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 84 ff. Hingegen für einen gesetzlichen Totalvorbehalt: *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 205.
717 *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, S. 169.
718 So auch: *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 89.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu bestimmten Organen nicht kohärent möglich ist und sich die Zuordnung stattdessen auf heuristische Annahmen beschränkt. Ob ein Organ für eine Aufgabe »am geeignetsten« ist und die beste Sachkunde aufgibt, ist eine empirische Frage, aber kein dogmatisches Kriterium. Ebenso ist die Methode der Kernbereichsbestimmung untauglich, da unklar bleibt, was den Kernbereich einzelner Funktionen auszeichnet.[719] Auch wenn man den Verwaltungsvorbehalt als vom Kernbereich zu differenzierenden Vorbehaltsbereich aufgreifen möchte, ist diese nichts weiter als eine deskriptive Kategorie. Folglich besitzt das Gewaltenteilungsprinzip keine eigenständige praktische Bedeutung, um daraus konkrete rechtliche Spielräume abzuleiten.[720] Die Steuerungswirkung des Gewaltenteilungsprinzips wird daher auch als »eher schwach«[721] bezeichnet. Dennoch steht das Prinzip für die verfassungsrechtliche Grundentscheidung, staatlichen Einrichtungen Spielräume zuzubilligen. Damit ist das Gewaltenteilungsprinzip der hinter der Beschaffungsautonomie stehende übergreifende, verfassungsrechtliche Grundsatz, eine Herleitung der Beschaffungsautonomie aus dem Gewaltenteilungsprinzip wäre daher nicht falsch, aber ungenau.

Konkrete rechtliche Spielräume und Letztentscheidungsbefugnisse lassen sich nämlich allenfalls aus dem Zusammenspiel von Kompetenzordnung und Ordnungsvorschriften, die entweder durch den Verfassungs- oder Gesetzgeber das Gewaltenteilungsprinzip konkretisieren, sowie Grundrechten ermitteln.[722] Die Beschaffungsautonomie kann also weder als ein Kernbereich der Exekutive noch als Gegenstand eines etwaigen Verwaltungsvorbehalts gekennzeichnet werden. Da also das Prinzip der Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 2 GG allein keine tragbaren Erkenntnisse liefert, bedarf es der Anknüpfung an das konkrete der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramm.[723] In welchem Rahmen der Gesetzgeber das Verwaltungshandeln steuern kann und sogar muss, ergibt sich aus

719 S. Teil 1, Kap. 2, C., II., 2., b., aa.

720 Vgl. auch: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 70; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 32a; *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 93; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 63, 74; *Horn*, AöR 127 (2002), S. 427, 440, 454; *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 517.

721 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (V) Rn. 63; *ders.*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 33 Rn. 100 ff.

722 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 81; vgl. auch *Groß*, Der Staat 55 (2016), S. 489, 514; *Hesse*, Verfassungsrecht, Rn. 481.

723 Zur Feststellung, dass das Gewaltenteilungsprinzip der gesetzlichen Ausformulierung bedarf: *H. A. Wolff*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 15 Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den folgenden Verfassungsprinzipien, die die Verhältnisse der Funktionen zueinander konkretisieren.

III. Autonomie als Folge fehlender konkreter gesetzlicher Vorgaben

Administrative Entscheidungsspielräume entstehen in negativer Betrachtungsweise dort, wo keine bestimmte Entscheidung vorgegeben wird. Bestimmte Entscheidungen ordnen abstrakt-generelle Normen wie Gesetze und Rechtsverordnungen an. Diese schaffen ein allgemeines und verbindliches Entscheidungsprogramm, was für eine Vielzahl von Fällen anzuwenden ist. Durch die Vorgabe eines Entscheidungsprogramms in Form eines Gesetzes gibt der Gesetzgeber eine erste verbindliche Handlungsanweisung für die Exekutive vor und schafft einen Kontrollmaßstab für die Judikative. Wo Entscheidungsprogramme nicht vorgegeben sind, also gar keine abstrakt-generellen Regelungen existieren, stehen der Verwaltung schon mangels konkreter Vorgaben für den Einzelfall mehrere Handlungsvarianten, mithin Entscheidungsspielräume offen.[724] Doch allein das Vorliegen einer abstrakt-generellen Regelung schließt nicht automatisch administrative Entscheidungsspielräume aus. Die abstrakt-generellen Regelungen variieren in ihrem Grad der Bestimmtheit, so dass bei unbestimmten Regelungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen der rechtlichen Vorgaben gegeben sein können. Ist die Verwaltung zur selbstständigen Auslegung einer Vorschrift gezwungen, weil der Normtext eher unbestimmt bleibt, wird man diesem Akt der Auslegung zumindest einen Anteil eigener »schöpferisch-subjektiver«[725] Leistung zugestehen müssen.[726] Die Verwaltung trifft hier im Rahmen eines Entscheidungs- bzw. Interpretationsspielraums eine eigene Entscheidung und ist nicht allein ein verlängerter Arm

724 Dazu, dass Ermessensspielräume im Bereich der gesetzesfreien Verwaltung nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zurückführbar sein müssen: *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 58.

725 *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 23.

726 Vgl. *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 11 Rn. 1; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 11; *Herdegen*, JZ 1991, S. 747, 748; *Bullinger*, JZ 1984, S. 1001, 1006; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 50, 51. Vgl. auch *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 620, die von einer »Konkretisierungsermächtigung« sprechen. *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 149, spricht von der Verwaltung als Konkretisierungsinstanz.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eines richtigen gesetzgeberischen Willens.[727] Nicht nur auf unbestimmte oder weite Vorgaben folgen administrative Entscheidungsspielräume. Es gibt auch gesetzliche Regelungen, die der Verwaltung ausdrücklich mehrere Handlungsalternativen bei der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes eröffnen.[728]

Inwiefern ein Entscheidungsprogramm für die Verwaltung vorgesehen und zwingend vorzugeben ist, ergibt sich aus dem Vorrang (1.) sowie dem Vorbehalt des Gesetzes (2.) und liegt damit in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begründet.[729]

1. Gesetzesbindung und Vorrang des Gesetzes

Die Verwaltung ist in sämtlichen Bereichen und Handlungsformen gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Zum Gesetz gehören sämtliche materielle Rechtsvorschriften, also auch unmittelbar geltendes Unionsrecht, welches kraft Rechtsanwendungsbefehls des Gesetzes i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 und S. 3 GG Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung wird[730] und nach Art. 59 Abs. 2 GG inkorporierte völkerrechtliche Verträge[731]. Recht umfasst das Gewohnheitsrecht,[732] wobei dessen Zahl und Bedeutung für die tägliche Rechtsanwendung eher gering ist. Die Verwaltung ist somit an gesetzliche und rechtliche Vorgaben gebunden und muss die darin zum Ausdruck kommenden Entscheidungsvorgaben für gleich gelagerte Sachverhalte berücksichtigen.

Die Gesetzesbindung wiederum wird durch den Vorrang des Gesetzes abgesichert. Dieses Prinzip besagt, dass das Handeln der Verwaltung nicht gegen das höherrangige Gesetz verstoßen darf.[733] Verstößt das Handeln der Verwaltung gegen gesetzliche Vorschriften, bestehen die Möglichkeiten,

727 Vgl. *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 151.
728 Vgl. § 40 VwVfG.
729 Instruktiv: *Hölscheidt*, JA 2001, S. 409 ff.
730 BVerfGE 37, 271 (280); 73, 339 (374 f.); 123, 267 (402); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 101 f.
731 Sachs, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 107.
732 *H. A. Wolff*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 1, § 15 Rn. 110; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 20 Rn. 106.
733 *Kotzur*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 20 Rn. 153; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 2; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 310; *Hölscheidt*, JA 2001, S. 409.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

administratives Handeln rückgängig zu machen[734] oder gerichtlich aufheben zu lassen[735]. Liegt also eine abstrakt-generelle Regelung in Form eines Gesetzes vor, ist die Verwaltung zunächst an das darin aufgeführte Entscheidungsprogramm gebunden und darf nicht gegen diese Regelung verstoßen. Für die Erfüllung von Aufgaben bedeutet dies, dass der Staat an die ihn bindenden Aufgaben gebunden ist, und diese zu erfüllen hat, mithin nicht mit seinen Handlungen gegen die Aufgabenstellung verstoßen darf. Denn Aufgaben, die der Staat zu erfüllen hat, sind diesem rechtlich oder gesetzlich zugewiesen und muss der Staat aufgrund der Pflicht zum Erhalt der Funktionsfähigkeit erfüllen.[736] Somit können die Gesetzesbindung und der Vorrang des Gesetzes administrative Entscheidungsspielräume bei der Aufgabenerfüllung begrenzen oder ihnen zumindest vorbeugen.

2. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Die Entscheidungsmöglichkeiten der Verwaltung sind also in einem bestimmten Rahmen vorgegeben, wenn eine allgemeinverbindliche Regelung existiert. Die Frage, ob sich administratives Handeln zwingend auf eine gesetzliche Grundlage stützen muss, versucht das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes zu beantworten. Dieser Grundsatz findet seine Ursprünge im Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.[737] Staatliche Einrichtungen dürfen demnach nur aufgrund eines Gesetzes handeln; es bedarf einer Ermächtigungs- bzw. Rechtsgrundlage.[738] Wo ein gesetzlicher Vorbehalt besteht, muss gleichsam verfassungsrechtlich zwingend das administrative Entscheidungsprogramm normativ vorgegeben werden. Dem Gesetzgeber ist es also verwehrt, die Entscheidung an die Verwaltung zu delegieren. Legt man dieser Situation die Skala von Fremd- und Eigensteuerung zu-

734 Vgl. § 48 VwVfG.
735 Vgl. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.
736 S. Teil 1, Kap. 2, B., II.
737 BVerfGE 40, 237 (248 f.); 49, 89 (125); 78, 179 (197); BVerfG, 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 125; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 5; *Ohler*, AöR 131 (2006), S. 336, 341; *Maurer*, in: FS Vogel, S. 331, 341; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105; vgl. *Kau*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 41 Rn. 40.
738 Vgl. BVerfGE 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126); 83, 130 (142); 98, 218 (251); 116, 24 (58); 128, 282 (317); 147, 253 (309 f.); *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 20; *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 19; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grunde,[739] fällt die betroffene Entscheidung bei Vorliegen eines Gesetzesvorbehalts in den Bereich der Fremdsteuerung des Verwaltungshandelns. Da es sich bei der hier verstandenen Autonomie um einen Bereich der Eigensteuerung handelt, ist die Reichweite vom Vorbehalt des Gesetzes für die Ermittlung von Autonomiebereichen im Einzelnen abzustecken.

Die Rechtsordnung kennt keinen Totalvorbehalt, denn ein derartiger Vorbehalt würde in einem dem Gewaltenteilungsprinzip widersprechenden Gewaltenmonismus resultieren.[740] Daraus folgt, dass grundsätzlich drei Konstellationen zu unterscheiden sind: Im ersten Fall ist keine allgemeinverbindliche Regelung notwendig. Dann erfordert der Vorbehalt des Gesetzes schlichtweg nicht zwingend eine allgemeinverbindliche Regelung zum Tätigwerden der Verwaltung. Im zweiten Fall ist eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig, auf die sich das Handeln der Verwaltung stützen lassen muss. Dabei ist es aber nicht notwendig, dass diese allgemeinverbindliche Regelung durch das Parlament erlassen wurde. Dieser Fall bezeichnet den sogenannten Rechtssatzvorbehalt.[741] In der dritten und letzten Fallkonstellation ist gerade eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig, die durch das Parlament erlassen wurde. Dies beschreibt den sogenannten Parlamentsvorbehalt.[742]

a. Regelung durch das Parlament (Parlamentsvorbehalt)

Der Vorbehalt des Gesetzes kann so weit reichen, dass zwingend das Parlament eine allgemeinverbindliche Regelung treffen muss.[743] Wann ein

739 S. Teil 1, Kap. 2, C., I., 2., b., bb.

740 BVerfGE 49, 89 (124 ff.); 67, 100 (139); 68, 1 (86 f.); 98, 218 (251 f.); 139, 19 (46); 150, 1 (99); vgl. auch *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 108; *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 112, 409; a.A. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 205.

741 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 16; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 31; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 37 f.; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 150 f.

742 BVerfGE 134, 33 (89); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 69; *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 14; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 38 ff.

743 Vgl. BVerfGE 101, 1 (34); 106, 1 (22 f.); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 11, 14; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 76; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

formelles Gesetz zur Regelung einer Entscheidung notwendig ist, beurteilt sich in der Rechtsprechung des BVerfG nach der Wesentlichkeit einer Materie. Demnach soll das Parlament »in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen«[744]. Wesentlich soll eine Entscheidung insbesondere dann sein, wenn sie auch für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlich ist, mithin einen Bezug zu Grundrechten aufweist.[745] Um diesen wesentlichen Bezug zu ermitteln, sind die Wichtigkeit der Regelung für den Einzelnen im Hinblick auf seine Grundrechte, als auch die entgegenstehenden Belange der Allgemeinheit zu betrachten.[746] Ein wesentlicher Grundrechtsbezug ist auch dann gegeben, wenn das staatliche Handeln für die Verwirklichung der Grundrechte Relevanz entfaltet.[747] Ausschlaggebende Kriterien für eine wesentliche Materie sind darüber hinaus die Größe des Adressatenkreises, die zeitliche Wirkung der Maßnahme und der Entscheidung folgende erhebliche finanzielle Auswirkungen im Staat sowie schwerwiegende Auswirkungen auf das Gefüge des Staates.[748] Betrifft die beabsichtigte Entscheidung einen wesentlichen Bereich, darf der Gesetzgeber die Rahmenbedingungen der Entscheidung nicht allein der Verwaltung überlassen.

b. Notwendigkeit einer allgemeinverbindlichen Regelung (Rechtssatzvorbehalt)

Aus den vorangegangenen Ausführungen folgt im Umkehrschluss, dass nicht für jeden Sachverhalt ein formelles Gesetz notwendig ist. Es kann ausreichend sein, dass lediglich eine allgemeinverbindliche Regelung, also

744 BVerfGE 49, 89 (126 f.); 61, 260 (275); 80, 124 (132); 83, 130 (142, 151 f.); 98, 218 (251); 101, 1 (34); 108, 282 (311); 134, 141 (184); 136, 69 (114); 139, 19 (45); 147, 253 (309 f.); 150, 1 (96). Vgl. BVerfG, 11.3.2020 – 2 BvL 5/17, Rn. 74; 9.2.2022 – 2 BvL 1/20, juris Rn. 91. Vgl. auch schon BVerfGE 33, 125 (163); 34, 165 (192 f.); 45, 400 (417 f.).

745 BVerfGE 98, 218 (251); 108, 282 (311 f.); 134, 141 (184); 139, 19 (45); 147, 253 (309 ff.); 150, 1 (97); BVerfG, 27.4.2022 – 1 BvR 2649/21, juris Rn. 125; *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, § 11 Rn. 48.

746 BVerfGE 49, 89 (127); 83, 130 (142); 150, 1 (97); vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 14; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 72 ff.

747 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 107; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113.

748 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 107; vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 114.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein materielles Gesetz, ein Entscheidungsprogramm vorgibt. Ob zumindest eine allgemeinverbindliche Regelung zwingend vorliegen muss, richtet sich nach dem Rechtssatzvorbehalt.[749] Nach diesem Vorbehalt sind staatliche Entscheidungen auf eine allgemeinverbindliche Regelung, also bspw. eine Rechtsverordnung, zu stützen. Dieser Vorbehalt leitet sich zum einen aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot ab.[750] Denn der Erlass allgemeinverbindlicher Vorgaben macht das staatliche Handeln vorhersehbar, indem für bestimmte Sachverhalte bestimmte Rechtsfolgen zu erwarten sind.[751] Dies ist eine Ausprägung der im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtssicherheit. Darüber hinaus dient der Erlass allgemeinverbindlicher Entscheidungsvorgaben der Gleichbehandlung aller von der Regelung Betroffenen gem. Art. 3 Abs. 1 GG, wenn gleiche Personengruppen gleich behandelt werden.[752]

Wie detailliert ein Normkomplex zwingend ausgestaltet sein muss, richtet sich nach dem im Rechtsstaatsprinzip verwurzelten Grundsatz der Bestimmtheit.[753] Der Grundsatz der Bestimmtheit und mithin der Rechtssatzvorbehalt hat die rechtsstaatliche Funktion, Vorhersehbarkeit für den von der staatlichen Entscheidung Betroffenen zu schaffen.[754] Der von der Entscheidung Betroffene muss konkrete Beurteilungsmaßstäbe erkennen

749 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 9; *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 31; *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 37 f.; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 150.

750 *Lassahn*, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz, S. 138; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 149, 151; vgl. *Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S. 178–181; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 38.

751 BVerfGE 120, 274 (315); *Kirchhof*, in: Isensee/ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 99 Rn. 154.

752 Vgl. *Papier*, in: Götz/Klein/Starck, Die öffentliche Verwaltung, S. 36, 50; *Brohm*, NVwZ 1988, S. 794, 795; *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 19. Differenzierend in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 GG: *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 153. Zum Art. 3 Abs. 1 GG als Grundsatz der Rechtssetzungsgleichheit und Rechtsanwendungsgleichheit exemplarisch: *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 133 ff., 181; *Manssen*, Staatsrecht II, § 32 Rn. 884.

753 Vgl. BVerfGE 21, 73 (79); 58, 257 (277); 62, 169 (183); 120, 274 (315); 149, 293 (323). Krit. zur rechtlichen Verortung des Bestimmtheitsgrundsatzes: *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 39.

754 BVerfGE 8, 274 (325); 13, 153 (160); 31, 255 (264); 56, 1 (12); 62, 169 (183); 83, 130 (145); 103, 332 (384); 113, 348 (375 f.); 128, 282 (317); 134, 141 (184); 149, 293 (324); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129; *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 11 Rn. 61–63; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VII) Rn. 50; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 83, 86; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 35, 38; *Ger-*

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

können und sein Verhalten danach ausrichten können. Allgemein-generelle Regelungen schaffen diese Vorhersehbarkeit, indem sie eine Vielzahl an Fällen für alle Betroffenen gleichermaßen regeln.[755] Wenn ein Normkomplex nicht ausreichend ausgearbeitet ist, mithin unbestimmt bleibt, ist die bestehende Lage verfassungswidrig. Dann kann der Gesetz- oder Verordnungsgeber zur Schaffung bestimmter Vorgaben für die Entscheidungsfindung verpflichtet sein. Der Vorbehalt des Rechtssatzes schafft damit verbindliche Vorgaben für das Handeln der Verwaltung und schränkt einen Eigenbereich tendenziell ein.

Doch wann ist eine Norm bestimmt? Bestimmtheit meint die inhaltliche Erkennbarkeit des Normgehalts.[756] Der Aussagehalt einer Norm muss sich erschließen lassen können, wobei die Notwendigkeit der Auslegung der Bestimmtheit einer Vorschrift nicht abträglich ist.[757] Eine Auslegung ist gerade notwendige Vorbedingung der Anwendung einer Vorschrift. Wie bestimmt eine Vorschrift sein muss, richtet sich danach, »wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist«[758]. Grundsätzlich bestimmt das BVerfG, dass »die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit umso strenger [sind], je intensiver der Grundrechtseingriff ist«[759]. Dadurch soll Rechtssicherheit für den Bürger geschaffen werden, der sein Verhalten nach den Normen ausrichten kann und der Verwaltung einheitliche Handlungsmaßstäbe aufgegeben werden.[760] Vorhersehbarkeit staatlicher Maßnahmen ist also insbesondere dann notwendig, wenn der Bürger von der staatlichen Entscheidung grundrechtlich betroffen sein kann. Diese Skalierung ist jedoch als gleitend zu verstehen, staatliche Maßnahmen müssen vor allem dann vorhersehbar sein, wenn sie mit intensiven Grundrechtsbeeinträch-

---

lach, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 151; vgl. auch *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 55; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn. 146.

755 *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 151–153.

756 BVerfGE 83, 130 (145); vgl. auch BVerfGE 21, 73 (79); 58, 257 (277 f.); 62, 169 (183); 120, 274 (316); *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rn. 47; *Reimer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 11 Rn. 63.

757 BVerfGE 17, 67 (82); 45, 400 (420); 83, 130 (145); 117, 71 (111); 134, 141 (184 f.); 149, 293 (324); 158, 131 (164).

758 BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 78, 205 (212); 103, 332 (384); 128, 282 (317); 134, 141 (184); 143, 38 (61); 149, 293 (323).

759 BVerfGE 128, 282 (318); 149, 293 (323 f.). Vgl. auch BVerfGE 59, 104 (114); 75, 329 (342); 86, 288 (311); 110, 33 (55); 117, 71 (111); 134, 33 (81); 143, 38 (60 f.).

760 BVerfGE 134, 141 (184).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigungen einhergehen (wie bspw. im Strafrecht mit der Möglichkeit des Freiheitsentzugs).

3. Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber kann also das Entscheidungsverhalten der Verwaltung mittels gesetzlicher Vorgaben steuern. Die Steuerungswirkung des Gesetzes wird insbesondere durch den Vorrang des Gesetzes abgesichert, nach dem die Verwaltung nicht im Widerspruch zu den gesetzlichen Grundlagen entscheiden und handeln darf. Je nach Dichte des der Verwaltungsentscheidung zugrundeliegenden Normprogramms verbleibt dann der Verwaltung ein eher geringer Bereich der Eigensteuerung. Macht das der Entscheidung zugrundeliegende Normprogramm der Verwaltung keine konkreten Vorgaben, verbleibt der Verwaltung ein weiter Bereich der Eigensteuerung. Der besteht darin, dass der Verwaltung Spielräume verbleiben, wie sie vorhandene Vorschriften interpretiert bzw. auslegt. In einem Urteil bezüglich der Vergabe von Entsorgungsleistungen formulierte es das OLG Düsseldorf insofern anschaulich: »Sofern detaillierte Einzelanweisungen […] fehlen, hat der Auftraggeber die gesetzlichen Vorgaben kraft seines genuinen Bestimmungsrechts auszufüllen«[761].

Ist ein Normprogramm eher dicht und detailliert ausgestaltet, ist die Verwaltung tendenziell eher fremdgesteuert. Ist jenes hingegen nur rudimentär ausgestaltet, verbleibt der Verwaltung ein großer Eigenbereich. Der Verlauf ist gleitend. Abseits konkreter gesetzlicher Vorgaben hat die Verwaltung einen Interpretationsspielraum, wie sie die gesetzlichen Vorgaben ausfüllt. In der Praxis entsteht so ein funktionelles Zusammenspiel zwischen Rechtssetzer und der rechtsanwendenden Verwaltung, dessen Schwerpunkt sich zwischen den Akteuren je nach Normprogramm unterschiedlich verlagern kann.[762] Wie der Gesetzgeber das Verhalten der Verwaltung steuern möchte, ist insbesondere dem Parlament aufgrund einer weiten Einschätzungsprärogative selbst überlassen. Im Grundsatz kann das Parlament aufgrund seines umfassenden Zugriffsrechts jede Materie gesetzlich regeln.[763] Feste Leitplanken sind allerdings der Vorbehalt des Gesetzes. In wesent-

761 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – Verg 105/11, ZfBR 2012, S. 826, 828.

762 BVerfGE 49, 89 (138); 87, 234 (263 f.); *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 11; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 131; *Gassner*, ZG 1996, S. 37, 39.

763 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 101 Rn. 76; *Maurer*, VVDStRL 43 (1985), S. 135, 138, 156; *Burmeister*, Institutioneller Gesetzes-

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichen Materien ist der Gesetzgeber sogar verpflichtet, eine gesetzliche Regelung zu treffen. Bei weniger wesentlichen Materien kann allerdings zumindest eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig sein.

IV. Autonomie durch Verringerung der gerichtlichen Kontrolldichte

Der Eigenbereich der Verwaltung ist also unter anderem davon abhängig, wie dicht der Gesetzgeber Vorgaben gemacht hat, die das Verwaltungshandeln steuern. Auf der anderen Seite kann die Verwaltung durch eine gerichtliche Kontrolle »fremdgesteuert« werden. Bei der gerichtlichen Kontrolle wird eine Verwaltungsentscheidung auf die Übereinstimmung mit vorhandenen Maßstäben nachgezeichnet, so dass die gerichtliche Kontrolle nicht als die primäre Entscheidung begriffen wird.[764] Allerdings bindet die abschließende Entscheidung des Gerichts die Verwaltung auch in ihren zukünftigen Entscheidungen und führt zur Einflussnahme auf das Entscheidungsverhalten der Verwaltung.[765] Liegt die Befugnis zur letztverbindlichen Entscheidung bei den Gerichten, schränkt dies einen administrativen Eigenbereich zumindest tendenziell ein, denn die Verwaltung muss damit rechnen, dass die Entscheidung im Nachhinein durch ein Gericht aufgehoben werden könnte (vgl. § 113 Abs. 1 VwGO) oder dass ihr aufgegeben wird, einen bestimmten Sachverhalt unter Einbeziehung der gerichtlichen Wertungen neu zu bescheiden (vgl. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO). Ferner kann das Gericht geeignete Maßnahmen treffen, eine Rechtsverletzung zu beseitigen (vgl. § 168 Abs. 1 GWB). Auf diese Weise kann das Entscheidungsverhalten der Verwaltung durch die Rechtsprechung im Nachhinein abgeändert und determiniert werden. Mit dem Tenor der Gerichtsentscheidung kann regelmäßig eine Gestaltungs- oder Tatbestandswirkung für das zukünftige Verwaltungshandeln ausgehen (vgl. § 121 VwGO, § 179 Abs. 1 GWB)[766], so dass die Verwaltung an die Entscheidung gebunden ist. Die entsprechende

vorbehalt, S. 93 ff., 126 ff. Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht, Bd. 2 (1. Aufl.), S. 794. Differenzierend: *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 84 ff. Hingegen für einen gesetzlichen Totalvorbehalt: *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 205.

764 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 618; vgl. *Krebs*, Kontrolle, S. 14–17, 55.

765 Vgl. *Krebs*, Kontrolle, S. 34–37, 56–59; *Jestaedt*, in: Pünder/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 46; *Siegel*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 2, § 46 Rn. 25.

766 *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 113 Rn. 80; *Clausing/Kimmel*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 121 Rn. 37, 38.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

staatliche Stelle ist an die Entscheidung des Gerichts insoweit gebunden, wie über den Streitgegenstand entschieden wurde und dieser in formelle und materielle Rechtskraft (§§ 322, 325 ZPO, § 121 VwGO) erwächst.[767] Eine mittelbare Bindungswirkung der Urteile für vergleichbare, aber neue Sachverhalte folgt dann aus der Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG, dass vergleichbare Fälle nicht anders beschieden werden.[768] Zumindest wirkt die Möglichkeit der nachträglichen Kontrolle steuernd auf das Entscheidungsverhalten der Verwaltung ein. Der Bereich der Eigensteuerung ist daher durch die Möglichkeit einer nachträglichen Kontrolle zumindest minimiert. Daher gilt es zu untersuchen, wie weit die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen im Einzelnen reicht.

I. Grundsatz: Garantie des effektiven Rechtsschutzes als lückenlose Kontrolle

a. Normative Herleitung

Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes findet sich in unterschiedlichen nationalen und völkerrechtlichen Vorschriften. Zentrale Normen sind Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, Art. 47 Abs. 1 GrCh und Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK. Daneben kennt das Unionsrecht einen Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes als allgemeinen Rechtsgrundsatz[769] und das nationale Recht den allgemeinen Justizgewährungsanspruch, der sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ergibt.[770] Letzterer soll in den Fällen Relevanz entfalten, in denen der Schutzbereich des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nicht eröffnet ist.[771]

Aufgrund der starken Verzahnung der Grundrechtsebenen miteinander nähern sich die Gewährleistungen in ihrem materiellen Gewährleistungsge-

767 *Wilke*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 112 Rn. 52; vgl. auch *Krebs*, Kontrolle, S. 57.

768 Zur Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG: *Thiele*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 72; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 192.

769 EuGH, 15.5.1986 – C-222/84 – ECLI:EU:C:1986:206 Rn. 18 f. (Johnston).

770 BVerfGE 107, 395 (406 f.); 141, 121 (134 Rn. 44); BVerfG, 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, NJW-RR 2010, S. 1474, 1475; vgl. schon BVerfGE 54, 277 (291); 85, 337 (345); 88, 118 (123); 93, 99 (107); 97, 169 (185); *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 16; *Kunig/Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 31.

771 BVerfGE 107, 395 (406 f.); vgl. auch BVerfGE 116, 135 (150 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

halt an, so dass im Ergebnis Wertungen grundsätzlich auch für anderen Maßstäbe fruchtbar gemacht werden können. So hat sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes in der Rechtsordnung der Europäischen Union als allgemeines Rechtsprinzip aus den Art. 6 und Art. 13 EMRK[772] und den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entwickelt. Heute befindet sich eine positiv-rechtliche Regelung in Art. 47 GrCh, welche wiederum im Sinne des Kohärenzgebots aus Art. 52 Abs. 3 GrCh[773] in Bedeutung und Tragweite wie die entsprechenden Gewährleistungen der EMRK ausgelegt werden muss. Auf diese Weise entsteht eine Kohärenz zwischen den Gewährleistungen von EMRK und GrCh.[774] Das bedeutet, dass die Wertungen der EMRK auch für die Auslegung der Gewährleistungen der GrCh fruchtbar gemacht werden müssen.

Die Verzahnung zwischen GG und EMRK ergibt sich aus der vor allem durch die vom BVerfG praktizierten Auslegung nationaler Normen im Licht völkerrechtlicher Bestimmungen.[775] Nationale Vorschriften sollen nach der Rechtsprechung nach Möglichkeit so ausgelegt werden, dass diese nicht gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstoßen. Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten der nationalen Vorschriften soll diejenige gewählt

772 EuGH, 15.5.1986 – C-222/84 – ECLI:EU:C:1986:206 Rn. 18 f. (Johnston); 1.4.2004 – C-263/02 P – ECLI:EU:C:2004:210 Rn. 29 (Jégo-Quéré et Cie SA); 25.7.2002 – C-50/00 P – ECLI:EU:C:2002:462 Rn. 39 (Unión de Pequeños Agricultores); 22.12.2010 – C-279/09 – ECLI:EU:C:2010:811 Rn. 29 (DEB).

773 Zum Kohärenzgebot: *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Bd. 1, Kap. 2 Rn. 33; *Jarass*, in: ders., GrCh, Art. 52 Rn. 62–64.

774 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02), EUAbl. 2007 C 303/17, 33; *Terhechte*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, GrCh, Art. 52 Rn. 15; »Mindestschutzstandard«: EuGH, 15.3.2017 – C-528/15 – ECLI:EU:C:2017:213 Rn. 37 (Al Chodor); *Lenaerts*, EuR 2012, 3, 12 f. Vgl. auch EuGH, 22.12.2010 – C-279/09 – ECLI:EU:C:2010:811 Rn. 35, 37 (DEB); 30.6.2016 – C-205/15 – ELCI:EU:C:2016:499 Rn. 41 (Toma); 19.12.2019 – C-752/18 – ECLI:EU:C:2019:1114 Rn. 37 (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern).

775 Diese Auslegungspraxis wird auch als »Völkerrechtsfreundlichkeit« des GG bezeichnet. Vgl. dazu exemplarisch: BVerfGE 141, 1 (29). St. Rspr. des BVerfG zur Berücksichtigung der EMRK: BVerfGE 74, 358 (370); 83, 119 (128); 111, 307 (317); 120, 180, (200 f.); 148, 296 (351); BVerfG, 1.3.2004 – 2 BvR 1570/03, NVwZ 2004, S. 852, 853; 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01 u. 2 BvR 348/03, NJW 2007, S. 499, 501; 13.12.2006 – 1 BvR 2084/05, NVwZ 2007, S. 808, 812 f.; 18.3.2013 – 1 BvR 2436/11, 1 BvR 3155/11, NJW 2013, S. 2103, 2106. S. auch *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 25 Rn. 6–8; *Nettesheim*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 59 Rn. 184. Zum politischen Gleichlauf von Verfassungs- und Völkerrecht: *Streinz*, in: Dreier, GG, Art. 25 Rn. 9; *Chr. Koenig/D. König*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 25 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden, die der völkerrechtlichen Norm am ehesten entspricht.[776] Die völkerrechtlichen Bestimmungen dienen insofern als Auslegungshilfe. Dies ergibt sich aus der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes.[777] Durch die kohärente Auslegung der vergleichbaren Gewährleistungen können sich die nationalen Bestimmungen also an die völkerrechtlichen Gewährleistungen annähern, ohne diesen einen Vorrang einzuräumen.

b. Gewährleistungsgehalt

Der Grundsatz vom effektiven Rechtsschutz gewährleistet sowohl den Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren (aa.) als auch die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes (bb.). Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich auf die Kontrolle am Maßstab des Rechts. Dies umfasst die Kontrolle am Maßstab subjektiven und objektiven Rechts. Außerrechtliche Erwägungen, wie politische oder ethische Gründe, sind nicht Maßstab einer gerichtlichen Kontrolle.

aa. Zugang zum gerichtlichen Verfahren

Der Einzelne, der die Verletzung seiner subjektiven Rechte rügt, muss die Möglichkeit erhalten, vor einem unabhängigen Spruchkörper, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen und seinen subjektiven Rechten zur Durchsetzung zu verhelfen. Damit Rechtsschutz möglich ist, muss es unabhängige Gerichte geben, die zur Durchsetzung subjektiver Rechte verhelfen.[778] Insofern gewährleistet das Recht auf effektiven Rechtsschutz den Zugang zu einem unabhängigen Gericht.

Über die Kriterien, die ein Gericht auszeichnet, sind sich nationales und Unionsrecht allerdings uneins. Der Begriff des Gerichts ist im deut-

776 Deutlich: BVerfGE 141, 1 (29 f.).

777 BVerfGE 141, 1 (26 f.); *Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, S. 35 ff., 42; *Dörr*, Rechtsschutzauftrag, S. 61 ff.; *Payandeh*, JöR 57 (2009), S. 465, 470 ff.; *Herdegen*, Völkerrecht, § 22 Rn. 9 f.

778 *Manssen*, Staatsrecht II, § 31 Rn. 843; *Epping*, Grundrechte, Rn. 919. Explizit zu Art. 19 Abs. 4 GG, der den Rechtsschutz durch ein unabhängiges staatliches Gericht i.S.d. Art. 92 und 96 GG gewährleistet: BVerfGE 11, 232 (233); BVerfG, 11.10.1978 – 2 BvR 1055/76, NJW 1979, S. 154, 155. Im Unionsrecht ist der Zugang zum Gericht als Gewährleistung in Art. 47 Abs. 1 GrCh geregelt.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Recht nicht legal definiert. Zumindest gehört es nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Tätigkeit der Gerichte, in gesetzlich geregelten Verfahren Rechtssachen mit letztverbindlicher Wirkung zu entscheiden.[779] Zum Tätigwerden der Gerichte als Spruchkörper bedarf es Richter. So wird nach Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt durch Richter vorgenommen. Wenn die Mitglieder des Gerichts Richter i.S.d. Art. 92 GG sind, handelt es sich bei der staatlichen Einrichtung um einen Spruchkörper, der die Aufgabe der Rechtsprechung wahrnimmt[780] und folglich einen effektiven Rechtsschutz gewährleistet. Daher knüpft sich die Gerichtseigenschaft in der Regel an die das Gericht konstituierenden Richter. Richter wiederum zeichnen sich dadurch aus, dass sie organisatorisch selbstständig, persönlich und sachlich unabhängig[781] sowie unparteiisch gegenüber den Verfahrensbeteiligten sind[782].

Nach dem autonom-unionsrechtlichem Verständnis ist ein Gericht eine Spruchkammer, die in einem Verfahren, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter gerichtet ist, über einen Rechtsfall entscheidet.[783] Nach ständiger Rechtsprechung stellt der EuGH zur Bestimmung der Gerichtseigenschaft »auf eine Reihe von Gesichtspunkten ab, wie gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ständiger Charakter, obligatorische Gerichtsbarkeit, streitiges Verfahren, Anwendung von Rechtsnormen durch diese Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit«[784]. Im Gegensatz zum deutschen Gerichtsbegriff in Art. 92 GG verlangt der unionale Gerichtsbegriff keine strikte organisatorische Trennung zwischen Justiz und Exekutive.[785]

779 BVerfGE 4, 358 (363); 103, 111 (137 f.).

780 *Hopfauf*, in: Schmidt-Bleibtreu, GG, Art. 92 Rn. 92; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 92 Rn. 10; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 92 Rn. 57 m.w.N.

781 BVerfGE 4, 331 (344 ff.); 27, 312 (322); 42, 206 (209); 87, 68 (85); 103, 111 (140); 133 (168 Rn. 62); 148, 69 (87 Rn. 48).

782 BVerfGE 21, 139 (147); BVerfGE 103, 111 (140); 133 (168 Rn. 62); 148, 69 (87 Rn. 48); 153, 1 (42); *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 92 Rn. 7.

783 EuGH, 19.10.1995 – C-111/94 – ECLI:EU:C:1995:340 Rn. 9 (Job Centre); 25.6.2009 – C-14/08 – ECLI:EU:C:2009:395 Rn. 34 (Roda Golf).

784 EuGH, 17.9.1997 – C-54/96 – ECLI:EU:C:1997:413 Rn. 23 (Dorsch Consult); 30.11.2000 – C-195/98 – ECLI:EU:C:2000:655 Rn. 24 (Österreichischer Gewerkschaftsbund); 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 25 (HI). Vgl. EuGH, 27.4.2994 – C-393/92 – ECLI:EU:C:1994:171 Rn. 21 (Almelo). In der ersten Auseinandersetzung mit der Gerichtseigenschaft einer vorlegenden Stelle verwies der EuGH noch nicht auf das Merkmal der Unabhängigkeit. S. dazu: EuGH, 30.6.1966 – C-61/65 – Slg. (Deutsch) 1966, S. 584, 602 (Vaassen-Göbbels).

785 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 40b.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Differenzierung zwischen den Gerichtsbegriffen ist nicht nur begrifflicher Natur, sondern hat auch praktische Auswirkungen. Denn nach Art. 267 AEUV sind nur Gerichte im unionsrechtlichen Sinn vorlageberechtigt. Ferner erfordert Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV nach der Rechtsprechung des EuGH, dass diejenigen mitgliedstaatlichen Einrichtungen, die als Unionsgerichte im funktionalen Sinn gelten, den Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes genügen müssen.[786] Das führt dazu, dass sich staatliche Einrichtungen, die aus der deutschen Perspektive keine Gerichte i.S.d. Art. 92 und 96 GG, aber Unionsgerichte im funktionalen Sinn sind, bei der Anwendung und Auslegung von Unionsrecht an den unionsrechtlichen Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutzes messen lassen müssen.

bb. Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes

Außerdem garantiert der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes das Recht auf einen wirksamen Rechtsschutz, der unter anderem Bedingungen für die gerichtliche Kontrolldichte aufstellt. Insbesondere aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG ergibt sich in ständiger Rechtsprechung des BVerfG der Anspruch auf eine vollständige Nachprüfung der angegriffenen Maßnahme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.[787] Folglich ist das nachprüfende Gericht nicht an die im Verwaltungsverfahren getroffenen Entscheidungen und Wertungen gebunden.[788] Die dahinterstehende Erwägung ist, dass die Rechte des Einzelnen nur wirksam geschützt werden können, wenn sie auch durchzusetzen sind.[789] Es bestände kein Anreiz für die Verwaltung,

786 EuGH, 27.2.2018 – C-64/16 – ECLI:EU:C:2018:117 Rn. 37 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 52 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 55 (Kommission/Polen).

787 BVerfGE 15, 275 (282); 61, 82 (110 f.); 73, 339 (373); 78, 214 (226); 84, 34 (49); 84, 59 (77); 88, 40 (56); 101, 106 (123); 103, 142 (156); 129, 1 (20); 143, 216 (225 Rn. 20); 149, 407 (413 Rn. 19); BVerfG, 23.3.2020 – 2 BvR 2051/19, juris Rn. 26; vgl. auch BVerwGE 120, 227 (231). Auch für den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ist es Rechtsprechung des BVerfG, dass dieser grundsätzlich eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des vorliegenden Streitgegenstandes erfordert. Vgl. dazu: BVerfGE 54, 277 (291); 97, 169 (185); BVerfG, 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, NJW-RR 2010, S. 1474, 1475.

788 *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 35; *Maurer*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. 2, S. 467, 489.

789 *Voßkuhle*, Rechtsschutz, S. 182; *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 333.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtmäßige Entscheidungen zu treffen, wenn eine Kontrolle ohnehin nicht erfolgen würde.[790] Zweck des Rechtsschutzes ist es daher unter anderem, der Exekutive Schranken zu ziehen.[791]

Im Anwendungsbereich des Unionsrechts ist der Umfang der Rechtsschutzgewährleistung hinsichtlich der Kontrolldichte vergleichbar, auch wenn sich der EuGH bisher nicht so deutlich wie das BVerfG dazu geäußert hat. Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK gewährleisten das Recht auf eine effektive Beschwerde, die sich in der grundsätzlichen vollständigen Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Umstände entfaltet.[792] Bezieht man diese Erwägungen aufgrund des Kohärenzgebots in Art. 52 Abs. 3 GrCh auf die Gewährleistung in Art 47 Abs. 1 GrCh, muss der unionale Anspruch auf effektiven Rechtsschutz im Grundsatz auch von einer vollständigen Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Umstände ausgehen.[793]

Damit kommt im Grundsatz den Gerichten ein vollständiger Kontrollanspruch administrativer Entscheidungen und das Letztentscheidungsrecht im Hinblick auf den in Rede stehenden Vorgang zu. Auf der Kehrseite stellen von einer gerichtlichen Kontrolle ausgenommene administrative Letztentscheidungsbefugnisse eine Beeinträchtigung der Effektivität des Rechtsschutzes dar. Derartige Letztentscheidungsbefugnisse können die Durchsetzung von subjektiven Rechten erschweren oder gar unmöglich machen, so dass subjektive Rechte letztlich zu reinen Programmsätzen würden.[794] Dementsprechend müssen diese administrativen Letztentscheidungsbefugnisse gesondert begründet werden.

790 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 4.

791 Vgl. BVerfGE 10, 264 (267); *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Rn. 333.

792 EGMR, 20.10.2000 – No. 30985/96 – Rep. 2000-XI, § 100 (Hasan und Chaush); 11.10.2007 – No. 14134/02 – § 69 (Glas Nadezhda EOOD und ELenkov); *Richter*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 20 Rn. 39.

793 Vgl. auch *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 570. In der Literatur wird hingegen vielfach vertreten, dass eine lückenlose Kontrolle nicht notwendig sei. So: *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 40b. Vgl. zur unionalen Kontrolldichte: *Schwarze/Voet van Vormizeele*, in: Schwarze, EU-Kommentar, AEUV, Art. 263 Rn. 72; *Pechstein*, EU-Prozessrecht, Rn. 545.; *Nehl*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, Art. 47 GrCh Rn. 39 f.

794 *Epping*, Grundrechte, Rn. 915.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Ausnahme: Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung

Administrative Letztentscheidungsbefugnisse, also Entscheidungen, die keiner weiteren gerichtlichen Kontrolle unterliegen, sind Ausnahmen vom Grundsatz einer lückenlosen Kontrolle rechtlicher und tatsächlicher Gesichtspunkte.

a. Begründung von Letztentscheidungsbefugnissen

Die Begründung von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen ist umstritten. So existieren unterschiedliche Ansätze zur Begründung von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen. Begründungsansätze stützen sich zuweilen auf die Dichte der materiellen Regelung (aa.), funktionell-rechtliche Gründe (bb.) oder die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit als Indikator (dd.). Diese Ansätze können lediglich eine Letztentscheidungsbefugnis indizieren, aber nicht überzeugend begründen. Es ist eine normative Ermächtigung notwendig (cc.).

aa. Dichte der materiellen Regelungen?

Umstritten ist, ob die mangelnde Dichte materieller Regelungen administrative Letztentscheidungsbefugnisse begründen kann. Teilweise wird vertreten, die gerichtliche Kontrolle ende dort, wo die materiell-rechtlichen Maßstäbe enden.[795] Dies wird auf die Rechtsprechung des BVerfG gestützt, nach der eine gerichtliche Kontrolle administrativer Entscheidungen nicht weiter gehen kann als das materielle Recht.[796] Ferner sei lediglich die Rechtsanwendungskontrolle Aufgabe der Rechtsprechung, aber nicht die Rechtsanwendung.[797] Wenn die Rechtsprechung ihre Erwägungen an die

795 *Franßen*, in: FS Zeidler I, S. 429, 439; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 60 f.; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 111 f.; vgl. auch *Ule*, in: GS Jellinek, S. 309, 323 f.; *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 411; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 52.

796 BVerfGE 88, 40 (59); 103, 142 (156 f.); 116, 1 (18); 129, 1 (22): »[Die materiell-rechtliche Bindung endet dort,] wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungsspielraum und Auswahlspielraum belässt«.

797 *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stelle derjenigen der Verwaltung setze, würde die Rechtsprechung ihren eigenen Funktionsbereich überhöhen und in unzulässiger Weise in den Bereich der Verwaltung intervenieren.[798]

Der Rechtsprechung des BVerfG ist insofern zuzustimmen, als die Judikative gem. Art. 20 Abs. 3 GG nur an Recht und Gesetz gebunden ist. Die gerichtliche Kontrolle erfolgt nur am Maßstab des Gesetzes und des Rechts, außerrechtliche Maßstäbe kann die Rechtsprechung nicht zum eigenen Kontrollmaßstab erheben. Wo ein Verhalten der Verwaltung nicht durch den Gesetzgeber determiniert ist, eröffnen sich der Verwaltung schon aufgrund der geringen Regelungsdichte mehrere Entscheidungsalternativen.[799] Eine geringe Regelungsdichte, spiegelbildlich die Unbestimmtheit eines Normkomplexes, begründet aber nicht automatisch eine Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung. Die Dichte einer Regelung oder eines Normkomplexes legt nicht abschließend das Verhältnis zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit im Sinne der Letztentscheidung fest. Denn die Dichte einer Regelung betrifft zunächst nur das Kompetenzverhältnis zwischen Legislative und Exekutive.[800] So lässt sich nicht verlässlich von der Unbestimmtheit einer Regelung auf eine Letztentscheidungsbefugnis schließen.[801] Aufgabe der sachlich und persönlich unabhängigen Judikative ist es nämlich unter anderem auch, unbestimmte Regelungen »zu Ende zu denken«[802].

Gerade in den Fällen, in denen eine Regelung unbestimmt bleibt, kann ein erhöhtes Bedürfnis danach bestehen, der Exekutive durch eine gerichtliche Kontrolle Schranken zu ziehen.[803] Selbst im Fall fehlender spezieller Regelungen ist immer eine Prüfung am Maßstab des Verfassungsrechts, insbesondere der Grundrechte als Teil der Rechtsordnung (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG) möglich. Auch Aufgabenbestimmungen als rechtlich festgelegte Handlungsziele können als gerichtlicher Maßstab fungieren.[804] Ferner existieren nicht für jede generelle Norm spezielle Konkretisierungen. In der Praxis können fehlende gesetzliche Maßstäbe wiederum in

798 *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 111 f.
799 S. Teil 1, Kap. 2, III, 3.
800 S. Teil 1, Kap. 2, III.
801 *Grupp*, in: FS Blümel, S. 139, 145; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 583; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 338.
802 *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 583.
803 *Gärditz*, NVwZ 2009, S. 1005, 1009.
804 Zum Begriff der Aufgabe: Teil 1, Kap. 2, B., II., 1., e. und Teil 1, Kap. 2, B., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einem bestimmten Umfang auch durch Richterrecht ergänzt werden.[805] Dies spricht wiederum dafür, die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle nicht allein am Vorliegen eines unbestimmten Normkomplexes zu bestimmen. Ferner kann die mangelnde Dichte gesetzlicher Regelungen allein nicht rechtlich erklären, wie das schrankenlose Grundrecht des effektiven Rechtsschutzes eingeschränkt werden kann.[806] Von der Unbestimmtheit einer Regelung lässt sich also nicht automatisch der Schluss ziehen, dass die gerichtliche Kontrolle zurückzunehmen ist.

Besonders ersichtlich wird dies auch an der Prüfung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes, an dem sich auch Gesetze orientieren.[807] Insbesondere im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG als Gleichbehandlungsgebot offenbart sich trotz unveränderter materiell-rechtlicher Dichte eine Skala gleitender Kontrolldichte in der Rechtsprechung.[808] Sind personenbezogene Merkmale betroffen, erfolgt nach der deutschen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG eine dichtere Kontrolle auf die Verhältnismäßigkeit der relevanten Ungleichbehandlung. Sind nur Merkmale betroffen, die in keiner direkten Verbindung zu personenbezogenen Eigenschaften bestehen oder die die Person aktiv beeinflussen kann, ist die gerichtliche Kontrolldichte reduziert.[809] Wenn die Verwaltung Auswahlentscheidungen

805 *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 411.

806 Vgl. *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 340, 373.

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

808 In der Literatur wird anhand von Art. 3 Abs. 1 GG das funktionelle Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgeber und Rechtsprechung anhand von Handlungs- und Kontrollnormen erörtert. Kern der Frage ist, wie tiefgehend die gesetzlichen Differenzierungen durch die Rechtsprechung kontrolliert werden dürfen. So kann es sein, dass im Verfassungsrecht zwar Vorgaben für den Gesetzgeber bestehen (Handlungsnorm), aber die Gerichte die Einhaltung dieser nur rudimentär überprüfen kann (Kontrollnorm). Der Umfang der Handlungsnorm weicht von dem Umfang der Kontrollnorm ab. Die Unterscheidung zwischen Handlungs- und Kontrollnorm geht zurück auf Beiträge von *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage (1925), S. 227 ff. und *Forsthoff*, in: GS Jellinek (1955), S. 221, 232 f. S. dazu: *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 307 Fn. 47, 48. Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnormen S. auch: *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 516–518; *Hesse*, in: FS H. Huber, S. 261, 269; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 306 f. Teilweise wird auch das Begriffspaar von Bindungs- und Kontrollnorm oder -maßstab verwendet. So bspw. bei: *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 60 ff.

809 Nach der Rspr. des BVerfG »gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen«. S. BVerfGE 129, 49 (68); 132, 179 (188); 138, 136 (180); 139, 285 (309); 145, 20 (86 f.); 151, 101 (127); 152, 274 (312).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf Grundlage gesetzlicher Regelungen zu treffen hat, sind die verfassungsgerichtlichen Wertungen der Kontrolldichte von Gleichbehandlungsgeboten auch auf die gerichtliche Kontrolle von administrativen Spielräumen übertragbar.

Die Unbestimmtheit ist mithin keine hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen. Der Verwaltung ist lediglich ein größerer Entscheidungsspielraum bei der Konkretisierung der unbestimmten Vorschrift eingeräumt, der aber grundsätzlich vollständig durch die Rechtsprechung kontrolliert wird.[810] Dementsprechend eröffnet die mangelnde Dichte von Regelungen oder Normkomplexen der Verwaltung zwar mehr Entscheidungsalternativen, jene trifft aber keine hinreichende Aussage darüber, ob der Verwaltung auch die Letztentscheidungsbefugnis eingeräumt ist.[811]

bb. Funktionell-rechtliche Gründe und Fallgruppen

Funktionell-rechtliche Gründe allein sind nicht ausreichend, um eine Letztentscheidungsbefugnis dogmatisch zu begründen. Zwar wird die normative Ermächtigungslehre[812] aufgrund ihrer mangelnden Praxistauglichkeit und Handhabung kritisiert[813] und zunehmend lediglich auf funktionell-rechtliche Erwägungen verwiesen[814], doch sind funktionell-rechtliche Erwägungen nicht ausreichend, um dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes Schranken zu ziehen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt ein funktionell-rechtlicher Grund, der automatisch zur Reduktion der Kon-

---

Ausführlich zur gerichtlichen Kontrolle von Gleichbehandlungsgeboten im Rahmen des Gebots der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II., 4., a.

810 Vgl. *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 620; BVerfG, 10.12.2009 – 1 BvR 3151/07, Rn. 54.

811 Im Ergebnis auch: *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 338 f. Vgl. auch *Herdegen*, JZ 1991, S. 747, 751; *Bullinger*, JZ 1984, S. 1005; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 581 ff.

812 Dazu: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., cc.

813 Vgl. *Franßen*, in: FS Zeidler, S. 429, 442 f.; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 63 f.

814 *Franßen*, in: FS Zeidler, S. 429, 442; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 65; *Poscher*, in: FS Wahl, S. 527, 539; *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405, 411; *Eichberger*, NVwZ-Beilage 2013, S. 18, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trolldichte führe und der keiner zusätzlichen normativen Ermächtigung bedürfe, im Erreichen der »Funktionsgrenzen der Rechtsprechung«[815].

Wo diese Funktionsgrenzen der Rechtsprechung im Einzelnen verlaufen, erörtert das BVerfG nicht. Funktionell-rechtliche Gründe will man zuvörderst aus der positiven Wirkung des Gewaltenteilungsprinzips entwickeln, wonach »staatliche Maßnahmen von denjenigen Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen«[816]. Wie bereits festgestellt, sind aber eine positiv-rechtliche Zuweisung von Funktionen und Aufgaben zu Organen oder eine negative Abgrenzung i.S.e. Kernbereichsbestimmung allein aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz schwierig und haben allenfalls heuristischen Charakter.[817] Es bedarf konkreter Anknüpfungspunkte im Gesetz, in denen sich der Grundsatz der Gewaltenteilung widerspiegelt. Denn der schlichte Verweis auf funktionell-rechtliche Gründe lässt die Systematik von Grundrechtsbeschränkungen außer Acht, wonach die Beschränkung von Grundrechten einem Gesetzesvorbehalt unterliegt. Denn ein Eingriff in den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, ob in Art. 19 Abs. 4 S. 1 oder Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verortet, steht, wie andere Grundrechte auch, unter einem gesetzlichen Vorbehalt.[818] Damit können praktische Schwierigkeiten der Methodik nicht das rechtliche Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage verdrängen.[819] Folglich bedarf es zwingend einer gesetzlichen Grundlage. Funktionell-rechtliche Gründe können dann allenfalls im Wege einer systematischen Auslegung des zugrundeliegenden Normenprogramms herangezogen werden, denn die systematische Auslegung erfordert die Betrachtung der Stellung der zugrundliegenden Norm »im Zusammenhang einer Normgruppe, einer

815 BVerfGE 84, 34 (50); 84, 59 (77 f.); 149, 407 (413 f.); BVerfG, 8.12.2011 – 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, S. 694, 696 Rn. 26, wonach auf das Erfordernis einer normativen Grundlage verzichtet werden könne, wenn die Rechtsprechung »zweifelsfrei« mit der vorzunehmenden Entscheidung an ihre *Funktionsgrenzen* stieße.

816 BVerfGE 68, 1 (86); 95, 1 (15); 98, 218 (252); 150, 1 (99); BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 2055/16, juris Rn. 67. Vgl. zur Herleitung funktionell-rechtlicher Gründe aus dem Gewaltenteilungsprinzip als positives Zuordnungsmodell: *Franßen*, in: FS Zeidler, S. 429, 443; *Ossenbühl*, in: FS Redeker, S. 55, 65.

817 S. Teil 1, Kap. 2, C., II.

818 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 340, 373. Allgemein: *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 195.

819 Vgl. auch *Wendel*, Verwaltungsermessen im Mehrebenensystem, S. 32 f.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kodifikation, eines Teilgebiets […] oder der Gesamtrechtsordnung«[820]. Aus der Systematik der zugrundeliegenden Vorschriften lässt sich die Stellung und Funktion der entscheidenden Stelle im Verhältnis zu anderen Funktionen und Stellen ableiten, wobei der Grundsatz der Gewaltenteilung als übergreifendes Verfassungsprinzip dient. Dieses Verhältnis zwischen den zur Entscheidung befugten Stellen beschreibt dann funktionell-rechtliche Erwägungen, in denen der Gewaltenteilungsgrundsatz zum Ausdruck kommt. Funktionell-rechtliche Gründe können folglich im Wege einer systematischen Auslegung des zugrundeliegenden Normenprogramms im Einzelfall als Indiz für eine normative Ermächtigung herangezogen werden, sie ersetzen eine normative Ermächtigung allerdings nicht.[821]

Die Rechtsprechung versucht mit der Einordnung unter Fallgruppen funktionell-rechtliche Gründe greifbar zu machen.[822] Allein das Vorliegen einer Fallgruppe kann allerdings nicht mit Sicherheit für eine administrative Letztentscheidungsbefugnis sprechen. Als Beispiel sei die Beurteilung von weisungsunabhängigen pluralistisch besetzen Gremien genannt, welche sich durch eine erhöhte Fachexpertise auszeichnen.[823] Grundsätzlich kann sich die Rechtsprechung in Verfahren immer Sachverständiger bedienen, um komplexe Sachverhalte aufzuklären[824], so dass das Argument, die Verwaltung weise in bestimmten Materien eine höhere Fachexpertise auf, nicht tragbar ist. Insbesondere im Rahmen der Beschaffung ist die Kenntnis der Verwaltung von den verfügbaren Lösungsmöglichkeiten sogar häufig

820 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 744.

821 Im Ergebnis auch: *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 622; *Schoch*, JURA 2004, S. 612, 615 f.; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 40; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 371, 374 f.; a.A. *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 134–138.

822 Vgl. zu Prüfungsentscheidungen: BVerfGE 84, 34 (50 ff.); 84, 59 (73 ff.). Vgl. zu Entscheidungen von unabhängigen, pluralistisch besetzten Gremien: BVerwG, 23.1.1961 – BVerwG II C 129/59, NJW 1961, S. 1321, 1323; BVerwGE 59, 213 (216 f.); 91, 221 (215 f.); 99, 371 (377 f.); 129, 27 (33). Vgl. zu beamtenrechtlichen Bewertungen: BVerwGE 21, 127 (S.); 60, 245 (S.); 97, 128 (129); BVerfGE 39, 334 (354). Vgl. zu Prognoseentscheidungen: BVerwGE 79, 208 (213); 82, 295 (299 ff.); 72, 300 (316 f.); 81, 185 (190 ff.). Zur Kritik an den einzelnen Fallgruppen ausführlich: *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 341; *Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz, S. 386 ff.

823 Vgl. BVerwGE 12, 20 (26 f.); 59, 213 (216 f.); 91, 221 (215 f.); 99, 371 (377 f.); 129, 27 (33).

824 Vgl. BVerfGE 88, 40 (58); *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 585.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als gering einzustufen.[825] Ferner laufen Fallgruppen Gefahr, die rechtliche Anbindung zu verlieren und unreflektiert übernommen zu werden.[826] Insofern muss für jedes einzelne Normprogramm ermittelt werden, ob eine administrative Letztentscheidungsbefugnis vorliegt.

cc. Normative Ermächtigungslehre

Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung sind nur durch eine normative Ermächtigung zu begründen. Dies ist die Prämisse der Lehre von der normativen Letztentscheidungsermächtigung.[827] Diese Lehre bildet das durch den Grundsatz der Gewaltenteilung geforderte Zusammenspiel zwischen den drei staatlichen Funktionen ab, an dessen Ende die Herausbildung von Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung steht.[828] Der Gesetzgeber schafft einen verbindlichen Handlungsrahmen für Verwaltung und Rechtsprechung, die ihrerseits gem. Art. 20 Abs. 3 GG an das Recht und die Gesetze gebunden sind.[829] Abschließend legt der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung fest, indem der Verwaltung die Letztentscheidungsbefugnis übertragen und implizit der Gerichtsbarkeit eine Kontrollrücknahme vorgeschrieben wird.

Diese Vorgehensweise ist damit zu begründen, dass es sich bei der Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG um ein schrankenloses Grundrecht handelt. Das schrankenlose Grundrecht kann wiederum nur durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden.[830] Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Einheit der Verfassung.[831]

825 Zur Notwendigkeit der Markterkundung im Bedarfsdeckungsprozess: Teil 1, Kap. 1, D. I., 2., b.

826 Ein Gegenbeispiel bietet das BVerwG, indem es in ausdrücklicher Abkehr von der Rechtsprechung des BVerfG (BVerfGE 83, 130 (138)) die Entscheidungen der Prüfstelle für jugendgefährdende Medien vollständig gerichtlich zu überprüfen erkennt. S. BVerwG, 30.10.2019 – 6 C 18/18, NVwZ 2020, S. 233, 235.

827 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184a-184c, 186; BVerfGE 61, 82 (111); 129, 1 (22).

828 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180; *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405, 410; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 343.

829 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 186.

830 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 340 f.; vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 184.

831 *Manssen*, Staatsrecht II, § 8 Rn. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dieses kollidierende Verfassungsrecht muss durch eine formell-gesetzliche Grundlage zum Ausdruck kommen.[832] Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss zur Begründung von normativen Letztentscheidungsbefugnissen ein hinreichend gewichtiger Sachgrund vorliegen.[833] Je weiter die Kontrolle der Gerichte eingeschränkt wird, desto gewichtiger muss der dafür vorgebrachte Sachgrund im Sinne der Verhältnismäßigkeit sein.[834] Im Ergebnis muss daher aus den der Entscheidung zugrundeliegenden Normen ein hinreichend gewichtiger Grund zu ermitteln sein, der den effektiven Rechtsschutz in verhältnismäßiger Weise einschränken kann.

Ob eine normative Befugnisübertragung vorliegt, ist dann vor allem durch eine systematische Auslegung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramms zu ermitteln.[835] Wortlaut und Historie der Norm werden selten ergiebig sein. Bei der systematischen Auslegung ist der Inhalt der Norm aus dem Zusammenhang ebenjener mit anderen Vorschriften zu ermitteln.[836] Eine systematische Auslegung ist notwendig, denn die Entscheidung der Verwaltung stützt sich regelmäßig nicht nur auf eine singuläre Norm, sondern entsteht durch ein Zusammenspiel von Organisations-, Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften, sowie materieller Prinzipien.[837] So sind die besondere Stellung, Organisation und Arbeitsweise der mit der Entscheidung betrauten Stelle zu berücksichtigen.[838] Dies bedeu-

832 Ähnlich erfordert die Beschränkung von Art. 47 GrCh nach Art. 52 Abs. 1 GrCh eine gesetzliche Regelung, die ihrerseits verhältnismäßig ist und den von der Union anerkannten Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht.

833 BVerfGE 129, 1 (23); vgl. *Hoffmann-Riem/Pilniok,* in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 122; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 622.

834 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., Art. 19 Abs. 4 Rn. 128; *Wendel*, Verwaltungsermessen im Mehrebenensystem, S. 412; vgl. auch *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 68.

835 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187. Vgl. auch BVerfGE 129, 1 (22); BVerwGE 158, 387 (396 Rn. 29); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 84; *Schenke*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 589; *Bullinger*, JZ 1984, S. 1001, 1007.

836 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 744.

837 *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht als allgemeine Ordnungsidee, Kap. 4 Rn. 67; *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 41. Für eine »Einzelnormanalyse« unter anderem: *Ludwigs*, JZ 2009, S. 290, 295; *Burgi*, NJW 2006, S. 2439, 2444; *Jacob/Lau*, NVwZ 2015, S. 241, 242.

838 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 187; *Hill*, NVwZ 1989, S. 401, 403; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 78; vgl. auch *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tet, dass bei der Auslegung auch (verfassungs-)rechtliche Erwägungen der Organadäquanz, mithin funktionell-rechtliche Gründe Berücksichtigung finden können, wenn sie sich aus der Systematik der zugrundeliegenden Vorschriften ableiten.[839] Bei der Auslegung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normprogramms ist auch die Intensität der Beeinträchtigung materieller Grundrechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit in Betracht zu ziehen.[840] Im Ergebnis ist also zwingend eine normative Ermächtigung, mithin eine gesetzliche Grundlage zur administrativen Letztentscheidung zu ermitteln.

dd. Grundrechtsbetroffenheit?

Die Grundrechtsbetroffenheit desjenigen, der von der Rücknahme der Kontrolldichte betroffen ist, schafft nach allgemeiner Ansicht keine weitere, eigenständige Kategorie in der Kontrolldichtendogmatik, denn die Intensität der Kontrolle richtet sich allein nach Art. 19 Abs. 4 GG.[841] Die vom Einzelfall abhängige Grundrechtsbeeinträchtigung des Individuums ist nicht geeignet, allein den Umfang der Kontrollintensität zu bestimmen, denn die konkreten Umstände des Eingriffs können nicht die »abstrakte Frage«[842] nach der normativen Ermächtigung lösen.[843] Obgleich die Intensität der Grundrechtsbetroffenheit des Einzelnen keinen verbindlichen Gradmesser zur Bestimmung von Letztentscheidungsbefugnissen im Verhältnis von Verwaltung und Rechtsprechung bildet, wird überwiegend vertreten, dass die

839 Vgl. *Wahl*, NVwZ 1991, S. 409, 411. Zur Organadäquanz als positive Ausprägung der Gewaltenteilung: Teil 1, Kap. 2, C., II., 2., a. Zu funktionell-rechtlichen Gründen, die zwar keine normative Ermächtigung ersetzen, aber im Wege der systematischen Auslegung herangezogen werden können, sofern sie sich aus dem der Entscheidung zugrundeliegendem Normprogramm ergeben: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., bb.

840 Dazu: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., dd. *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 297; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 397 ff.; vgl. auch *Geis*, NVwZ 1992, S. 25, 29; *Redeker*, NVwZ 1992, S. 305, 308; *Reidt*, DÖV 1992, S. 916, 919 f.; *Hufen*, JuS 1992, S. 249, 250; *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 772, 775 f.; *Burgi*, DVBl. 2006, S. 269, 274.

841 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 180a; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 618 f.; *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114 Rn. 297; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 470; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 398.

842 *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, S. 281, 282.

843 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 618; *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1997, S. 281, 282.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wahrscheinlichkeit der Zulässigkeit einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis mit der steigenden Grundrechtsbeeinträchtigung sinke.[844] Dies ergebe sich unter anderem aus der Wesentlichkeitstheorie, nach der das Parlament in grundrechtswesentlichen Materien eine Regelung zu treffen habe.[845] Der Gesetzgeber müsse grundrechtswesentliche Bereiche selbst regeln und zumindest auch die Durchsetzung dieser Rechte in seinen Erwägungen berücksichtigen.[846]

Allerdings ist zwischen der Dimension von Gesetzgeber und Verwaltung sowie der Dimension von Verwaltung und Rechtsprechung zu unterscheiden. Die Grundrechtsbeeinträchtigung löst das funktionelle Spannungsverhältnis zwischen dem Gesetzgeber und der Verwaltung aus – so bedarf es in Bereichen mit wesentlichem Bezug zur Grundrechtsverwirklichung zwingend einer rechtlichen Grundlage durch den Gesetzgeber.[847] Der Bezug zur Grundrechtsausübung entscheidet mitunter über die Dichte des materiell-rechtlichen Normprogramms. Das Funktionenproblem der reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte bildet hingegen das vom Gesetzgeber geregelte Verhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung ab. Nur der Gesetzgeber kann der Verwaltung mittels normativer Ermächtigung eine Letztentscheidungsbefugnis zuweisen, die nicht oder nur reduziert durch die Gerichte kontrolliert wird. Hierbei ist der nationale Gesetzgeber an Art. 19 Abs. 4 GG bzw. Art. 47, 52 GrCh gebunden. Bei der Erteilung dieser normativen Ermächtigung können durchaus Grundrechte Relevanz entfalten, nämlich insofern, als in besonders grundrechtssensiblen Bereichen der Gesetzgeber zur besonderen Begründung bei der Ermächtigung der Verwaltung zur Letztentscheidung verpflichtet ist.[848] Denn administrative Letztentscheidungsbefugnisse können die erschwerte Durchsetzung von subjektiven Rechten zur Folge haben, was wiederum die Effektivität des Rechtsschutzes schmälert.[849] Das bedeutet aber wiederum, dass sich aus dem zugrundeliegenden Normenprogramm, welches einen grundrechtssensiblen Bereich berührt und aus dem sich vermeintlich eine adminis-

844 Vgl. *Geis*, NVwZ 1992, S. 25, 29; *Redeker*, NVwZ 1992, 305, 308 f.; *Reidt*, DÖV 1992, S. 916, 919 f.; *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 772, 775 f.; *Brohm*, JZ 1995, S. 369, 370 f.; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 396.

845 *Geis*, NVwZ 1992, S. 25, 29; *Reidt*, DÖV 1992, S. 916, 919 f.

846 Zum Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie: Teil 1, Kap. 2, C., III., 2.

847 Zum Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie: Teil 1, Kap. 2, C., III., 2.

848 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 622.

849 Vgl. *Voßkuhle*, Rechtsschutz, S. 182.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trative Letztentscheidung ergibt, besonders gewichtige Gründe für die Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle ergeben müssen. Damit bestehen aber nur erhöhte Anforderungen an die Begründung einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis in grundrechtssensiblen Bereichen, sie sind nicht *per se* unzulässig.

b. Arten von Spielräumen und Letztentscheidungsbefugnissen

Der Gesetzgeber kann der Verwaltung also administrative Spielräume mit Letztentscheidungsbefugnis gegenüber der Rechtsprechung zuweisen. Administrative Spielräume werden allgemein in Ermessen, Beurteilungsspielraum, Planungsermessen und das Regulierungsermessen unterschieden.[850] Diese Unterteilung beruht auf der Prämisse, dass zwischen konditional abgefassten Normen (»Wenn-Dann«-Bedingung) und final abgefassten Normen (»Zielerreichung«) normstrukturell unterschieden werden kann.[851] Eine konditional abgefasste Norm wiederum lässt sich in die Bestandteile von Tatbestand und Rechtsfolge aufgliedern. Während das Ermessen eine administrative Wahlfreiheit auf Rechtsfolgenseite bezeichnet[852] und durch Begriffe wie »darf«, »kann« oder »ist ermächtigt« indiziert wird,[853] finden sich Beurteilungsspielräume auf der Seite des Tatbestandes wieder, wobei zur Annahme des Beurteilungsspielraums ein unbestimmter Rechtsbegriff notwendig ist.[854] Ein Planungsermessen kommt der Verwaltung hingegen nur auf Grundlage einer finalen Normstruktur zu.[855] Im Rahmen der Zielerreichung muss die Verwaltung dann widerstreitende Belange gegeneinander abwägen. Der Fall des Regulierungsermessens hingegen stellt eine Verschränkung von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite dar, in dem auf Tatbestandsseite ein Beurteilungsspielraum und auf Rechtsfolgenseite ein

850 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8; *H. A. Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 114.

851 *Jestaedt*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 12.

852 *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Stand: 35. EL Sep. 2018), § 114 Rn. 13; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 114 Rn. 16; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 7.

853 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 9.

854 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 26. Vgl. dazu *Bachof*, JZ 1955, S. 97 ff.; *Ule*, in: GS Jellinek, S. 309, 311 ff.

855 BVerwGE 34, 301 (304 ff.); 48, 56 (59); BVerwG, 9.2.2015 – 4 BN 20.14, ZfBR 2015, S. 489 Rn. 5; *Riese*, in: Schoch/Schneider, VwGO, § 114 Rn. 183 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ermessen vorliegt.[856] Die Rechtsordnung bringt also zahlreiche Variationen an Spielräumen hervor. Hieran schließt sich eine ebenso differenzierte Fehlerlehre an.

Diese Differenzierung in unterschiedliche Gruppen lässt sich jedoch in Frage stellen. Die Zweiteilung von Ermessen und Beurteilungsspielraum geht ursprünglich auf *Reuss*[857] zurück und ist nicht in jeder Rechtsordnung anzutreffen.[858] In England und Frankreich wird zum Beispiel nicht zwischen Ermessen und Beurteilungsspielraum unterschieden.[859] Letztere Rechtsordnung war unter anderem Vorbild für das unionale Rechtsschutzsystem. So unterscheidet die unionale Rechtsprechung zur Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte ebenfalls nicht zwischen Spielräumen auf Seiten von Tatbestand und Rechtsfolge, sondern verweist auf die »*discretion*« der Einrichtungen, um einen administrativen Spielraum mit Letztentscheidungsbefugnis zu kennzeichnen.[860] Das Unionsrecht kennt keine Unterscheidung zwischen Gestaltungs-, Einschätzungs- und Ermessensspielräumen. Ein derartiger Rechtsvergleich legt wiederum nahe, dass Entscheidungsspielräume auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene im Grundsatz ähnlich sind und ähnliche Entscheidungsstrukturen aufweisen. Dies spricht für eine ähnliche Behandlung von Entscheidungsspielräumen in der deutschen Rechtsordnung.

Ungeachtet dessen bereitet es Schwierigkeiten, in der Normstruktur einer Vorschrift unterschiedliche Spielräume mit unterschiedlichen Fehlerlehren zu verorten, weil die konkrete Formulierung von Normen häufig rein zufäl-

856 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 65; *Ludwigs*, JZ 2009, S. 290, 291.

857 Die Aufteilung und Zuordnung gehen im Kern auf folgende Beiträge zurück: *Reuss*, DVBl. 1953, S. 585 ff., *ders.*, DVBl. 1953, S. 649, 651. Im Anschluss kritisch: *Schütz*, DÖV 1954, S. 557 f. Zustimmend dann: *Bachof*, JZ 1955, S. 97, 98.

858 Diese Unterscheidung findet sich z.B. auch in den Rechtsordnungen Polens, Österreichs und der Schweiz. S. dazu *Huber*, in: von Bogdandy/Cassese/ders., Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 5, § 73 Rn. 190; vgl. auch *Grabenwater*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 5, § 90 Rn. 19 ff.

859 *Ludwigs*, DÖV 2020, S. 405, 409; *Huber*, in: von Bogdandy/Cassese/Huber, Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. 5, § 73 Rn. 188 ff.; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 111 f., 192 ff., 235 f.; *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, S. 47 f.; *Jestaedt*, in: Pünder/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 32.

860 *Bleckmann*, Europarecht, Rn. 862 ff.; vgl. auch *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 127; vgl. auch *Pache*, Tatbestandliche Abwägung, S. 111; *ders.*, DVBl. 1998, S. 380, 384; *Wendel*, Verwaltungsermessen, S. 46; *Schwarze*, NVwZ 2000, S. 241, 249.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lig bleibt.[861] Ob sich ein Spielraum auf Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite eröffnet, ist oftmals dem Zufall überlassen. So kann ein unbestimmter Rechtsbegriff mit gebundener Entscheidung ebenfalls in ein Ermessen umgedeutet werden. Wenn aber diese Festlegung rein zufällig ist, ergibt es keinen Sinn, eine differenzierte Fehlerlehre anzuschließen.

Diese Erwägungen sprechen dafür, administrative Spielräume einheitlich zu behandeln. Im Ergebnis wird daher der administrative Autonomiebereich keinem der Spielräume untergeordnet, sondern als einheitlicher Bereich der Eigensteuerung begriffen.

c. Kontrolle des Entscheidungsverfahrens

Autonomie betrifft einen Zustand beim Treffen einer Entscheidung. Der finalen Entscheidung geht aber ein Entscheidungsverfahren voraus. Um eine Entscheidung treffen zu können, müssen wesentliche Erwägungen als Entscheidungsgrundlage gesammelt und festgelegt werden. Dabei müssen eventuell auch andere Personen angehört oder eine besondere Begründung abgegeben werden. Insofern ist es als rechtsstaatlicher Ausgleich der mangelnden Ergebniskontrolle möglich, dass zumindest das Entscheidungsverfahren (auf die Berücksichtigung bestimmter Aspekte) gerichtlich überprüft wird.[862] Die Gerichte können überprüfen, ob zumindest das zur Entscheidung notwendige Verfahren rechtmäßig abgelaufen ist, ob der Entscheidung eine vernünftige Sachverhaltsermittlung vorausgegangen ist oder die Entscheidung begründet wurde. Überprüft wird also, ob der staatliche Amtsträger zumindest »auf dem richtigen Weg« zur Entscheidung gelangt ist. Auf diese Weise wird der Verwaltung ein Bereich der Eigensteuerung überlassen, denn die finale Entscheidung steht nicht unmittelbar zur Disposition durch andere Organe.

Die Notwendigkeit der Kontrolle von bestimmten Entscheidungsparametern ergibt sich zum einen aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.[863] Subjektive Rechte können nicht durchgesetzt werden, wenn Verfah-

861 *Gerhardt*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO (Stand: 35. EL Sep. 2018), § 114 Rn. 3, Vorb. § 113 Rn. 18 ff.; *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 620.

862 Bspw. werden unbestimmte Rechtsbegriffe auf Verfahrensfehler, sachfremde Erwägungen oder darauf, dass die Behörde von einem falschen Sachverhalt ausgegangen ist, kontrolliert. S. dazu: BVerfGE 84, 34 (53 f.)

863 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 109 Rn. 24; *Laubinger*, VerwArch 73 (1982), S. 60, 83 ff. Hingegen ergeben sich Verfah-

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rensvorschriften die Durchsetzung verhindern. Ein Verfahren muss so ausgestaltet sein, dass diese Rechte durchgesetzt werden können. Ein Verfahren ist ein Mittel zur Rechtmäßigkeitskontrolle und vermittelt Rationalität bei staatlichen Entscheidungsverfahren.[864] Denn ein Verfahren schafft Vorhersehbarkeit bei der Entscheidungsfindung und liegt somit im Interesse der rechtsstaatlichen Rechtssicherheit. So kann die Regelung des Verfahrens einen rechtsstaatlichen Ausgleich für eine geringe Regelungsdichte bieten.[865] Im Unionsrecht folgt die Notwendigkeit der Kontrolle des Verwaltungsverfahrens unmittelbar aus den Grundfreiheiten, die auch als Verfahrensrechte gelten.[866] Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten zeigt sich insbesondere im Kartellvergaberecht, für das (vor der umfangreichen Harmonisierung durch das Sekundärrecht) Verfahrensvorgaben, wie der Grundsatz der Transparenz, aus den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot hergeleitet wurden.[867] Erfolgt eine Kontrolle auf die Einhaltung derartiger Verfahrenserfordernisse, wie Begründungs- oder Dokumentationserfordernisse etc., beschränkt dies grundsätzlich nicht den staatlichen Amtsträger in seinem Autonomiebereich. Der Inhalt der Entscheidung wird durch bestimmte Verfahrenserfordernisse grundsätzlich nicht abgeändert. Es sind zwar die Verfahrensparameter vorgegeben auf Grundlage deren der Staat seine Entscheidung zu fällen hat, liegen diese aber vor, genießt der Verwaltungsträger einen Freiraum, welche Entscheidung er im Einzelnen fällen will und wie die einzelnen Erwägungen zu

renserfordernisse nicht unmittelbar aus den materiellen Grundrechten. So aber: BVerfGE 52, 380 (390); 53, 30 (65 f.); 65, 1 (44); *Badura*, Staatsrecht, C Rn. 21; *Pünder*, in: Ehlers/ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 15.

864 *Pünder*, in: Ehlers/ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 15; *Huber*, Grundrechtsschutz, S. 80; *Schmidt-Aßmann*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 109 Rn. 2.

865 Vgl. *Bullinger*, JZ 1984, S. 1001, 1009. Vgl. zur unionalen Praxis: *Pache*, DVBl. 1998, S. 380, 385.

866 Vgl. EuGH, 7.5.1991 – C-340/89 – ECLI:EU:C:1991:193 Rn. 22 (Vlassopoulou); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Rn. 195; *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 41; *Graske*, Die verfahrensrechtliche Dimension der Grundfreiheiten, S. 277–296; *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 505.

867 Vgl. EuGH, 18.11.1999 – C-275/98 – ECLI:EU:C:1999:567 Rn. 31 (Unitron Scandinavia A/S); 7.12.2000 – C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 Rn. 61 (Teleaustria); 18.10.2001 – C-19/00 – ECLI:EU:C:2001:553 Rn. 41 (SIAC); 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 45 (Hospital Ingenieure); 12.12.2002 – C-470/99 – ECLI:EU:C:2002:746 Rn. 91 (Universale-Bau). Zum Grundsatz der Transparenz als Grenze der Beschaffungsautonomie: Teil 2, Kap. 1, B., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gewichten sind. Insofern belassen derartige Verfahrensvorgaben tendenziell einen Bereich der Eigensteuerung.

3. Zwischenergebnis

Den Gerichten obliegt die rechtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen. Diese Kontrolle muss wiederum im Grundsatz lückenlos erfolgen. Die Rechtsprechung kann entsprechend dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes administrative Entscheidungen, die gegen das Recht verstoßen, abändern oder gar aufheben. Indem vom Tenor der Gerichtsentscheidung eine Tatbestandswirkung ausgeht (vgl. § 121 VwGO, § 179 Abs. 1 GWB), darf die Verwaltung nicht entgegen den gerichtlichen Feststellungen entscheiden und handeln. Eine mittelbare Bindungswirkung der Urteile für vergleichbare, aber neue Sachverhalte folgt dann aus der Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG, dass vergleichbare Fälle nicht anders beschieden werden.[868] In der gerichtlichen Kontrolle liegt die Möglichkeit der »Fremdsteuerung« der Verwaltung durch die Gerichte. Der administrative Entscheidungsspielraum, mithin der Autonomiebereich, ist dann begrenzt. Spiegelbildlich besteht ein administrativer Autonomiebereich in einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis, die keiner weiteren Kontrolle unterliegt. Administrative Letztentscheidungsbefugnisse sind allerdings eine begründungsbedürftige Ausnahme vom Grundsatz einer lückenlosen Rechtskontrolle. Sie bedürfen der normativen Verankerung durch den Gesetzgeber.

V. Verhältnis der beiden Begründungsansätze zueinander

Nach der Arbeitsdefinition stellt Autonomie in dem hier verstandenen Sinne den Entscheidungs- und Handlungsspielraum über eigene Belange dar, der durch die Abwesenheit von äußeren steuernden Vorgaben oder nachträglicher gerichtlicher Kontrolle entsteht.

Durch eine geringe Regelungsdichte, die der Verwaltung bei der Ausfüllung der Normen einen weiten Entscheidungs- und Handlungsspielraum belässt, verbleibt der Verwaltung ein Autonomiebereich. Je dichter das Ent-

868 Zur Selbstbindung der Verwaltung aus Art. 3 Abs. 1 GG: *Thiele*, in: Dreier, GG, Art. 3 Rn. 72; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 192.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheidungsverhalten der Verwaltung durch gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, desto geringer ist der administrative Anteil an einer schöpferischen Eigenleistung.[869] In den Bereichen, in denen keine oder nur vereinzelt rechtliche Regelungen bestehen, verbleibt der Verwaltung ein weiter Bereich der Eigensteuerung. Wie weit dieser Bereich reicht, ist allerdings im Einzelfall anhand der der Entscheidung zugrundeliegenden Normen zu bestimmen. Feste Leitplanken der Bestimmung des Autonomiebereichs sind wesentliche Materien, die den Gesetzgeber zur Regelung von staatlichem Verhalten verpflichten und folglich für die Verwaltung ein bestimmtes Entscheidungsprogramm vorgeben.[870] Das betrifft häufig Materien mit einem Bezug zur Verwirklichung der Grundrechte, aber auch solchen Materien, die fundamentale Auswirkungen auf den Staat und sein Gefüge haben. Wo subjektive Rechte betroffen sind, wie bspw. im Rahmen einer Enteignung, besteht grundsätzlich kein Autonomiebereich der Verwaltung, denn der Gesetzgeber muss konkrete Ermächtigungsgrundlagen schaffen, an die die Verwaltung gebunden ist. Infolgedessen ist im Einzelfall zu ermitteln, welche Steuerungskraft von den gesetzlichen Vorgaben für die Verwaltung ausgeht. Administrative Autonomie entsteht dort, wo der Verwaltung mangels gesetzlicher Regelung tendenziell ein weiter Bereich der Eigensteuerung verbleibt.

Andererseits kann ein Autonomiebereich entstehen, wenn der Gesetzgeber der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis gegenüber der Judikative zuweist. Denn dann kann die administrative Entscheidung auf entsprechende Aspekte nicht nachträglich kontrolliert werden. Bei der Zuweisung von administrativen Letztentscheidungsbefugnissen ist der Gesetzgeber aber an die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG und die unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 47 GrCh gebunden, über deren Einfalltor die potenzielle grundrechtliche Relevanz der Verwaltungsentscheidung berücksichtig werden kann. In Bereichen, die kaum grundrechtsrelevant sind, muss der Gesetzgeber keine konkreten Ermächtigungsgrundlagen erlassen, so dass das der Entscheidung zugrundeliegende Normprogramm grundsätzlich schwächer ausgestaltet ist. In der Regel wird dieser Bereich dann allein durch Aufgaben-, Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften determiniert. Dennoch müssen i.S.d. normativen Ermächtigungslehre zwingend administrative Letztentscheidungsbefugnisse ausge-

869 Vgl. *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, S. 23; *Gerlach*, Entscheidungsspielräume der Verwaltung, S. 148.

870 S. Teil 1, Kap. 2, C., III., 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wiesen werden. Denn die gerichtliche Kontrolle kann weiterhin auf die Einhaltung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramms erfolgen. In diesem Fall lässt sich im Sinne der normativen Ermächtigungslehre argumentieren, dass die Abwesenheit weiterer konkreter gesetzlicher Vorgaben in der Hinsicht eine administrative Letztentscheidungsbefugnis zur Folge haben soll.

Die relative Eigenständigkeit der Verwaltung, die sich aus dem funktionalen Zusammenspiel der Verwaltung zwischen gesetzlichen Vorgaben und nachträglicher rechtlicher Kontrolle ergibt, ist damit im Einzelfall anhand des zugrundeliegenden Normprogramms auszuloten.[871] Ein administrativer Autonomiebereich besteht dort, wo ein Entscheidungsspielraum (also die rechtliche Möglichkeit zwischen mindestens zwei verschiedenen Entscheidungen auszuwählen) vorliegt, auf den der Einfluss des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung gering ist.

D. Begründung der Beschaffungsautonomie als Autonomiebereich

Ein administrativer Autonomiebereich lässt sich also anhand des Zusammenspiels von gesetzlichen Vorgaben und gerichtlicher Kontrolle ermitteln. Wie ordnet sich nun die Beschaffungsautonomie in dieses Kompetenzgefüge ein? Wenn diese Frage überhaupt auf das Interesse stößt, dann allenfalls in der vergaberechtlichen Rechtsprechung.[872] Diese rekurriert zur Begründung der staatlichen Letztentscheidungsbefugnis bei der Bedarfsdefinition beispielsweise auf die Kompetenzverteilung zwischen Gerichten und dem Rechnungshof. So könne die Bedarfsdefinition nicht auf ihre Rechtmäßigkeit kontrolliert werden. Ihre Kontrolle sei allenfalls die Aufgabe des Rechnungshofs.[873] Grundsätzlich erfolgt in der Praxis nur eine stark reduzierte

871 Vgl. auch *Dreier*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137, 154 f.; *Hoffmann-Riem*, AöR 130 (2005), S. 5, 51 f. Krit. *Peters*, Eigenständigkeit der Verwaltung, S. 14–25.

872 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834. Ähnlich auch die VK Bund, 8.1.2004 – VK1 – 117/03, S. 9, nach der es weder Aufgabe noch Kompetenz der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen sei, die Bedarfsdefinition zu kontrollieren. An anderen Stellen wird allerdings auf eine Begründung verzichtet: vgl. OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735.

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

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gerichtliche Kontrolle der Bedarfsdefinition, die sich auf eine Willkürkontrolle beschränkt.[874]

Das Zusammenspiel gesetzlicher Vorgaben und gerichtlicher Kontrolle soll also in Bezug auf die Beschaffungsautonomie des Staates untersucht werden. Die Beschaffungsautonomie wird dabei als rechtlicher Autonomiebereich beim Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit zur Aufgabenerfüllung verstanden.[875] Das im Rahmen dieser Arbeit vertretene Verständnis von der Autonomie als einem Phänomen der Eigensteuerung der Verwaltung erfordert die Untersuchung des rechtlichen Spielraums ausgehend von der Verwaltung als primärem Akteur der Bedarfsdeckung im Einzelfall.[876] Tatsächlich sind der Verwaltung kaum gesetzliche oder rechtliche Vorgaben bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung gemacht, so dass die grundsätzlich geringe Dichte des der Entscheidung zugrundeliegenden Normprogramms der Verwaltung einen relativ weiten Bereich der Eigensteuerung belässt (I.). Diese gesetzlichen Vorgaben sind teilweise unterschiedlich dicht zu kontrollieren (II.). Auch aus dem Unionsrecht ergeben sich keine strengeren Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle (III.).

I. Gesetzliche Vorgaben durch die Legislative für die Bedarfsdeckung

Die Bedarfsverwaltung wird häufig als ein Bereich der weitestgehend gesetzesfreien Verwaltung, oder auch der nicht gesetzesakzessorischen Verwaltung bezeichnet.[877] Dieser Begriff bezeichnet Bereiche, in denen nur

874 Vgl. OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/21, NZBau 2012, S. 785, 789; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – VII 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625; OLG München, 9.3.2018 – Verg 10/17, NZBau 2018, S. 427, 429 Rn. 37; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139; OLG Rostock, 1.9.2021 – 17 Verg 2/21, NZBau 2021, S. 750, 752 Rn. 36; BayObLG, 29.7.2022 – Verg 13/21, NZBau 2023, S. 135, 137 Rn. 34; OLG Frankfurt, 16.4.2019 – 11 Verg 2/19, juris Rn. 79; LG Bonn, 26.10.2022 – 1 O 161/22, juris Rn. 26; VK Südbayern, 28.1.2019 – Z3–3–3194–1–35–10/18, juris Rn. 112.

875 Stimmen in der Literatur bezeichnen die Beschaffungsautonomie teilweise als einen politischen Freiraum: vgl. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 74; *Bock*, Europäisches Vergaberecht, S. 7.

876 Vgl. *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 237.

877 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 27; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 308.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine sehr geringe normative Dichte besteht.[878] Die Bezeichnung ist missverständlich, da sie suggeriert, dass im Rahmen der Bedarfsverwaltung keine gesetzlichen Vorgaben existieren. Im Rahmen der Bedarfsverwaltung bewegt sich die Verwaltung im Rahmen der staatlichen Aufgaben und muss sich an die haushaltsrechtlichen Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG), Zuständigkeits- und Kompetenzvorschriften, vergaberechtlichen Vorschriften sowie übergeordneten Regelungen und Grundsätze, insbesondere das Europarecht und die Grundrechte, halten.

Im Zusammenhang mit der Bedarfsdeckung stellt sich die Frage, wie weit der administrative Entscheidungsspielraum durch derartige gesetzliche Vorgaben beschränkt ist. Gesetzliche Maßstäbe können unmittelbar steuernd auf die Bedarfsdefinition, Beschaffungsentscheidung und Leistungsbestimmung Einfluss nehmen. Diese gesetzlichen Vorgaben sind zugleich auch Grenzen der Beschaffungsautonomie, da sie der Verwaltung bestimmte Vorgaben zur Entscheidungsfindung machen und sie auf diese Weise »fremdsteuert«.

I. Vorhandene rechtliche Maßstäbe

Aufgrund des Vorrangs des Gesetzes muss die Verwaltung bei ihren Entscheidungen eine Vielzahl unterschiedlicher Vorschriften beachten. Die Untersuchung beschränkt sich hingegen auf die für die Bedarfsdeckung und insbesondere die für die rechtsgeschäftliche Beschaffung relevantesten Vorgaben. Als vorhandene gesetzliche Maßstäbe kommen die gesetzlichen Aufgaben (a.), Normen mit Bedarfsbezug (b.), haushaltsrechtliche Bestimmungen (c.) und vergaberechtliche Regelungen (d.) in Betracht.

a. Aufgabennorm und Zuständigkeitsvorschriften

Ziel der Bedarfsdeckung ist die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe.[879] Staatliche Aufgaben sind solche, die der Staat zulässigerweise wahrnimmt – eine gesetzliche oder rechtliche Grundlage ist mithin impliziert. Wenn

878 Vgl. *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 13 f.; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 10.

879 Zur Erfüllung staatlicher Aufgaben als Grund und Ziel der Bedarfsdeckung: Teil 1, Kap. 1, B., II. und Teil 1, Kap. 2, B., I. und III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Verwaltung mittels Beschaffung oder Eigenfertigung ihre eigene Funktionsfähigkeit und damit die Erfüllung von gesetzlich umrissenen Aufgaben gewährleistet, bewegt sie sich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Da die Bedarfsdeckung zur Aufgabenerfüllung verpflichtend ist, sind die gesetzlichen Aufgaben zugleich auch Maßstab der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung.[880] Die Aufgabennorm schreibt als abstrakt-generelle Norm allerdings keinen konkreten Bedarf vor,[881] vielmehr bleibt die Aufgabennorm im Sinne einer finalen Bestimmung lediglich auf ein Ziel verpflichtend, so dass die Verwaltung eine wesentliche Eigenleistung erbringen muss. Diese Eigenleistung besteht darin, dass die Verwaltung diejenigen Güter und Dienstleistungen auswählt, die die in Rede stehende Aufgabe in geeigneter Weise erfüllen können.[882] Das Entscheidungsprogramm ist durch den Gesetzgeber also nur im Hinblick auf das Ziel, das in der Erfüllung der Aufgabe und dem Erhalt der Funktionsfähigkeit liegt, aber nicht auf die Mittel vorgegeben. Im weiteren Sinne konkretisiert die Verwaltung mit der Bedarfsdefinition die Aufgabennorm, indem die Verwaltung bestimmt, was nach ihrer Vorstellung zur Aufgabenerfüllung benötigt wird. Insgesamt gibt die Aufgabenstellung also nur eine schwache rechtliche Programmierung vor, so dass der Verwaltung ein weiter Eigenbereich verbleibt, der in dem Entscheidungsspielraum besteht, wie und mit welchen Mitteln die Aufgabe erfüllt werden soll.

b. Normen mit Bedarfsbezug

Normen mit Bedarfsbezug sind solche Normen, die die öffentliche Hand entweder in Anknüpfung an eine konkrete Aufgabe oder abstrakt-generell zur Festlegung bestimmter materieller Eigenschaften des Leistungsgegenstandes verpflichten. Diese Normen gelten unabhängig vom Kartell- und Unterschwellenvergaberecht und schränken die Beschaffungsautonomie ein, indem sie die Bedarfsdeckung durch die öffentliche Hand regulieren.[883] Als Normen mit Bedarfsbezug stehen insbesondere Vorschriften mit ökologischem Bezug im Mittelpunkt, wie § 45 Abs. 2 KrWG, § 13 KSG

880 Zum Prozess der Bedarfsdeckung: Teil 1, Kap. 1, D.
881 Zur Differenzierung zwischen Aufgabe und Bedarf: Teil 1, Kap. 1, B., II., 3.
882 S. Teil 1, Kap. 1, E., I., 1. und Teil 1, Kap. 2, B., III., 2.
883 S. zum SaubFahrzeugBeschG als Grenze der Beschaffungsautonomie: *Schröder*, NZBau 2021, S. 499, 503. Zur Vorgängerregelung: *Knauff*, VergabeR 2021, S. 1, 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und § 5 Abs. 1 SaubFahrzeugBeschG, die die öffentliche Hand zur Einbeziehung bestimmter ökologischer Faktoren in den Bedarfsdeckungsprozess verpflichten. Als spezialgesetzliche Ausprägungen der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG, aber auch aufgrund politischer Handlungsnotwendigkeiten wird der Schutz ökologischer Ressourcen, mithin der Klimaschutz, zu einer Querschnittsmaterie, die auch das Bedarfsdeckungs- und Beschaffungsrecht betrifft.[884] Dies bedeutet, dass die Erwägungen des Klimaschutzes und der ökologischen Nachhaltigkeit in allen staatlichen Entscheidungen mindestens Berücksichtigung finden müssen. Bei näherer Analyse der einzelnen Normen mit Bedarfsbezug offenbaren sich unterschiedliche Instrumente zur Verfolgung der gesetzten Zwecke: Berücksichtigungspflichten (aa.), Bevorzugungspflichten (bb.) und Befolgungspflichten (cc.).

aa. Berücksichtigungspflichten

Ein Berücksichtigungsgebot sieht beispielsweise § 13 Abs. 1 S. 1 KSG vor. Demnach haben Träger öffentlicher Aufgaben auf Bundesebene bei Planungen und Entscheidungen, also auch bei Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung[885], den Zweck des KSG und die zur Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen.[886] Das bedeutet aber nur, dass die öffentliche Hand bei ihren Entscheidungen zumindest die ökologischen Konsequenzen ihres Handelns mit in die Abwägung der Entscheidung einbeziehen muss.[887] Dabei ist nicht auszuschließen, dass im Wege der Abwägung andere Zwecke den Zweck des Klimaschutzes im Ergebnis überlagern können.[888] Insofern verbleibt der Verwaltung weiterhin ein weiter Eigenbereich.

884 *Albrecht*, NuR 2020, S. 370, 378; *Kment*, NVwZ 2020, S. 1537, 1542; vgl. *Siegel*, NZBau 2022, S. 315, 316.

885 Vgl. BT-Drs. 19/14337, 36.

886 Das KSG betrifft in erster Linie nur die Verwaltung auf Bundesebene. § 13 Abs. 1 S. 2 KSG sieht ausdrücklich vor, dass den Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden die Kompetenz verbleibt, das Berücksichtigungsgebot innerhalb ihres Verantwortungsbereichs auszugestalten. Auch auf landesrechtlicher Ebene existieren mittlerweile Klimaschutzgesetze.

887 *Kment*, NVwZ 2020, S. 1537, 1544; a.A. wohl *Siegel*, NZBau 2022, S. 315, 316.

888 Vgl. BVerfGE 157, 30 (139 Rn. 198, 165 Rn. 246); BVerwG, 4.5.2022 – 9 A 7.21, juris Rn. 85; *Albrecht*, NuR 2020, S. 370, 377; *Scharlau/von Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina*, NVwZ 2020, S. 1, 6; *Siegel*, VergabeR 2022, S. 14, 18, 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Bevorzugungspflichten

Stärker ist die Beschaffungsautonomie im Fall von Bevorzugungspflichten eingeschränkt. Derartige Bevorzugungspflichten sehen § 45 Abs. 2 KrWG und § 13 Abs. 2 S. 2 KSG vor.

Nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG sind bei der Beschaffung von Materialien oder Gebrauchsgütern, Bauvorhaben oder sonstigen Aufträgen solche Erzeugnisse mit ökologisch-nachhaltigen Eigenschaften, wie einer ressourcenschonenden Herstellung, Langlebigkeit und Reparaturfreundlichkeit zu bevorzugen. Diese Bevorzugungspflicht gilt unter dem Vorbehalt, dass die Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Im gesamten Beschaffungsprozess, also von der Bedarfsdefinition bis zur Erteilung des Zuschlags, ist die öffentliche Hand an diese Pflicht gebunden.[889]

Eine Bevorzugungspflicht enthält ebenfalls das im Jahr 2019 erlassene KSG. § 13 Abs. 2 S. 1 KSG statuiert die Prüfpflicht für den Bund im Beschaffungsprozess, wie die Beschaffung im Einzelfall zur Erreichung der Klimaziele nach § 3 KSG beigetragen kann. Wenn mehrere Möglichkeiten, also mehrere Leistungen in Betracht kommen, ist der Bund nach § 13 Abs. 2 S. 2 KSG verpflichtet, derjenigen Möglichkeit den Vorzug zu geben, die die Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus zu den geringsten Kosten mindert. Ökologische Kriterien fließen also unmittelbar in den Prozess der Bedarfsdefinition ein. Zwischen mehreren möglichen Handlungsoptionen ist dann die Möglichkeit zu wählen, welche am ehesten dem Zweck des Klimaschutzes dient.

Derartige Bevorzugungspflichten schränken die Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand stärker ein, denn eine Bevorzugungspflicht erfordert nicht nur die Erwägung unterschiedlicher Zwecke, sondern verpflichtet gerade zur unmittelbaren Befolgung und Beachtung jener Ziele.[890] Bevorzugungspflichten beeinflussen daher nicht nur das Entscheidungsverfahren (wie Berücksichtigungspflichten), sondern auch unmittelbar das Ergebnis des Entscheidungsprozesses.

889 BT-Drs. 19/19373, S. 71.
890 Vgl. auch *Braun*, NzBau 2021, S. 707, 709.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

cc. Befolgungspflichten

Auch schlichte Befolgungspflichten schränken die Beschaffungsautonomie der öffentlichen Hand ein, wie beispielsweise § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG. Das SaubFahrzeugBeschG ist eine Eins-zu-eins-Umsetzung der RL (EU) 2019/1161[891] und ersetzt die vorherigen § 68 VgV a.F. und § 59 SektVO a.F., die die Leistungsbeschreibung bei der Beschaffung von Fahrzeugen regelten.

Das SaubFahrzeugBeschG schränkt unmittelbar den staatlichen Entscheidungsspielraum bei der Auswahl materieller Eigenschaften der Leistung ein. § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG verpflichtet die öffentliche Hand bei der Neubeschaffung von Fahrzeugen nämlich zur Einhaltung der in § 6 SaubFahrzeugBeschG angegebenen Mindestziele. Mindestziele sind als ein Mindestprozentsatz an einer Gesamtzahl an beschafften Fahrzeugen, die unter den Emissionsgrenzen liegen, innerhalb eines Referenzzeitraumes zu verstehen.[892] Die Emissionsgrenzen finden sich im Anhang des SaubFahrzeugBeschG und sind nach Fahrzeugklassen differenziert. Die vorgegebenen Referenzzeiträume sind mehrjährige Zeiträume.

Nach dem SaubFahrzeugBeschG sind öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung von Fahrzeugen und Dienstleistungen verpflichtet, die für die bestimmten Referenzzeiträume in § 6 festgelegten Mindestziele insgesamt einzuhalten. In einem Referenzzeitraum muss damit von allen neu beschafften Fahrzeugen eine Mindestquote an sauberen Fahrzeugen, die den im Gesetz festgelegten Emissionsgrenzwerten entsprechen, beschafft werden. Im Gegensatz zu Berücksichtigungspflichten, die allenfalls die Zweckrichtung des staatlichen Handelns ergänzen und lenken, und im Gegensatz zu Bevorzugungspflichten, die erst in Relation zu anderen Möglichkeiten entscheidungslenkend wirken, erfordert die Befolgungspflicht des § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG die Einhaltung

891 RL (EU) 2019/1161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/33/EG über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, EUAbl. 2019 L 188/116.

892 So ist nach § 6 Abs. 1 und Abs. 2 SaubFahrzeugBeschG im Zeitraum vom 2.8.2021 bis zum 31.12.2025 für leichte Fahrzeuge ein Mindestziel von 38,5 Prozent, für LKW der Fahrzeugklassen N2 und N3 10 Prozent und für Busse der Fahrzeugklasse M3 45 Prozent vorgesehen. Im Zeitraum vom 1.1.2026 bis zum 31.12.2030 ist für leichte Fahrzeuge ein Mindestziel von 38,5 Prozent, für LKW der Fahrzeugklassen N2 und N3 15 Prozent und für Busse der Fahrzeugklasse M3 65 Prozent vorgesehen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einheitlicher und verbindlicher Maßstäbe.[893] Derartige Befolgungspflichten stellen grundsätzlich eine feste Grenze eines administrativen Eigenbereichs dar und haben den Anspruch, das administrative Handeln zu steuern.

c. Haushaltsgesetz und Haushaltsrecht

Zur Deckung des staatlichen Bedarfs sind finanzielle Mittel notwendig, um die rechtsgeschäftlich geforderten Leistungen zu bezahlen. Die Verwendung finanzieller Mittel wird durch den in Form des Haushaltsgesetzes verabschiedeten Haushaltsplan und das Haushaltsrecht geregelt. Während der Haushaltsplan die vorhandenen Mittel in Haushaltstiteln veranschlagt, regelt das Haushaltsrecht die Einzelheiten der Planung, des Vollzugs und der Kontrolle des Haushaltsplanes.[894] Vorhandene Maßstäbe für die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung können also sowohl der Haushaltsplan in Form des Haushaltsgesetzes und das Haushaltsrecht sein.

Der Haushaltsplan veranschlagt die für das Jahr zu erwartenden Eingaben und Ausgaben und wird durch die parlamentarische Feststellung mittels Haushaltsgesetzes rechtsverbindlich.[895] Als Gesetz binden Haushaltsplan und Haushaltsgesetz die Verwaltung. Die verfügbaren Mittel, die unter anderem für die Beschaffung weiterer Leistungen gebraucht werden, werden gesetzlich festgesetzt und sind im Innenverhältnis zwischen Parlament und Exekutive für die administrativen Entscheidungen verbindliche Maßstäbe.[896] Der Haushaltsplan ist für das administrative Entscheidungsverhalten allerdings eher von untergeordneter Natur, wenn Sachgesetze und Haushaltsgesetze miteinander kollidieren. Dies wäre bspw. der Fall, wenn für eine gesetzliche Pflicht keine Mittel zur Verfügung ständen. Das Sach-

893 Wie weit die materiellen Vorgaben des SaubFahrzeugBeschG reichen, ist Gegenstand der Grenzen der Beschaffungsautonomie: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., c.

894 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 133.

895 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 78.

896 So heißt es in § 3 Abs. 2 BHO/LHO und § 3 Abs. 2 HGrG, dass durch den Haushaltplan weder Ansprüche noch Verbindlichkeiten begründet oder aufgehoben werden. Dazu auch: BVerfGE 1, 299 (307); 38, 121 (126); BVerfGE 55, 349 (362); 79, 311 (327); BVerfG, 6.6.2012 – 1 BvR 503/09, Rn. 4; BVerfG, 20.5.2019 – 2 BvR 649/19, NVwZ 2019, S. 1034, 1035. S. auch: *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 64; *von Lewinksi/Burbat*, Bundeshaushaltsordnung, § 3 Rn. 3; *Kirchhof*, NVwZ 1983, S. 505, 506; *Isensee*, JZ 2005, S. 971, 977.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesetz erforderte dann ein Tätigwerden der Verwaltung, während das Haushaltsgesetz mangels veranschlagter Mittel dem Tätigwerden widerspräche. Die gesetzlich festgelegten Aufgaben sind aufgrund des Rechtsstaatsprinzips unabhängig von den vorhandenen Mitteln zu erfüllen.[897] Wie bereits festgestellt, bestimmt der staatliche Aufgabenkatalog den Umfang der zu erhebenden Mittel und nicht umgekehrt folgen die Aufgaben den vorhandenen Mitteln.[898] Das Haushaltsrecht folgt der Prämisse, dass sich der Staat immer funktionsfähig halten muss.[899] Dieser »Vorrang der Sachgesetze« ist auch im Haushaltsrecht selbst angelegt, welches bspw. vorsieht, einen Nachtragshaushalt zu verabschieden (§ 33 BHO/LHO) oder nachrangig über- oder außerplanmäßige Ausgaben bewilligen zu lassen (§ 37 BHO/LHO). Diesen Vorschriften ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bereits vorhergesehen hat, dass die veranschlagten Mittel zur Wahrnehmung der verpflichtenden Sachaufgaben nicht ausreichen können.

Relevanz erhält das Haushaltsgesetz dann, wenn der Gesetzgeber der ausführenden Gewalt rechtliche Entscheidungsspielräume überlassen hat.[900] Wo keine expliziten allgemeinverbindlichen Vorgaben existieren, also der Verwaltung kein bestimmtes sachgesetzliches Entscheidungsprogramm vorgegeben ist, bestehen mehrere Entscheidungsalternativen. Diese Entscheidungsalternativen sind zum einen durch das Haushaltsgesetz beschränkt. Denn eine Überschreitung der Mittelzuweisungen im Haushaltsplan, die dann schließlich in unwirtschaftlicher Weise erfolgen, macht den Mitteleinsatz rechtswidrig.[901] Indem das Parlament den Haushaltsplan in Form des Haushaltsgesetzes beschließt, nimmt der Gesetzgeber damit im Einzelnen mittelbar Einfluss auf die Steuerung der administrativen Ent-

897 *Heintzen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 110 Rn. 32; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 81.

898 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 187; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 72. Vgl. auch BVerfGE 79, 311 (329); 119, 96 (Rn. 168); 130, 318 (343); *Böckenförde*, Organisationsgewalt, S. 110 f., 303; *Schulze-Fielitz*, in: *Grimm*, Wachsende Staatsaufgaben, S. 11, 18; *Kirchhof*, in: Isensee/ders., Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 99 Rn. 99.

899 *Leisner*, Die Leistungsfähigkeit des Staates, S. 143; *Heintzen*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, § 120 Rn. 53. Zum Erhalt der Funktionsfähigkeit als staatliche Pflicht: Teil 1, Kap. 2, B., II.

900 *Kirchhof*, NVwZ 1983, S. 505, 509, 511 f.

901 Vgl. BVerfGE 45, 1 (34); *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 65; *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 60; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 350; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheidungen.[902] Für die Planung, den Vollzug und die Kontrolle des Haushaltsplanes wird zusätzlich das Haushaltsrecht relevant.[903] Der Vollzug des Haushaltplanes wird an den Kautelen von Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nach § 7 Abs. 1 BHO/LHO und § 6 HGrG gemessen, die den Amtsträger zu einer wirtschaftlichen und sparsamen Entscheidung verpflichten.[904] Die Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit können also bei der Frage, mit welchen Mitteln die Aufgabe erfüllt werden soll und wie der Bedarf ausgestaltet werden soll, lenkend das Entscheidungsverhalten der Verwaltung beeinflussen.[905] Denn jede Bedarfsentscheidung ist auch eine Wirtschaftlichkeitsentscheidung. So kann das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung Grenzen bei der Definition der Qualität der begehrten Leistung Grenzen ziehen, wenn die Verwaltung bspw. die Entscheidung zu treffen hat, ob ein Mittel- oder Oberklasse-Personenkraftwagen beschafft werden soll.[906]

d. Vergaberechtliche Vorschriften

Vor allem vergaberechtliche Vorschriften setzen gesetzliche Maßstäbe, die die Verwaltung bei der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung beachten muss. Jene sind vor allem der vierte Teil des GWB und die entsprechenden Vergabeverordnungen (VgV, SektVO, KonzVgV, VSVgV und die UVgO) sowie unmittelbar anwendbares Unionsrecht, wie die Grundfreiheiten[907] und die VO (EG) Nr. 1370/2007. Die Vergabe- und Vertragsordnungen, früher als Verdingungsordnungen bezeichnet, werden zwar nicht vom Gesetzgeber erlassen, aber über entsprechende Verweisungsvorschriften (§ 2 S. 2 VgV für die EU-VOB/A, § 2

902 Vgl. *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 110 Rn. 75; *ders.*, DÖV 2000, S. 810, 814; *Kirchhof*, NVwZ 1983, S. 505, 505, 509, 511 f.; *D. Birk*, DVBl 1983, S. 865; *A. Peters*, DÖV 2001, S. 749, 750 ff., 762; *Isensee*, JZ 2005, S. 971, 978; *Jung*, in: Goede/Stoye/Stolz, Handbuch des Vergaberechts, Kap. 14 Rn. 30.

903 *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 133.

904 *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, HGrG § 6 Rn. 6; Die BHO und LHO gelten allerdings nur für Bund und Länder und binden nicht die Kommunen. Das kommunale Wirtschaftlichkeitsgebot muss zusätzlich landesrechtlich geregelt sein, wie bspw. in § 110 Abs. 2 NKomVG.

905 *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, HGrG § 6 Rn. 9; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 223.

906 *Kriener*, in: Willenbruch/Wieddekind/Hübner, Vergaberecht, HGrG § 6 Rn. 9.

907 *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abs. 2 S. 2 VSVgV für die VS-VOB/A) zwingende Grundlage öffentlicher Ausschreibungen.

Grundsätzlich findet das Vergaberecht erst mit Durchführung eines Vergabeverfahrens Anwendung, mithin in der Durchführungsphase des Beschaffungsprozesses.[908] Auch wenn Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung in die vorangehenden Phasen der Analyse und Planung fallen, können in manchen Fällen die vergaberechtlichen Vorschriften aber auf diese Phasen vorwirken, wenn ein Vergabeverfahren angestrebt wird.[909] Insbesondere das Gebot der produktneutralen Ausschreibung[910], die Trias von Wettbewerb, Transparenz und Chancengleichheit aus § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB, die Forderung nach einem »Design für alle« aus § 121 Abs. 2 GWB sowie § 67 VgV kommen als rechtliche Maßstäbe für die Bedarfsdefinition in Betracht. So verbietet das Gebot der produktneutralen Ausschreibung den Verweis auf bestimmte Eigenschaften der Leistung in der Leistungsbeschreibung, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder begünstigt werden, und der Verweis nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt werden kann. Damit sehen die vergaberechtlichen Regelungen verbindliche Vorgaben für die Berücksichtigung bestimmter materieller und immaterieller Kriterien vor.

Dass schon die Bedarfsdefinition nicht ungeachtet unionsrechtlicher Vorgaben getroffen werden kann, ergibt sich auch aus den Erwägungsgründen der unionsrechtlichen Richtlinien, die Grundlage für das Vergaberecht im Oberschwellenbereich bilden. So müssen die Mitgliedstaaten die Merkmale der begehrten Leistung *im Einklang mit dem Unionsrecht*, also insbesondere im Einklang mit den Grundsätzen von Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitiger Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz, festlegen.[911] Die Effektivität des Unionsrechts gebietet, dass diese Grundsätze auch schon bei der Bedarfsdefinition und Leis-

908 Zu den Phasen des Bedarfsdeckungsprozesses: Teil 1, Kap. 1, D.

909 Zur Anwendbarkeit der vergaberechtlichen Vorschriften: Teil 2, Kap. 1, B., I.

910 § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7 Abs. 2 VOB/A, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A, § 24 Abs. 5 UVgO.

911 Fünfter Erwägungsgrund der VRL. Vgl. auch die Interpretierende Mitteilung der Kommission über das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2001/C 333/07), KOM(2001) 274 endg., EUAbl. C 333/12, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungsbestimmung beachtet werden.[912] So erfordert Art. 18 Abs. 1 UAbs. 2 VRL[913] ausdrücklich, dass das Vergabeverfahren nicht so gestaltet werden darf, es vom Anwendungsbereich der Richtlinien auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Mit der Leistungsbeschreibung, die Bedarf und Leistungsbestimmung abbildet, öffnet sich die Tür vom kaum reglementierten Bereich der Aufgabenerfüllung zum Vergaberecht. Wenn sich die öffentliche Hand für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, muss sie vor allem darauf achten, nicht schon im Abschnitt der Analyse- und Planungsphase gegen das Unionsrecht verstoßen zu haben. Dementsprechend können ihr Grenzen in Bezug auf die Definition der begehrten Leistung und der Leistungsbestimmung auferlegt sein.

Hingegen ist die Beschaffungsentscheidung nicht ausdrücklich und spezialgesetzlich durch das Vergaberecht determiniert. Insbesondere besteht keine Pflicht zur rechtsgeschäftlichen Beschaffung mittels Vergabeverfahren, wenn auch andere Handlungsformen in Betracht kommen.[914] Dies ergibt sich unter anderem ausdrücklich aus den Erwägungsgründen der vergaberechtlichen Richtlinien, nach denen es ausdrücklich im Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten verbleibt, ob sie eine Leistung an Dritte oder nach außen vergeben, selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge vornehmen wollen[915], und der Rechtsprechung des EuGH.[916] Allerdings ist auch bei der *Make-or-procure*-Entscheidung das Vergabeprimärrecht zu beachten.[917]

912 Zur Effektivität des Unionsrechts: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 457 f.
913 Art. 36 Abs. 1 UAbs. 2 SektRL; Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 KonzRL.
914 So auch: *Kühling*, WiVerw 2008, S. 239, 241.
915 Fünfter Erwägungsgrund der VRL; fünfter Erwägungsgrund der KonzRL.
916 EuGH, 11.1.2005 – C-26/03 – ECLI:EU:C:2005:5 Rn. 48 (Stadt Halle); 13.10.2005 – C-458/03 – ECLI:EU:C:2005:605 Rn. 48 (Parking Brixen); 13.11.2008 – C-324/07 – ECLI:EU:C:2008:621 Rn. 48 f. (Coditel Brabant); 9.6.2009 – C-480/06 – ECLI:EU:C:2009:357 Rn. 45 (Stadtreinigung Hamburg); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 57 (Sea); 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 43–45 (Irgita).
917 EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 f. (Irgita).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen: Wesentlichkeit der Bedarfsdeckung?

Erfolgt eine Entscheidung in einem Bereich mit Bezug zur Grundrechtsverwirklichung oder betrifft sie eine andere wesentliche Materie, unterliegt die Entscheidung dem Vorbehalt des Gesetzes. Der Gesetzgeber ist dann verpflichtet, die Entscheidung gesetzlich zu regeln. Dadurch fungiert der Vorbehalt des Parlamentsgesetzes als eine negative Grenze bei der Bestimmung administrativer Autonomiebereiche, da die gesetzliche Regelung der Verwaltung in einem gewissen Rahmen ein bestimmtes Entscheidungsprogramm vorgibt. Muss das staatliche Handeln aus Gründen der Rechtssicherheit vorhersehbar gestaltet werden, ist zumindest ein allgemeinverbindlicher Rechtssatz notwendig.[918]

Inwiefern Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung gesetzlich reguliert werden müssen, ergibt sich aus der Wesentlichkeit der einzelnen Entscheidungen. Ausschlaggebend für eine wesentliche Materie können insbesondere die Grundrechtsrelevanz einer Maßnahme, die Größe des Adressatenkreis, die zeitliche Wirkung der Maßnahme und der Entscheidung folgende erhebliche finanzielle Auswirkungen im Staat sowie schwerwiegende Auswirkungen auf das Gefüge des Staates sein.[919] Damit eine Entscheidung aber überhaupt grundrechtliche Relevanz entfalten kann, muss der Staat bei dieser Entscheidung zumindest an Grundrechte gebunden sein. Während die Grundrechtsbindung bei imperativen Beschaffungsformen unumstritten ist, war die Grundrechtsbindung des sich wirtschaftlich betätigenden Staates, sei es durch öffentliche Aufträge oder eigene unternehmerische Tätigkeit, lange Zeit umstritten.[920] Die Fiskalgeltung der Grundrechte ist mittlerweile allerdings in Literatur und Rechtsprechung anerkannt[921], so dass der Staat auch im Bereich der rechtsgeschäftlichen Beschaffung am Markt an die Grundrechte gebunden ist und damit sein Handeln grundsätzlich grundrechtliche Relevanz entfalten kann.

---

918 S. Teil 1, Kap. 2, C., III., 2., b.

919 *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 (VI) Rn. 107; vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 f.

920 Gegen eine Fiskalgeltung der Grundrechte noch: *Dürig*, in: Festschrift Nawiasky (1956), S. 157, 186 f.; *H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 176 ff.; *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, S. 14 f., der dem Staat wohl Abwehrrechte zubilligt, aber nicht deutlich macht, gegen wen sich der Staat schützen muss.

921 S. Teil 1, Kap. 2, A., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wenn der Staat die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Güter und Dienstleistungen durch hoheitliche oder rechtsgeschäftliche Mittel beschaffen oder aber die Leistungen selbst herstellen und erbringen möchte, kann dies auf dem ersten Blick in Widerspruch zu drei grundrechtlichen Gewährleistungen stehen: der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG, der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

a. Bedarfsdefinition

Die Definition des Bedarfs wird in der Analysephase des Bedarfsdeckungsprozesses vorgenommen, welcher rechtlich unmittelbar durch Aufgabennormen, Zuständigkeitsvorschriften, haushaltsrechtliche Bestimmungen und teilweise Normen mit Bedarfsbezug geprägt ist. Die rein innerorganisatorische Definition des Bedarfs entfaltet keine Außenwirkung und bleibt daher im Hinblick auf die Grundrechte irrelevant. Erst wenn sich die Definition des Bedarfs in Form der imperativen oder rechtsgeschäftlichen Nachfrage nach außen manifestiert, kann das staatliche Verhalten überhaupt relevant für Grundrechte werden. Ist dann die staatliche Nachfrage so gestaltet, dass sie in Rechte des Bürgers eingreift (insbesondere im Fall der imperativen Beschaffung) oder so konkret ist, dass in einem anschließenden Vergabeverfahren nur ein Anbieter in Betracht käme, könnte die Bedarfsdefinition einen grundlegend normativen Bereich betreffen. Es stellt sich damit die Frage, ob über Aufgabennormen und Haushaltsvorschriften hinaus ein Vorbehalt bestimmter Gesetze gilt, die die Bedarfsdefinition reglementieren müssen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aufgrund der Nachfragemacht des Staates[922] kann die staatliche Nachfrage eine mittelbar-faktische Wirkung auf das Marktgeschehen entfalten, so dass hier auf den ersten Blick staatliche Nachfrage und staatlichen Warnungen, welche wiederum als Grundrechtseingriffe betrachtet werden, vergleichbar sein könnten.[923] Dies ist allerdings nicht der Fall. Während eine staatliche Warnung von »außen« in die Wettbewerbsordnung eingreift und marktuntypisch ist, gliedert sich der Staat mittels Bedarfsdefinition in das System von Angebot und Nachfrage ein.[924] Das BVerfG spricht in diesem

922 Das jährliche Auftragsvolumen der Bundesrepublik betrug für das Jahr 2018 geschätzt 500 Mrd. EUR. Es hatte damit einen Anteil von 15 Prozent am BIP und machte 35 Prozent der Staatsausgaben aus. Siehe: OECD, Öffentliche Vergabe in Deutschland: Strategische Ansatzpunkt zum Wohl der Menschen und für wirtschaftliches Wachstum, 2019. Abrufbar unter https://www.oecd.org/germany/offentliche-vergabe-in-deutschland-48df1474-de.htm. (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Für einen Überblick über das Auftragsvolumen der Bundesrepublik Deutschland und den Anteil am BIP der Jahre 2010–2017 vgl. BT-Drs. 19/12870, S. 2–4. Ferner gibt es insgesamt rund 30.000 Vergabestellen in Bund, Ländern und Kommunen. Siehe: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/behoerden/DE/bescha.html (zuletzt abgerufen am 23.2.2023). Die öffentlichen Ausgaben für Güter und Dienstleistungen betrugen im Jahr 2018 innerhalb der EU ca. 16 Prozent des BIP. S. den achten Erwägungsgrund der RL (EU) 2019/1161. Für eine Nachfragemacht des Staates auch: *Fehling,* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 97 Rn. 36; *Stober,* in: Wolff/Bachof/ders./Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. 1, § 23 Rn. 42a; *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 4; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 39 ff.; *Dörr,* in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 108; ders., in: FS Müller-Graff, S. 630, 634; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 22; *ders*., JZ 2000, S. 877, 880; *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, S. 306–308; *ders*., AöR 107 (1982), S. 61, 63, 71; *Ronellenfitsch*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 98 Rn. 31; *Kunnert*, WTO-Vergaberecht, S. 14; *Goebel*, Gesamtwirtschaftliche Aspekte im vorläufigen Vergaberechtsschutz, S. 16; *Pache*, DVBl. 2001, S. 1781, 1782; *Rixen*, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, Bd. 4, § 131 Rn. 14; *Lausen/Pustal*, NZBau 2022, S. 3. So schon *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber, S. 8 f.; *Welter*, Der Staat als Kunde, S. 38, 42 f.; *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 318, 331.

923 Zu staatlichen Warnungen als mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe: BVerfGE 105, 252; 105, 279; BVerwGE 82, 76 ff.; 87, 37 ff.; 90, 112 ff. Zur Vergleichbarkeit von staatlichen Warnungen und staatlicher Nachfrage: *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879. Dazu, dass die staatliche Nachfrage einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen kann, auch: *Puhl*, VVDStRL 60 (2001), S. 456, 482; *Binder*, ZZP 113 (2000), S. 195, 209.

924 BVerfGE 116, 135 (152). In der Literatur zur Ablehnung der abwehrrechtlichen Dimension der Bedarfsverwaltung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG auch: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 310; *Gers-Grapperhaus*, Auswahlrechtsverhältnis, S. 204 ff.; *Englisch*, VerwArch 98 (2007), S. 410, 419; *Pietzcker*, NZBau 2003, S. 242, 244; *ders*., ZfBR 2007, S. 131, 132; *Burgi*, NZBau 2001, S. 64, 66; *Gaier*, NZBau 2008, S. 289, 290 f.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 199.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zusammenhang von den »Funktionsbedingungen des Wettbewerbs«[925], denen sich der Staat unterwirft, wenn er am Markt tätig wird. Ausprägung der in Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Wettbewerbsfreiheit[926] ist nur die individuelle Freiheit, am Wettbewerb in der Ausformung von Angebot und Nachfrage ohne einen staatlichen »marktuntypischen« Eingriff teilzuhaben.[927] Folglich entfaltet die staatliche Nachfrage – unabhängig von konkreten Marktverhältnissen – keine wesentlichen Wirkungen im Hinblick auf die Grundrechtsausübungen Privater.

Ebenso scheiden leistungsrechtliche Ansprüche auf einen bestimmten staatlichen Bedarf aus. In der leistungsrechtlichen Dimension lassen sich aus den Grundrechten subjektiv-rechtliche Ansprüche auf ein bestimmtes staatliches Handeln ableiten.[928] Ein allgemeiner subjektiv-rechtlicher Anspruch auf die Nachfrage eines bestimmten Gutes oder einer bestimmen Dienstleistung ist nach allgemeiner Ansicht allerdings ausgeschlossen.[929] Die individuelle Wettbewerbsfreiheit gewährleistet weder die Erfüllung von Gewinnerwartungen noch bloßer Chancen.[930] So ist es ein dem marktwirtschaftlichen System immanentes Risiko, dass eine Leistung nicht mehr oder verstärkt nachgefragt wird, mithin alte Bedarfe untergehen und neue Bedarfe entstehen. Dies muss auch dann gelten, wenn sich der private Marktteilnehmer kraft seiner Privatautonomie von der staatlichen Nachfrage abhängig gemacht hat, weil er in einem Markt agiert, in dem der Staat der einzige Nachfrager ist, wie bspw. bei der Nachfrage nach Rüstungsgütern.[931]

925 Zum Begriff der Funktionsbedingungen des Wettbewerbs, welcher das Dogma von Angebot und Nachfrage beschreibt: BVerfGE 116, 135 (152).

926 Die Herleitung der Wettbewerbsfreiheit erfolgt unterschiedlich. In der Regel verortet das BVerfG die Wettbewerbsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG. Nach der Rechtsprechung des BVerwG tritt auch teilweise Art. 2 Abs. 1 GG als Auffangfreiheit dazu. Vgl. zur Herleitung aus Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfGE 115, 205 (229). Vgl. zur Herleitung aus Art. 2 Abs. 1 GG noch: BVerwGE 17, 306 (309); 30, 191 (198); 60, 154 (159); 65, 167 (174). Vgl. zur Herleitung aus Art. 12 Abs. 1 GG: BVerwGE 71, 183 (189); BVerwG, 21.3.1995 – 1 B 211/94, juris Rn. 11; BVerwG, 31.5.2011 – 8 C 52.09, juris Rn. 24; BVerwG, 3.11.2020 – 9 A 13.19, juris Rn. 12.

927 BVerfGE 32, 311 (316 f.); 46, 120 (137); 105, 252 (265); 115, 205 (229); 116, 135 (152).

928 *Epping*, Grundrechte, Rn. 16.

929 *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 444; *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 302 f.; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 200.

930 BVerfGE 116, 135 (152); *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879.

931 BVerfGE 116, 135 (153); *Gaier*, NZBau 2008, S. 289, 291; *Pietzcker*, NZBau 2003, S. 242, 244; *Wollenschläger*, Verteilungsverfahren, S. 203; A.A. *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879 f., der in Fällen einer Marktbeherrschung des Staates und der damit verbundenen Abhängigkeit von Wirtschaftszweigen einen Schutz aus Art. 12 GG

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aus der freiwilligen Entscheidung, in einer Branche tätig zu sein, erwächst kein Bestandsschutz auf eine staatliche Nachfrage, die dann bedient werden könnte. Die staatliche Nachfrage bleibt daher im Hinblick auf die Freiheitsrechte Einzelner »grundrechtsneutral«[932]. Ebenso wenig ist die Bedarfsdefinition für das staatsorganisatorische Gefüge relevant, auch wenn sie zum Erhalt der staatlichen Funktionsfähigkeit erfolgt. Die Auswirkungen auf das staatliche Gefüge sind begrenzt, denn die Beschaffung erfolgt nicht ihrer selbst wegen, sondern gerade in Abhängigkeit der Erfüllung einer Aufgabe. Dementsprechend sind auch die einzelnen finanziellen Auswirkungen eines entsprechenden Bedarfs eher als gering einzustufen. Folglich gilt für die staatliche Bedarfsdefinition mangels grundlegend normativer Relevanz grundsätzlich kein gesetzlicher Vorbehalt.[933]

Eine grundrechtliche Relevanz der Bedarfsdefinition, die sich in einer rechtsgeschäftlichen Nachfrage am Markt äußert, kann allenfalls aus dem Gleichbehandlungsgebot folgen. Der Staat ist in sämtlichen Handlungsformen an das Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG gebunden.[934] Das gilt für die staatliche Bedarfsdefinition, wenn sich diese als konkrete Nachfrage am Markt manifestiert. Die normative Relevanz der staatlichen Bedarfsdefinition steigt mit der Konkretisierung des Bedarfs. Je konkreter der Bedarf definiert wird, der sich später in der Nachfrage widerspiegelt, desto mehr Differenzierungen im Hinblick auf die zur Leistungserbringung fähigen Marktteilnehmer werden vorgenommen und für den Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung mittels öffentlichen Auftrags von vorneherein ausgeschlossen. Insbesondere in solchen Märkten, in denen es nur wenige Anbieter gibt, besitzen Differenzierungen eher das Potential, andere Marktteilnehmer in diskriminierender Weise auszuschließen.[935] Grundlegend normativ wird die staatliche Bedarfsdefinition also allenfalls dann, wenn sie eine rechtswidrige Ungleichbehandlung etwaiger Marktteilnehmer zur

nicht ausschließt. Beispiele für Märkte mit staatlichem Nachfragemonopol sind die Märkte für Rüstungsgüter, den Straßenbau und auch die straßengebundene Abfallbeseitigung.

932 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 336.

933 Im Ergebnis auch: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 391.

934 BVerfGE 116, 135 (153). S. explizit im Hinblick auf die Bedarfsdefinition: *Traupel*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 14 Rn. 9.

935 Vgl. *Hindelang/Eisentraut*, EuZW 2019, S. 149, 151.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Folge hat.[936] Die gesetzliche Grundlage für die Differenzierung zwischen Marktteilnehmern durch die Bestimmung der begehrten Leistung findet sich im Gebot der produktneutralen Ausschreibung[937] wieder. Die den Bedarf aktivierende Aufgabennorm und die Haushaltsvorgaben sind daher im Hinblick auf die Festlegung des Bedarfs als Maßstab der Bedarfsdefinition ausreichend.

b. Beschaffungsentscheidung: *Make-or-procure*-Entscheidung

Wenn die Verwaltung zwischen Eigenfertigung und Beschaffung entscheidet, trifft sie die *Make-or-procure*-Entscheidung. Grundsätzlich fehlt es an der individuellen Betroffenheit des Einzelnen, wenn zwischen Beschaffung und Eigenfertigung zum Zweck der Aufgabenerfüllung entschieden wird.[938] Dementsprechend ist auch die *Make-or-procure*-Entscheidung grundsätzlich von untergeordneter normativer Relevanz. Der private Anbieter trägt in der wirtschaftspolitischen Ordnung der Marktwirtschaft das unternehmerische Risiko, dass seine angebotene Leistung nicht mehr nachgefragt wird. Dieses allgemeine Risiko kann nicht auf den Staat verlagert werden.[939] Der Einzelne besitzt keinen Anspruch oder eine Anwartschaft auf die Bedienung oder Belieferung der öffentlichen Hand.[940] Die grundrechtlich gewährleistete Wettbewerbsfreiheit ist nicht als Leistungsrecht ausgestaltet, welches dem Einzelnen das Recht auf Erfolg im Wettbewerb zuspricht.[941]

Anders könnte der Fall aber sein, wenn die staatliche Entscheidung zwischen Eigenfertigung und Beschaffung in einem Bereich erfolgt, in dem ein Marktteilnehmer abhängig von der staatlichen Nachfrage ist. Die Entscheidung für die staatliche Eigenfertigung hat dann faktische Auswirkungen auf diese Wirtschaftszweige und kann im Extremfall den Untergang eines

936 Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 428, nach dem sich aus dem Gleichheitssatz erst ein grundrechtswesentlicher Vorbehalt ergebe, wenn eine »spezielle Anfälligkeit« der staatlichen Nachfrage für Ungleichbehandlungen besteht.

937 § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7 Abs. 2 VOB/A, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A, § 24 Abs. 5 UVgO. Zur materiellen Reichweite Teil 2, Kap. 1, B., II.

938 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 346.

939 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 352.

940 *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 131 f., 210; vgl. auch *Bultmann*, Beihilfen- und Vergaberecht, S. 65.

941 BVerfGE 116, 135 (152); *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zweiges zur Folge haben. Dann käme die Entscheidung einem Eingriff oder der zwangsweisen Auflösung eines Betriebs gleich. Es ist fraglich, ob diese faktischen Wirkungen ausreichen, um von einer grundlegend normativen Relevanz der Entscheidung auszugehen. Diese Frage weist auf den ersten Blick eine unmittelbare Nähe zum »Recht gegen staatliche Konkurrenz«[942] auf. Begründet wird dieses Recht wie folgt: Die privatwirtschaftliche Betätigung des Staates erhöht in der Marktwirtschaft gegenüber privaten Anbietern den Konkurrenzdruck.[943] Die Wettbewerbsfreiheit schützt aber nicht vor der Möglichkeit von Konkurrenz durch die öffentliche Hand.[944] Die Wettbewerbsfreiheit schützt nur »die Freiheit zum Wettbewerb, nicht die Freiheit vom Wettbewerb«[945]. Erst wenn ein staatlicher Verdrängungswettbewerb erfolgt, also die staatliche Maßnahme auf die Verdrängung privater Anbieter ausgerichtet ist und der Staat es dadurch der privaten Konkurrenz unmöglich macht, am Wettbewerb teilzunehmen, gewährleistet die Wettbewerbsfreiheit Schutz vor staatlicher Konkurrenz.[946]

Theoretisch wird mit jeder Entscheidung für die staatliche Eigenfertigung der private Anbieter ein Stück weit vom Wettbewerb ausgenommen, wenn dessen Leistungen nicht mehr nachgefragt werden und der Staat sich stattdessen um die eigene Herstellung der Güter und Dienstleistungen bemüht. Doch wird die Einzelfallentscheidung für die interne Leistungserstellung nicht die Intensität eines Verdrängungswettbewerbs erreichen.[947] Denn in der Regel stehen selbst Marktteilnehmer, die in solchen Branchen tätig sind, in denen der Staat ein Nachfragemonopol aufweist, mehreren staatlichen Nachfragern gegenüber, so dass die Entscheidung einer einzelnen staatlichen Einrichtung nicht unmittelbar den Untergang des Unternehmens oder des Wirtschaftszweiges zur Folge haben würde, wie beispielsweise im Bereich der Abfallentsorgung, die eine kommunale Aufgabe ist. Anders wäre der Fall, wenn ganze Wirtschaftszweige »verstaat-

942 Exemplarisch: *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 344 ff.; *Ehlers*, JZ 1990, S. 1089 ff.; *Gusy*, JA 1995, S. 253 ff.; *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421 ff.

943 BVerwGE 71, 183 (193); BVerwG, 21.3.1995 – 1 B 211/94, juris Rn. 11.

944 BVerwG, 22.2.1972 – I C 24.69, juris Rn. 23; 21.3.1995 – 1 B 211/94, juris Rn. 11; OLG München, 31.3.2016 – Verg 14/15, NZBau 2016, S. 583, 589 f.; *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421, 426; *Gusy*, JA 1995, S. 253.

945 *Pieroth/Hartmann*, DVBl. 2002, S. 421, 425; vgl. *Huber*, JZ 2000, S. 877, 879.

946 BVerwG, 21.3.1995 – 1 B211/94, juris Rn. 11; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 29; *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 12 Rn. 103. Vgl. auch OLG München, 31.3.2016 – Verg 14/15, NZBau 2016, S. 583, 589 f.

947 A.A. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 448.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

licht« werden sollten. Dann ließe sich die normative Relevanz allerdings nicht nur anhand ihrer grundrechtlichen Wirkungen, sondern auch an den Auswirkungen auf das Staatsgefüge begründen.[948] Ungeachtet dessen muss die Entscheidung für die Eigenfertigung nicht zwangsläufig ein erwerbswirtschaftliches Handeln in Konkurrenz zu privaten Marktteilnehmern zur Folge haben. Die einzelfallabhängige *Make-or-procure*-Entscheidung ist nicht von grundlegender normativer Relevanz, so dass der Verwaltung ein weiter Eigenbereich dabei verbleibt, zu entscheiden, ob sie eine Leistung nachfragen oder selbst herstellen möchte.

c. Wahl der Beschaffungsform

Teil der Beschaffungsautonomie ist auch die Wahl der konkreten Beschaffungsform, also die Entscheidung zwischen der rechtsgeschäftlichen oder der imperativen Beschaffung und die Entscheidung nach dem Grad der Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung (»Privatisierung«). Grundsätzlich bleibt auch diese Einzelfallentscheidung ohne Außenwirkung und ist aufgrund ihres Einzelfallcharakters weder von besonderer finanzieller Relevanz noch im Hinblick auf das Staatsgefüge erheblich.

Die normative Relevanz der Beschaffungsentscheidung im engeren Sinne liegt in den Kautelen des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips begründet, die insbesondere bei dieser Entscheidung zu beachten sind. Denn je nach Entscheidung gehen andere Wirkungen vom Verwaltungsverhalten aus. So betrifft die Entscheidung zur imperativen Beschaffung, wie die Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG, einen grundlegend normativen Bereich, sobald sich die Entscheidung nach außen manifestiert. Aufgrund der einschneidenden Grundrechtsbelastung unterliegt die Entscheidung dem Vorbehalt einer Regelung durch den Gesetzgeber. Enteignende oder enteignungsgleiche Maßnahmen sind *ultima ratio*, also das letzte verfügbare Mittel, welches der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben nutzen darf.[949] Dieses Stufenverhältnis spiegelt sich auch in formellen Gesetzen, wie bspw. im BauGB wider. So erfordert § 87 Abs. 2 BauGB, dass sich die öffentliche

948 Spiegelbildlich zur Frage nach einem Gesetzesvorbehalt für eine Privatisierungspolitik: *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 291.

949 Deutlich: BVerfGE 24, 367 (404 f.). Vgl. auch BGH, 7.7.1988 – III ZR 134/87, NJW 1989, S. 216, 218.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hand vor der Enteignung eines Grundstücks zunächst in ernsthafter Weise um einen freihändigen Erwerb bemüht haben muss.[950]

Dem gegenüber steht die Entscheidung für die rechtsgeschäftliche Beschaffung, die mangels Außenwirkung im Hinblick auf etwaige Grundrechte irrelevant bleibt. Dasselbe gilt für die Entscheidung zur rechtsgeschäftlichen Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung.[951] Der einmalige Einsatz Privater für die staatliche Aufgabenerfüllung bleibt schließlich zeitlich begrenzt. Anders läge der Fall nur bei der Bestimmung einer übergreifenden Privatisierungspolitik. So handelt es sich bei der Festlegung einer Privatisierungspolitik um eine grundlegend normative Frage, da die Neustrukturierung der Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Gesellschaft neue haftungsrechtliche, grundrechtliche und auch rechtsstaatliche und demokratische Fragen eröffnet.[952] Da die Wahl der Beschaffungsform eine Einzelfallentscheidung, aber keine Entscheidung zur Änderung der Politik darstellt, lassen sich diese Aspekte allerdings nicht als Grenzen der Beschaffungsautonomie fruchtbar machen.

Durch diesen durch das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip abgesteckte Rahmen wird die Autonomie der Verwaltung bei der Beschaffungsentscheidung im engeren Sinne eingeschränkt. Eine darüber hinausgehende rechtliche oder gesetzliche Regelung zur Entscheidung über die konkrete Form der Beschaffung ist nicht notwendig.

d. Leistungsbestimmung: Bestimmung immaterieller Leistungskriterien

Auch die weitere Bestimmung immaterieller Kriterien im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung berührt keinen grundlegend normativen Bereich.[953] Die Bestimmung immaterieller Leistungseigenschaften, wie die Forderung nach einem bestimmten Herstellungsprozess oder einer bestimmten Herkunft der Leistung, hat mittelbare Auswirkungen auf das Marktgeschehen und die Stellung der Marktteilnehmer.[954] Auch hier liegt es in der selbstbestimmten Verantwortung der Marktteilnehmer, welche Leis-

950 Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 245.
951 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 285; vgl. auch *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962, 970; a.A. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 452.
952 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 291.
953 So auch: *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 391 f.
954 *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 392.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tungen mit welchen Eigenschaften sie anbieten und ob sie sich bspw. um eine nachhaltige Produktion bemühen wollen. Sie haben keinen Anspruch darauf, ob und dass eine bestimmte Nachfrage getroffen wird. Insofern erfolgt die Leistungsbestimmung durch die öffentliche Hand in einem Bereich, der nicht grundrechtswesentlich ist. Allenfalls eine finanzielle Mehrbelastung geht typischerweise mit der gezielten Nachfrage nach besonderen immateriellen Kriterien einher. Da aber bspw. § 31 Abs. 3 S. 2 VgV[955] und § 128 Abs. 2 S. 1 GWB einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand und seinem Wert erfordern, ist die vorhandene gesetzliche Grundlage für die Verfolgung immaterieller Leistungskriterien ausreichend. Speziellerer gesetzlicher Grundlagen bedarf es nicht.[956] Folglich ist für die Bestimmung immaterieller Kriterien der Leistung keine zusätzliche gesetzliche Grundlage erforderlich.

e. Schuldrechtliche Leistungsbestimmung

Entscheidet sich der Staat für die rechtsgeschäftliche Beschaffung, muss er neben der begehrten gegenständlichen Leistung auch die konkrete schuldrechtliche Leistung bestimmen. Dazu gehört, den Vertragstypus und entsprechende Vertragsbedingungen festzulegen.[957] Die schuldrechtliche Leistungsbestimmung im Fall der rechtsgeschäftlichen Beschaffung ist allerdings freiheitsrechtlich unbedeutend, denn sowohl die Bestimmung des Vertragstypus als auch der Vertragsbedingungen im Einzelfall berühren grundsätzlich keinen Bereich, der für die Verwirklichung der Grundrechte relevant wäre. Hier lässt sich auf das oben Gesagte zur Bedarfsdefinition verweisen.[958] Dass der Staat einzelne Vertragsbedingungen aufstellt, nach denen sich die Bieter zu richten haben, ist gerade ein marktypisches Verhalten und kein Eingriff von außen in die Funktionsbedingungen des Marktes. Allenfalls wenn mit den Vertragsbedingungen solche Belastungen auferlegt werden, dass die Vertragserfüllung unzumutbar wird, greift der Staat in die Handlungs- und Berufsfreiheit der Marktteilnehmer ein, so

955 § 28 Abs. 3 S. 2 SektVO; § 15 Abs. 2 S. 2 KonzVgV.
956 Vgl. auch *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 435, der gesetzliche »Grundaussagen« für die Verfolgung von Sekundärzwecken fordert.
957 S. Teil 1, Kap. 1, E., II.
958 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2., a.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dass dieser Fall geregelt werden muss.[959] Ein Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses oder der unzumutbaren Belastung ist in § 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A geregelt. Das ist zwar keine gesetzliche Regelung, aber zumindest verweisen der Gesetz- und Verordnungsgeber auf die zwingende Beachtung der Vorgaben.

3. Zwischenergebnis

Weder existieren in Bezug auf Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung konkrete gesetzliche Vorgaben noch fallen diese Entscheidungen in grundlegend normative Bereiche, in denen eine Entscheidung durch den Gesetzgeber zwingend oder eine allgemeinverbindliche Regelung notwendig wäre. Aufgrund ihres Einzelfallcharakters und dem regelmäßig geringen grundrechtlichen Bezug bedarf es keiner konkreten gesetzlichen Vorschriften über die Aufgabennormen und Haushaltsvorgaben hinaus. Jene Entscheidungen, die in der Analyse- und Planungsphase des Bedarfsdeckungsprozesses getroffen werden müssen, sind lediglich durch Aufgabennormen und haushaltsrechtliche Bestimmungen, im Zweifel durch Normen mit Bedarfsbezug geprägt. Vereinzelt können vergaberechtlichen Vorschriften auf die Bedarfsdefinition vorwirken. Der Begriff der »gesetzesfreien Verwaltung«, der häufiger für den Fall des Staates in seiner Funktion der Bedarfsdeckung verwendet wird,[960] ist daher unpassend, da mit diesen Maßstäben durchaus gesetzliche Vorgaben existieren, anhand derer Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung zu messen sind. Weitere Vorgaben durch den Gesetzgeber sind nicht verfassungsrechtlich verboten. Vielmehr handelt es sich um einen »vorbehaltsreduzierten Bereich«. Da allerdings insbesondere die Aufgabennormen nur als ein generelles Handlungsprogramm des Staates für Beschaffung und Eigenfertigung dienen und sie in einem hohen Maße konkretisierungsbedürftig sind, verbleibt der Verwaltung ein weiter Spiel-

959 Vgl. auch ähnlich *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 435 f. Ähnlich ist der Fall in solchen Situationen, in denen eine Vertragspartei aufgrund ihrer Wirtschaftsmacht Regelungen faktisch einsetzen kann, die eine Partei unsachgemäß benachteiligen und die die Selbstbestimmung der Privatautonomie in eine Fremdbestimmung umschlagen lassen. Dann ist die hinter der Privatautonomie stehende Handlungsfreiheit beeinträchtigt. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, dieses Ungleichgewicht im Wege der praktischen Konkordanz zu lösen. Vgl. BVerfGE 81, 242 (255); 89, 214 (232); 148, 267 (282).

960 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 27; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 308.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

raum bei der Entscheidung, wie und mit welchen Mitteln sie die Aufgaben erfüllen will.

II. Intensität der gerichtlichen Kontrolle von staatlichen Bedarfsdeckungsmaßnahme

Die Garantie des effektiven Rechtsschutzes sieht eine lückenlose Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen durch die Gerichte vor. Das bedeutet, dass die Verwaltungsentscheidungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig durch die Gerichte kontrolliert werden.[961] Die Beschaffungsautonomie als ein Konglomerat von staatlichen Befugnissen, die mit einer weiten administrativen Letztentscheidungsbefugnis versehen sind, widerspricht dem Grundsatz auf eine lückenlose Kontrolle auf den ersten Blick.[962] Doch wie lässt sich diese Rücknahme der gerichtlichen Kontrolle für die Beschaffungsautonomie rechtlich begründen? Im Folgenden sollen die oben entwickelten Maßstäbe[963] auf die Bedarfsdeckung übertragen werden.

1. Gerichtliche Kontrolle von Bedarfsdeckungsmaßnahmen

Die Anforderungen an die Kontrolle staatlicher Bedarfsdeckungsmaßnahmen richten sich vor allem danach, ob der Schutzbereich von Art. 19 Abs. 4 GG (a.) bzw. der Schutzbereich von Art. 47 GrCh (b.) eröffnet ist.

a. Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 19 Abs. 4 GG

Art. 19 Abs. 4 GG erfordert zur Eröffnung des Schutzbereichs, dass jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird. Jemand ist jede natürliche und juristische Person des Privatrechts, sowie juristische Per-

961 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., bb.

962 Die Gerichte überprüfen die Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung inhaltlich kaum. Vgl. dazu: OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/21, NZBau 2012, S. 785, 789; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – VII 36/16, NZBau 2017, S. 623, 625; OLG Celle, 31.3.2020 – 13 Verg 13/19, NZBau 2021, S. 136, 139.

963 S. Teil 1. Kap. 2. C. IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sonen des öffentlichen Rechts, welche Grundrechte wahrnehmen.[964] Ferner muss die Ausübung öffentlicher Gewalt zu einer Verletzung subjektiver Rechte führen. Als eine normgeprägte Garantie setzt Art. 19 Abs. 4 GG die zu schützenden subjektiven Rechte voraus.[965] Rechtsschutz kann also nur derjenige in Anspruch nehmen, der durch die Maßnahme der öffentlichen Gewalt in seinen subjektiven Rechten verletzt wurde. Aus haushaltsrechtlichen Bestimmungen, wie auch aus den Aufgabennormen und Normen mit Bedarfsbezug lassen sich häufig keine subjektiven Rechte herleiten, da es sich dabei entweder um schlichtes Innenrecht handelt oder aber insbesondere im letzteren Fall subjektive Rechte ausdrücklich ausgeschlossen sind.[966] So können Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung erst Gegenstand einer gerichtlichen Kontrolle werden, wenn diese Entscheidungen durch die Nachfrage des Staates Außenwirkung entfalten, sei es durch die Ausschreibung einer begehrten Leistung, die Aufnahme von zielgerichteten Verhandlungen mit Marktteilnehmern[967] oder die Anordnung einer imperativen Maßnahme.

Nicht unumstritten ist die Auslegung des Begriffes der öffentlichen Gewalt, wenn die Verwaltung zur Deckung des staatlichen Bedarfs tätig wird. Das BVerfG differenziert zwischen imperativen und sonstigen Handlungsformen der Verwaltung. Unzweifelhaft sind imperative Mittel zur Bedarfsdeckung, wie die Enteignung oder die Inpflichtnahme Privater, Fälle der Ausübung von öffentlicher Gewalt.[968] Schwierigkeiten bereitet hingegen die Einordnung des staatlichen Nachfrageverhaltens, wenn die Bedarfsdeckung mit rechtsgeschäftlichen Mitteln erfolgt. Hier vertritt das BVerfG ein enges Begriffsverständnis von der öffentlichen Gewalt. Nach Ansicht des BVerfG könne nicht jedes staatliche Handeln die Gewährleistungen des Art. 19 Abs. 4 GG eröffnen, sondern nur dasjenige staatliche Handeln, welches ein typisches Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger schaffe.[969] Die teleologische und historische Auslegung ergebe, dass der

964 *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 43 ff.; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 113 f.

965 *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, S. 617, 619.

966 Vgl. § 4 Abs. 1 S. 10 KSG; § 45 Abs. 2 KrWG; § 3 Abs. 2 BHO/LHO. In Bezug auf Normen mit Bedarfsbezug kritisch: *Krohn*, NZBau 2021, S. 707, 709 f.

967 Zum materiellen Beginn eines Vergabeverfahrens: Teil 1, Kap. 1, D., I., 1., 2., b., bb.

968 Vgl. BVerfGE 116, 135 (149); *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 59; *Sachs*, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 118; *Manssen*, Staatsrecht II, § 31 Rn. 837; *Maurer*, in: FS 50 Jahre BVerfG, S. 468, 478 f.

969 BVerfGE 116, 135 (149).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes allein vor dem Risiko der missbräuchlichen und willkürlichen Inanspruchnahme von übergeordneter, im Zweifel mit Zwang durchsetzbarer Hoheitsgewalt schützen sollte.[970] Nur vor dem Hintergrund dieses spezifischen Schutzzweckes könne der Begriff der »öffentlichen Gewalt« in Art. 19 Abs. 4 GG ausgelegt werden.[971] Da sich aber bei der marktwirtschaftlichen Nachfragetätigkeit des Staates Bürger und Staat auf gleicher Ebene befänden, handle es sich bei den Maßnahmen der fiskalisch handelnden Verwaltung nicht um die Ausübung öffentlicher Gewalt.[972]

Gegen dieses enge Begriffsverständnis sprechen systematische, teleologische sowie historische Gründe. Der Begriff der öffentlichen Gewalt wird auch in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG verwendet. Beschwerdegegenstand einer Verfassungsbeschwerde ist eine Verletzung durch die öffentliche Gewalt. Diese umfasst nach allgemeiner Ansicht alle Handlungsformen des Staates, solange sie Außenwirkung entfalten.[973] Die Notwendigkeit der einheitlichen Verfassungsauslegung[974] spricht für die gleiche Auslegung von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, denn die Interessenlage zwischen grundrechtlicher Bindung und effektiver Durchsetzung von subjektiven Rechten ist vergleichbar. Zwischen der Bindung an die Grundrechte und der Gewährleistung des Grundrechtsschutzes besteht ein Gleichlauf.[975] Diesen Gleichlauf sah schon der Parlamentarische Rat in den Besprechungen zum Grundgesetz vor.[976] Eine Bindung an die Grundrechte wäre hinfällig, wenn keine Instrumente zur effektiven Durchsetzung dieser Grundrechte existieren würden. Effektiver Rechtsschutz soll vor der missbräuchlichen Anwendung des Rechts

970 BVerfGE 116, 135 (149). Vgl. auch BVerfGE 107, 395 (404); *Schmidt-Aßmann*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 45.

971 BVerfGE 116, 135 (149).

972 BVerfGE 116, 135 (149 f.).

973 *Ruppert/Schorkopf,* in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, § 90 Rn. 65; *Walter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 93 Rn. 341.

974 Zur Einheit der Rechtsordnung: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 774–776; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 7 Rn. 41 ff. Vgl. *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 430.

975 *Pünder*, VerwArch 95 (2004), S. 38, 54; *Niestedt/Hölzl*, NJW 2006, S. 3680, 3682; *Englisch*, VerwArch 98 (2007), S. 410, 416 f.; *Knauff*, NVwZ 2007, S. 546, 547; *Dörr*, DÖV 2001, S. 1014; *ders*., in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 107; *Brüning*, in: Stern/Becker, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 85; *Remmert*, JURA 2014, S. 906, 910.

976 Herrenchiemsee Entwurf, Vorlage an den Parlamentarischen Rat, zitiert nach: *von Doemming/Füsslein/Matz*, in: JöR 1 (1951), S. 183 f.; vgl. *Remmert*, JURA 2014, S. 906, 910.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schützen und dient mithin der effektiven Grundrechtsausübung durch die Individuen, denn die Ausübung eines Rechts ist erst dann effektiv, wenn dieses auch durchgesetzt werden kann.[977] Folglich ist der Begriff der öffentlichen Gewalt im GG im Zusammenhang mit den nationalen Verfassungsvorschriften einheitlich zu verstehen.

Doch selbst wenn man annimmt, der Begriff der öffentlichen Gewalt müsste eng ausgelegt werden, erfolgt die rechtsgeschäftliche Nachfrage des Staates in einem faktischen Über-Unterordnungsverhältnis, das sich als öffentliche Gewalt begreifen lässt. Staat und Private befinden sich in unterschiedlichen Ausgangslagen. So genießt der Staat gegenüber dem Privaten abseits der Möglichkeit, mit Zwang tätig zu werden, besondere Privilegien. Es bestehen beispielsweise staatliche Sonderrechte im Rahmen der Zwangsvollstreckung: Nach § 882 Abs. 2 ZPO ist die Zwangsvollstreckung in Sachen unzulässig, die für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Bund oder Länder unentbehrlich sind. Auch sind nach § 17 VwVG Zwangsmitteln gegen Behörden grundsätzlich unzulässig.[978] Der Staat befindet sich aufgrund dieser Regelungen in einer besonders privilegierten Ausgangsposition am Markt, die nicht nur auf ökonomischer Ungleichheit, sondern auch auf rechtlicher Ungleichheit fußt. Nicht zuletzt ist die Nachfrageposition des Staates eine besondere Position, da die staatliche Nachfrage unmittelbar das Geschehen am Markt beeinflussen kann. Der Staat hat eine besondere Nachfragemacht, die vergleichbar mit einem Privaten ist, der eine Monopolstellung innehat.[979] Diese Nachfragemacht verdichtet sich bei der rechtsgeschäftlichen Nachfrage zu einer immensen Steuerungsmacht, die der Ausübung einer »übergeordneten öffentlichen Rechtsmacht«[980] gleichkommt. So kann es beträchtliche Auswirkungen auf das marktwirtschaftliche Geschehen haben, wenn bspw. eine staatliche Stelle, plötzlich an Stelle von Schlauchboten Helikopter zur Seenotrettung beschaffen will.[981] Diese Steuerungskraft wird dadurch verstärkt, dass der Staat einseitig die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs festlegen kann.[982] Wie bereits festgestellt, können individuelle Privatautonomie und Vertragsfreiheit nur in

977 *Voßkuhle*, Rechtsschutz, S. 182; *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 333.
978 Vgl. auch: BVerfGE 61, 82 (105 f.); vgl. auch *Rittner*, ZHR 152 (1988), S. 318, 323.
979 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2., a.
980 BVerfGE 116, 135 (150).
981 Beispiel bei *Arrowsmith*, Public Procurement (1. Aufl.), S. 585 Fn. 43.
982 *Dörr*, in: Bungenberg/Huber/Streinz, Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, S. 105, 108; *Niestedt/Hölzl*, NJW 2006, S. 3680, 3682.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

einer bestehenden rechtlichen Rahmenordnung bestehen und sich entfalten.[983] Der Staat hat wiederum die Möglichkeit, diese rechtliche Rahmenordnung zu schaffen, zu ändern und aufzuheben. Dementsprechend ist die rechtsgeschäftliche Bedarfsdeckung als öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG aufzufassen.

Somit ist ungeachtet der gewählten Handlungsform gegen administrative Entscheidungen in der Bedarfsverwaltung ein effektiver und infolgedessen lückenloser Rechtsschutz zu gewähren. Ein Rückgriff auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip, um etwaige Rechtsschutzlücken zu schließen, ist nicht notwendig.

b. Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 47 GrCh

Im Rahmen vollständig vereinheitlichten Unionsrechts sind die Unionsgrundrechte Maßstab für die staatliche Gewalt.[984] Im Oberschwellenbereich, der das Auftragswesen oberhalb der durch die Kommission festgelegten Schwellenwerte vereinheitlicht[985], sind dann die Grundsätze der Effektivität des Unionsrechts und das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GrCh maßgeblich.

Art. 47 GrCh knüpft im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 4 GG nicht an das Vorliegen einer öffentlichen Gewalt an, so dass sich die gerichtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen der Bedarfsdeckung grundsätzlich am Maßstab von Art. 47 GrCh messen lässt. Allerdings muss die GrCh überhaupt im Rahmen der staatlichen Bedarfsdeckung anwendbar sein. Art. 51 Abs. 1 Alt. 2 GrCh bestimmt, dass die Mitgliedstaaten ausschließlich »bei der Durchführung des Rechts der Union« an die GrCh gebunden sind. Wann die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen, hat der EuGH konkretisiert. Eindeutig sind die Konstellationen, in denen die Mitgliedstaaten das Unionsrecht unmittelbar vollziehen (sog. »*agency situation*«[986])[987] und in denen sich die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung der Einschrän-

983 S. Teil 1, Kap. 2, A., II.
984 BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, juris Rn. 42–49, 50.
985 S. dazu: Art. 6 VRL; Art. 17 SektRL; Art. 9 KonzRL; Art. 68 VS-RL. Eine Auflistung der aktuell geltenden Schwellenwerte findet sich unter https://forum-vergabe.de/themen/rechtsvorschriften/ (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).
986 Zum Begriff: *Weiler*, in: Neuwahl/Rosas, The EU and Human Rights, S. 51, 67; vgl. auch *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, EUV, Art. 6 Rn. 30b.
987 EuGH, 13.7.1989 – C-5/88 – ECLI:EU:C:1989:321 Rn. 17 f. (Wachauf).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kung von Grundfreiheiten auf die unionsrechtlich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berufen.[988] Im Einzelnen unklar bleibt die weite Linie der *Åkerberg Fransson*-Rechtsprechung des EuGH. Demnach ist der Anwendungsbereich der GrCh eröffnet, wenn Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln.[989] So seien »keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären«[990]. In seiner Folgerechtsprechung konkretisiert der EuGH seine Rechtsprechung dahingehend, dass zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Unionsgrundrechte mindestens ein hinreichender Zusammenhang eines gewissen Grades zwischen der nationalen Maßnahme und dem Unionsrecht erforderlich sei.[991] Es reiche nicht aus, wenn die Sachbereiche lediglich benachbart sind oder der eine Sachverhalt eine mittelbare Auswirkung auf den anderen hat.[992] Um beurteilen zu können, ob ein hinreichender Zusammenhang besteht, ist zu prüfen, ob mit der Durchführung der nationalen Regelung die Durchführung einer unionsrechtlichen Bestimmung bezweckt werden soll, welchen Charakter die nationale Regelung hat, ob mit ihr anstatt unionsrechtlicher Ziele nicht andere Ziele verfolgt werden, selbst wenn diese einen mittelbaren Einfluss auf das Unionsrecht haben und abschließend, ob es nicht eine speziellere unionsrechtliche Regelung gibt, die diesen Bereich regelt.[993] So sei insbesondere die Grundrechtsbindung ausgeschlossen, wenn das Unionsrecht keine bestimmten Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten im Hinblick auf den bestimmten Sachverhalt bereithält.[994]

---

988 EuGH, 18.6.1991 – C-260/89 – ECLI:EU:C:1991:254 Rn. 43 (ERT); 30.4.2014 – C-390/12 – ECLI:EU:C:2014:281 Rn. 33 (Pfleger); vgl. EuGH, 14.6.2017 – C-685/15 – ECLI:EU:C:2017:452 Rn. 56 ff. (Online Games).

989 EuGH, 26.2.2013 – C-617/10 – ECLI:EU:C:2013:105 Rn. 17–22 (Åkerberg Fransson); 30.4.2014 – C-390/12 – ECLI:EU:C:2014:281 Rn. 33 (Pfleger); *Streinz/Michl*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 51 GrCh Rn. 6; *Thym*, NVwZ 2013, S. 889, 890; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 641.

990 EuGH, 26.2.2013 – C-617/10 – ECLI:EU:C:2013:105 Rn. 21 (Åkerberg Fransson).

991 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 24 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 34 (Hernández).

992 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 24 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 34 (Hernández).

993 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 25 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 37 (Hernández).

994 EuGH, 6.3.2014 – C-206/13 – ECLI:EU:C:2014:126 Rn. 26 (Siragusa); 10.7.2014 – C-198/13 – ECLI:EU:C:2014:2055 Rn. 35 (Hernández); 14.12.207 – C-243/16 – ECLI:EU:C:2017:969 Rn. 34 (Miravitlles Ciurana); 19.4.2018 – C-152/17 – ECLI:EU:C:2018:264 Rn. 34 f. (Consorzio Italien Management); 19.11.2019 –

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wendet man diese Rechtsprechung auf die Bedarfsverwaltung an, eröffnen die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung grundsätzlich nicht den Anwendungsbereich der GrCh. Zwar ergibt sich der staatliche Bedarf zwangsläufig aus der Pflicht zum funktionsfähigen Erhalt und der notwendigen Erfüllung einer Aufgabe, welche durchaus ihre Grundlage im Unionsrecht finden kann, doch besteht zwischen Durchführung der Aufgabe und der staatlichen Bedarfsdefinition allenfalls ein mittelbarer Zusammenhang. Von einem hinreichenden Zusammenhang gewissen Grades kann hier nicht die Rede sein. Dasselbe gilt für die Leistungsbestimmung. Die Beschaffungsentscheidung ist sogar ausdrücklich durch das Sekundärrecht vom Unionsrecht ausgenommen. So heißt es nach dem fünften Erwägungsgrund der VRL, dass die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Leistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistung selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne der Richtlinie organisieren möchten. Auch Art. 2 Abs. 1 KonzRL überlässt den Mitgliedstaaten den Spielraum zu entscheiden, wie die Erbringung von Bau- und Dienstleistungen im Mitgliedstaat am besten gesteuert werden könne, damit bei öffentlichen Dienstleistungen an hohes Maß an Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung sowie die Förderung des allgemeinen Zugangs und der Nutzungsrechte sichergestellt werden könne. Die Beschaffungsentscheidung steht nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Durchführung von Unionsrechten.

Nur in den Fällen, in denen die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung den unionsrechtlichen Grundfreiheiten oder den sie konkretisierenden Vergaberichtlinien widersprechen, ist die GrCh anwendbar. Für das Vergabeverfahren wurden die Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit dahingehend konkretisiert, dass sich daraus die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung, gegenseitigen Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz ableiten.[995] Wer-

C-609/17 und C-610/17 – ECLI:EU:C2019:981 Rn. 53 (TSN); 24.9.2020 – C-223/19 – ECLI:EU:C:2020.753 Rn. 79 (YS).

995 EuGH, 3.10.2019 – C-285/18 – ECLI:EU:C:2019:829 Rn. 48 (Irgita); vgl. auch EuGH, 9.7.1987 – C-27/86 bis 29/86 – ECLI:EU:C:1987:355 Rn. 15 (CEI); 7.12.2000 – C-324/98 – ECLI:EU:C:2000:669 Rn. 60 (Teleaustria); 10.9.2009 – C-573/07 – ECLI:EU:C:2009:532 Rn. 38 (Sea); 6.10.2021 – C-598/19 – ECLI:EU:C:2021:810 Rn. 33 (Conacee).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

den diese Grundsätze durch die staatlichen Entscheidungen beeinträchtigt und beruft sich die nationale Stelle dazu auf Rechtfertigungsgründe, eröffnet die den Anwendungsbereich der GrCh. Tangiert das staatliche Beschaffungsverhalten den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, lässt sich durchaus von einer Durchführung des Unionsrechts sprechen, der auch einen hinreichenden Zusammenhang zwischen Unionsrecht und nationalem Recht aufweist. Wenn also Grundfreiheiten beeinträchtigt oder die im Kartellvergaberecht geltenden Grundsätze und Regelungen tangiert sind, ist der dagegen zu richtende Rechtsschutz ebenfalls an Art. 47 GrCh zu messen.

2. Akteure der vergaberechtlichen Nachprüfung

Das Recht auf effektiven Rechtsschutz umfasst das Recht auf Zugang zu einem Gericht. Erfolgt die Bedarfsdeckung durch ein Vergabeverfahren, erfolgt die Nachprüfung der administrativen Entscheidung nach einer besonderen Zuständigkeitsverteilung. So führen die Überprüfung des Vergabeverfahrens in erster Instanz die Vergabekammern, wobei die Prüfungsmöglichkeiten von Aufsichtsbehörden (wie auch durch die Rechnungshöfe) unberührt bleiben (§ 155 GWB), und in zweiter Instanz die Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten durch. Auf Bundesebene besteht eine Vergabekammer, die beim Bundeskartellamt angesiedelt ist, und für Vergaben durch die Länder und die ihnen zuzurechnenden Einheiten, existieren entsprechende Vergabekammern auf Landesebene (§ 156 GWB). Da die Vergabekammern des Bundes und der Länder vollständig der Exekutive im organisatorischen Sinne zugeordnet sind[996] und als Verwaltungsbehörden gelten[997], stellt sich die Frage, inwiefern die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen in erster Instanz als Gerichte gelten. Denn Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 47 GrCh sichern die Einrichtung eines Rechtsschutzes durch ein

996 Siehe zur Auflistung der zuständigen Vergabekammern der Länder: *Horn/Hofmann*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 158 Anhang 2.

997 *Neun*, in: Gabriel/Krohn/ders., Handbuch Vergaberecht, § 40 Rn. 10. Vgl. BGH, 9.12.2003 – X ZB 14/03, NZBau 2004, S. 285, 286; *Antweiler*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 168 Rn. 72; *Lux*, VergabeR 2010, S. 899, 900; *Landsberg*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 157 Rn. 2; *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 157 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gericht.[998] Dementsprechend gelten die entwickelten Rechtsschutzmaßstäbe auch nur für Gerichte in deren Sinne.

a. Erste Instanz: Vergabekammern als Gerichte?

Ob die Vergabekammern Gerichte darstellen, hängt davon ab, welcher Gerichtsbegriff zugrunde gelegt wird. Der nationale und unionsrechtlich autonome Gerichtsbegriff sind nämlich nicht deckungsgleich.[999]

aa. Nationaler Gerichtsbegriff

Es ist fraglich, inwiefern die Mitglieder der Vergabekammern als unabhängig gelten. Nach dem nationalen Verständnis zeichnet sich ein Gericht dadurch aus, dass die Richter organisatorisch selbstständig, persönlich und sachlich unabhängig sowie unparteiisch gegenüber den Verfahrensbeteiligten sind.[1000] Für die sachliche Unabhängigkeit der Mitglieder der Vergabekammer sprechen § 157 Abs. 1 GWB, nach dem die Vergabekammern ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung ausüben und § 157 Abs. 4 S. 2 GWB, nach dem die Mitglieder der Kammer unabhängig entscheiden und nur dem Gesetz unterworfen sind. Daraus folgt die Weisungsfreiheit der Mitglieder der Vergabekammer.[1001] Eine im deutschen Sinne persönliche und organisatorische Unabhängigkeit der Vergabekammern besteht allerdings nicht. Persönliche Unabhängigkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 2 GG meint, dass der Richter ohne seinen Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und aufgrund gesetzlicher Vorgaben und Gründe versetzt oder seines Amtes enthoben werden kann[1002]. Das GWB regelt nur die verbindliche Festlegung der Amtszeit auf fünf Jahre in § 157 Abs. 4 S. 1 GWB. Allein aus der Festlegung der Amtszeit auf fünf Jahre lässt sich nicht schließen, dass die Mitglieder für diesen Zeitraum nicht aus anderen

998 Vgl. auch BT-Drs. 13/9340, S. 12 (rechte Spalte).
999 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., aa.
1000 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., a., b., aa.
1001 Auch: BT Drs. 13/9340, S. 17 (Spalte links).
1002 BVerfGE 4, 331 (344 f.); 14, 56 (70); 18, 241 (255); 27, 312 (322); 42, 206 (209); 87, 68 (85). Zur Verortung der persönlichen Unabhängigkeit in Art. 97 Abs. 2 GG: *Ipsen/Kaufhold/Wischmeyer*, Staatsrecht I, S. 245; *Kment*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 97 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gründen unabsetzbar wären.[1003] Eine Abberufung, Versetzung oder ähnliches dürfen aber nur aufgrund einer richterlichen Entscheidung ergehen, um weiterhin die persönliche Unabhängigkeit der Richter zu gewährleisten. Zwar enthält das GWB keine Vorgaben über die Versetzung und Abberufung der Mitglieder der Vergabekammer, doch ist § 157 Abs. 4 S. 1 GWB insofern nicht abschließend. Dementsprechend ist auf die Vorschriften des BBG und des BeamtStG zu verweisen, da zumindest der Vorsitzende und der hauptamtliche Beisitzer Beamte sein werden.[1004] Ein Rückgriff auf die Vorschriften des DRiG ist hingegen nicht möglich, da nach § 2 DRiG die Vorschriften nur für Berufsrichter gelten und ein Verweis im GWB auf das DRiG fehlt.[1005] Für die ehrenamtlichen Beisitzer kann § 86 VwVfG fruchtbar gemacht werden, der die Abberufung ehrenamtlich Tätiger bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vorsieht.[1006] BBG und BeamtStG sehen unter bestimmten Voraussetzungen die Abordnung, Versetzung und Zuweisung vor (§§ 27–29 BBG, §§ 14–15 BeamtStG). Weder im BBG und im BeamtStG noch im VwVfG ergeht die Abberufung von der Tätigkeit allerdings durch richterliche Entscheidung, so dass die Voraussetzungen des Art. 92 Abs. 2 GG nicht erfüllt sind und die Mitglieder der Vergabekammer keine persönliche Unabhängigkeit genießen.[1007]

Außerdem zeichnet sich die Richtereigenschaft durch eine organisatorische Selbstständigkeit aus. Das bedeutet, dass sich der Spruchkörper, der aus Richtern besteht, vollständig von Einrichtungen der exekutiven oder legislativen Gewalt abgrenzen lassen kann.[1008] In dieser Voraussetzung kommt das rechtsstaatliche Ziel der Gewaltenteilung zum Tragen. Eine organisatorische Selbstständigkeit weisen die Vergabekammern allerdings nicht auf, da die Vergabekammern den Ministerien oder den Mittelbehörden eingegliedert sind und jene auch die Infrastruktur der exekutiven

1003 Vgl. zur Annahme der persönlichen Unabhängigkeit allein auf Grundlage von § 157 Abs. 4 S. 1 GWB: *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 157 Rn. 7; *Neun*, in: Gabriel/Krohn/ders., Handbuch Vergaberecht, § 40 Rn. 10; *Steck*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 157 Rn. 56. Wohl auch *Stockmann*, der von einer »Unabsetzbarkeitsgarantie« spricht. Siehe: *Stockmann*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB § 157 Rn. 6.

1004 *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 143.

1005 Vgl. auch *Horn/Graef*, NZBau 2022, S. 142, 143.

1006 *Steck*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 157 Rn. 59.

1007 Im Ergebnis auch: *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 144.

1008 *Classen*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG, Art. 92 Rn. 12, 15; *Hillgruber*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 92 Rn. 68. Vgl. zur Trennung von Justiz und Verwaltung: BVerfGE 10, 200 (215 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einheiten nutzen.[1009] Insofern lassen sich die Vergabekammern nicht vollständig von der exekutiven Gewalt abgrenzen lassen. Folglich sind Vergabekammern keine Gerichte i.S.v. Art. 92 GG, da sie weder persönlich noch organisatorisch unabhängig sind.[1010] Vielmehr handelt es sich bei ihnen – wie auch der deutsche Gesetzgeber sie einordnet – um lediglich »gerichtsähnliche Instanz[en]«[1011].

bb. Unionsrechtlicher Gerichtsbegriff

Fraglich ist, ob in Anbetracht des Unionsrechts etwas anderes gilt. Unter anderem für die deutschen Vergabekammern hat der EuGH deren Gerichtsqualität bejaht.[1012] Der unionsrechtliche Unabhängigkeitsbegriff weist einen internen und einen externen Aspekt auf. Der externe Aspekt der Unabhängigkeit erfordert, dass der Richter und die entscheidende Stelle vor Interventionen und Druck von außen im Hinblick auf die Entscheidungsfindung und das Entscheidungsergebnis geschützt sind.[1013] Die Entscheidungsträger sollen folglich ohne hierarchische Abhängigkeit oder Unterordnung ihre Tätigkeit ausüben können. Der interne Aspekt der Unabhängigkeit erfordert als Unparteilichkeit einen gleichen Abstand zu den Prozessbeteiligen, also Sach-

1009 *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 143. Mit der Anpassung des deutschen Vergaberechts an das EU-Richtlinienpaket zur öffentlichen Auftragsvergabe aus dem Jahr 2014 hat sich im Hinblick auf die Vorschriften über die Nachprüfungsbehörden kaum etwas geändert. S. dazu BT-Drs. 18/6821, S. 134 ff.

1010 Auch: OLG Karlsruhe, 19.11.2007 – 17 Verg 11/07, juris Rn. 4; OLG Rostock, 2.7.2008 – 17 Verg 2/08, ZfBR 2008, S. 828, 830; OLG Brandenburg, 7.8.2008 – Verg W 11/08, openJur 2012, 9066.

1011 BT Drs. 13/9340, S. 20 (Spalte rechts). Vgl. auch für die Vergabeüberwachungsausschüsse i.S.d. § 57c HGrG a. F.: *Schulze-Fielitz*, Dreier, GG, Art. 92 Rn. 55.

1012 EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 – ECLI:EU:C:2014:2235 Rn. 22 f. (Bundesdruckerei GmbH). Schon früh hat der EuGH für Vergabenachprüfungsinstanzen in Österreich deren Gerichtseigenschaft anerkannt, die zu dem Zeitpunkt der Entscheidung zwar als unabhängig und weisungsfrei galten, aber Verwaltungsbehörden waren. S. dazu: EuGH, 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 26 f. (HI); *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht, S. 196. Seit dem 1.1.2014 existieren die Vergabekontrollsenate nicht mehr. Stattdessen übernehmen die Verwaltungsgerichte die Nachprüfung der Vergabeentscheidungen. Zur Gerichtsqualität polnischer Vergabenachprüfungsstellen: EuGH, 13.12.2012 – C-465/11 – ECLI:EU:C:2012:801 Rn. 17 f. (Forposta SA).

1013 EuGH, 19.9.2006 – C-506/04 – ECLI:EU:C:2006:587 Rn. 51 (Wilson); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 63 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 72 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lichkeit und Neutralität der Spruchkammer.[1014] Beide Aspekte erfordern das Bestehen von Regelungen über »die Zusammensetzung der Einrichtung, die Ernennung, die Amtsdauer und die Gründe für Enthaltung, Ablehnung und Abberufung«[1015] der Mitglieder. Die Unabhängigkeit ist ferner beeinträchtigt, wenn der Eindruck entsteht, Maßnahmen werden als Mittel zur politischen Kontrolle der Entscheidungen genutzt.[1016]

Der interne Aspekt der Unabhängigkeit ist bei den Vergabekammern geschützt, da die Vergabekammern nach § 157 Abs. 1 GWB ihre Tätigkeit unabhängig ausüben und die Mitglieder der Vergabekammern nach § 157 Abs. 4 S. 2 GWB unabhängig entscheiden und nur dem Gesetz unterworfen sind, mithin weisungsfrei agieren (vgl. § 62 Abs. 1 S. 3 BBG).

Der externe Aspekt der Unabhängigkeit speist sich für die Vergabekammer aus mehreren Gründen. Zwar ist die Amtszeit der Mitglieder der Vergabekammern nach § 157 Abs. 4 S. 1 GWB auf fünf Jahre beschränkt und auch die Länder, die abweichende landesrechtliche Vorgaben getroffen haben, haben die Amtszeit zeitlich begrenzt.[1017] Der Grundsatz der Unabsetzbarkeit schließt allerdings nicht aus, dass eine Amtszeit begrenzt ist.[1018]

1014 EuGH, 19.9.2006 – C-506/04 – ECLI:EU:C:2006:587 Rn. 52 (Wilson); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 65 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 73 (Kommission/Polen).

1015 EuGH, 19.9.2006 – C-506/04 – ECLI:EU:C:2006:587 Rn. 53 (Wilson); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 66 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 74 (Kommission/Polen).

1016 EuGH, 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 67 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 77 (Kommission/Polen).

1017 Eine Begrenzung auf fünf Jahre haben getroffen: Baden-Württemberg (§ 1 Abs. 3 S. 1 Verordnung der Landesregierung über die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge), Berlin (§ 3 Abs. 2 Verordnung zur Regelung von Organisation und Zuständigkeiten im Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge); Brandenburg (§ 3 Abs. 2 Verordnung über die Nachprüfungsbehörden); NRW (§ 2 Abs. 4 S. 2 Verordnung über Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer); Rheinland-Pfalz (§ 1 Abs. 3 S. 1 Landesverordnung über die Nachprüfungsbehörden für die Vergabe öffentlicher Aufträge und von Konzessionen); Saarland (§ 2 Abs. 3 S. 2 Verordnung über die Regelung der Nachprüfungsverfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen im Sinne von § 106 des GWB); Sachsen (§ 2 Abs. 4 S. 1 Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Errichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaates Sachsen). Keine expliziten Vorgaben haben getroffen: Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

1018 EuGH, 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 76 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:08. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Explizite Vorschriften für die Abberufung der Mitglieder der Vergabekammer enthält das GWB nicht, insofern lassen sich die allgemeinen Vorschriften des BBG (bzw. der entsprechenden Landesbeamtengesetze) heranziehen. Das BBG und das BeamtStG sehen unter bestimmten Voraussetzungen die Abordnung, Versetzung und Zuweisung vor (§§ 27–29 BBG, §§ 14–15 BeamtStG). Längere Abordnungen oder Abordnungen zu einem anderen Dienstherrn, wie auch die Versetzung zu Stellen mit einem niedrigeren Endgrundgehalt bedürfen der Zustimmung des Beamten. Nur in den umrissenen Fällen der §§ 27–29 BBG, §§ 14–15 ist es möglich, die Beamten ohne ihre Zustimmung aus den Vergabekammern zu entfernen. Im Ergebnis können die Mitglieder der Vergabekammer daher unter Umständen gegen ihren Willen abberufen werden.[1019] Aus den Regelungen folgt allerdings nicht, dass sie für eine politische Kontrolle der Mitglieder der Vergabekammer genutzt werden. Auf die Zustimmung des Beamten wird lediglich verzichtet, wenn alte und neue Stelle gleichwertig sind, die Abordnung innerhalb der Stelle erfolgt oder von kurzer Dauer ist. Ohne Zustimmung lässt sich der Beamte daher zumindest nicht vollständig aus dem Dienst entfernen. Dementsprechend stehen die beamtenrechtlichen Vorschriften der externen Unabhängigkeit der Vergabekammern nicht entgegen.

Regelungen für die Zusammensetzung und Ernennung der Mitglieder der Vergabekammern enthält das GWB. Die Einrichtung der Bundesvergabekammer und die Ernennung ihrer Mitglieder obliegt nach § 158 Abs. 1 GWB dem Präsidenten des Bundeskartellamtes. Bei der Auswahl muss der Präsident die fachliche Qualifikation der Mitglieder gem. § 157 Abs. 2 GWB berücksichtigen. Die Einrichtung der Landesvergabekammern und die Ernennung deren Mitglieder übernehmen nach § 158 Abs. 2 GWB die nach Landesrecht zuständigen Stellen oder, sofern keine Regelung getroffen wurde, die Landesregierung. Damit existieren eine Reihe an Vorschriften, die die Zusammensetzung der Spruchkammer gesetzlich regeln, ohne dass der Eindruck entsteht, die Mitglieder der Vergabekammer unterlägen einer politischen Kontrolle. Dementsprechend sind die deutschen Vergabekammern auch unabhängig im Sinne des externen Aspekts.

1019 A.A. *Dittmann*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 158 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Ergebnis sind damit die deutschen Vergabekammern trotz ihrer formellen Erscheinung als Verwaltungsbehörden und organisatorischen Eingliederung in die Exekutive Unionsgerichte im funktionalen Sinne.[1020]

cc. Zwischenergebnis

Vergabekammern gelten aufgrund ihrer organisatorischen Abhängigkeit von der Exekutive nicht als Gerichte i.S.v. Art. 92 GG. Stattdessen sind sie Teil der öffentlichen Gewalt i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG, gegen deren Entscheidungen entsprechender Rechtsschutz gewährt werden muss. Da die Vergabekammern aber als Unionsgerichte im funktionalen Sinn in den Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV fallen, müssen sie der Rechtsschutzgarantie des Art. 47 GrCh genügen, was die Pflicht zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes umfasst.[1021] Das bedeutet wiederum, dass die Maßstäbe des Art. 47 GrCh auch für die Prüfung durch die Vergabekammern im Anwendungsbereich des Unionsrechts gelten. Im Hinblick auf das hier vertretene horizontale Autonomieverständnis bedeutet das, dass aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts die Entscheidungen der Vergabekammer als funktionale Unionsgerichte den Autonomiebereich administrativer Einrichtungen begrenzen können. Denn nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen. Die Entscheidung ergeht in Form eines Verwaltungsakts (§ 168 Abs. 3 S. 1 GWB), an den die staatliche Stelle gebunden ist.

b. Zweite Instanz: Oberlandesgerichte

Im Fall der sofortigen Beschwerde entscheidet nach § 171 Abs. 3 S. 1 GWB das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht über den Rechtsstreit im Nachprüfungsverfahren. Bei den Oberlandesgerichten handelt es sich um Gerichte i.S.d. Art. 92 GG und Unionsgerichte im funk-

1020 Im Ergebnis auch: *Chen*, Vergaberechtsschutz, S. 311. Vgl. auch *Horn/Graef*, NZBau 2002, S. 142, 143 f.

1021 Vgl. EuGH, 27.2.2018 – C-64/16 – ECLI:EU:C:2018:117 Rn. 37 (Associação Sindical dos Juízes Portugueses); 25.7.2018 – C-216/18 PPU – ECLI:EU:C:2018:586 Rn. 52 (Minister for Justice and Equality); 24.6.2019 – C-619/18 – ECLI:EU:C:2019:531 Rn. 55 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tionalen Sinn. Folglich sind diese Ausprägung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und des Art. 47 GrCh.[1022]

3. Vorliegen einer normativen Ermächtigung zur administrativen Letztentscheidung?

Da also grundsätzlich für jegliche Formen der Bedarfsdeckung der Kontrollmaßstab des Art. 19 Abs. 4 GG gilt, müssen sich Ausnahmen von der lückenlosen Kontrolle, wie bei der Beschaffungsautonomie, rechtlich begründen lassen. Derartige Letztentscheidungsbefugnisse lassen sich durch eine systematische und teleologische Auslegung des der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramms ermitteln.[1023] Die Auslegung muss einen hinreichend gewichtigen Sachgrund hervorbringen, der den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes einschränken kann.[1024] Da die Bedarfsdeckung an die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe anschließt, bietet sich die Aufgabennorm als ein zugrundeliegendes Normenprogramm an (a.). Daneben existieren Normen mit Bedarfsbezug (b.). Ferner lassen sich das Haushaltsrecht (c.) und das unionsrechtlich geprägte Vergaberecht (d.) als Normkomplexe heranziehen, die formelle Vorgaben an die Beschaffung stellen.

a. Aufgabennorm

Die Bedarfsdeckung knüpft an die Erfüllung von staatlichen Aufgaben an. Staatliche Aufgaben sind solche, die sich der Staat gesetzlich zugewiesen hat.[1025] Da der Staat zum funktionsfähigen Selbsterhalt verpflichtet ist, muss er sich in einem Zustand halten, die Aufgaben erfüllen zu können. Das bedeutet, er muss für die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Mittel sorgen und seinen Bedarf in einer der Aufgabenerfüllung geeigneter Weise definieren. Folglich bietet die Aufgabennorm das der Entscheidung zugrundeliegende Normenprogramm für die Bedarfsdeckung. Dementsprechend wäre eine gerichtliche Kontrolle der staatlichen Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung am Maßstab der Aufgabennorm auf die Eignung der begehrten Leistung grundsätzlich möglich.

1022 Vgl. auch BT-Drs. 13/9340, S. 12 (rechte Spalte).
1023 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., cc.
1024 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., cc.
1025 S. Teil 1, Kap. 1, B., IV.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die konkrete Aufgabenerfüllung kann allerdings nicht kontrolliert werden, denn in der Aufgabennorm liegt die normative Ermächtigung für eine administrative Letztentscheidung über die anschließende Bedarfsdeckung. In der gesetzlichen Zuweisung der Aufgabe liegt für die Verwaltung die Befugnis begründet, eine verbindliche Letztentscheidung über die konkreten Eigenschaften der begehrten Leistung zu treffen, welche nicht weiter durch die Gerichte kontrolliert werden können. Dies ergibt sich aus einer Auslegung der zugrundeliegenden Aufgabennormen. Eine Aufgabennorm ist eine Handlungsnorm[1026]; sie weist den Staat an, in einem bestimmten Bereich – dem Aufgabenbereich – mit dem Ziel der Aufgabenerfüllung zu handeln. Definiert die staatliche Stelle ihren Bedarf an Gütern und Dienstleistungen und entscheidet sich für eine Beschaffung oder Eigenfertigung, trifft die staatliche Stelle gleichsam eine Entscheidung über die Art und Weise der Aufgabenerfüllung. Wie und mit welchen Mitteln die staatlichen Stellen ihre Aufgaben erfüllen wollen, ist aber durch die Gerichte allein anhand der Aufgabennorm nicht zu kontrollieren, denn die Aufgabennorm, als manifestierter Wille des Gesetzgebers, lässt die Wahl der Mittel und Formen offen.

Diese systematische Auslegung wird unterstützt durch funktionell-rechtliche Gründe. Die Aufgabennorm gibt nur einen groben Zielmaßstab vor, welcher mit vielen Mitteln in unterschiedlicher Güte erreicht werden kann. Es gibt für die zugrundeliegende staatliche Aufgabe nicht die eine objektiv-beste Lösung und häufig stehen mehrere mögliche Varianten zur Auswahl, um den Grundbedarf zu decken.[1027] Bspw. besteht zur Sicherung der Verkehrswege im Winter die Möglichkeit, zwischen Streusalz, aber auch salzfreien Alternativen, wie Sand oder Kies auszuwählen. Ferner muss anhand des zu erwartenden Aufwands die benötigte Menge bestimmt werden. Bei der Entscheidung über die Aufgabenerfüllung trifft die staatliche Stelle dann eine planerische Prognoseentscheidung, denn es muss zum einen berücksichtigt werden, in welchem Umfang in der Zukunft die Aufgabe erfüllt werden muss, welche öffentlichen Interessen berührt sind und zum anderen wie der Staat insgesamt ausgestattet sein muss, um funktionsfä-

1026 *Hoffmann-Riem/Pilniok*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 33; *Franzius*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 4 Rn. 2 ff. Zur Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnormen: *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, Rn. 516–518; *Hesse*, in: FS H. Huber, S. 261, 269.

1027 Zum Ablauf des Bedarfsdeckungsprozesses: Teil 1, Kap. 1, D.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hig zu bleiben. Im Zuge dessen muss die Verwaltung den Bestand der verfügbaren Ressourcen, aber auch die vorhandenen Fähigkeiten des mit der Leistung in Berührung kommenden Personals berücksichtigen. Für die Aufgabenerfüllung im Einzelnen kann die beschaffende Stelle teilweise auf Erfahrungswerte der vergangenen Jahre zurückgreifen.[1028] Insbesondere bei wiederkehrenden Bedarfen besteht ein über die Jahre gewachsener Erfahrungsschatz im Hinblick auf die Nutzung von Gütern und Dienstleistungen. Bezogen auf die Aufgabe der Sicherung von Verkehrswegen muss die beschaffende Stelle unter anderem berücksichtigen, wieviel Streumaterial noch vorhanden ist, wieviel Streumaterial in Zukunft voraussichtlich benötigt wird, welches Material verwendet werden soll und womöglich sogar, welche Umwelt- und Klimaauswirkungen die Verwendung bestimmter Streumaterialien zur Folge hat. Da der Einsatz der Streumaterialien von den Witterungsverhältnissen abhängt, die nicht im Einzelnen genau vorhergesagt werden können, muss die staatliche Stelle planerisch-schätzend tätig werden. Die zur Aufgabenerfüllung verpflichtete Stelle kann folglich im Grunde am besten ermitteln, wie sie die Aufgabe erfüllen kann. Das umschließt auch die Entscheidung darüber, ob eine Leistung am Markt eingekauft werden soll oder mithilfe eigener Dienststellen erstellt werden soll. Derartige Wertungen können nicht durch die Gerichte kontrolliert werden, denn eine gerichtliche Kontrolle würde i.S.d. Gewaltenteilungsprinzips kein »besseres« Ergebnis liefern.

Im Übrigen geht allein von der Aufgabennorm und dem Handeln der Verwaltung, das sich auf sie stützt, keine ernsthafte Relevanz für die Grundrechte der Bürger aus, denn die Aufgabennorm beschreibt zwar einen Zuständigkeitsbereich des Staates, ermächtigt aber nicht zum Eingriff in grundrechtliche Schutzbereiche.[1029] Die einzelfallabhängige Art und Weise der Aufgabenerfüllung ist damit nicht am alleinigen Maßstab der Aufgabennorm justiziabel. Dementsprechend lässt sich anhand der Aufgabennorm nicht kontrollieren, ob ein anderes unter gleich geeigneten Mitteln für die Aufgabenerfüllung besser gewesen wäre.

1028 *Dincher/Müller-Godeffroy/Scharpf/Schuppan*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 174.

1029 Zur Abgrenzung zwischen Aufgaben- und Befugnisnormen: *Schoch*, JuS 1994, S. 391, 396; *Kingreen/Poscher*, Polizei- und Ordnungsrecht, § 2 Rn. 43 ff.; § 3 Rn. 1 f. Zur grundrechtlichen Betroffenheit als ein Indiz gegen eine administrative Letztentscheidungsbefugnis: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., dd.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b. Normen mit Bedarfsbezug

Außervergaberechtliche Normen mit Bedarfsbezug schränken den Eigenbereich der Verwaltung bei der Definition des staatlichen Bedarfs zumindest teilweise ein.[1030] Fraglich bleibt dabei, inwieweit die Vorgaben der Normen mit Bedarfsbezug in der Phase der Bedarfsanalyse und -planung gerichtlich zu kontrollieren sind. Normen mit Bedarfsbezug sind als gesetzliche Vorschriften grundsätzlich vollständig justiziabel. Dabei liegen administrative Letztentscheidungsbefugnisse weniger in der geringen Regelungsdichte der geforderten Berücksichtigung ökologischer Belange bei der staatlichen Entscheidungsfindung (wie bspw. § 13 Abs. 1 KSG) begründet, als vielmehr in der Schwierigkeit, gerichtlich zu bestimmen, was eine vorzugswürdige Leistung ist (vgl. § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG und § 13 Abs. 2 KSG), und in der Abhängigkeit der Erreichung der Mindestziele von zukünftigen Beschaffungen (§ 5 SaubFahrzeugBeschG)[1031].

aa. Berücksichtigungspflichten

Ein Berücksichtigungsgebot, wie beispielsweise § 13 Abs. 1 KSG, welches die öffentliche Hand bei Planungen und Entscheidungen zur Berücksichtigung der ökologischen Auswirkungen ihres Handelns und zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen verpflichtet, ist grundsätzlich vollständig durch die Gerichte zu kontrollieren. Das bedeutet allerdings nur, dass das staatliche Handeln daraufhin zu kontrollieren ist, ob der Klimaschutz zumindest in der Entscheidung *berücksichtigt* wurde.[1032] Insofern beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle inhaltlich auf das Vorliegen entsprechender Erwägungen. Das Ergebnis der Bedarfsdefinition verbleibt dem administrativen Eigenbereich.

1030 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 1., b.
1031 Zur materiellen Reichweite des SaubFahrzeugBeschG: Teil 2, Kap. 1, E., II., 1., c.
1032 BVerwG, 4.5.2022 – 9 A 7.21, juris Rn. 85; *Kment*, NVwZ 2020, S. 1537, 1544; *Schink*, in: Frenz, Klimaschutzrecht, KSG, § 13 Rn. 23, 25; *Scharlau/von Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/ Klinski/Sina*, NVwZ 2020, S. 1, 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bb. Bevorzugungspflichten

Dasselbe gilt für Bevorzugungspflichten, wie sie § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG und § 13 Abs. 2 KSG statuieren. Derartige Bevorzugungspflichten werden im Beschaffungsprozess zu zwei Zeitpunkten relevant: zuerst in der Analyse- und Planungsphase, wenn die staatliche Stelle ihren Bedarf definiert und dazu zwischen verschiedenen Möglichkeiten abwägen muss. Erfolgt im Anschluss daran ein Vergabeverfahren, verpflichtet die Bevorzugungspflicht den Staat bei Erteilung des Zuschlages zur Bevorzugung des den Kriterien eher entsprechenden Angebots. So sind nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG solche Erzeugnisse mit ökologisch-nachhaltigen Eigenschaften, wie einer ressourcenschonenden Herstellung oder Langlebigkeit und Reparaturfreundlichkeit zu bevorzugen. Da die Beschaffungsautonomie den Entscheidungsspielraum in Analyse- und Planungsphase betrifft, ist nur die Justiziabilität der ersten Auswahlentscheidung von Interesse. Während § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG im Hinblick auf die Erteilung des Zuschlags vollständig justiziabel ist,[1033] ist keine gerichtliche Kontrolle daraufhin zu unternehmen, ob die öffentliche Hand eine womöglich nachhaltigere Alternative hätte wählen können, um ihren Bedarf zu definieren. Das gilt ebenso für die im KSG festgelegte Bevorzugungspflicht. Wenn mehrere Möglichkeiten, also mehrere Leistungen als Bedarfsdefinition in Betracht kommen, ist der Bund nach § 13 Abs. 2 S. 2 KSG verpflichtet, derjenigen Möglichkeit den Vorzug zu geben, die die Treibhausgasemissionen über den gesamten Lebenszyklus zu den geringsten Kosten mindert. Bei zwei vergleichbaren Leistungen kann also eine gerichtliche Kontrolle darauf erfolgen, ob die nachhaltigere Lösung gewählt wurde.

Beiden Vorschriften ist allerdings eine administrative Letztentscheidungsbefugnis hinsichtlich der Bestimmung der begehrten Leistung nach ihrer Verkehrsauffassung immanent. Eine Kontrolle würde nämlich erfordern, dass es eine objektiv geeignetste und nachhaltigste Lösung für die jeweilige Aufgabe gäbe. Welche Leistung sich allerdings am besten eignet, ist von der zugrundeliegenden Aufgabe abhängig und wird individuell von zahlreichen tatsächlichen Faktoren beeinflusst. Dazu gehören bspw. die schon vorhandene Ausstattung der staatlichen Stelle, wie lange der Gegenstand genutzt werden kann und muss und, insb. für Beschaffungen im Anwendungsbereich des KrWG, der tatsächliche Einzugsbereich und die zurückzulegenden Strecken zur Abfallentsorgung. Ferner ließe sich

1033 *Dippel*, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, KrWG § 45 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

absolut betrachtet immer eine nachhaltigere Lösung finden. Eine Kontrolle daraufhin, ob eventuell eine bessere, umweltfreundlichere Alternative zur Aufgabenerfüllung gewählt hätte werden können, ist in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Normenprogramm allerdings nicht angelegt. Eine gerichtliche Kontrolle würde in diesem Fall keinen »rechtlichen Mehrwert« schaffen, sondern lediglich die administrativen Wertungen durch gerichtliche Wertungen ersetzen. Damit liegt in der Bevorzugungspflicht die normative Ermächtigung, abschließend über die Leistung nach Art ihrer Verkehrsauffassung zu entscheiden.

Auf alternative Lösungen ist die administrative Entscheidung nicht zu kontrollieren. Dies ist auch im Hinblick auf die Beeinträchtigung etwaiger Grundrechte nicht notwendig, da das KSG keine subjektiven Rechte begründet (§ 4 Abs. 1 S. 10 KSG) und § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG Rechtsansprüche Dritter ausschließt, welche für eine gerichtliche Kontrolle sprechen können.[1034]

cc. Befolgungspflichten

Befolgungspflichten sind grundsätzlich vollständig gerichtlich zu kontrollieren. Die Mindestziele im SaubFahrzeugBeschG sind gesetzliche Maßstäbe, die auf ihre Einhaltung hin gerichtlich überprüft werden können. Die Besonderheit beim SaubFahrzeugBeschG liegt jedoch darin, dass die nach § 5 Abs. 1 S. 1 SaubFahrzeugBeschG verpflichtend einzuhaltenden Mindestziele eine über einen bestimmten mehrjährigen Zeitraum festgelegte Gesamtzahl betreffen. So lässt sich die Erreichung der Mindestziele erst aus einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Neubeschaffungen innerhalb des Referenzzeitraumes ermitteln.[1035] Dementsprechend ist keine individuelle

1034 Vgl. auch *Siegel*, NZBau 2022, S. 315, 318; ders., VergabeR 2022, S. 14, 20 f. In Verbindung mit dem Vergaberecht (§ 97 Abs. 6 GWB) differenzierend: *Braun*, NZBau 2021, S. 707, 709. Zur Feststellung, dass die Wahrscheinlichkeit der Zulässigkeit einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis mit Zunahme der grundrechtlichen Betroffenheit durch die Entscheidung sinkt: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., dd.

1035 Insofern ist die Aussage der VK Bund vom 20.1.2022 – VK 2–135/21, S. 22 missverständlich, wonach sich aus den Mindestzielen des SaubFahrzeugBeschG nicht ergebe, »dass jeder Beschaffungsvorgang von Nutzfahrzeugen des Bundes davon umfasst wird«. Das SaubFahrzeugBeschG findet auf jede Neubeschaffung eines Fahrzeugs mit Ausnahme der in § 4 SaubFahrzeugBeschG angeführten Fälle Anwendung.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Überprüfung der einzelnen Beschaffungsentscheidung möglich, da für eine richtige Kontrolle sämtliche (und auch zukünftige) Neubeschaffungen in der Summe betrachtet werden müssten.[1036] Jede Beschaffungsentscheidung für ein Fahrzeug, hält es sich im Rahmen der vorgegebenen Emissionsgrenzen oder nicht, hat Auswirkungen auf die Erreichung des Mindestziels. Zum einen ist also eine gerichtliche Kontrolle einer einzelnen Beschaffungsentscheidung am Maßstab der vorgegebenen Mindestziele praktisch äußerst schwierig. Zum anderen liegt der Einzelfallentscheidung ebenso ein gewichtiges planerisches und koordinatives Element zugrunde, was wiederum für eine administrative Letztentscheidungsbefugnis spricht. Indem der Gesetzgeber nur Mindestziele in einem Referenzzeitraum vorgibt, will er der Verwaltung gerade die Letztentscheidungsbefugnis über das Ob und Wann der Beschaffung sauberer Fahrzeuge übertragen. Denn bei der Erreichung der Mindestziele in einem Zeitraum stehen die Entscheidungen in Abhängigkeit zu anderen, zukünftigen Entscheidungen. Die Gerichte würden im Fall der gerichtlichen Kontrolle lediglich ihre Wertung an die Stelle der administrativen Entscheidung setzen.

Eine gerichtliche Kontrolle erfolgt auch nicht in dem Fall, wenn Mindestziele nicht mehr erreicht werden können.[1037] Dieser These liegt die Annahme zugrunde, dass sich ein Zeitpunkt verlässlich bestimmen ließe, zu dem die Mindestziele nicht mehr erreicht werden könnten. Da im Referenzzeitraum allerdings keine Höchstmenge an zulässigen Neubeschaffungen angegeben ist und die Mindestziele lediglich einen Prozentsatz an der Gesamtzahl, der im Referenzzeitraum neu beschafften Fahrzeuge angeben, können bis zum Ablauf der Referenzzeiträume Anteile variieren. Im Extremfall könnte die Stelle angesichts der drohenden Unterschreitung des Mindestziels vermehrt saubere Fahrzeuge beschaffen, um die Anteile auszugleichen, was allerdings dem übergreifenden Sinn und Zweck des SaubFahrzeugBeschG (dem Ziel einer nachhaltigen Verkehrswende) widersprechen würde und einen umgekehrten Effekt zur Folge hätte. Darüber hinaus würde eine plötzliche Kontrolle eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG derjenigen darstellen, die zu einem früheren Zeitpunkt keine gerichtliche Kontrolle in Anspruch nehmen konnten, so dass auch bei Neubeschaffungen, die in den Anwendungsbereich des SaubFahrzeugBeschG fallen, eine administrative Letztentscheidungsbefugnis vorliegt. Im Übrigen

1036 So auch: *Schröder*, NZBau 2021, S. 499, 503.
1037 So aber: *Schröder*, NZBau 2021, S. 499, 503.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

folgen aus dem SaubFahrzeugBeschG i.S.d. Schutznormtheorie keine subjektiven Rechte, sondern es verfolgt allgemeine politische Ziele,[1038] so dass eine reduzierte gerichtliche Kontrolle nicht den individuellen Rechtsschutz verkürzt.

c. Haushaltsrecht und Haushaltsgesetz

Grundsätzlich ist eine Kontrolle des Verwaltungshandelns durch die Gerichte am Maßstab des Haushaltsrechts und des Haushaltsgesetzes möglich, denn das Haushaltsrecht und Haushaltsgesetz sind gesetzliche Grundlagen.[1039] Das Haushaltsrecht enthält allerdings keine gesetzlichen Vorgaben zur Definition des staatlichen Bedarfs oder der Beschaffungsentscheidung. Es existieren lediglich einige Normen, die die Beschaffung regulieren. § 55 BHO/LHO und § 30 HGrG legen generell die grundsätzliche Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung beim Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen fest. § 54 BHO/LHO regelt die Beschaffung von Baumaßnahmen und größerer Beschaffungs- und Entwicklungsvorhaben, § 63 BHO/LHO den Erwerb von Vermögensgegenständen und § 64 Abs. 3, Abs. 5 BHO/LHO den Erwerb von Grundstücken. All diese Normen legen formelle Verfahrensvoraussetzungen fest, die insbesondere in der Durchführungsphase zu befolgen sind. So dürfen beispielsweise Baumaßnahmen nach § 54 Abs. 1 BHO/LHO erst mit Vorlage der ausführlichen Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen begonnen werden. Dasselbe gilt nach § 54 Abs. 2 BHO/LHO für größere Beschaffungen und Entwicklungsvorgaben, welchen zwingend ausreichende Unterlagen zugrunde zu legen sind.

Diesen Vorschriften lässt sich keine Aussage hinsichtlich der Definition des Beschaffungsbedarfs, der Leistungsbestimmung oder aber der Beschaffungsentscheidung entnehmen. Das allein schließt aber nicht zwingend auf

1038 Vgl. *Siegel*, VergabeR 2022, S. 14, 18. In Bezug auf den bieterschützenden Charakter der Vorgängervorschrift § 68 VgV: *Zeiss*, NZBau 2012, S. 201, 205 f.; *Stockmann/Rusch*, NZBau 2013, S. 71, 78; *Greb*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 67 Rn. 26; *Fandrey*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV Rn. 4. A.A. *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch Vergaberecht, § 19 Rn. 172–183, 183; *Schröder*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 68 VgV Rn. 54–57; *Knauff*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 68 Rn. 6.

1039 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 566; *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 60; vgl. *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eine administrative Letztentscheidungsbefugnis. So mögen die BHO/LHO und das HGrG zwar keine expliziten Regelungen zur Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung enthalten, doch ist jede Definition des Bedarfs und jede Entscheidung über eine Beschaffung auch eine Wirtschaftlichkeitsentscheidung. Jede begehrte Leistung, ob sie durch eigene Stellen hergestellt oder von außerhalb eingekauft wird, muss mit öffentlichen Mitteln, die größtenteils durch Steuereinnahmen bereitgestellt werden, bezahlt werden. Demnach lassen sich Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung an den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gem. § 7 Abs. 1 BHO/LHO, § 6 Abs. 1 HGrG messen. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind als unbestimmte Rechtsbegriffe[1040] grundsätzlich gerichtlich kontrollierbar.

In der Praxis erfolgt eine gerichtliche Kontrolle am Maßstab von haushaltsrechtlichen Vorschriften allerdings nur selten.[1041] Dies liegt daran, dass die Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit (sog. Finanzkontrolle) nach Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG, § 88 BHO, § 42 HGrG ausdrücklich dem Rechnungshof zugewiesen ist.[1042] In der rechtlichen Zuweisung der Aufgabe und Kompetenz an die Rechnungshöfe, die Haushalts- und Wirtschaftsführung der staatlichen Einrichtungen zu kontrollieren, liegt die systematische Begründung der administrativen Letztentscheidungsbefugnis gegenüber den Gerichten. Die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des administrativen Handelns wird durch die Zuweisung an den Rechnungshof und die Rechnungsprüfungsinstanzen bereits durch eine entsprechende Stellen kontrolliert, die den Sachverstand für finanz- und haushaltsrechtliche Fragen aufweisen.

Eine gerichtliche Kontrolle ist darüber hinaus auch nicht notwendig, denn das Haushaltsrecht gewährt dem Einzelnen keine Klage- und Kontrollrechte über den Vollzug des Haushaltsplans (vgl. § 3 Abs. 2 BHO/

1040 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 566; vgl. *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 19; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

1041 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 566.

1042 Dies gilt auch für die Bundesländer und die dazugehörigen Landesrechnungshöfe. Entsprechende Regelungen finden sich in: Art. 83 Abs. 2 BWVerf; Art. 80 Abs. 1 S. 2 BayVerf; Art. 95 Abs. 1 BerlVerf; Art. 105 Abs. 2, Art.107 Abs. 1 BrdbgVerf; Art. 133a BremVerf; Art. 71 Abs. 1 S. 1 HamVerf; Art. 144 HessVerf; Art. 67 Abs. 2 S. 1, Art. 68 MeckPVerf; Art. 70 Abs. 1 NVerf; Art. 86 Abs. 2 NRWVerf; Art. 120 Abs. 2 RhldPfVerf; Art. 106 Abs. 2 S. 3 SaarlVerf; Art. 100 Abs. 1 SachsVerf; Art. 97 Abs. 2, Art. 98 Verf LSA; Artt. 64, 65 SHVerf; Art. 103 Abs. 1, 3 ThürVerf.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

LHO).[1043] Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz dient nur dem öffentlichen Interesse und begründet keine subjektiv-rechtlichen Positionen für den Einzelnen.[1044] Folglich gibt es keine grundrechtlichen Positionen, die durch eine fehlende gerichtliche Kontrolle nicht durchgesetzt werden könnten und gegen eine administrative Letztentscheidungsbefugnis sprächen. Aus diesen organadäquanzzentrierten Erwägungen ergibt sich eine administrative Letztentscheidungsbefugnis, die zumindest gerichtlich kontrollfest ist. Welche Bedarfsdefinition die öffentliche Hand für wirtschaftlich hält und ob sie die Leistung beschaffen oder selbst fertigen möchte, ist damit nicht durch die Gerichte zu kontrollieren.

d. Vergaberechtliche Normen

Sofern neben Aufgabennormen und Haushaltsrecht keine weiteren Vorschriften die Grundlage der staatlichen Entscheidung bilden, verbleibt der Verwaltung im Hinblick auf die Qualität der gewünschten Leistung und die Beschaffungsentscheidung grundsätzlich eine Letztentscheidungsbefugnis. Leitet die Verwaltung im Folgenden allerdings ein Vergabeverfahren ein, ist am Maßstab des Vergaberechts eine Kontrolle der Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung eingeschränkt möglich. In den Mittelpunkt rücken hier vor allem der Grundsatz der Chancengleichheit aus § 97 Abs. 2 GWB, das Wettbewerbsprinzip aus § 97 Abs. 1 GWB und das Gebot der produktneutralen Ausschreibung[1045]. Daneben existieren die Pflicht zur Gestaltung nach einem »Design für alle« (§ 121 Abs. 2 GWB), das Verbot eines ungewöhnlichen oder unzumutbaren Wagnisses (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A), Vorgaben über die Laufzeit von Verträgen[1046] und die Pflicht bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen, die höchste Energieeffizienzklasse zu fordern (§ 67 Abs. 1, Abs. 2 VgV).

Vielfache Begründung für die reduzierte Kontrolle der Beschaffungsautonomie ist, dass Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung dem

1043 *von Lewinski/Burbat*, in: dies., BHO, Vorb. vor Teil V Rn. 3.

1044 *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 350 f.; *von Arnim*, Wirtschaftlichkeit, S. 102; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 135.

1045 § 31 Abs. 6 VgV, § 28 Abs. 6 SektVO, § 15 Abs. 8 VSVgV, § 15 Abs. 3 KonzVgV, § 7 Abs. 2 VOB/A, § 7-EU Abs. 2 VOB/A, § 7-VS Abs. 2 VOB/A, § 24 Abs. 5 UVgO.

1046 S. Teil 2, Kap. 1, B. III., 3., a.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vergabeverfahren vorgelagert und daher vergaberechtlich nicht zu kontrollieren seien.[1047] Dieser Aussage ist nur bedingt zuzustimmen. Die Bedarfsdefinition lässt sich mittelbar anhand der Leistungsbeschreibung überprüfen, denn die Leistungsbeschreibung schafft in Teilen ein Abbild der Bedarfsdefinition und schuldrechtlichen Leistungsbestimmung.[1048] An der Leistungsbeschreibung öffnet sich damit die Möglichkeit der vergabegerichtlichen Kontrolle der Bedarfsdefinition und der Leistungsbestimmung auf die Einhaltung des Vergaberechts. Fraglich ist wiederum, wie dicht die gerichtliche Kontrolle zu erfolgen hat.

aa. Kontrolle der Bedarfsdefinition

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verbietet in der Leistungsbeschreibung den Verweis auf bestimmte Eigenschaften der Leistung, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder Produkte ausgeschlossen oder begünstigt werden, es sei denn der Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Ziel und Zweck des Gebots der produktneutralen Ausschreibung ist unter anderem die Sicherstellung des freien Warenverkehrs und eines funktionierenden Wettbewerbs.[1049] Letzteres umschließt die Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer.[1050] Die Leistungsbeschreibung, die in Teilen die Bedarfsdefinition abbildet, darf nicht so gestaltet sein, dass sie von vorneherein nur auf einen Marktteilnehmer zugeschnitten ist und den Ausschluss anderer Marktteilnehmer zur Folge hat. Dies würde dazu führen, dass der Wettbewerb beeinträchtigt und andere Anbieter ungleich behandelt werden würden.

1047 Unter anderem st. Rspr. des OLG Düsseldorf: OLG Düsseldorf, 17.2.2010 – VII-Verg 42/09, BeckRS 2010, 6143; 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 27.6.2012 – VII Verg 7/12, BeckRS 2012, 15939; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, juris Rn. 36; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, juris Rn. 20; 31.5.2017 – VII-36/16, NZBau 2017, S. 623, 625.

1048 S. Teil 1, Kap. 1, E., III.

1049 EuGH, 10.5.2012 – C-368/10 – ECLI:EU:C:2012:284 Rn. 62 (Kommission/Niederlande); OLG Düsseldorf, 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651; 24.9.2014 – VII-Verg 17/14, NZBau 2015, S. 314, 318; *Trutzel*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, VgV, § 31 Rn. 49; *Krohn*, in: Gabriel/ders./Neun, Handbuch des Vergaberechts, § 19 Rn. 45.

1050 *Lampert*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 31 Rn. 17, 26 ff; *Prieß*, NZBau 2004, S. 87, 92. S. Teil 2, Kap. 1, B., II., 1., b. und Teil 2, Kap. 1, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung erfordert keine gerichtliche Kontrolle darauf, ob eine andere Leistung im Sinne ihrer Verkehrsauffassung zur Aufgabenerfüllung womöglich besser geeignet oder vernünftig wäre.[1051] Dies ergibt sich sowohl aus der geringen grundrechtlichen Relevanz der Entscheidung für eine begehrte Leistung – denn wie festgestellt, besteht kein Anspruch auf die Belieferung der öffentlichen Hand[1052] – als auch aus den Gesetzgebungsmaterialien zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (»VergRModG«) und einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (»VergRModVO«). In der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung zum VergRModG heißt es zu § 97 Abs. 1 GWB: »Durch die klarstellende Aufnahme des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit Blick auf die Anforderungen an das Vergabeverfahren wird das umfassende Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers nicht angetastet; dieser bestimmt auch weiterhin selbst, welche konkrete Leistung seinem Beschaffungsbedarf am besten entspricht«[1053]. Ferner seien im Hinblick auf § 31 Abs. 6 VgV »Einschränkungen, die aus der Definition des Beschaffungsgegenstandes resultieren, […] grundsätzlich hinzunehmen«[1054]. Die Formulierung zeugt von dem Willen des Gesetzgebers, die Entscheidung über die Definition des Beschaffungsgegenstandes und die Auswahl der materiellen Eigenschaften, solange sie nichtdiskriminierend sind, letztverbindlich der Verwaltung zuzuweisen. Das bedeutet, dass der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis darüber zusteht, welche Leistung sie im Sinne ihrer Verkehrsauffassung besorgen möchte. Ob die öffentliche Hand zur Sicherung der Verkehrswege also bspw. Streusalz oder Streumittel aus Sand oder Kies beschaffen möchte, unterliegt keiner gerichtlichen Kontrolle. Erfolgt die Bedarfsdefinition allerdings in einer Weise, die andere Marktteilnehmer benachteiligt, ist die Entscheidung auf das Vorliegen einer relevanten Ungleichbehandlung und

1051 OLG Düsseldorf, 9.1.2013 – VII-Verg 33/12, VergabeR 2013, S. 599, 601; *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen, S. 287; a.A. OLG Jena, 26.6.2006 – 9 Verg 2/06, NZBau 2006, S. 735, 736.

1052 S. Teil 1, Kap. 2, D., I., 2., a. und b.

1053 BT-Drs. 18/6281, S. 68.

1054 BR-Drs. 87/16, S. 186. Auch wenn § 31 VgV, § 28 SektVO als Verordnungen durch den Verordnungsgeber und nicht den Gesetzgeber erlassen wurden, der allerdings als Einziger eine normative Ermächtigung ausweisen kann, lässt sich doch aus der Gesetzesbegründung zu den Grundsätzen der Vergabe der generelle Wille des Gesetzgebers filtern, die Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung nicht der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Rechtfertigungsgründen zu kontrollieren.[1055] Der Gesetzgeber gestattet dem öffentlichen Auftraggeber nämlich eine produktspezifische Ausschreibung, wenn sie durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Damit räumt der Gesetzgeber dem öffentlichen Auftraggeber eine Differenzierungsmöglichkeit ein, aber keine Letztentscheidungsbefugnis in Bezug auf die Rechtfertigung. Wie tiefgehend die Rechtfertigung kontrolliert werden kann, ist eine Frage der materiellen Reichweite des Gebots der produktneutralen Ausschreibung[1056], die im Rahmen der Grenzen thematisiert wird.

Ferner ist die Pflicht zur Gestaltung nach einem »Design für alle« (§ 121 Abs. 2 GWB) vollständig durch die Gerichte zu kontrollieren. Das Gleiche gilt für die Pflicht bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Liefer- oder Dienstleistungen, die höchste Energieeffizienzklasse zu fordern (§ 67 Abs. 1, Abs. 2 VgV). Wenn die Laufzeit von Verträgen durch rechtliche Regelungen begrenzt ist, sind diese auch vollständig durch die Gerichte zu kontrollieren.

bb. Kontrolle der weiteren Leistungsbestimmung

Nach § 31 Abs. 3 VgV[1057] ist der Verwaltung ein gesetzlicher Spielraum eingeräumt, den Auftragsgegenstand mit qualitätsbezogenen, innovationsbezogenen, sozialen wie umweltbezogenen Merkmalen als auch mit solchen Merkmalen zu versehen, die Aspekte des Herstellungsprozesses oder eines Stadiums im Lebenszyklus betreffen. Die Auswahl insbesondere der Merkmale, die den Herstellungsprozess betreffen, ist Bestandteil der weiteren Leistungsbestimmung. Ebenso lassen sich Dienstleistungen mit weiteren Ausführungsbedingungen versehen (§ 121 Abs. 2 GWB), die als Teil der Leistungsbestimmung gelten. Derartige Merkmale sind vollständig gerichtlich darauf zu kontrollieren, ob sie in Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.[1058] Auch ist die schuldrechtliche Leistungsbestimmung vollständig auf das Verbot eines ungewöhnlichen oder unzumutbaren Wagnisses (§ 7 Abs. 1

1055 Zu den materiell-rechtlichen Grenzen des Gebots der produktneutralen Ausschreibung: Teil 2, Kap. 1, B., II.

1056 Zur unterschiedlichen Kontrolldichte von Art. 3 Abs. 1 GG als ein Fall der materiellen Dichte: Teil 1, Kap. 2, C., IV., 2., a., aa.

1057 § 28 Abs. 3 SektVO, § 15 Abs. 2 KonzVgV.

1058 So auch in Bezug auf § 31 Abs. 3 VgV: VK Bund, 3.5.2017 – VK 2 – 38/17, S. 18 ff., die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers zur Entlohnung unter anderem am Maßstab von § 31 Abs. 3 VgV prüft. *Prieß/Friton*, in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nr. 3 VOB/A, § 7-EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, § 7-VS Abs. 1 Nr. 3 VOB/A) zu kontrollieren.

III. Einfluss des Unionsrechts auf die staatliche Bedarfsdeckung

In bestimmten Konstellationen richtet sich die Kontrolle von Bedarfsdefinition, Beschaffungsentscheidung und Leistungsbestimmung auch nach dem Maßstab des Art. 47 GrCh.[1059] Es stellt sich die Frage, ob sich aus dem Unionsrecht weitergehende Anforderungen an die staatliche Bedarfsdeckung ableiten. Die Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten spricht nicht *per se* gegen eine unionsrechtliche Regulierung der mitgliedstaatlichen Bedarfsdeckung und ihre Kontrolle. Die Verwaltungsautonomie liefert daher keine rechtliche Begründung für die Beschaffungsautonomie (1.). Stattdessen sind im Einzelnen die Grundlagen und Anforderungen eines unionalen Rechtsschutzes zu ermitteln (2.).

1. Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten?

Wie bereits festgestellt, engt unmittelbar anwendbares Unionsrecht als Teil der nationalen Rechtsordnung administrative Eigenbereiche aufgrund der Rechtsbindung ein und führt tendenziell zur Fremdsteuerung der staatlichen Stellen.[1060] Die Beschaffungsautonomie wird dennoch teilweise mit der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten begründet. Mangels bestehender Kompetenz zur Regelung der Verwaltungsverfahrens und der -organisation seien die Mitgliedstaaten autonom in ihrer Beschaffungsentscheidung.[1061] Das überzeugt nicht.

Prieß, VgV-Kommentar, § 31 Rn. 41; *Wagner-Cardenal*, in: Dieckmann/Scharf/ders., VgV/UVgO, § 31 Rn. 78. Dasselbe gilt für Vorgaben, die in einem Vergabeverfahren als Ausführungsbedingungen gefordert werden: *Ricken*, Entscheidungsspielräume, S. 318.

1059 Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 47 GrCh: Teil 1, Kap. 2, D., II., 1., b.

1060 Dazu, dass Unionsrecht aufgrund des Rechtsanwendungsbefehls i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG Teil der nationalen Rechtsordnung wird und an das die Verwaltung aufgrund des Vorrangs des Gesetzes dementsprechend gebunden ist: Teil 1, Kap. 2, C., III., 1.

1061 *Lüttmann*, Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung, S. 93. Vgl. in Bezug auf den »Grundsatz der Ausschreibungsfreiheit der Eigenerledigung« differenzierend: *Eisentraut*, EuZW 2022, S. 981, 983 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Begriff der Verwaltungsautonomie umschreibt das Kompetenzverhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union. Die Europäische Union ist zur effektiven Durchsetzung des Unionsrechts in einem Großteil der Fälle auf die Vollzugsorgane der Mitgliedstaaten angewiesen.[1062] Nur in wenigen Bereichen greift die Europäische Union auf eigene Vollzugsorgane zurück.[1063] Da die Europäische Union keine Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht besitzt,[1064] wenden die Mitgliedstaaten zum Vollzug des Unionsrechts das nationale Verwaltungsverfahrensrecht an und greifen auf die eigene Verwaltungsorganisation zurück. Wo keine unionsrechtlichen Bestimmungen existieren, spricht man vom sogenannten »Grundsatz« der Verfahrens-[1065] oder auch Verwaltungsautonomie[1066] der Mitgliedstaaten, nach dem die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts mangels organisatorischer oder prozessualer unionsrechtlicher Vorschriften das nationale Verfahrens- und Prozessrecht anwenden.[1067] So verbleibt mangels unionsrechtlicher Zuständigkeit auch die Kompetenz zur Ausgestaltung des Rechtsschutzes bei den Mitgliedstaaten, was die Festlegung der Kontrolldichte der Gerichte umfasst.[1068] Bei jenem »Grundsatz« handelt es sich allerdings nur um eine heuristische Beschreibung und keine konstitutive

1062 Zum Fall des indirekten Vollzugs: *Augsberg*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 6 Rn. 14; *Hegels*, EG-Eigenverwaltungsrecht, S. 28, 31–34; vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/ders., Das Recht der EU, AEUV, Art. 291 Rn. 10.

1063 Zum Fall des direkten Vollzugs: *Augsberg*, in: Terhechte, Verwaltungsrecht der EU, § 6 Rn. 14; *Hegels*, EG-Eigenverwaltungsrecht, S. 26, 29 f.

1064 *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 35 Rn. 32; *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 304 f.

1065 Erstmalig: EuGH, 7.1.2004 – C-201/02 – ECLI:EU:C:2004:12 Rn. 67 (Wells). Vgl. auch *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 302 f. m.w.N.

1066 Vgl. Art. 2 Abs. 1 KonzRL.

1067 EuGH, 21.9.1983 – C-205/82 – ECLI:EU:C:1983:233 Rn. 17 (Deutsche Milchkontor).

1068 EuGH, 14.12.1995 – C-312/93 – ECLI:EU:C:1995:437 Rn. 12 (Peterbroeck); 16.5.2000 – C-78/98 – ECLI:EU:C:2000:247 Rn. 31 (Preston); 19.9.2006 – C-392/04 – ECLI:EU:C:2006:586 Rn. 57 (i-21 Germany und Arcor); 13.3.2007 – C-432/05 – ECLI:EU:C:2007:163 Rn. 39 (Unibet); 8.5.2014 – C-604/12 – ECLI:EU:C:2014:302 Rn. 41 (H.N.); 13.12.2017 – C-403/16 – ECLI:EU:C:2017:960 Rn. 26 (El Hassani); 19.10.2017 – C-425/16 – ECLI:EU:C2017:776 Rn. 40 (Raimund); 28.2.2018 – C-518/16 – ECLI:EU:C:2018:126 Rn. 24 (ZPT); *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 459; *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, EUV, Art. 4 Rn. 102; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 577; *Schwarze*, NVwZ 2000, S. 241, 244; *Gärditz*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der EU, § 35 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

negative Kompetenzabgrenzung.[1069] Aufgrund der Effektivität und des Vorrangs des Unionsrechts können nationale Verfahrens- und Organisationsstrukturen durch das Unionsrecht überlagert werden.[1070] Der Vorrang des Unionsrechts steht unter der Prämisse, dass eine supranationale Rechtsgemeinschaft nur funktionieren kann, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in allen Mitgliedstaaten gleich ausgelegt und angewendet werden.[1071] Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, nach dem die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen ergreifen, die aus den EU-Verträgen oder den Handlungen der Organe der EU ergeben. Wenn eine unionale Norm aufgrund bestehender innerstaatlicher Organisations- oder Verfahrensregelungen nicht zur Anwendung gelangen kann, verliert das Unionsrecht gleichsam an Effektivität.[1072] Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen die nationalen Verfahrens- und Organisationsvorschriften daher einen unionalen Sachverhalt nicht ungünstiger als einen nationalen Sachverhalt regeln (Äquivalenzprinzip) und die nationalen Regelungen dürfen die Ausübung des Unionsrechts nicht praktisch unmöglich machen (Effektivitätsprinzip).[1073] Zwar mag die Organisation der entsprechenden Stellen in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleiben, doch müssen die Mitgliedstaaten auch bei Ausübung dieser Zuständigkeit die unionsrechtlichen Verpflichtungen einhalten.[1074] Folglich kann das Unionsrecht auch Einfluss auf die nationale Verfahrens- und Organisationsstruktur entfalten.

Auch im Rahmen der Bedarfsverwaltung gilt der Vorrang des Unionsrechts. Besonders anschaulich sind hier die Grundfreiheiten, die zur Trans-

1069 *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, S. 62 f.; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 314, 346; *Wendel*, Verwaltungsermessen als Mehrebenenproblem, S. 90 f.

1070 Vgl. auch *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 502 ff.

1071 EuGH, 5.2.1963 – C-26/62 – Slg. 1963, S. 3, 24 ff. (Van Gend en Loos); 15.7.1964 – C-6/64 – Slg. 1964, S. 1141, 1269 ff. (Costa/ENEL).

1072 Vgl. *Schroeder*, EuR 1999, S. 452, 453; *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 308.

1073 Exemplarisch: EuGH, 14.12.1995 – C-312/93 – ECLI:EU:C:1995:437 Rn. 12 (Peterbroeck); 21.1.1999 – C-120/97 – ECLI:EU:C:1999:14 Rn. 32 ff. (Upjohn); 7.1.2004 – C-201/02 – ECLI:EU:C:2004:12 Rn. 67 (Wells); 13.3.2007 – C-432/05 – ECLI:EU:C:2007:163 Rn. 43 (Unibet); 15.4.2008 – C-268/06 – ECLI:EU:C:2008:223 Rn. 46 (Impact); 13.12.2017 – C-403/16 – ECLI:EU:C:2017:960 Rn. 26 (El Hassani); 19.12.2019 – C-752/18 – ECLI:EU:C:2019:1114 Rn. 33 f. (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern).

1074 EuGH, 15.7.2021 – C-791/19 – ECLI:EU:C:2021:596 Rn. 56 (Kommission/Polen).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

formation des deutschen Vergaberechts vom schlichten Haushaltsrecht zur Verfahrensordnung mit subjektiven Rechten beigetragen haben.[1075] Das bedeutet wiederum, dass die Beschaffungsautonomie kein konstitutiver Eigenbereich der mitgliedstaatlichen Verwaltungen ist, denn ein derartiger, absoluter Spielraum steht tendenziell der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts entgegen. Der staatliche Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung kann also durch das Unionsrecht überlagert werden. Dementsprechend lässt sich die Beschaffungsautonomie nicht allein mit der Verwaltungsautonomie der Mitgliedstaaten begründen. Wie weit die Beschaffungsautonomie des Staates im Kompetenzverhältnis zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Union reicht, bemisst sich nach den einschlägigen unionsrechtlichen Maßstäben und ist im Einzelnen zu ermitteln.[1076]

2. Unionsrechtlich geforderte Intensität der gerichtlichen Kontrolle

Offen bleibt die Frage, ob sich aus dem Unionsrecht weitergehende Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle der Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung ergeben. Die Gewährleistungen eines unionsrechtlich geforderten Rechtsschutzes ergeben sich zum einen aus dem Grundsatz der notwendigen Effektivität des Unionsrechts als Verpflichtung an die Mitgliedstaaten (a.) und aus der subjektiv-rechtlichen Gewährleistung des Rechts auf einen effektiven Rechtsschutz, primär verankert in Art. 47 GrCh[1077]. Welche Vorgaben sich daraus für das nationale Rechtsschutzniveau ergeben, leitet sich aus der unionalen Rechtsschutzpraxis ab (b.).

a. Effektivität des Unionsrechts

Die unionalen Anforderungen an den Rechtsschutz ergeben sich aus dem Effektivitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV[1078] und aus Art. 19 Abs. 1

1075 Instruktiv: *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, Einl. Rn. 45–54.

1076 Zu den materiell-rechtlichen Grenzen der Beschaffungsautonomie: Teil 2.

1077 Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 47 GrCh: Teil 1, Kap. 2, D., III., 1., b.

1078 Ausdrücklich: EuGH, 19.10.2017 – C-425/16 – ECLI:EU:C2017:776 Rn. 40 f. (Raimund); *Schill/Krenn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, EUV, Art. 4 Rn. 102.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

UAbs. 2 EUV, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die erforderlichen Rechtsbehelfe zur effektiven Durchführung und Durchsetzung des Unionsrechts zu schaffen. Übertragen auf den Rechtsschutz, dürfen die Regelungen mit Bezug zum Unionsrecht weder ungünstiger ausgestaltet sein als diejenigen Regelungen, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln, noch die Ausübung der von der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.[1079] Wenn die Mitgliedstaaten also zum Vollzug von Unionsrecht verpflichtet sind, müssen sie gleichsam für einen effektiven Rechtsschutz sorgen.[1080] Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung erfolgen allerdings nicht in unmittelbarer Durchführung einer unionalen Pflicht, sondern allenfalls als notwendige Vorbedingung zur Durchführung dieser Pflichten. Daher wird weniger die Bedarfsdeckung als die konkrete (Nicht-)Erfüllung der unionalen Aufgabe Gegenstand einer unionalen Überprüfung sein. Relevant wird der Grundsatz der Effektivität des Unionsrechts dann, wenn durch die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung oder Beschaffungsentscheidung Unionsrecht, insbesondere die vergaberechtlichen Richtlinien und die Grundfreiheiten beeinträchtigt werden. Die Grundfreiheiten binden als unmittelbar wirksames Unionsrecht die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte.[1081] Dies gilt auch für das Vergabeprimärrecht, das aus den Grundfreiheiten folgt. Fragt der Staat beispielsweise eine spezielle Leistung nach, die aufgrund nationaler Gegebenheiten nur Anbieter im Heimatstaat erbringen können, wären aufgrund der mittelbaren Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit die Diskriminierungsverbote aus Art. 34 AEUV, Art. 49 AEUV und Art. 56 AEUV beeinträchtigt. Könnte der Einzelne dann die Rechte aus den Grundfrei-

1079 EuGH, 14.12.1995 – C-312/93 – ECLI:EU:C:1995:437 Rn. 12 (Peterbroeck); 16.5.2000 – C-78/98 – ECLI:EU:C:2000:247 Rn. 31 (Preston); 7.1.2004 – C-201/02 – ECLI:EU:C:2004:12 Rn. 67 (Wells); 19.9.2006 – C-392/04 und C-422/04 Rn. 57 (i-21 Germany und Arcor); 26.10.2006 – C-168/05 – ECLI:EU:C:2006:675 Rn. 24 (Mostaza Claro); 24.4.2008 – C-55/06 – ECLI:EU:C:2008:244 – Rn. 170 (Arcor); 13.12.2017 – C-403/16 – ECLI:EU:C:2017:960 Rn. 26 (El Hassani); 19.10.2017 – C-425/16 – ECLI:EU:C2017:776 Rn. 40 (Raimund); 19.12.2019 – C-752/18 – ECLI:EU:C:2019:1114 Rn. 33 f. (Deutsche Umwelthilfe/Freistaat Bayern); *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 522 ff.; *Gärditz*, JuS 2009, S. 385, 388. Zum Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz: Teil 1, Kap. 2, D., III., 1.

1080 *Huber*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 19 EUV Rn. 18; *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV-Kommentar, EUV, Art. 19 Rn. 70 ff.; *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 457.

1081 *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heiten aufgrund einer als extensiv und absolut verstandenen Beschaffungsautonomie nicht gerichtlich durchsetzen, würde dies im Ergebnis die Gewährleistungen praktisch untergehen lassen und die Effektivität der Unionsrechts schmälern. Infolgedessen muss aufgrund des Effektivitätsgebots aus Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV der nationale Rechtsschutz so ausgestaltet sein, dass die Vereinbarkeit der mitgliedstaatlichen Maßnahmen zur Beschaffung mit dem Unionsrecht grundsätzlich überprüft werden kann.[1082] Dabei darf sich der Kontrollumfang jedoch nicht auf eine reine Willkürkontrolle beschränken.[1083]

b. Unionale Praxis bei der Kontrolle von Maßnahmen zur Bedarfsdeckung

Bei Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten ist der nationale Rechtsschutz sowohl am Effektivitätsgebot als auch am Maßstab des Art. 47 GrCh zu messen.[1084] Nach der Rechtsprechung des EuGH muss zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes i.S.d. europäischen Grundrechte (Art. 47 GrCh) die nationale Kontrolle nicht strenger ausgestaltet sein als in vergleichbaren unionalen Fällen.[1085] Die nationale Kontrolldichte ist also nur anzupassen, wenn sie unter das vom Unionsrecht geforderte Niveau fällt. Eine strengere nationale Kontrolle widerspricht nicht dem Unionsrecht. Dies führt zur Frage des unionalen Rechtsschutzniveaus. Grundsätzlich sieht die Kohärenz zwischen Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK und Art. 47 Abs. 1 GrCh eine vollständige Überprüfung der sachlichen und rechtlichen Umstände vor.[1086] Staatliche Entscheidungen sind hingegen nicht auf ihre Zweckmäßigkeit zu kontrollieren. Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV, der eine reine Rechtskontrolle und keine Kontrolle

1082 Vgl. *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 474.

1083 Vgl. EuGH, 18.6.2002 – C-92/00 – ECLI:EU:C:2002:379 Rn. 63 (HI); 11.12.2014 – C-440/13 – ECLI:EU:C:2014:2435 Rn, 43 (Croce Amica One); *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 520; *von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 592.

1084 Vgl. auch die Rspr. des EuGH, dass der Rechtsschutz, der sich aus den Grundfreiheiten ergibt, dem effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GrCh entsprechen muss: EuGH, 17.3.2011 – C-372/09 u. C-373/09 – ECLI:EU:C:2011:156 Rn. 62 (Peñarroja).

1085 EuGH, 21.1.1999 – C-120/97 – ECLI:EU:C:1999:14 Rn. 35 (Upjohn). Vgl. auch *Schwarze*, NVwZ 2000, S. 241, 249; *Dörr/Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 571.

1086 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., a. und Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Handelns auf Zweckmäßigkeit und Billigkeit vorsieht[1087] sowie aus einem Umkehrschluss von Art. 261 AEUV, der die Möglichkeit vorsieht, dem EuGH eine Befugnis zur lückenloser Ermessenskontrolle zu übertragen[1088]. Auch die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV, die als theoretischer Vergleichsmaßstab das vom Unionsrecht geforderte Rechtsschutzniveau abbildet und deren Gegenstand die Rechtmäßigkeitskontrolle von Handlungen der EU-Organe ist, sieht im Wesentlichen eine Rechtmäßigkeitskontrolle vor, die sich nach Art. 263 Abs. 2 AEUV auf die Verletzung wesentlicher Formvorschriften, die Verletzung der Verträge oder sekundär- und tertiärrechtlicher Rechtsnormen und den Ermessensmissbrauch konzentriert.[1089] Entscheidungsspielräume und Letztentscheidungsbefugnisse sind damit im Unionsrecht grundsätzlich anerkannt.

Dies spiegelt sich auch in der Rechtsprechungspraxis zu erfolgten Vergabeverfahren durch EU-Organe wider. In den Fällen, in denen das EuG Vergabeentscheidungen der EU-Organe gerichtlich überprüft, billigt das Gericht den Organen ein weites Ermessen zu, welches lediglich auf die Einhaltung von Verfahrensvorschriften, Begründungspflichten und Beurteilungsfehlern und Ermessensmissbräuchen kontrolliert werden kann.[1090] Im Grundsatz steht der öffentlichen Hand ein weiter Spielraum bei der Beurteilung der Gesichtspunkte zu, die für die Entscheidung zur Vergabe eines Auftrags zu berücksichtigen sind.[1091] Zu diesen für die Vergabe eines Auftrags relevanten Gesichtspunkt gehört auch die Leistungsbeschreibung, die immerhin in Teilen ein Abbild der Bedarfsdefinition schafft.[1092] Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidungen sind demnach auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts auf andere Aspekte, die über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften oder über das eingeräumte Ermessen hinausge-

1087 *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 377; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 301.

1088 *Pache*, DVBl. 1998, S. 380, 382; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 302 f.

1089 Vgl. *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, S. 378 f.; *Hillen*, Gerichtliche Kontrolle von Wirtschaftlichkeit, S. 302 f.

1090 EuG, 24.2.2000 – T-145/98 – ECLI:EU:T:2000:54 Rn. 147 (ADT Projekt/Kommission); 26.2.2002 – T-169/00 – ECLI:EU:T:2002:40 Rn. 95 (Esedra/Kommission); 23.11.2011 – T-514/09 – ECLI:EU:T:2011:689 Rn. 121 (bpost/Kommission); 7.10.2015 – T-299/11 – ECLI:EU:T:2015:757 Rn. 58 (European Dynamics/HABM).

1091 EuG, 23.11.2011 – T-514/09 – ECLI:EU:T:2011:689 Rn. 121 (bpost/Kommission); 7.10.2015 – T-299/11 – ECLI:EU:T:2015:757 Rn. 58 (European Dynamics/HABM).

1092 S. Teil 1, Kap. 1, E., III.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hen, nicht gerichtlich zu kontrollieren. Damit erfordert das Unionsrecht keine strengere gerichtliche Kontrolle.

Wie tiefgehend die Kontrolle der Bedarfsdefinition und Beschaffungsentscheidung im Einzelnen erfolgt, richtet sich nach dem zugrundeliegenden Maßstab, an dem die Entscheidung kontrolliert wird. Letztentscheidungsbefugnisse sind im Unionsrecht also grundsätzlich anerkannt, so dass ein administrativer Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung grundsätzlich nicht dem unionsrechtlich geforderten Rechtsschutzniveau widerspricht.

IV. Fazit

Die Beschaffungsautonomie als Eigenbereich der Verwaltung lässt sich mit folgenden Beobachtungen erklären: Die gesetzlichen Vorgaben belassen der Verwaltung einen weiten Bereich der Eigensteuerung bei der Entscheidung über die eigenen Belange, die hier im Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit und der Erfüllung der gesetzten Aufgaben liegt. Denn die staatliche Aufgabennorm gibt dem Staat nur eine grobe Zielverpflichtung vor. Aufgrund der geringen grundrechtlichen Relevanz der Bedarfsverwaltung ist insbesondere im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Bedarfsdeckung keine explizite rechtliche Grundlage notwendig, um tätig zu werden. Generell betrifft die einzelfallabhängige Entscheidung in der Bedarfsverwaltung keine wesentliche Materie, die gesetzlich geregelt werden müsste. Wenn die Gerichte feststellen, es bedürfe keiner besonderen vergaberechtlichen Ermächtigungsgrundlage[1093], stimmt dies insofern, als die Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung nicht ihre Grundlage im Vergaberecht finden, sondern in der zugrundeliegenden Aufgabe in Verbindung mit der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt.[1094] Grenzen der Beschaffungsautonomie lassen sich hingegen teilweise aus den Normen mit Bedarfsbezug, dem Haushaltsrecht und vergaberechtlichen Vorschriften, die unter anderem ihre Grundlage im Unionsrecht haben, filtern.

1093 OLG Düsseldorf, 1.8.2012 – VII-Verg 10/12, NZBau 2012, S. 785, 789; 22.5.2013 – VII-Verg 16/12, NZBau 2013, S. 650, 651 f.; 12.2.2014 – Verg 29/13, ZfBR 2014, S. 517, 518; 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, juris Rn. 36; 13.4.2016 – VII-Verg 47/15, NZBau 2016, S. 656, 657; 31.5.2017 – Verg 36/16, ZfBR 2017, S. 713, 716.

1094 S. Teil 1, Kap. 2, B., III., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inwieweit die Vorgaben für die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung gerichtlich kontrollierbar sind, ist im Einzelfall anhand der der Entscheidung zugrunde liegenden Normen zu ermitteln. Der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes erfordert grundsätzlich eine lückenlose gerichtliche Kontrolle.[1095] Dass die gerichtliche Kontrolldichte unterschiedlich intensiv ausgestaltet sein kann, zeigt sich insbesondere an den Normen mit Bedarfsbezug, für die keine einheitliche Systematik entwickelt werden kann. Gewähren die rechtlichen Grundlagen keine subjektiv-rechtlichen Positionen, ist die Zulässigkeit einer administrativen Letztentscheidungsbefugnis eher wahrscheinlich. Hinsichtlich der haushaltsrechtlichen Bestimmungen verbleibt der Verwaltung eine Letztentscheidungsbefugnis, die nicht durch die Gerichte zu kontrollieren ist. Fest steht, dass die staatliche Bedarfsdefinition nicht darauf zu kontrollieren ist, ob eine objektiv bessere Möglichkeit in Betracht käme. Insbesondere die Entscheidung über die Verkehrseigenschaft der Sache ist tendenziell weder durch den Gesetzgeber geregelt, noch kann sie gerichtlich kontrolliert werden. Damit steht den administrativen Stellen ein Autonomiebereich sowohl bei der Entscheidung über die Art der Leistung nach ihrer Verkehrsauffassung zu, die sie besorgen möchten, als auch bei der Entscheidung über den Zeitpunkt und das Ob der Beschaffung. Das beschreibt den sachlich-inhaltlichen Kern der Beschaffungsautonomie.

E. Die Herleitung der Beschaffungsautonomie privater Akteure

Sobald die Erfüllung einer Aufgabe durch staatliche Einrichtungen erfolgt, ist die Beschaffungsautonomie in das Kompetenzgefüge des Staates einzuordnen. Die Beschaffungsautonomie des Staates ergibt sich dann aus der Pflicht zum Funktionserhalt und mangelnden rechtlichen Vorgaben oder einer nur reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte. Fraglich ist, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen Private bei der Beschaffung der benötigten Leistungen an das Vergaberecht gebunden sind. Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts sind Konstellationen denkbar, in denen ausschließlich Private als öffentliche Auftraggeber gelten.

Allein aus dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts lassen sich keine Anhaltspunkte ableiten, aus denen die Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber folgt (I.). Stattdessen ist im Einzelnen zu untersuchen,

1095 S. Teil 1, Kap. 2, C., IV., 1., b., bb.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ob der Private in die staatliche Organisation durch staatliche Beherrschung oder die Übertragung einer Aufgabe mit hoheitlichen Befugnissen eingebunden ist (II.).

I. Keine Herleitung aus dem Kartellvergaberecht

Zwischen der Herleitung der Beschaffungsautonomie staatlicher Einrichtungen und der Herleitung der Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber i.S.d. Kartellvergaberechts besteht kein Gleichlauf. Das europäisch geprägte Vergaberecht enthält einen funktionalen Auftraggeberbegriff.[1096] So ist es möglich, dass Private als öffentliche Auftraggeber gelten, ohne dass sie Hoheitsrechte ausüben oder von staatlichen Anteilseignern so beherrscht werden, dass die Verantwortung für die juristische Person des Privatrechts beim Staat liegt. Insbesondere letzteres ist ein Kriterium für die Bindung an Grundrechte.[1097] So können bspw. Sektorenauftraggeber i.S.v. § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB oder öffentliche Auftraggeber iSv § 99 Nr. 2 lit. b oder Nr. 4 GWB ausschließlich Private sein. Diese sind zwar als öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber an die Vorgaben aus dem Kartellvergaberecht gebunden, aber weiterhin aus den Grundrechten berechtigt.

Die Bindung auch ausschließlich Privater an das Vergaberecht erklärt sich vor allem mit dem Ziel der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Union. So sind Private, die für entsprechende Baumaßnahmen oder Dienstleistungen i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB zu mehr als fünfzig Prozent durch öffentliche Stellen subventioniert werden, an das Kartellvergaberecht gebunden. Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist unter anderem, eine Umgehung des Vergaberechts, insbesondere des Wettbewerbsgrundsatzes, durch den Staat zu unterbinden.[1098] Der Vorschrift liegt die Gefahr zugrunde, dass der Staat über die Finanzierung Privater diese als

1096 *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 6; *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 14; *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 2, 33 ff. Vgl. auch EuGH, 20.9.1988 – C-31/87 – ECLI:EU:C:1988:422 Rn. 11 (Beentjes).

1097 BVerfGE 128, 226 (246 f.).

1098 *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 3 Rn. 72; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 108.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

seinen »verlängerten Arm«[1099] auftreten lassen könnte, um vergaberechtliche Vorschriften zu umgehen. Außerdem liegt die Vermutung nahe, dass sich der finanzierte oder subventionierte Auftraggeber bei seinen Beschaffungsentscheidungen nicht allein von markt- und betriebswirtschaftlichen Gründen und Erwägungen leiten lassen wird.[1100] Private, die der staatlichen Aufsicht unterliegen und gem. § 99 Nr. 2 lit. b GWB als öffentliche Auftraggeber gelten, weisen aufgrund der Aufsicht, mit der Einfluss auf das Beschaffungsverhalten genommen werden kann, eine Staatsverbundenheit auf.[1101]

Vergleichbar ist die Bindung von Sektorenauftraggebern i.S.d. § 100 i.V.m. § 102 GWB an das Kartellvergaberecht, die gem. § 98 GWB als Auftraggeber im Sinne des vierten Teils des GWB gelten. Nach § 100 Abs. 1 Nr. 2 lit. a GWB sind natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die aufgrund von besonderen oder ausschließlichen Rechten eine Sektorentätigkeit gem. § 102 GWB ausüben, und keinem beherrschenden Einfluss einer staatlichen Stelle unterliegen, ebenfalls Sektorenauftraggeber. Die in § 102 GWB aufgeführten Sektorentätigkeiten betreffen klassische Felder der Infrastruktur und Daseinsvorsorge. Notwendig ist, dass die Sektorentätigkeit eines Privaten auf Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte erfolgt. Dies sind nach der Legaldefinition in § 100 Abs. 2 S. 1 GWB Rechte, die dazu führen, dass die Ausübung der Sektorentätigkeit einem oder mehreren Unternehmen vorbehalten wird und dass die Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, erheblich beeinträchtigt wird. Hierbei handelt es sich um einen Begriff, der im Sinne von Art. 106 AEUV ausgelegt wird.[1102] Diese Rechte müssen nach Art. 4 Abs. 3 SektRL durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften gewährt werden. Eine faktisch beste-

1099 *Masing*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 98; vgl. auch EuGH, 12.9.2013 – C-526/11 – ECLI:EU:C:2013:543 Rn. 20 (IVD).

1100 *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 4 Rn. 84; vgl. auch EuGH, 3.10.2000 – C-380/98 – ECLI:EU:C:2000:529 Rn. 17 (University of Cambridge).

1101 Vgl. EuGH, 1.2.2001 – C-237/99 – ECLI:EU:C:2001: Rn. 48 ff. (Kommission/Frankreich); 27.2.2003 – C-373/00 – ECLI:EU:C:2003: Rn. 69 (Truley); *Ziekow*, in: ders./Völlink, Vergaberecht, GWB, § 99 Rn. 99–101; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 99 Rn. 87.

1102 *Pünder*, in: ders./Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 100 Rn. 11; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 23; OLG München, 12.5.2011 – Verg 26/10, NZBau 2011, S. 630, 632; VK Mainz, 11.12.2008 – VK 38/08, NZBau 2009, S. 470, 471; a.A. für einen eigenständigen vergaberechtlichen Begriff: *Schröder*, NZBau 2012, S. 541, 542 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hende marktbeherrschende Position ist nicht ausreichend, um die Sektoreneigenschaft zu begründen.[1103] Die Bindung an der Vergaberecht erklärt sich daraus, dass diese Privaten in Bereichen tätig sind, in denen schon aufgrund der Materie der Wettbewerb regelmäßig stark eingeschränkt ist und die Märkte abgeschottet sind.[1104] In diesem Zusammenhang wird vermutet, dass die Monopol- bzw. Quasimonopolstellung nicht ausschließlich zu betriebswirtschaftlichen Handeln anleitet.[1105] Der Mangel an Wettbewerb soll durch die Bindung an das Vergaberecht wiederum abgefedert werden.[1106]

Diese Ansätze, die staatsverbundene Personen dem Vergaberecht unterwerfen und dem Wettbewerbsrecht entlehnt sind, genügen jedoch nicht, um eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte zu begründen. Denn private Marktmacht bzw. die Erwägung, dass der Staat mittelbar über Private auf den Wettbewerb Einfluss nehmen möchte, ist nicht mit Hoheitsgewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 3 GG gleichzusetzen. Der lediglich mittelbare Einfluss des Staates durch die Übertragung ausschließlicher Rechte, die Ausübung von Aufsichtsrechten oder aber die staatliche Finanzierung begründet keine Bindung an die Grundrechte. Die Verleihung ausschließlicher oder besonderer Rechte begründet für den privaten Sektorenauftraggeber keine unmittelbare grundrechtliche Bindung. Allenfalls sind mit der Übertragung besonderer oder ausschließlicher Rechte erhöhte Anforderungen für den Sektorenauftraggeber im geschäftlichen Verkehr verbunden, die ihn zur Gleichbehandlung seiner tatsächlichen und potenziellen Kunden verpflichtet.[1107] Da Sektorenauftraggeber i.d.R. auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge agieren, haben sie einen erheblichen Einfluss auf die Gestaltung der Lebensverhältnisse. Das beschreibt aber nur das Verhältnis zwischen Sektorenauftraggeber und seinen eigenen Kunden. Bei der Nachfrage nach Leistungen ist nicht ersichtlich, dass erhöhte grundrechtliche Anforderungen an den Sektorenauftraggeber bestehen. Vielmehr liegt in der Gewährleis-

1103 OLG München, 28.8.2019 – Verg 15/19, NZBau 2020, S. 198, 199.

1104 *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 4, Rn. 46; *Pünder*, in: Schellenberg/ders., Vergaberecht, GWB, § 98 Rn. 4; *Schröder*, NZBau 2012, S. 541; *Krohn/Schneider*, in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, § 3 Rn. 75; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 100 Rn. 8, 23.

1105 *Aicher*, in: Müller-Wrede, Kompendium Vergaberecht, Kap. 4 Rn. 46; *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 100 Rn. 8.

1106 *Bosselmann*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, GWB, § 100 Rn. 17.

1107 Vgl. BVerfGE 148, 267 (283 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung eines unverfälschten Wettbewerbs und der Regulierung, Private den Kautelen des Kartellvergaberechts zu unterwerfen, ein sachlicher Grund die Privatautonomie und Vertragsfreiheit Privater einzuschränken.[1108] Folglich ist bei der Herleitung der Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber im Einzelnen zu differenzieren.

II. Funktionale Betrachtung

Ob die Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber mit der Privatautonomie gleichbedeutend ist, richtet sich nach danach, ob der Private im Fall der eigenen Bedarfsdeckung grundrechtsberechtigt ist. Private, die funktional nicht dem Staat zuzuordnen sind, können sich auf Grundrechte berufen. Bei juristischen Personen des Privatrechts entscheidet das dahinterstehende Eigentumsverhältnis darüber, ob sie als Private gelten oder funktional dem Staat zuzuordnen sind.[1109] Hält der Staat vollständig oder mehrheitlich Anteile an einer juristischen Person des Privatrechts, ist diese funktional dem Staat zuzuordnen und an die Grundrechte und die staatliche Pflicht zum Funktionserhalt gebunden.[1110] Funktional betrachtet handelt es sich bei diesen juristischen Personen des Privatrechts dann nicht um Private, sondern um staatliche Einrichtungen, die weiterhin gem. Art. 1 Abs. 3 GG grundrechtsverpflichtet sind. Eine Flucht ins Privatrecht ist gerade nicht möglich.[1111] Die Freiheit bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung der Privaten, die funktional nicht dem Staat zugeordnet sind, folgt dann selbstverständlich aus der Privatautonomie, die sich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit und den ökonomischen Freiheiten ergibt.[1112] In Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG können sich auch juristische Personen des Privatrechts, auf diese Gewährleistungen berufen, da die allgemeine Handlungsfreiheit und die ökonomischen Freiheit dem Wesen nach auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar

1108 Zur Herleitung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit: Teil 1, Kap. 2, A., II., 2.
1109 Dies ist insbesondere relevant für ÖPP, die häufig in Form von juristischen Personen des Privatrechts agieren, sowie juristische Personen des Privatrechts als Produkt einer Organisationsprivatisierung.
1110 Vgl. BVerfGE 128, 226 (245 f.).
1111 Zur lückenlosen Grundrechtsbindung des Staates in allen Organisations- und Handlungsformen: Teil 1, Kap. 2, A., III.
1112 Zur Herleitung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit: Teil 1, Kap. 2, A., II., 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sind.[1113] Diese Privatautonomie wird wiederum durch die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Grundlagen und Grenzen wirtschaftlicher Tätigkeit aufzeigen, und durch die vergaberechtlichen Regelungen beschränkt.

Ein Grenzfall ist der Beliehene, der selbst öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 lit. b GWB sein kann.[1114] Beliehene sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen durch den Staat Hoheitsbefugnissen zum selbstständigen Tätigwerden übertragen werden.[1115] Durch einen Rechtsakt, sei es ein Gesetz, eine Rechtsverordnung, ein Verwaltungsakt oder ein Verwaltungsvertrag, wird der Beliehene berechtigt und verpflichtet, die staatliche Aufgabe wahrzunehmen.[1116] Durch die Übertragung der hoheitlichen Befugnisse wird der Private zum Verwaltungsträger und Teil der mittelbaren Staatsverwaltung, also ein Teil der vollziehenden Gewalt.[1117] Dementsprechend ist der Private als Beliehener bei der Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben auch unmittelbar an die Grundrechte, die Staatszielbestimmungen und Unionsrecht gebunden.[1118] Da der Beliehene bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben Teil der mittelbaren Staatsverwaltung wird und durch die gesetzliche Grundlage verpflichtet wird, die hoheitlichen Befugnisse auszuüben, trifft ihn im Rahmen der ihm übertragenen Befugnisse die Pflicht zum Erhalt der eigenen Funktionsfähigkeit, die darin besteht, sich in einem Zustand zu halten, die ihm verliehene Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung erfolgen dann mit dem Ziel der Erfüllung der übertragenen Aufgabe. Folglich liegt auch hier der Spielraum bei Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung in den geringen rechtlichen Vorgaben und einer reduzierten gerichtlichen Kontrolle.

1113 Vgl. *Manssen*, Staatsrecht II, Rn. 90; *Jarass*, in: ders/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 18 f.

1114 Vgl. *Dörr*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, GWB, § 99 Rn. 58; *Dreher*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, GWB, § 99 Rn. 86.

1115 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 58; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 23. Zu den in der Praxis vielfältig existierenden Beispielen der Beleihung: *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581, 582 ff.

1116 *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 59.

1117 *Schmidt-Aßmann*, AöR 116 (1991), S. 329, 346 f.; *Burgi*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 23; *Ronellenfitsch*, in: Bader/ders., BeckOK VwVfG, § 1 Rn. 72.

1118 *Burgi*, in: FS Maurer, S. 581, 592; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 60; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 127; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders., GG, Art. 1 Rn. 232. Vgl. auch BVerfG, 20.2.1986 – 1 BvR 859/81, 1 BvR 937/81, NJW 1987, S. 2501, 2502; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Zwischenergebnis

Allein die Bindung an das Kartellvergaberecht bietet kein hinreichendes Indiz für die rechtliche Grundlage der Beschaffungsautonomie. Stattdessen ist die unmittelbare Bindung an Grundrechte ausschlaggebend. Ob ein Privater unmittelbar an Grundrechte gebunden ist, richtet sich danach, ob der Private mit der Aufgabe verbundene Hoheitsrechte in Anspruch nimmt und in die Verwaltungsorganisation eingebunden ist oder aber im Fall der staatlichen Beherrschung bspw. bei der gegenseitigen Beteiligung an einer Gesellschaft, der Staat mehrheitlicher Anteilseigner ist. Solange das nicht der Fall ist, verbleibt dem Privaten trotz staatlicher Nähe durch staatliche Finanzierung oder Subventionierung und trotz besonderer Marktmacht die grundrechtliche Privatautonomie.

Die Privaten unterliegen dann maßgeblich ihren selbst gesteckten betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen. Die Auswahl der gewünschten Leistungen und die Entscheidung über das *make-or-buy* folgt dann allein betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen und ist gerade Ausprägung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit, die sich wiederum aus den Grundrechten ableiten.[1119]

F. Ergebnis

Der rechtliche Grund für die staatliche Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung liegt in der Pflicht zum staatlichen Funktionserhalt in Verbindung mit den zugrundeliegenden staatlichen Aufgaben. Der Staat muss sich in einem Zustand halten, die ihm obliegenden Aufgaben erfüllen zu können. Dementsprechend darf der Staat nur solche Leistungen nachfragen, die geeignet sind, die zugrundeliegende Aufgabe zu erfüllen.

Der Autonomiebereich, den der Staat im Rahmen der Analyse- und Planungsphase der Bedarfsdeckung genießt, ist wiederum ein relativer Eigenbereich der Verwaltung, der sich aus der Abwesenheit konkreter gesetzlicher Vorgaben und der reduzierten gerichtlichen Kontrolldichte ergibt. Die Beschaffungsautonomie bildet folglich ein Funktionenproblem

1119 S. Teil 1, Kap. 2, A., II, 2. Zur autonomen Zielsetzung privater Unternehmen exemplarisch: *Thommen/Achleitner/Gilbert/Hachmeister/Kaiser*, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zwischen legislativer Steuerung und der gerichtlichen Kontrolle administrativer Entscheidungen ab. Als ein Konglomerat von administrativen Entscheidungsspielräumen[1120] resultiert die Beschaffungsautonomie aus einer geringen rechtlichen Regelungsdichte und der reduzierten gerichtlichen Kontrolle der Entscheidungen im Bedarfsdeckungsprozess. Sie fungiert als das staatliche Pendant zur Privatautonomie und Vertragsfreiheit, wenn sie auch enger zu fassen ist.[1121] Die Beschaffungsautonomie ist demnach der relative Eigenbereich der Verwaltung bei der Bedarfsdeckung, die erfolgt, um sich selbst funktionsfähig zu halten.[1122]

Damit ist die Beschaffungsautonomie allerdings kein absoluter Spielraum, wie ein Kernbereich der Exekutive, sondern ein relativer Spielraum, dessen Reichweite jeweils im Einzelnen zu ermitteln ist. Unter anderem ist sie ein Produkt fehlender gesetzlicher Vorgaben.[1123] Fehlerhaft wäre es daher, die Beschaffungsautonomie als einen konstitutiven Eigenbereich zu begreifen, der weder durch gesetzliche Regelung noch durch gerichtliche Kontrolle antastbar wäre. Damit ist auch das Vorgehen, vergaberechtliche Vorschriften »im Lichte der Beschaffungsautonomie«[1124] auszulegen, methodisch falsch.[1125] Da der Gesetzgeber jeden Sachbereich regeln kann, sind Bedarfsdefinition, Leistungsbestimmung und Beschaffungsentscheidung keine ausschließlich der Verwaltung zugewiesenen Kompetenzen. Ergänzt werden die gesetzlichen Vorgaben durch das Unionsrecht, an die die staatlichen Stellen bei der Bedarfsdeckung gebunden sind.[1126] Folglich können gesetzliche Vorschriften nicht im Licht der Beschaffungsautonomie ausgelegt werden. Richtig wäre es, die vergaberechtlichen Vorschriften im

1120 Insofern kann die Beschaffungsautonomie auch nicht einer Gruppe von administrativen Spielräumen untergeordnet werden. A.A. *Ricken*, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht, S. 288, 341, der die Beschaffungsautonomie als einen Beurteilungsspielraum aufgreift.

1121 Vgl. *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 119, nach dem es »im öffentlichen Recht kein durchgängiges, dem privatrechtlichen Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechendes Prinzip« gebe.

1122 Vgl. auch *Kainer*, NZBau 2018, S. 387, 388.

1123 Ähnlich auch: *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 381, nach dem das »Leistungsbestimmungsrecht« der öffentlichen Hand erst außerhalb der rechtlichen Grenzen des Wettbewerbsprinzips beginnt. *Meyer*, Politische Zielsetzungen, S. 391, nach der gesetzliche Vorgaben »im Bereich der Beschaffungsautonomie« zulässig seien.

1124 S. Einführung, A., III.

1125 Im Ergebnis auch: *Antweiler*, VergabeR 2011, S. 306, 324.

1126 S. Teil 1, Kap. 2, C., III., 1. und Teil 1, Kap. 2, D., I., 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lichte des Zwecks der Aufgabenerfüllung und des Erhalts der staatlichen Funktionsfähigkeit auszulegen.

https://doi.org/10.5771/9783748917816-43 - am 03.12.2025, 03:34:06. https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -