

Teil 1: Grundlagen der Beschaffungsautonomie

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 Religionsgemeinschaften.

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.

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 Herrschaft 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.

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

1. ›Beschaffung‹

In der Betriebswirtschaftslehre umschreibt die Beschaffung die Handlungen, die darauf gerichtet sind, die für die Leistungserstellung notwendigen betrieblichen Produktionsfaktoren zu erlangen.⁷ Durch den Akt der Beschaffung sollen alle zur Leistungserstellung notwendigen Produktionsfaktoren, die nicht selbst hergestellt werden können, erlangt werden.⁸ Als Produktionsfaktoren gelten Personal, Material, Informationen, Kapital und auch Rechte.⁹ Diese Produktionsfaktoren zeichnen sich dadurch aus, einen Wert am Markt zu besitzen. Beschaffung ist aber nicht nur der reine Einkauf im Sinne der Abwicklung eines Kaufvertrages. Teil der Beschaffung sind unter anderem auch die Beschaffungsmarktforschung (als die sog. Marktanalyse), die operative Lieferantenauswahl und die Vertragsverhandlungen im Einzelfall.¹⁰ Der Einkauf beschreibt lediglich den operativen Teil der Bestellabwicklung des Beschaffungsprozesses und stellt damit lediglich einen Teilbereich der Beschaffung dar.¹¹ Während also der reine Einkauf auf den Erwerb der Leistung gerichtet ist, betrifft die Beschaffung im weiteren Sinne die strategische Rahmenplanung, die sich an den langfristigen, strategischen Unternehmenszielen (›Formalziele‹) orientiert. Ausgehend von der Definition *Lüttmanns* 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/Krokowski, 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/Krokowski, Einkauf, S. 6; Gornas/Beyer, Betriebswirtschaft in der öffentlichen Verwaltung, S. 78.

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.

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

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

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

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

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

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

18 OLG Koblenz, 5.9.2002 – 1 Verg 2/02, ZfBR 2002, S. 829, 834; OLG Düsseldorf, 25.6.2014 – VII-Verg 47/13, BeckRS 2015, 6307 Rn. 23; *Jaeger*, ZWeR 2011, S. 365, 366; *Probst/Holleben*, CR 2012, S. 1, 1f.; *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.

handelt.¹⁹ Dies wird dadurch unterstrichen, dass einige Instanzen von der Festlegung des Bedarfs²⁰ und andere von der Festlegung der Leistung oder des Beschaffungsgegenstandes²¹ 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.

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.

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: *Vofßkuhle*, 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

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: *Ronellenfisch*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, § 98 Rn. 1.

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 Personalmitteln⁴¹ 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.

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; *Mänzel*, Wahl zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, S. 39 ff.

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 I (1951), S. 48.

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

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.

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 privat-autonomen 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.; *Vofßkuhle*, 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; *Krautzbberger*, 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.

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 GG⁶³), 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. Koriath, 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 Koriath, 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.

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 gegenüber⁶⁹, 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.

wahrnimmt, auch eine öffentliche Aufgabe⁷³ 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 Genehmigungsvoraussetzungen 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.; *Vofßkuhle*, 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 I, Kap. I, 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.

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 –

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).

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 verselbstständigte 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 III (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.

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 I, 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.

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 dienen 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.

ausdrücklich statuerter 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.

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.

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«.

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 Koalitionsvereinbarung¹¹², 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 können¹¹³ 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 Bundeswehr 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.

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 I, Kap. I, D., I., I.

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.

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 Tätigkeitsbereiche 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.

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 KSG¹²⁰ 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 VgV¹²³), 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., I., 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.

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 Wettbewerbs. 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 I, Kap. 1, B., II.

1. Politischer Charakter des Bedarfs

In der Literatur hat sich schwerpunktmäßig um die Jahrtausendwende eine umfangreiche Diskussion über die (unions-)rechtliche Zulässigkeit der Einbeziehung sog. »politischer Zielsetzungen« bzw. beschaffungsfremder 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.

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; Ossenhühl, 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.

der stellvertretend für speziellere Regelungen¹³⁷ als Staatszielbestimmung zur Berücksichtigung der Umweltauswirkungen bei der Aufgabenerfüllung verpflichtet¹³⁸ 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 *Pietzckers* gebe es »beschaffungsfremde Kriterien, die sich nicht auf die Rechtssphäre des Unternehmens auswirken«. S. dazu: *Pietzcker*, AöR 107 (1982), S. 61, 90.

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.

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 Tätigkeitsbereich 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.

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).

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. III 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.

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.

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 Energiewirtschaftsrechts¹⁵⁹ sowie zur Beauftragung von Rettungsdienstleistungen¹⁶⁰. 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.

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 I, 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.

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 funktionelle¹⁷⁰) Privatisierung.¹⁷¹ Die formelle Privatisierung vollzieht sich durch einen Rechtsformwechsel (auch Organisationsprivatisierung¹⁷²) 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: *Vofßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266, 286–291.

169 *Vofßkuhle*, 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 vornherein 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.

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 wird¹⁸⁰, 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.

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 wird¹⁸⁵, kann im Einzelfall von einem Beschaffungsvorgang die

181 *Burgi*, Vergaberecht, § 11 Rn. 29; *ders.*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 30; *Vofßkuhle*, 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. *Vofßkuhle*, 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:

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.

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.

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

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.

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; Hoffman, 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.

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 Nachfragetätigkeit²¹³ 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 Markt²¹⁶ 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 KonzRL²¹⁷ und ähnlich in der vergleichbaren Vorschrift des Art. 1 Abs. 4 S. 2 VRL²¹⁸, 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 SektRL²¹⁹ 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 I, Kap. I, C., I., I.

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/Kaelble, 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.

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 I, Kap. 2, D., III., 1.

222 Zuerst EuGH, II.I.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 I, Kap. 1, C., I., 2., b., aa. Vgl. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S. 405.

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.

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;

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 ist²³⁷, 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 In-house-Geschäfte i.S.d. heutigen § 108 GWB als vergaberechtsfreie Beschaffungsvorgänge bezeichnet*. Siehe: *Egger*, in: Müller-Wrede, *Kompodium 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/Pün-der*, in: Pünder/Schellenberg, *Vergaberecht, GWB*, § 103 Rn. 32; *Burgi*, *Vergaberecht*, § 10 Rn. 3; *Lüttmann*, *Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung*, S. 140 ff.

nenal 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 Unternehmen²⁴¹). 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.

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 ausüben²⁴², die beauftragte Stelle muss im Wesentlichen für die anordnende Stelle tätig sein²⁴³ 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 Staat²⁴⁸ 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. Instrukтив 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.

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./Völ-link, 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.

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 Körperschaften²⁵⁷ und werden auch als *Instate*-Geschäfte²⁵⁸ 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.

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 Leistungsbeziehungen²⁶⁴ 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. I, 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.

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], markttypische[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

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).

nen 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 Kooperation²⁷⁵ 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 I, Kap. I, C., II., 2., b.

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.

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.

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 entlehnten 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).

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 I, Kap. 1, A., IV.

Beschaffungsprozesses insbesondere in rechtswissenschaftlicher Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich benannt werden²⁸⁸ und betriebswirtschaftlichen Beschaffungsphasen teilweise ineinandergreifen, parallel ablaufen können oder gar eine vorherige Phase durch die staatliche Stelle wiederholt wird²⁸⁹. 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 I, 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.

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/ausruistung-baainbw/ruestung-sprojekte/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.

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 bestimmen²⁹⁸, 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 Bedarfsdeckungsprozess 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.

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 aufgeworfen³⁰⁴ – als Aufgabe der Bundeswehr 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 *Tätigkeitsbereich*.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 Bedarf³⁰⁶. 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

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.

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: Säger/Ganske/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]«.

»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 Wee/Eßig*, Strategische Beschaffung, S. 99.

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

schung erfolgt durch die erstmalige Befragung, Tests 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 muss.

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.

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 VgV³²⁸ vorgesehen. Nach § 28 Abs. 1 Alt. 2 VgV³²⁹ 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.

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 – II 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.

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 VgV³³⁷, der als nationale Umsetzung des Art. 40 VRL³³⁸ unionsrechtskonform auszulegen ist. Art. 40 UAbs. 2 S. 1 VRL³³⁹ 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/5zvvyBy8GIU7KtWpNyOTPD> (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.

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 VgV³⁴¹ 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 VRL³⁴³ 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 VRL³⁴⁴ und § 7 Abs. 2 VgV³⁴⁵). Ein vollständiger Ausschluss aus einem anschließenden Vergabeverfahren ist allerdings nicht notwendig und wäre vielmehr unverhältnismäßig.³⁴⁶ Dies ergibt sich auch aus § 7 Abs. 3 VgV³⁴⁷, 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.

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 Rüstungsk Kooperationen.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 Bayerischen Staatsministeriums, erfahrener Lehrkräfte, der Akademie für Lehrerfortbildung und Personalführung und dem Staatsinstitut für Schulqualität 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 Bayerischen 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.

gezielt Personen durch das Mittel der Befragung um Informationen erheben 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. Röbbel/Stöcklein, in: Willenbruch/Wiedekind/Hübner, Vergaberecht, VgV § 78 Rn. 5; Schneider, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, VgV, § 78 Rn. 17.

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.

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 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG. Sie bilden rechtliche Rahmenbedingungen bei der Planung und werden konkretisiert durch Anhörungspflichten,³⁶¹ Dokumentationspflichten³⁶² und Abwägungspflichten³⁶³. 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.

1. *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.

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 Beschaffungsprozess³⁶⁸, innerhalb der Analysephase³⁶⁹ als auch in der Planungsphase³⁷⁰. 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 I., Kap. I, 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.

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 I, 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.

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.

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).

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 Vertragsbedingungen³⁸⁷ 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. Müglichen/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.

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 Bundesinnenministeriums 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.

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 – II Verg 11/04, NZBau 2004, S. 692, 693; OLG Schleswig, 7.10.2011 – I 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.

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 realen 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 I, Kap. I, A., III.

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.

1. Zusammenhang von Bedarfsdefinition und staatlicher Aufgabe

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

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

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

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

405 Vgl. OLG München, 19.1.2012 – Verg 17/II – 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 I, Kap. 2, B.

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 Aufgaben⁴⁰⁹ 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.

materielle als auch immaterielle Eigenschaften⁴¹³ 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.

Rates⁴¹⁶ 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, EGAbI. L 340/1, zuletzt geändert in Verordnung (EU) 2022/943 der Kommission vom 17.6.2022, EUAbI. 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.

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 dienen⁴²¹, wie bspw. ökologische, soziale oder innovative Zielsetzungen, spricht man auch von der Verfolgung von Sekundärzwecken (§ 97 Abs. 3 GWB) oder noch deutlicher von beschaffungsfremden 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 entstehen. 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.

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 CO₂-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 Regelungen⁴²⁵ als Staatszielbestimmung zur Berücksichtigung der Umweltauswirkungen bei der Aufgabenerfüllung verpflichtet⁴²⁶ 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.

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 niederschlagen⁴²⁹, 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), EUAbI. 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.

werden können. Sie sind dann entweder Teil der weiteren Leistungsbestimmung oder Ausführungsbedingungen. Derartige immaterielle Eigenschaften lassen sich in drei Gruppen differenzieren: ortsspezifische 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.

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 VgV⁴³⁸) 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-

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 VgV⁴⁴⁰) 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«.

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.

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 ist⁴⁴⁶, 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-Vergabeprioritätsrechts: *Frenz*, Vergaberecht EU und national, Rn. 176.

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

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.

bb. Eigenschaften von Dienstleistungen

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

cc. Abgrenzung zu vergaberechtlichen Eignungskriterien

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

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

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

454 Vgl. zu dieser Ausschreibung: Wirtschaftswoche online vom 4.10.2021, https://www.genios.de/document/WWON__ecf414b3e8af0464eea60278371ecb5d87ec5b01 (zuletzt abgerufen am 23.2.2023).

Eignungskriterien abzugrenzen, die nicht Teil der Bedarfsdefinition und Leistungsbestimmung sind und daher nicht unter die Beschaffungsaufnomie fallen. Die Eignungskriterien betreffen die Person des Bieters⁴⁵⁵ 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.

bedingungen realisieren.⁴⁵⁸ Ausführungsbedingungen sind Teil der Leistungsbeschreibung⁴⁵⁹ (vgl. auch § 121 Abs. 1 S. 2 a.E. GWB) und werden mit Erteilung des Zuschlages auch Vertragsbestandteil⁴⁶⁰. Sie dienen nicht der Deckung des Bedarfs⁴⁶¹ 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 entfele.

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 Lieferkettensorgfaltgesetzes (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.

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 wird⁴⁶⁴. 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 sind⁴⁶⁶. 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 Erfüllungsort⁴⁶⁹, die Einsatzzeit bei einer Dienstleistung und den Zeitraum der Erbringung der Leistung. Eine gegenständliche Leistung wird in aller Regel zum nächstmöglichen

464 Gyulai-Schmidt, VergabR 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, VergabR 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

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 fassen 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.

politischen Ziele verfolgt. Folglich muss zwischen der Bedarfsdefinition, die die Grundlage jeglicher Bedarfsdeckungsmaßnahmen bildet, und einer weiteren 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.

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.

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.

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 Wiersheim, 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

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 VSgV 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 Beschaffensvereinbarung 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.

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.

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 VSVgV⁴⁹⁷. 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.

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 Einschätzungsprerogative der staatlichen Stellen. Aufgrund begrenzter Ressourcen ist die öffentliche Hand allerdings gezwungen, zwischen anfallenden Aufgaben zu priorisieren. Diese Einschätzungsprerogative 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., EUAbI. 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.

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.

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.

A. Privatautonomie und Vertragsfreiheit?

Insbesondere die Rechtsprechung recurriert 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 Menschen⁵⁰⁶. Die Vertragsfreiheit stellt eine institutionelle Ausprägung der Privatautonomie dar⁵⁰⁷ 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 binden⁵⁰⁸.

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 f.); 89, 214 (231 f.); 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.

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 Verwaltungsprivatrechts⁵¹⁴ 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

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 Aufgaben⁵¹⁸ und die mittlerweile anerkannte lückenlose Rechtsbindung der staatlichen Gewalt in allen Handlungs- und Organisationsformen⁵¹⁹. 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-

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 Autonomie⁵²⁰, 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 Liberalismus⁵²² und der industriellen Revolution⁵²³ 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. I; 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.

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.

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 Bayerischen 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), EUAbI. 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.

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 Auf-fangtatbestand 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 Rechtsstaatsprinzips an sach-gemäße 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.

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 werden⁵⁴³ 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.

für eine bestimmte Leistung eher selten eine unmittelbare Außenwirkung entfaltet, dem staatlichen Handeln durch die Eröffnung eines Nachfrage-marktes 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).

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 Befugnisse⁵⁵² (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.; *Ronellenfisch* 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.

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 I, Kap. I, B., II.

554 S. Teil I, Kap. I, B., II., I., 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.

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.

II. Herstellung und Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit als staatliche Pflicht

Damit die Erfüllung von Aufgaben ohne weiteres möglich ist, muss der Staat im Vorhinein 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 behandelt.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.

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 Gemeinwesen⁵⁶⁶ 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-*

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.

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 Personals⁵⁷² 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.

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.

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 Aufgabenerfüllung⁵⁸² 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 I, Kap. 2, B., I.

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.

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.

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 Daseinsvorsorge⁵⁹⁴ 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.

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 I, Kap. I, C., I., 2., b.

600 Zur Gewährleistungsverantwortung: Teil I, Kap. I, C., I., 2., b., aa.

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 Gehalt⁶⁰² 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, abzusichern.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 Wertordnung 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.

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 objektiv-rechtlichen 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/Mösl, 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 (12

d. Allgemeiner Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG

Ähnlich weist die Auslegung des Art. 33 Abs. 4 GG als sogenannter Funktionsvorbehalt⁶¹² 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.

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.

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 einzelner Annahmen⁶²⁴ 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 Begriff⁶²⁵ 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 Organisationsgewalt⁶²⁶ 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 I, 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.

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 Herrenchiessee 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.

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 entfele, 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 I, 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.

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 Zügen⁶⁴⁰ 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.

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.

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 Fremdggesetzgebung 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.

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 fremd⁶⁴⁹, 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-

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 Arnald, *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.

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 Staat⁶⁵⁵ 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 Arnould, 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 I, 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, § 1

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.

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 allgemeinem 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/Möller, 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.

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 müssen⁶⁶⁸), 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/Pilnik*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, § 12 Rn. 31, 39. Zur Steuerung von Verwaltungshandeln durch Haushaltsrecht: *D. Birk*,

