Schriften zum Vergaberecht 53

Sarah Lüttmann

Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts

Nomos

Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

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

Band 53

Sarah Lüttmann

Beschaffung als Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts

Nomos

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

Zugl.: Osnabrück, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5490-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-9675-3 (ePDF)

1. Auflage 2018
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück. Im Sommersemester 2018 wurde sie als Dissertation angenommen. Vereinzelt konnte noch während der Drucklegung jüngere Rechtsprechung und Literatur eingearbeitet werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Oliver Dörr, der mich jederzeit fachlich und persönlich unterstützte und mir in Gesprächen mit konstruktiven Denkanstößen zur Seite stand. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn HonProf. Dr. Hans-Günter Henneke für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und bei Herrn Prof. Dr. Martin Burgi für die Aufnahme in seine Schriftenreihe „Schriften zum Vergaberecht".

Den ehemaligen Kolleginnen und Kollegen des European Legal Studies Institute Osnabrück danke ich für die gute Zusammenarbeit und die Möglichkeit zum fachlichen Austausch.

Vor allem möchte ich mich aber bei meinen Eltern Helga und Heinrich Lüttmann bedanken, die mich immer mit Rat und Tat unterstützt und mir auf diese Weise mein Studium und die Promotion erst ermöglicht haben. Ihnen sei diese Arbeit daher gewidmet.

Ibbenbüren, im Oktober 2018 Sarah Lüttmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 15

Kapitel 1 – Öffentliche Beschaffung, Vergabe und Vergaberecht 17

A. Öffentliche Beschaffung 17
I. Annäherung an den Begriff 18
1. Verfassungsrechtlicher Bestimmungsansatz 18
a) Beschaffungen nach dem GG 18
b) Beschaffungen als fiskalische Hilfsgeschäfte 20
2. Haushaltsrechtlicher Bestimmungsansatz 22
3. Ökonomischer Bestimmungsansatz 24
a) Volkswirtschaftliche Perspektive 24
b) Betriebswirtschaftliche Perspektive 25
4. Zwischenergebnis 28
II. Verfassungsrechtliche Pflicht zur Beschaffung? 30
1. Pflicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben 31
a) Schutzfunktion der Grundrechte 31
b) Staatszielbestimmungen 32
c) Staatsstrukturprinzipien und die allgemeine Pflicht zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates 33
d) Keine Herleitung staatlicher Handlungspflichten aus den Kompetenztiteln 34
2. Beschaffungspflicht als faktische Notwendigkeit 36
III. Formen der öffentlichen Beschaffung 37
1. Beschaffung durch klassisches bilaterales Rechtsgeschäft 37
2. Beschaffung durch Privatisierung 38
a) Funktionale Privatisierung 39
b) Konzessionierung 42
c) Öffentlich-Private-Partnerschaft 44
d) Beleihung 45
3. Beschaffung durch Kooperation zwischen Verwaltungsträgern 47
a) Kooperation auf vertikaler Ebene 48
b) Kooperation auf horizontaler Ebene 49

4. Hoheitliche Beschaffung 51
a) Der klassische Enteignungsbegriff 53
aa) Die Abkehr vom klassischen Enteignungsbegriff 54
bb) Die Rückkehr zum klassischen Enteignungsbegriff 54
b) Zwischenergebnis 55
5. Eigenproduktion in Abgrenzung zur Beschaffung 56
6. Zwischenergebnis 59
IV. Besonderheiten der staatlichen Nachfrage und ihre Auswirkungen 60
1. Unmittelbare Rechtsbindung 61
a) Verfassungsrecht 61
b) Sonstiges öffentliches Recht 62
2. Öffentliche Einnahmequellen 64
3. Pflicht zur Aufgabenerfüllung 65
4. Nachfragemacht des Staates 67
5. Zwischenergebnis 68
V. Ziele der öffentlichen Beschaffung 69
1. Erwerb von Gütern und Dienstleistungen als Primärziel 69
2. Erfüllung öffentlicher Aufgaben 71
a) Begriff der öffentlichen Aufgabe 71
aa) Problemstellung 72
bb) Begriffsverständnis im Rahmen dieser Arbeit 73
b) Aufgabenerfüllung im modernen Gewährleistungsstaat 77
aa) Konzept des Gewährleistungsstaates 78
bb) Prägende Beschaffungsformen 79
cc) Änderung des Beschaffungskonzeptes aufgrund der Gewährleistungslogik 80
3. Qualitätssicherung 81
4. Kostengünstigkeit 81
5. Liquidität 82
6. Wirtschaftlichkeit 83
7. Abgrenzung zu sog. beschaffungsfremden Zielen 84
8. Zwischenergebnis 86
VI. Phasen des öffentlichen Beschaffungsprozesses 86
1. Analysephase 87
2. Planungsphase 89
a) Beschaffungsautonomie der öffentlichen Verwaltung 89
b) Problem der dogmatischen Herleitung 91

3. Realisierungsphase 93
4. Abschluss- und Kontrollphase 94
VII. Zwischenergebnis zur öffentlichen Beschaffung 95

B. Vergabe 95
I. Vergabe als Verteilungsinstrument 95
II. Ziele von Vergabe 98
1. Verteilungsgerechtigkeit als primäres Vergabeziel 99
2. Anforderungen an Verteilungsgerechtigkeit 100
3. Spezielle Ziele der öffentlichen Auftragsvergabe 102
a) Öffentliche Beschaffung als Primärziel 103
b) Sekundärziele 103
aa) Wirtschaftliche Ziele 103
bb) Politische Ziele 110
III. Ablauf einer Vergabe 116
1. Vorbereitung 117
2. Veröffentlichung 117
3. Auswertung 118
4. Vergabeentscheidung 119
IV. Zwischenergebnis zur Vergabe 119

C. Vergaberecht 120
I. Vergaberecht als Rechtsrahmen für öffentliche Beschaffungen 120
II. Ziele des Vergaberechts 122
1. Gewährleistung von Transparenz 123
2. Gleichbehandlung der Bieter 124
3. Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit 126
4. Korruptionsprävention 128
5. Rechtsschutz der Bieter 129
III. Anwendbarkeit des Vergaberechts im öffentlichen Beschaffungsprozess 131
1. Analysephase 132
2. Planungsphase 133
3. Realisierungsphase 134
4. Abschlussphase 136
IV. Vergaberecht als allgemeines Rechtsregime für Verteilungsentscheidungen 137
V. Zwischenergebnis zum Vergaberecht 138

Kapitel 2 – Der Beschaffungsbezug in öffentlichen Aufträgen und Konzessionen 140

A. Bisheriger Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur 140
I. Beschaffung als immanentes Merkmal des Vergaberechts 141
II. Öffentliche Auftragsvergabe ohne Beschaffungsbezug? 143
1. Der Beschaffungscharakter von Bauaufträgen 144
a) Entscheidung des OLG Düsseldorf in der Rechtssache „Fliegerhorst Ahlhorn“ 144
b) Vergaberechtliche Bewertung der Rechtsprechung 146
c) Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Helmut Müller GmbH“ 147
d) Vergaberechtliche Bewertung der Rechtsprechung 149
2. Der Beschaffungscharakter von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 149
a) Übertragung der EuGH-Rechtsprechung 150
b) Teleologische Erwägungen 150
c) Rechtsvergleichende Erwägungen 151
d) Rechtssicherheit 152
3. Der Beschaffungscharakter von Konzessionen 153
III. Zwischenergebnis 155

B. Rechtliche Verankerung des Beschaffungsmerkmals 155
I. Im nationalen Recht 155
1. Kartellvergaberecht 156
a) Vergaberechtsänderungsgesetz 1998 157
b) Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 158
c) Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2016 160
d) Zwischenergebnis 162
2. Haushaltsvergaberecht 163
3. Landesrecht 165
4. Verordnungsebene 166
a) Vergabeverordnung 166
b) Konzessionsvergabeverordnung 167
5. Verwaltungsvorschriften 168
a) VOB/A 169
b) VOL/A 170
c) Unterschwellenvergabeordnung 170
6. Zwischenergebnis 171

II. Im Unionsrecht 172
1. Sekundärrecht 172
a) RL 2004/18/EG 172
b) RL 2004/17/EG 173
c) RL 2014/24//EU 174
d) RL 2014/23/EU 176
e) RL 2014/25/EU 180
f) Zwischenergebnis 181
2. Vergabeprimärrecht 182
III. Im Völkerrecht 183
1. WTO Agreement on Government Procurement 184
2. Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) 186
3. Auswahl an bilateralen Abkommen 187
a) Beschaffungsabkommen mit den USA 187
b) Beschaffungsabkommen mit der Schweiz 187
c) Beschaffungsabkommen mit Mexiko 188
IV. Zwischenergebnis 190

C. Merkmale der öffentlichen Beschaffung 190
I. Beschaffungsbedarf der öffentlichen Hand 192
1. Aufgabenerfüllung als Maßstab 192
2. Anhaltspunkte im Einzelfall 195
3. Zwischenergebnis 197
II. Art und Weise des staatlichen Marktauftritts 198
1. Nachfrageposition des Staates 198
a) Verwertung öffentlicher Ressourcen 199
b) Staatliche Wirtschaftsbetätigung 200
2. Staatliche Nachfrageposition bei Konzessionen 201
3. Öffentlicher Beschaffungsvorgang trotz staatlicher Anbieterposition? 202
a) Kriterien der Kommission 204
b) Kriterien der Richtlinie 2014/23/EU 205
c) Zwischenergebnis 206
III. Erwerb eines Beschaffungsgegenstandes 206
1. Erwerbsvorgang im Sinne der europäischen Vergaberichtlinien 208
2. Erwerbsvorgang im Sinne des öffentlichen Rechnungswesens 211
3. Erwerbsvorgang nach Ansicht des EuGH 212
4. Zwischenergebnis 213

IV. Staatliche Gegenleistung 214
1. Entgeltzahlung 216
2. Gewährung exklusiver Verwertungsrechte 217
V. Externalität der Leistungserbringung 219
VI. Zwischenergebnis 221

Kapitel 3 – Abgrenzung öffentlicher Beschaffungsvorgänge von anderen Verteilungssituationen 222

A. Vergabe von gewerberechtlichen Zulassungen 225
I. Notwendigkeit der Abgrenzung 225
1. In Deutschland 225
2. In anderen Mitgliedsstaaten 227
II. Regelungssystematik 229
1. Zulassungsfreie Tätigkeiten 229
2. Zulassungspflichtige Tätigkeiten 230
III. Vergaberechtliche Bewertung 232
1. Verteilungssituation 232
a) Bei zulassungsfreien Tätigkeiten 232
b) Bei zulassungspflichtigen Tätigkeiten 232
aa) Vergabe von nicht kontingentierten Erlaubnissen 233
bb) Vergabe von kontingentierten Erlaubnissen 234
2. Beschaffungsmerkmale 235
a) Bei zulassungsfreien Tätigkeiten 235
b) Bei zulassungspflichtigen Tätigkeiten 236
aa) Handlungsform als Ausschlussgrund 236
bb) Beschaffungsbedarf 237
cc) Staatliche Nachfrageposition 239
dd) Erwerbsvorgang 241
ee) Staatliche Gegenleistung 243
ff) Zwischenergebnis 244

B. Vergabe von Standplätzen auf Volksfesten und Märkten 245
I. Notwendigkeit der Abgrenzung 245
II. Regelungssystematik 248
1. Straßenrechtliche Sondernutzung 249
2. Gewerberechtliche Ausgestaltung 251
a) Festsetzungsentscheidung 251
b) Zulassungsentscheidung 252
3. Kommunalrechtliche Einrichtung 253

III. Vergaberechtliche Bewertung 254
1. Verteilungssituation 254
2. Beschaffungsmerkmale 256
a) Beschaffungsbedarf 256
b) Staatliche Nachfrageposition 258
c) Erwerbsvorgang 260
d) Staatliche Gegenleistung 262
e) Zwischenergebnis 264

C. Vergabe von Personenbeförderungsgenehmigungen zum Verkehr mit Taxen 264
I. Notwendigkeit der Abgrenzung 266
II. Regelungssystematik 268
1. Die Regelungen der VO (EG) Nr. 1370/2007 268
2. Die Regelungen des PBefG 270
III. Vergaberechtliche Bewertung 271
1. Verteilungssituation 271
2. Beschaffungsmerkmale 273
a) Beschaffungsbedarf 273
b) Staatliche Nachfrageposition 274
c) Erwerbsvorgang 275
d) Staatliche Gegenleistung 277
e) Zwischenergebnis 278

D. Vergabe von Wegenutzungsverträgen gemäß § 46 EnWG 279
I. Notwendigkeit der Abgrenzung 280
1. Energiewirtschaftliche Konzessionen als öffentliche Aufträge 281
2. Energiewirtschaftliche Konzessionen als Dienstleistungskonzessionen 282
3. Beschaffungscharakter entscheidend 285
II. Regelungssystematik 286
1. Einfache Wegenutzungsverträge 286
2. Qualifizierte Wegenutzungsverträge 287
III. Vergaberechtliche Bewertung 288
1. Verteilungssituation 288
a) Im Rahmen der einfachen Wegenutzungsverträge 288
b) Im Rahmen der qualifizierten Wegenutzungsverträge 288
2. Beschaffungsmerkmale 289
a) Beschaffungsbedarf 289
b) Staatliche Nachfrageposition 291

c) Erwerbsvorgang 292
d) Staatliche Gegenleistung 293
e) Zwischenergebnis 294

E. Vergabe von Zuwendungen nach Haushaltsrecht 294
I. Notwendigkeit der Abgrenzung 295
II. Regelungssystematik 298
1. Zuwendungsbegriff 299
a) Vorliegen einer Leistung 299
b) Zur Erfüllung bestimmter Zwecke 300
c) An eine Stelle außerhalb der fördernden Verwaltung 300
2. Zuwendungsvoraussetzungen 300
a) Erhebliches Interesse der fördernden Stelle 301
b) Subsidiariätsgrundsatz 301
III. Vergaberechtliche Bewertung 302
1. Verteilungssituation 302
2. Beschaffungsmerkmale 303
a) Beschaffungsbedarf 303
b) Staatliche Nachfrageposition 304
c) Erwerbsvorgang 305
d) Staatliche Gegenleistung 306
e) Zwischenergebnis 307

Zusammenfassung und Ergebnisse 309

Literaturverzeichnis 317

Einleitung

Es steht völlig außer Frage, dass das Vorliegen eines Gewerbes grundlegende Anwendungsvoraussetzung des Gewerberechts[1] oder das Vorliegen einer Versammlung Ausgangspunkt für die Anwendbarkeit des Versammlungsrechts ist. Hingegen existieren seit Jahrzehnten rechtliche Streitigkeiten in Rechtsprechung und Literatur darüber, inwiefern ein öffentlicher Beschaffungsvorgang am Markt grundlegende Anwendungsvoraussetzung des deutschen und europäischen Vergaberechts ist. Warum bereitet diese Erkenntnis solche Schwierigkeiten?

Zunächst ist auffällig, dass sich der Begriff der öffentlichen Beschaffung – zumindest was die nationale Ebene betrifft - nicht unmittelbar in der Bezeichnung des Rechtsgebietes in Form des Vergaberechts wiederfindet.[2] Öffentliche Vergabevorgänge sind vielmehr auch aus anderen Bereichen jenseits der öffentlichen Beschaffung bekannt, wie etwa „die Vergabe" von Studienplätzen an Hochschulen.

Des Weiteren hat das fächerübergreifende Vergaberecht, obwohl es noch ein relativ junges Rechtsgebiet ist, in den letzten 20 Jahren in Deutschland erhebliche Wandlungen erfahren. So war es (und ist es unterhalb der Schwellenwerte auch noch) zunächst im Haushaltsrecht und danach im Wettbewerbsrecht integriert. Dort drängt sich der inhaltliche Beschaffungsbezug ebenfalls nicht unmittelbar auf den ersten Blick auf.

Hinzu kommt, dass die europäischen Vergaberichtlinien selbst bis zur großen Reform im Jahre 2014 den Begriff der Beschaffung kaum erwähnt geschweige denn näher bestimmt haben.

Die wohl größte Schwierigkeit besteht jedoch wohl darin zu definieren, was überhaupt öffentliche Beschaffung kennzeichnet. Dies liegt vor allem daran, dass die Beschaffungstätigkeiten des Staates viele verschiedene Formen annehmen können, welche zunächst nicht unmittelbar als staatliche Einkaufstätigkeiten identifiziert werden. Beispielsweise ist im Zusammenhang mit der sog. Ahlhorn-Rechtsprechung[3] eine große Diskussion da-

---

1 Statt aller *Korte*, in: Schmidt/Wollenschläger, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 9 Rn. 7.

2 Kritisch dazu auch *Hausmann*, in: Pünder/Prieß, Vergaberecht im Umbruch I, S. 68.

3 Zur Ahlhorn-Rechtsprechung noch ausführlich in Kapitel 2, A, II, 1, a.

rüber aufgekommen, ob und ab wann ein städtischer Pachtvertrag, bei dem die öffentliche Hand als Verpächterin auftritt, zugleich einen öffentlichen Beschaffungsvorgang darstellt.

Mit erfreulicher Deutlichkeit setzen die neuen Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU sowie die nationalen Umsetzungsvorschriften in Form des 4. Teils des GWB aus dem Jahr 2016 die Beschaffung als geschriebenes Tatbestandsmerkmal des Vergaberechts voraus. Trotz dieser enormen Bedeutung für das europäische und nationale Vergaberecht existiert keine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung. Ohne allerdings rechtliche Klarheit darüber zu gewinnen, was öffentliche Beschaffung gennzeichnet, wird sich der Beschaffungsbegriff als Anwendungsvoraussetzung des Vergaberechts nicht ausreichend etablieren können.

Mit dem Erlass der Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU hat sich die Problematik sogar insoweit verschärft, als sich nun zusätzlich die Frage stellt, ob die aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannten Konzessionen, wie beispielsweise Taxi- oder Spielhallenkonzessionen auch Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand darstellen und dadurch deren Vergabe künftig den Bestimmungen des europäischen und nationalen Vergaberechts unterliegt.

Bereits im Jahre 2007 plädierte *Pietzcker* in seinem gleichnamigen Aufsatz ausdrücklich dafür, die „Grenzen des Vergaberechts“[4] einzuhalten. Tatsächlich stellt sich die Frage, wo diese Grenzen genau liegen, damit der Anwendungsbereich des Vergaberechts seine Konturen nicht verliert und es dadurch zu einem Verlust von Rechtssicherheit kommt.

Die Fragestellung, was überhaupt ein öffentlicher Beschaffungsvorgang im Sinne des deutschen und europäischen Vergaberechts ist und was diesen kennzeichnet, ist bislang – soweit ersichtlich - monographisch noch völlig unerforscht. Auffällig ist auch, dass gerade die neuere Rechtsprechung dieses Tatbestandsmerkmal immer noch weitgehend ignoriert, wenn es um die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts geht. Dies liegt vermutlich daran, dass auch in der Rechtsprechung Unsicherheit darüber herrscht, wie unter diesen Begriff zu subsumieren ist.

Daher ist es das primäre Ziel dieser Arbeit, den Begriff der öffentlichen Beschaffung zu definieren und gleichzeitig die Bereiche herauszuarbeiten, die begrifflich nicht der öffentlichen Beschaffung unterfallen.

---

4 *Pietzcker*, NVwZ 2007, 1225.

Kapitel 1 – Öffentliche Beschaffung, Vergabe und Vergaberecht

A. *Öffentliche Beschaffung*

Die staatliche Beschaffungstätigkeit hat nicht nur eine große wirtschaftliche Bedeutung auf nationaler und europäischer Ebene[5], sie ist auch rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Vergaberechts. Gemäß § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die *Beschaffung* von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Daher stellt sich zwangsläufig die Frage, was unter dem Begriff der öffentlichen Beschaffung zu verstehen ist bzw. wann ein solcher öffentlicher Beschaffungsvorgang vorliegt. Gleichzeitig wird durch diese Begriffsbestimmung der Anwendungsbereich des deutschen und europäischen Vergaberechts festgelegt.

Obwohl der Beschaffungsbegriff von der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur[6] von jeher als eine Art „Metabegriff"[7] des Vergaberechts verstanden wird, auf dem das gesamte Vergaberecht aufbaut und von dessen Vorliegen der Anwendungsbereich des Vergaberechts abhängt, wird der Begriff der Beschaffung trotz dieser zentralen Bedeutung sowohl vom deutschen als auch vom europäischen Gesetzgeber nicht definiert. Dies erstaunt umso mehr, als im Rahmen der letzten großen Verga-

---

5 Europaweit beträgt der Anteil des öffentlichen Beschaffungswesens innerhalb des Bruttoinlandsprodukts (BIP) 18 %, wobei der Anteil in Deutschland aufgrund der Größe des öffentlichen Sektors eher darüber liegen dürfte. Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission, Public Procurement Indicators, Jahreszahl 2014; abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm; zuletzt abgerufen am 15.12.2017 und Pressemitteilung des Europäischen Parlaments, Öffentliche Auftragsvergabe: Bessere Qualität und mehr Leistung für den Preis vom 15.1.2014; abrufbar unter http://www.europarl.europa. eu/news/de/news-room/20140110IPR32386/%C3%B6ffentliche-auftragsvergabe-bessere-qualit%C3%A4t-und-mehr-leistung-f%C3%BCr-den-preis; zuletzt abgerufen am 15.12.2017.

6 Vgl. dazu Kapitel 2, A, I.

7 So *Walz*, Die Bau- und Dienstleistungskonzession im deutschen und europäischen Vergaberecht, Fn. 91.

berechtsreform die Möglichkeit dazu bestanden hätte. Zudem wird der Begriff der Beschaffung an mehreren Stellen der (neuen) Vergaberichtlinien erwähnt.[8] In der vergaberechtlichen Literatur sowie in der Rechtsprechung wird mit vielen Begriffsansätzen gearbeitet, ohne dass Einigkeit über deren Definitionsinhalt besteht.

Ziel dieser Arbeit ist daher unter anderem, den zentralen Begriff der Beschaffung zu definieren und praxisgerecht aufzubereiten, um dann damit Beschaffungsvorgänge von anderen beschaffungsfreien Vorgängen abzugrenzen zu können.

I. Annäherung an den Begriff

Im Erkenntnisinteresse dieser Arbeit ist es zunächst erforderlich, den bisherigen begrifflichen Ausgangspunkt zu klären. Anhand verschiedener Bestimmungansätze erfolgt eine Annäherung an den Begriff der öffentlichen Beschaffung.

1. Verfassungsrechtlicher Bestimmungsansatz

Zunächst könnte das Grundgesetz als verfassungsrechtlich vorgegebene Grundentscheidung Definitionsansätze für das deutsche Vergaberecht liefern. Das Grundgesetz verwendet an einigen Stellen zumindest den Begriff der öffentlichen „Bedarfsdeckung". Nach der hier vertretenen Auffassung ist die öffentliche Beschaffung eine bestimmte Form der gesamten öffentlichen Bedarfsdeckung. Beschaffung umfasst lediglich die Bedarfsdeckung von Gütern und Dienstleistungen, die nicht selbst durch den Verwaltungsbetrieb erstellt werden. Die öffentliche Bedarfsdeckung bildet also den Oberbegriff.

a) Beschaffungen nach dem GG

Nach Art. 87b Abs. 1 GG dient die Bundeswehrverwaltung den „Aufgaben des Personalwesens und der unmittelbaren Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte." An dieser Stelle nimmt die Verfassung ausdrücklich Bezug auf

8 Dazu Kapitel 2, B, II.

das Personal- Haushalts- und Beschaffungswesen der Bundeswehrverwaltung.[9] Entscheidend ist insbesondere der *unmittelbare* Bezug zu den Aufgaben der Streitkräfte.[10] Die Unmittelbarkeit der Beschaffung in diesem Sinne ist immer dann gegeben, wenn ein direkter Zusammenhang zwischen den Verwaltungsaufgaben und den militärischen Bedürfnissen besteht.[11] Art. 12a GG hält weitere Möglichkeiten zur Deckung des „Bedarfs an zivilen Dienstleistungen" bzw. an „Arbeitskräften" im Verteidigungsfalle bereit.[12]

In weiteren Artikeln, wie z.B. Art. 33 Abs. 4 GG[13], Art. 35 GG[14], Art. 36 GG[15], Art. 92 GG[16] wird die Befugnis zur öffentlichen Bedarfsdeckung mit dem erforderlichen Personal lediglich stillschweigend vorausgesetzt.

Entsprechendes gilt für die öffentliche Bedarfsdeckung bezüglich der notwendigen Sachmittel (vgl. z.B. Art. 89 Abs. 3 GG, Art. 90 GG, Art. 135 GG) und Finanzmittel (vgl. insbesondere die Bestimmungen über die Haushaltswirtschaft in Art. 109 GG, Art. 110 Abs. 1 GG, Art. 111 GG, Art. 112 GG).

Nicht zuletzt stellt auch Art. 14 Abs. 3 GG eine Regelung zur Beschaffung dar. „Zum Wohl der Allgemeinheit" ist die Enteignung als Instrument hoheitlicher Beschaffungstätigkeit zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verfassungsgemäß.[17] Allerdings sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich diese Artikel nicht alle auf die öffentliche Beschaffung im Sinne des deutschen und europäischen Vergaberechts beziehen. Das Vergaberecht ist lediglich das Rechtsregime für eine bestimmte öffentliche

---

9 Vgl. BVerwG, Urteil vom 10.12.1996, 1 C 33/94, NVwZ-RR 1997, 350 (351); *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 868.

10 *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 87b Rn. 2.

11 *Baldus*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 87b Rn. 12.

12 Vgl. *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 179.

13 In Art. 33 Abs. 4 GG ist der sog. Funktionsvorbehalt für Beamte geregelt. Dieser besagt, dass die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben den Beamten vorbehalten ist, vgl. BVerwGE 57, 55 (60). Insofern setzt diese Norm die öffentliche Bedarfsdeckung mit dem dafür notwendigen Personal voraus.

14 Art. 35 GG berechtigt und verpflichtet alle Behörden des Bundes und der Länder dazu, sich gegenseitig Amtshilfe zu leisten. Es handelt sich hier also um eine besondere Kooperationsform zwischen Behörden zur staatlichen Bedarfsdeckung.

15 Art. 36 GG trifft Regelungen zur Verwendung von Personal bei den Bundesbehörden und damit im weiteren Sinne zur Personalbedarfsdeckung.

16 In Art. 92 GG ist der sog. Richtervorbehalt geregelt. Dieser besagt, dass die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Damit sieht diese Norm staatliche Personalbeschaffung vor.

17 Vgl. zur Enteignung als Form der öffentlichen Beschaffung noch Kapitel 1, A, III, 4.

Beschaffungsform bezüglich bestimmter Güter und Dienstleistungen. Insbesondere die „Personalbeschaffung" und die „Finanzmittelbeschaffung" fallen nicht unter das Vergaberecht, sondern unterliegen anderen Rechtsregimen.

Insgesamt beantwortet das Grundgesetz nicht die Frage, wann ein öffentlicher Beschaffungsvorgang vorliegt bzw. in welchem Verfahren eine öffentliche Beschaffung zu erfolgen hat. Jedoch kann aus diesem verfassungsrechtlichen Überblick zumindest die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Verfassung die staatliche Beschaffungstätigkeit ausdrücklich vorsieht, um staatliche Aufgaben zu erfüllen.[18] Voraussetzung ist jedoch, dass die Beschaffung einen unmittelbaren Bezug zur Erfüllung von öffentlichen Verwaltungsaufgaben aufweist bzw. in einem unmittelbaren öffentlichen Interesse liegt. Zudem sieht das Grundgesetz gerade keine bestimmte rechtliche Handlungsform für staatliche Beschaffungstätigkeit vor. Im Gegenteil erkennt es zum einen hoheitliche Beschaffungsmaßnahmen, wie etwa die Enteignung und die Ernennung von Beamten an. Zum anderen sind auch staatliche Beschaffungen von Gütern und Dienstleistungen durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte vorgesehen. Eine ausreichende Definition der öffentlichen Beschaffung im Sinne des Vergaberechts lässt sich aus diesen Normen jedoch kaum ableiten.

b) Beschaffungen als fiskalische Hilfsgeschäfte

Ein weiterer Begriff, der im Zusammenhang mit öffentlicher Beschaffung und der Verfassung steht, ist der des sog. „fiskalischen Hilfsgeschäfts".[19] Unter fiskalische Hilfsgeschäfte fallen alle privatrechtlichen Rechtsgeschäfte der öffentlichen Hand, die der staatlichen Bedarfsdeckung (Erwerb von Sachmitteln und Anstellung von Beschäftigten, die keine Beamte sind) zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen.[20]

Im Kern geht es dabei um die verfassungsrechtliche Streitfrage der Grundrechtsbindung des Staates im Rahmen seiner Beschaffungstätigkeit.

---

18 *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 179.

19 Eingeführt wurde dieser Begriff vermutlich von *Siebert,* Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, S. 215 ff.

20 Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 95; *Dreier,* in: Dreier/Wittreck, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 65; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 212; *Hesse,* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 346; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 28; *Möstl*, Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 73.

Problematisch ist die Grundrechtsbindung dort, weil der Staat sich Handlungsformen des Privatrechts bedient, also Kaufverträge, Dienstverträge etc. abschließt. Der BGH differenziert bis heute zwischen „erwerbswirtschaftlich-fiskalischem" und „verwaltungsprivatrechtlichem" Handeln.[21] Ersteres würde dann vorliegen, wenn die Verwaltung ihren Bedarf an personellen und sachlichen Mitteln deckt, wie z.B. Kauf von Büromaterialien. Eine Grundrechtsverpflichtung bestehe hier nicht, da der Staat hier nur mittelbar öffentliche Aufgaben wahrnehmen würde. Hingegen sei diese bei verwaltungs-privatrechtlichem Handeln gegeben, weil hier der Staat sich nur der Organisationsform des Privatrechts bedienen würde, um unmittelbar öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, wie z.B. als Stadtwerke AG.

Diese Unterscheidung wird jedoch sowohl vom BVerfG[22] und vom BVerwG[23] als auch von der ganz herrschenden Meinung in der Literatur[24] mittlerweile abgelehnt. Die Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG gilt unabhängig davon, zu welchem Zweck oder in welcher Form der Staat tätig wird.[25] Des Weiteren ist eine überzeugende Abgrenzung zwischen rein fiskalischen und öffentlichen Aufgaben dienendem Handeln, wohl praktisch nicht möglich.[26] Nicht zuletzt wird durch die Qualifizierung als bloße Hilfstätigkeit, die Beschaffungstätigkeit des Staates in einer Weise bagatellisiert, die ihr nicht gerecht wird. Das öffentliche Beschaffungswesen

---

21 Vgl. z.B. BGHZ 36, 91 (96); BGH NJW 2003, 1658 (1658); BGH NJW 2004, 1031 (1031).

22 Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG: BVerfGE 116, 135 (153) „Jede staatliche Stelle hat bei ihrem Handeln, unabhängig von der Handlungsform und dem betroffenen Lebensbereich, die in dem Gleichheitssatz niedergelegte Gerechtigkeitsvorstellung zu beachten. Dieses Handeln ist anders als die in freiheitlicher Selbstbestimmung erfolgte Tätigkeit eines Privaten stets dem Gemeinwohl verpflichtet. Eine willkürliche Ungleichbehandlung kann dem Gemeinwohl nicht dienen.".

23 BVerwG NVwZ 2007, 820 (822).

24 *Ehlers,* Verwaltung in Privatrechtsform, S. 114 ff.; *Hermes*, JZ 1997, 909 (912 f.); *Dreier,* in: Dreier/Wittreck, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 67; *Wollenschläger,* Verteilungsverfahren, S. 33; Speziell zum Vergaberecht *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, S. 117; *Huber*, Kampf um den öffentlichen Auftrag, S. 29 f.; Pietzcker, Die Zweiteilung des Vergaberechts, S. 16 ff.; *Kunert,* Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, S. 52 ff.; *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 303 ff.; *Burgi*, Vergaberecht, § 4 Rn. 4 f.; *Burgi,* NZBau 2005, 610 (613).

25 Vgl. *Wollenschläger,* Verteilungsverfahren, S. 33.

26 *Dörr*, DÖV 2001, 1014 (1015 f.); *Möstl,* Grundrechtsbindung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit, S. 80 f.

ist nicht (mehr) ein Hilfsgeschäft der Verwaltung, sondern einer ihrer wesentlichen Teile.[27]

Insofern ist der Begriff des fiskalischen Hilfsgeschäfts zum einen schon nicht hinreichend bestimmt und hat sich zum anderen auch nicht bewährt.

2. Haushaltsrechtlicher Bestimmungsansatz

Des Weiteren könnte das Haushaltsrecht eine Auslegungshilfe für den Beschaffungsbegriff sein, da das Vergaberecht als Rechtsregime der öffentlichen Beschaffungen jahrzehntelang durchgehend dem Haushaltsrecht angehörte[28] bzw. im Unterschwellenbereich noch immer dem Haushaltsrecht angehört. Eine Legaldefinition existiert jedoch auch hier nicht. Allerdings taucht der Begriff der Beschaffung an einigen Stellen[29], beispielsweise in § 24 Abs. 1 S. 1 BHO[30], auf. Demnach dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für „größere Beschaffungen" und größere Entwicklungsvorhaben erst veranschlagt werden, wenn Planungen und Schätzungen der Kosten und Kostenbeteiligungen vorliegen. Gemäß Nr. 2.1 der allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur BHO (VV-BHO)[31] werden größere Beschaffungen als „Anschaffungen" von Sachen mit einem Mittelbedarf von mehr als 500.000 Euro im Einzelfall für die Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen im Haushaltsplan veranschlagt. Aus haushaltsrechtlicher Sicht sind also die *staatliche Mittelverwendung* (und damit die Ausgabe öffentlicher Gelder) und ggf. zusätzlich die Überschreitung eines bestimmten Betrages die entscheidenden Merkmale für einen öffentlichen Beschaffungsvorgang.

---

27 So schon *Forsthoff,* Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 21.

28 Zur historischen Entwicklung des Vergaberechts *Grau*, Historische Entwicklung und Perspektiven des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe, *Ries,* Bauaufträge im römischen Recht, *Wallerath*, Die Verwaltung 20 (1987) 137 ff.; *Lampe-Helbig,* in: Festschrift für Korbion, S. 250, 389; *Dreher,* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 102 ff.

29 § 13 Abs. 1 Nr. 2 lit. b), § 24 Abs. 2, § 54 Abs. 2 BHO.

30 Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19.8.1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.8.2017 (BGBl. I S. 3122).

31 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) vom 14.3.2001 (GMBl. 2001, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 20.12.2016.

Des Weiteren kann daraus auch die Schlussfolgerung gezogen werden, dass öffentliche Beschaffungsvorgänge keine eigene Produktionsleistung des Staates darstellen, sondern immer von einem außerhalb der Verwaltung stehenden Dritten erbracht werden, der für seine Leistungserbringung eine Form der Gegenleistung, insbesondere eine staatliche Entgeltzahlung, erhält. Im Gegenzug muss die öffentliche Verwaltung etwas erlangen, eine „Anschaffung", die sich vorher nicht in ihrem Eigentum bzw. in ihrer Sachherrschaft befunden hat.

Diese Interpretation kann zusätzlich durch das öffentliche Haushalts- und Rechnungswesen bestätigt werden. Ähnlich dem kaufmännischen Rechnungswesen, werden auch die öffentlichen Haushalte auf kommunaler Ebene, Bundes- und Landesebene im Wege der doppelten Buchführung gesteuert.[32] Das Vermögen und das Kapital der öffentlichen Verwaltung werden im Jahresabschluss durch eine Bilanz[33] bzw. eine Vermögensrechnung gem. § 86 BHO nachgewiesen. Die linke Seite der Bilanz zeigt das Vermögen, die rechte das Eigen- und Fremdkapital. Die Positionen in der Aktiva-Seite umfassen z.B. Immobilien, Bauten, Sachgüter, privatrechtliche Forderungen oder spezielle Rechte (z.B. Software-Lizenzen). Ein öffentlicher Beschaffungsvorgang spiegelt sich entsprechend in der Bilanz des öffentlichen Verwaltungsträgers wider. Nach einem Beschaffungsvorgang wird die beschaffte Maschine, die beschaffte Immobilie oder das beschaffte Recht aktiviert. Voraussetzung für eine solche bilanzielle Aktivierung ist jedoch, dass die öffentliche Hand das sog. wirtschaftliche Eigentum an dem Vermögen erlangt hat. Entscheidend für einen Beschaffungsvorgang ist demnach nicht, dass die öffentliche Körperschaft formalrechtlich Eigentum i.S.d. § 903 BGB erlangt, sondern einen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen aus dem Vorgang zieht.[34] Wirtschaftliche Eigentümer sind beispielsweise auch Mieter, Pächter oder Leasingnehmer. Dieser kurze Einblick in das öffentliche Rechnungswesen hat also bestätigt, dass ein öffentlicher Beschaffungsvorgang unter anderem dadurch gekennzeichnet ist, dass die öffentliche Hand einen neuen Vermögenswert nach wirtschaftlicher Betrachtung „erwirbt". Grundsätzlich irrelevant ist dabei die Art des

---

32 Vgl. *Häfner,* Doppelte Buchführung für Kommunen, S. 74; *Marettek/Dörschell/Hellenbrand,* Kommunales Vermögen, S. 16.

33 Vgl. z.B. § 47 GemHVO Rheinland-Pfalz; § 41 GemHVO Nordrhein-Westfalen; § 52 GemHVO Baden-Württemberg; § 48 GemHVO Schleswig-Holstein; § 54 GemHKVO Niedersachsen; § 49 GemHVO Hessen.

34 Vgl. *Adler/Düring/Schmaltz,* Rechnungslegung und Prüfung, § 246 HGB Rn. 263; *Scharenberg,* Die Bilanzierung von wirtschaftlichem Eigentum, S. 106.

dem Beschaffungsvorgang zugrunde liegende Rechtsverhältnisses (Kauf-, Miet-, Pacht-, Leasingverhältnis etc.).

3. Ökonomischer Bestimmungsansatz

Einen wichtigen Definitionsansatz könnte des Weiteren die Ökonomie liefern. In dieser Wissenschaft wird zwischen der Volkswirtschaftslehre (VWL) und der Betriebswirtschaftslehre (BWL) unterschieden.

a) Volkswirtschaftliche Perspektive

Grundsätzlich beschäftigt sich die VWL im Gegensatz zur BWL mit gesamtwirtschaftlichen Abläufen und ihren Gesetzmäßigkeiten.[35] Dafür werden Modelle des Wirtschaftsablaufs entwickelt und an der Wirtschaftlichkeit getestet. Diese Modelle beschreiben markttypisches Verhalten von privaten Haushalten und Firmen sowie das Verhalten des staatlichen Sektors in Märkten. Damit erklärt sie die Entwicklung von Preisen, Löhnen, Produktion und Handel vor dem Hintergrund eines sehr breiten Spektrums realer Phänomene.[36] In Bezug auf den Staatssektor geht es beispielsweise um die Frage, welche Aufgaben durch den Staat in einem marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem zu erbringen sind. Im Bereich der öffentlichen Bedarfsdeckungen geht es aus volkswirtschaftlicher Perspektive insbesondere um die wettbewerblichen Auswirkungen auf die nationale oder internationale Gesamtwirtschaft, die durch staatliche Beschaffungen ausgelöst werden. Dies umfasst sowohl finanziell weitreichende Investitionen, wie etwa den Straßenbau, als auch den staatlichen Konsum, wie laufende Sach- und Dienstleistungsausgaben.[37] Öffentliche Beschaffungstätigkeit hat eine enorme Bedeutung für die Volkswirtschaft. So wird derzeit von einem Be-

---

35 *Macdonald*, in: Andeßner/Greiling/Vogel, Public Sector Management, S. 13 f.; *Mroß*, Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor, S. 7.

36 Vgl. *Sperber,* VWL Grundwissen, S. 15 ff.

37 Vgl. insoweit auch das im Jahr 2007 durch den Wissenschaftlichen Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vorgelegte Gutachten „Öffentliches Beschaffungswesen"; abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/
Ministerium/Veroeffentlichung-Wissenschaftlicher-Beirat/gutachten-2-2007oeffentliche-beschaffung.html; zuletzt abgerufen am 19.12.2017.

schaffungsvolumen der öffentlichen Hand in Deutschland von ca. 260 Mrd. Euro[38], im gesamten EU-Raum von 1,7 Bill. Euro[39], ausgegangen.

Die Einkaufstätigkeit des Staatssektors erfüllt jedoch keinen Selbstzweck, sondern dient stets dazu öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Volkswirtschaftlich betrachtet werden dem Staatssektor drei wichtige Aufgaben zugeordnet, nämlich

- Distribution, also eine gerechte Umverteilung von Einkommen
- Stabilisierung, d.h. konjunkturelle Schwankungen dämpfen und
- Allokation, wobei der Staat gesellschaftlich wichtige Güter, sog. „öffentliche Güter" anbieten soll, bei denen der Markt versagt (z.B. Bildung, Gesundheit, Sicherheit).[40]

Gerade für den Bereich der Stabilisierung ist die staatliche Einkaufstätigkeit als wirksames Mittel in der Volkswirtschaft anerkannt, um konjunkturelle Tiefpunkte zu überwinden.[41]

Der Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung im Rahmen der staatlichen Beschaffungstätigkeit ist ein wichtiger Definitionsansatz. Gerade diese Zielrichtung unterscheidet die *öffentliche* von der privaten Beschaffung.

b) Betriebswirtschaftliche Perspektive

Aufgabe der Betriebswirtschaft ist es, Tatbestände von einzelnen Betrieben zu beschreiben und zu erklären. Als eine Form der Spezialisierung der allgemeinen BWL hat sich in den letzten Jahrzehnten der Bereich der öffentlichen Betriebswirtschaftslehre (ÖBWL) entwickelt. Sie untersucht öffentliche Verwaltungen, öffentliche Unternehmen, gemeinnützige Institutionen und Nonprofit-Organisationen. Die ÖBWL bezweckt eine möglichst effiziente und effektive Erfüllung öffentlicher Aufgaben, um das Gemeinwohl

---

38 Vgl. die Rede von der damaligen Bundesumweltministerin Barbara Hendricks auf dem 6. Nationalen Forum zur biologischen Vielfalt zum Thema „Nachhaltiger Konsum und biologische Vielfalt" vom 3.3.2014. Vgl. auch die Studie von McKinsey im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit aus dem Jahre 2008, S. 12 f.; abrufbar unter http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU /Download_PDF/Produkte_und_Umwelt/mckinseystudie.pdf; zuletzt abgerufen am 19.12.2017.

39 Vgl. *Haak,* NZBau 2015, 11 (13); *Dorobek,* Public Supply Chain Management, S. 38.

40 *Mroß,* Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor, S. 15 ff.

41 Vgl. *Rahmann,* Grundlagen konjunkturbeeinflussender Haushaltspolitik, S. 13 ff; *Brömer,* Bauwirtschaft und Konjunktur, S. 79 f.

zu steigern.[42] Der Grund für diese Spezialisierung liegt darin, dass öffentliche Betriebe sich hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten teilweise grundlegend von denen eines gewinnorientierten Privatbetriebes unterscheiden. Dies gilt insbesondere auch für den Bereich der öffentlichen Beschaffung (vgl. dazu den Abschnitt IV).

Die ÖBWL soll Informationen über die wirtschaftliche Leistungserfüllung des Staates geben und gleichzeitig den speziellen Kontext (Politik, Gemeinwohl etc.) berücksichtigen. Folglich werden auch metaökonomische Zielgrößen, wie z.B. Rechtsstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit oder Umweltschutz betrachtet.[43] Die ÖBWL entwickelte sich allerdings nur langsam und bleibt bisher ein nur wenig beachtetes Gebiet der Betriebswirtschaftslehre.[44]

Die einzelnen Tätigkeiten eines (öffentlichen oder privaten) Unternehmens werden betriebswirtschaftlich in die Bereiche der Leistungserstellung und der Leistungsabgabe unterteilt, wobei Beschaffungstätigkeit dem ersten Bereich zuzuordnen ist. Die Beschaffung gehört dabei zu den elementaren Funktionen, die in jeder Form von dem Betrieb wahrzunehmen ist.[45] Bevor die Produktion/Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen erfolgen kann und diese schließlich abgesetzt werden können, sind die notwendigen Faktoren der Produktion (sog. Produktionsfaktoren) sowie Finanzmittel zunächst zu beschaffen oder abstrakter formuliert: Sie sind der Nutzung durch den Betrieb zugänglich zu machen. Nicht zwingend notwendig ist dabei insbesondere der Erwerb von Eigentum an diesen Produktionsfaktoren und ist beispielsweise in Bezug auf den Produktionsfaktor „Arbeitskraft“ auch gar nicht möglich.[46]

In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur existieren zahlreiche Erklärungsansätze für den Begriff der Beschaffung. Als gemeinsamer Definitionskonsens kann konstatiert werden, dass Beschaffungstätigkeit wirtschaftlich betrachtet diejenigen Tätigkeiten eines Wirtschaftsbetriebes umfasst, die darauf gerichtet sind, dem Betrieb die zur Produktion benötigten Ressourcen in Form von Rohstoffen, Werkstoffen, Maschinen, Dienstleistungen, Personal und Finanzmitteln zu den wirtschaftlich günstigsten Bedin-

---

42 *Glas,* Public Performance-based Contracting, S. 10.
43 *Glas,* Public Performance-based Contracting, S. 10.
44 *Schmidt,* Betriebswirtschaftslehre für die Verwaltung, S. 409; *Eichhorn,* Verwaltung und Management 2006, 228 (229); *Rheichard*, Die Verwaltung 2003, 389 (397).
45 *Mroß,* Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor, S. 69.
46 *Mroß,* Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor, S. 69.

gungen sicherzustellen, solange sie nicht selbst durch den Betrieb erstellt werden.[47]

Der Beschaffungsvorgang in der sozialen Marktwirtschaft ist dementsprechend eine Markttransaktion, deren Ergebnis die Übereinkunft zwischen einem Anbieter und einem Nachfrager über das zu Gebende und das zu Erhaltende ist.[48] Ein Marktaustausch folgt damit der Ablauflogik des alten römischen Rechtsgrundsatzes „do ut des" („Ich gebe, damit du gibst").[49]

Beschafft werden müssen lediglich sog. knappe Güter, Dienstleistungen oder Rechte, also solche, die einen Preis haben. Im Gegensatz dazu sind frei zugängliche Güter, also solche, die kostenlos verfügbar sind, wirtschaftlich betrachtet ohne Bedeutung.[50] Mit anderen Worten ist Beschaffung also die Summe der Einkaufstätigkeit eines öffentlichen oder privaten Unternehmens. Dabei meint „Einkaufstätigkeit" jedoch mehr als lediglich die rechtliche Abwicklung infolge des Abschlusses eines Vertrages, sondern auch die Bestimmung des Bedarfs, die Wahl des Lieferanten, die Aushandlung eines angemessenen Preises, die Festlegung der Geschäftsbedingungen, die Ausfertigung des Vertrags und die Bestellung bis hin zur Sicherstellung der vertragsgemäßen Lieferung und anschließender Evaluation des Beschaffungsvorganges.[51] Des Weiteren liegt Beschaffung nicht ausschließlich nur dann vor, wenn ein privatrechtlicher Kaufvertrag geschlossen wird. Verschiedene Alternativen, wie Leasing, Miete, Pacht, Erbbaupacht, Tausch[52] etc., können ausgehandelt werden. Denkbar ist beispielsweise auch die gegenseitige Bereitstellung von sachlichen oder personellen Res-

---

47 Vgl. *Arnold,* Strategische Beschaffungspolitik, S. 10; *Theisen*, in: Grochla/Wittmann, Betriebswirtschaft, S. 494; *Weber/Kabst/Baum,* Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, S. 139; *Grochla/Schönbohm*, Beschaffung in der Unternehmung, S. 49; *Eßig/Jungclaus/Scholzen/Thi,* in: Eßig, Exzellente öffentliche Beschaffung, S. 13; *van Weele/Eßig*, Strategische Beschaffung, S. 20 f.; *Lieberum*, Einflüsse von Beschaffungskonstellationen auf die Gestaltung von Beschaffungssystemen, S. 12; *Janz*, Erfolgsfaktoren der Beschaffung, S. 9 f.; *Mroß,* Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor S. 69; *Kleiner,* Beschaffungsplanung im Einzelhandel, S. 13 ff; *Blome,* Öffentliches Beschaffungsmarketing, S. 59 ff.; *Dorobek,* Public Supply Chain Management, S. 38, 54 f.

48 *Nolte,* Verlässlichkeit als Beschaffungskriterium, S. 13; *Plinke,* Grundlagen des Marktprozesses, S. 56; *Rieker*, Anbieter-Nachfrager-Beziehungen, S. 47.

49 Diese lateinische Formel hat also zum einen rechtswissenschaftliche Bedeutung und zum anderen eine wirtschaftswissenschaftliche.

50 *Mroß,* Betriebswirtschaft im öffentlichen Sektor, S. 12.

51 Vgl. ausführlich zu den einzelnen Phasen der Beschaffung, Kapitel 1, C, III.

52 *Eschenbruch,* in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, § 103 Rn. 265.

sourcen oder von Infrastruktur und Liegenschaften im Rahmen verschiedener Kooperationsformen.[53]

Zu beachten ist des Weiteren, dass die öffentliche Beschaffung nicht gleichgesetzt werden kann mit der öffentlichen Auftragsvergabe im Sinne des Vergaberechts. Betriebswirtschaftlich betrachtet, ist die eigentliche Auftragsvergabe nur ein Teil der öffentlichen Beschaffungstätigkeit.[54] Andererseits ist es ein wenig hilfreicher Zirkelschluss, wenn man davon ausgeht, dass öffentliche Beschaffung immer dann vorliegen würde, wenn der Auftraggeber dem öffentlichen Sektor angehört bzw. eine öffentliche Aufgabe erfüllt „und das Vergaberecht als Regulierungsrahmen zum Einsatz kommt".[55] Das mag betriebswirtschaftlich betrachtet zutreffend sein. Juristisch betrachtet ist der Anknüpfungspunkt jedoch der Beschaffungsvorgang an sich, von dem der Anwendungsbereich des Vergaberechts abhängt und nicht umgekehrt das Vergaberecht der Anknüpfungspunkt ist, von dem das Vorliegen eines öffentlichen Beschaffungsvorganges abhängt. Zudem gibt es diverse öffentliche Beschaffungsformen, die nicht dem deutschen und europäischen Vergaberecht unterliegen.[56]

4. Zwischenergebnis

Die vorangegangene Untersuchung bestätigt die Vermutung, dass der Begriff der öffentlichen Beschaffung juristisch bisher noch nicht bzw. noch nicht ausreichend geklärt ist. Die vorhandenen Definitionsansätze lassen sich nicht vollständig auf den Begriff der Beschaffung im vergaberechtlichen Sinne übertragen. Insbesondere sind die Erklärungen zu weitreichend, die sogar die Personalbeschaffung oder Finanzmittelbeschaffung miteinbeziehen, da für diese Bereiche spezielle Rechtsregime zur Anwendung kommen. Zudem ist der betriebswirtschaftliche Blickwinkel ein anderer als der juristische Blickwinkel in dieser Arbeit. Während die Betriebswirtschaftslehre bezweckt, wirtschaftliches Handeln zu beobachten und zu registrieren, geht es bei der Frage, wann im juristischen Sinne ein Beschaffungsvorgang vorliegt, darum, ob dieser Vorgang einem speziellen Verga-

---

53 *Geisel*, Beschaffungsstrategien, S. 67 f.; *Eßig*, in: Hahn/Kaufmann, Beschaffungsmanagement, S. 263 ff.; *Höfferer*, Vergaberecht als praktikables Regulativ, S. 41; *Dorobek*, Public Supply Chain Management, S. 17 f.

54 *Eßig/Jungclaus/Scholzen/Thi*, in: Eßig, Exzellente öffentliche Beschaffung, S. 26.

55 So jedoch *Eßig/Amann/Glas*, Lebenszyklus-Ansatz in der öffentlichen Beschaffung, S. 65.

56 Vgl. dazu unten Kapitel 1, A, II.

beverfahren unterfällt oder nicht. Deshalb muss der vergaberechtliche Beschaffungsbegriff wesentlich enger gefasst werden, damit er sich als Abgrenzungskriterium zwischen ausschreibungspflichtigen und ausschreibungsfreien Vorgängen eignet. Insofern ist es ein Ziel dieser Arbeit, einen eigenen Beschaffungsbegriff für das Vergaberecht zu entwickeln.

Nichts desto trotz liefert insbesondere die Wirtschaftswissenschaft wichtige Erkenntnisse, die auch im Rahmen dieser rechtswissenschaftlichen Arbeit fruchtbar gemacht werden können. So fällt unter Beschaffung keine eigene Produktionsleistung, sondern ist immer dadurch gekennzeichnet, dass Güter und Dienstleistungen von Dritten außerhalb des nachfragenden Betriebes erlangt werden. Zudem muss der nachfragende Betrieb als Ergebnis der Beschaffung zumindest einen vermögenswerten Nutzungsvorteil (wirtschaftliches Eigentum) erlangt haben, den er zuvor nicht hatte. Nicht notwendig ist hingegen der zivilrechtliche Erwerb des Eigentums. Dementsprechend können auch Dienstleistungen, Rechte oder Forderungen erworben, mithin beschafft werden.

Des Weiteren haben die grundgesetzlich vorgesehenen Beschaffungen gezeigt, dass es nicht entscheidend ist, durch welche Handlungsform der Staat die benötigten Güter erwirbt, sei es mittels hoheitlicher oder privatrechtlicher Instrumentarien. Des Weiteren ist die Beschaffung des Staatssektors mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verbunden. Der Einkauf dient entweder einer ganz bestimmten Verwaltungsaufgabe, z.B. Beschaffung eines Betreibers für die kommunale Hausmüllentsorgung, oder er dient mehreren, sich erst im Laufe der Zeit ergebenen Verwaltungsaufgaben, wie z.B. bei der Beschaffung von Büromaterialien.

Die haushaltsrechtliche Betrachtung hat verdeutlicht, dass öffentliche Beschaffungen auch durch den Einsatz exklusiver staatlicher Ressourcen gekennzeichnet sind. Nach den ökonomischen Grundregeln des Marktes muss auch der Staat, wie jedes private Unternehmen oder jede Privatperson, eine spezielle Gegenleistung für seinen Nutzen an einer Sache oder an einer Dienstleistung erbringen.[57] Dies stellt in der Regel ein finanzielles Entgelt oder eine finanzielle Entschädigung (wie z.B. bei der Enteignung) dar.[58] Allerdings darf hier der Blick nicht auf Geldzahlungen beschränkt werden. Denn gerade der Staat hat den Vorteil, dass er auch mit anderen

---

57 *Böckel*, LKV 2003, 393 (395 f.) spricht von einer „Kompensation" für die im Verhältnis zum Staat unentgeltliche Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen von Dienstleistungskonzessionen.

58 Auch Kostenerstattungen können eine solche Gegenleistung darstellen. Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 11.12.2014 – C.113/13, NZBau 2015, 377 (380).

Vermögenswerten *bezahlen* kann, wie z.B. mit exklusiven vermögenswerten Rechten oder mit öffentlichen Liegenschaften im Bereich von Konzessionen. Entscheidend ist damit lediglich, dass eine Knappheitssituation vorliegt und die Güter und Dienstleistungen nicht in unbegrenzter Zahl kostenlos für alle Bürgerinnen und Bürger zur Verfügung stehen. Folglich muss im Rahmen der Beschaffung als eine Form der Markttransaktion eine Art Verrechnung von Vermögenswerten zwischen dem nachfragenden Staat und dem anbietenden Privaten stattfinden. Es muss also ein über das „normale" Staat-Bürger-Verhältnis hinausgehendes Austauschrechtsverhältnis zwischen privatem Anbieter und staatlichem Nachfrager bestehen.

II. Verfassungsrechtliche Pflicht zur Beschaffung?

Die vorherige Untersuchung hat gezeigt, dass die öffentliche Beschaffung in vielen verschiedenen Bereichen eine wichtige Rolle spielt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Staat nicht sogar verfassungsrechtlich verpflichtet ist, Güter und Dienstleistungen zu beschaffen.

Trotz mehrfacher Verwendung des Begriffs der öffentlichen Bedarfsdeckung schreibt die Verfassung der öffentlichen Hand an keiner Stelle ausdrücklich die Pflicht zur öffentlichen Beschaffung vor. Vielmehr ist die öffentliche Beschaffung zunächst lediglich als staatliche Handlungsform vorgesehen und damit als solche verfassungsrechtlich zulässig. Es liegt jedoch rein faktisch betrachtet auf der Hand, dass der Staat nicht in der Lage ist, alle notwendigen Sachmittel, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erforderlich sind, durch Eigenproduktion zu erstellen. Aus tatsächlichen Kapazitätsgründen *muss* der Staat also bestimmte Gegenstände von Dritten beschaffen, um seine öffentlichen Aufgaben erfüllen zu können. Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Beschaffung kann daher mittelbar über die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zur Aufgabenerfüllung konzipiert werden. Die Verfassung verpflichtet den Staat, wenn auch teilweise nur recht grob und unbestimmt, zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.[59] Dass dem Staat Gestaltungsmöglichkeiten und –spielräume zuerkannt werden, schließt nicht aus, dass ihm eine Pflicht zukommt, sich mit der Aufgabe in irgendeiner Weise zumindest zu befassen.[60]

---

59 Eine Begriffsbestimmung zu den öffentlichen Aufgaben erfolgt in Kapitel 1, C, V, 2, a.

60 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 26 f.

1. Pflicht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Aus einer *Gesamtschau* von Grundrechten und sonstigen Verfassungsgrundsätzen lässt sich zunächst die staatliche Verpflichtung zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben herleiten.

a) Schutzfunktion der Grundrechte

Gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ist nicht nur die Achtung der Menschenwürde Verpflichtung aller staatlicher Gewalt, sondern auch deren Schutz. Neben der Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen bestimmte öffentliche Maßnahmen ist auch eine Schutzfunktion der Grundrechte (sog. status positivus)[61] in Rechtsprechung[62] und Literatur[63] anerkannt. Dieser staatliche Schutzauftrag gebietet es, dass der Staat geeignete Maßnahmen und Vorkehrungen zu treffen hat, um die Freiheit und Gleichheit seiner Bürger zu gewährleisten.[64] Dass eine solche Schutzpflicht den Grundrechten innewohnen muss, ist auch verständlich, da es zu kurz gedacht wäre, eine Gefährdung der Grundrechte lediglich durch staatliche Eingriffe zu sehen.[65]

Diese Schutzfunktion der Grundrechte wird durch entsprechende Anspruchs-, Teilhabe- und Leistungsrechte ausgeformt und gesichert. Damit stellen Grundrechte auch konkrete Handlungsaufträge für den Staat dar.[66]

---

61 Die heute noch gängige Unterscheidung zwischen dem status negativus (Grundrechte als Abwehrrechte), status positivus (Grundrechte als Leistungsrechte) und status activus (Grundrechte als aktive Teilhaberechte) beruht auf *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1919, S. 87, 94 ff.

62 Vgl. z.B. BVerfGE 39, 1, (41 ff.) Schwangerschaftsabbruch I; BVerfGE 88, 203 (251) Schwangerschaftsabbruch II; BVerGE 77, 381 (402) Zwischenlager für Kernbrennelemente; BVerfGE 121, 317 (344) Schutz von Passivrauchern; BVerwG, NVwZ 2007, 712 (713) Abschiebungsverbot wegen schwerer Erkrankung.

63 Vgl. nur *Hufen*, Staatsrecht II, § 13 Rn. 8; *Kingreen/Poscher,* Grundrechte, § 4 Rn. 83; *Ipsen,* Staatsrecht II, § 2 Rn. 54 ff.; *Weiß,* Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 147; *Bull,* Staatsaufgaben nach dem GG, S. 157; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 71.

64 Vgl. *Weiß,* Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 149.

65 So aber noch *Krautzberger,* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 45, der die Grundrechte lediglich als „Schranken" für staatliches Handeln qualifiziert.

66 *Bull,* Staatsaufgaben nach dem GG, S. 159; *von Münch/Mager,* Staatsrecht II, S. 30 Rn. 52.

Aus diesen Pflichten des Staates zum aktiven Tun können teilweise sogar korrespondierende subjektive Rechte – Ansprüche – auf staatliches Tätigwerden abgeleitet werden.[67] So kann beispielsweise aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ein Schutzanspruch gegen Beeinträchtigungen durch Dritte[68] oder ein Anspruch auf medizinische Leistungen[69] abgeleitet werden. Allerdings ist der jeweilige Anspruchsinhalt sehr vage und bedarf grundsätzlich der Konkretisierung durch den Gesetzgeber.[70] Zu beachten ist jedoch, dass das von Grundrechts wegen erforderliche Minimum staatlichen Handelns nicht unterschritten werden darf (sog. Untermaßverbot).[71]

Somit wird der Staat durch die Schutzfunktion der Grundrechte zwar dem Grunde nach verpflichtet, öffentliche Aufgaben für seine Bürger in Form von Schutz- und Leistungsmaßnahmen zu ergreifen. Die konkrete Ausgestaltung der Aufgabenerfüllung bleibt jedoch grundsätzlich den Staatsorganen überlassen.

b) Staatszielbestimmungen

Unter Staatszielbestimmungen werden überwiegend Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung verstanden, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben vorschreibt.[72] Auf die Erfüllung dieser Rechtspflicht kann der Staat von Verfassungs wegen nicht verzichten.[73] Folgende Pflichten des Staates sind verfassungsrechtlich anerkannt: der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen und Tierschutz (Art. 20a GG), die tatsächliche Durchsetzung der Gleichbe-

---

67 *Von Münch/Mager,* Staatsrecht II, S. 30 Rn. 52; *Weiß,* Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 149.

68 Vgl. BVerfGE 46, 160 (164); 39, 1 (42); 88, 203 (252 f.).

69 Vgl. BVerfGE 115, 25 (44 f., 49).

70 *Kingreen/Poscher,* Grundrechte, § 4 Rn. 119.

71 „Soll das Untermaßverbot nicht verletzt werden, muss die Ausgestaltung des Schutzes durch die Rechtsordnung Mindestanforderungen entsprechen." BVerfGE 88, 203 (254 f.); Vgl. auch *Calliess,* JZ 2006, 321 (329 f.); *Gramm,* Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 347 f.; *von Münch/Mager,* Staatsrecht II, S. 30 Rn. 52.

72 Vgl. *Badura,* Staatsrecht, S. 263; *Maurer,* Staatsrecht I, § 6 Rn. 9; *Degenhart,* Staatsorganisationsrecht, § 6 Rn. 593. Allerdings ist die Terminologie nicht einheitlich. Vgl. dazu ausführlich *Sommermann,* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997.

73 Vgl. BVerfGE 95, 250 (265).

rechtigung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG), Mitwirkung bei der Verwirklichung der Europäischen Union (Art. 23 Abs. 1 GG), die Friedenspflicht (Art. 26 GG), die Beachtung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2 GG), die Gewährleistung ausreichender Dienstleistungen im Eisenbahn- , Post- und Telekommunikationswesen (Art. 87e Abs. 4, Art. 87f Abs. 1 GG) .

Lediglich bezüglich der Wahl der Mittel, der Methoden und der Rechtsformen zur Erreichung dieser Ziele schweigt die Verfassung. Diese Entscheidungen bleiben den staatlichen Organen überlassen.[74] Die besondere Bedeutung dieser Ziele liegt also in ihrem Verfassungsrang und ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates zum Handeln. Mit anderen Worten steht das „Ob" im Gegensatz zum „Wie" der Wahrnehmung dieser Ziele nicht mehr zur staatlichen Disposition.[75]

c) Staatsstrukturprinzipien und die allgemeine Pflicht zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates

Aus den Staatsstrukturprinzipien[76] Rechtsstaat, Demokratie, Bundesstaat, Sozialstaat[77] und Republik die Erfüllung bestimmter Pflichten durch die staatlichen Organe herzuleiten, gestaltet sich im Vergleich zu den Grundrechten und Staatszielbestimmungen als schwierig.[78] Es handelt sich bei den Staatsstrukturprinzipien nämlich nicht um inhaltliche Zielsetzungen, sondern um verfassungsrechtliche Organisationsprinzipien für den Staatsaufbau.[79] Konkrete staatliche Pflichten in Bezug auf bestimmte Sachaufga-

---

74 *Maurer,* Staatsrecht I, § 6 Rn. 9.

75 Vgl. *Gramm,* Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 63.

76 Die Terminologie ist an dieser Stelle wieder nicht einheitlich. Es finden sich ebenfalls Bezeichnungen wie Strukturprinzipien, Leitprinzipien, Verfassungsprinzipien, Staatsstrukturnormen, wobei in der Sache das gleiche gemeint sein dürfte. Vgl. dazu *Maurer,* Staatsrecht I, § 6 Rn. 2.

77 Das Sozialstaatsprinzip ist sowohl ein Staatsstrukturprinzip als auch eine Staatszielbestimmung.

78 *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 137 lehnt es daher ab, aus diesen Verfassungsprinzipien Aufgaben für den Staat herzuleiten.

79 *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 64; *Koenig,* Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, S. 318.

ben lassen sich aus diesen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen nur in sehr begrenztem Maße herleiten.[80]

Allerdings kann aus diesen organisatorischen Prinzipien die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates konzipiert werden, seine Funktionsfähigkeit allgemein zu sichern. Soweit nämlich die staatliche Handlungsfähigkeit nicht gewährleistet ist, können die Staatsstrukturprinzipien ebenfalls nicht mehr gewährleistet werden. Beispielsweise zielt das Demokratieprinzip auf die Legitimation der Ausübung aller staatlichen Gewalt durch den Willen des Volkes ab. Zur Erreichung dieses Ziels ist es unbedingt notwendig, dass der Staat in der Lage ist bestimmte institutionelle und organisatorische Grundvoraussetzungen zu schaffen, wie etwa ein geordnetes Wahlsystem zu ermöglichen und handlungsfähige Staatsorgane dafür bereit zu stellen.[81] Gleiches gilt z.B. für das Rechtsstaatsprinzip, welches einen funktionierenden Verwaltungs- und Justizapparat samt allen notwendigen personellen und sachlichen Mitteln voraussetzt.

Dass den Staat die verfassungsrechtliche Pflicht trifft, seine Funktionsfähigkeit sicherzustellen, ergibt sich des Weiteren aus dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG. Dieser begründet ausdrücklich keine staatliche Pflicht zur Erfüllung bestimmter Aufgaben, sondern setzt voraus, dass diese staatliche Pflicht überhaupt besteht.[82]

d) Keine Herleitung staatlicher Handlungspflichten aus den Kompetenztiteln

Aus den Kompetenztiteln des Grundgesetzes lässt sich keine staatliche *Pflicht* zur Aufgabenerfüllung herleiten.[83] Dies zeigt schon der Wortlaut des Art. 70 Abs. 1 GG, welcher vom *Recht* der Gesetzgebung spricht. Kompetenzen beschreiben Zuständigkeiten und Befugnisse - öffentliche Aufgaben geben Verpflichtungen an.[84] Primär sind die Gesetzgebungs-, Verwal-

---

80 So kann z.B. aus dem Sozialstaatsprinzip i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kann beispielsweise die staatliche Pflicht zur „Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ abgeleitet werden.

81 Vgl. *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 65; *Krautzberger,* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 43.

82 *Peine*, DÖV 1997, 353 (355).

83 *Bull,* Staatsaufgaben nach dem GG, S. 152 ff.

84 Vgl. *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 26.

tungs-, Gerichts- und Finanzierungskompetenzen Ausdruck der bundesstaatlichen Organisation.[85]

Nach der herrschenden Meinung[86] enthalten jedoch die Kompetenzkataloge des Bundesgesetzgebers gemäß Art. 73 ff. GG zumindest eine gewisse Hinweisfunktion dafür, was unter den Begriff öffentliche Aufgaben zu verstehen ist.[87] Der Sinn und Zweck der Kompetenztitel des Bundes besteht jedoch darin, mögliche Gesetzgebungsbereiche zwischen Bund und Länder aufzuteilen und ggfs. ein gesetzgeberisches Tätigwerden der Länder auszuschließen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Bundesgesetzgeber gar nicht tätig wird.[88] Es handelt sich lediglich um Ermächtigungsnormen und nicht um ein gesetzgeberisches Pflichtprogramm.[89] Wird der Gesetzgeber also in der betreffenden Sachmaterie nicht tätig, stellt dies keinen Verfassungsverstoß dar.

Gleiches gilt grundsätzlich auch für die weiteren über die Verfassung verstreuten Gesetzgebungskompetenzen des Bundes wie z.B. Zölle und Finanzmonopole (Art. 105 Abs. 1 GG), die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU (Art. 23 Art. 1 S. 2 GG), die Errichtung von Gerichten des Bundes (Art. 95 Abs. 1 GG) etc.[90]

Von den Gesetzgebungskompetenzen sind allerdings in diesem Zusammenhang die Gesetzgebungsaufträge zu unterscheiden. Wie der Begriff „Auftrag" schon vermuten lässt, ist hier der Gesetzgeber verfassungsrechtlich zur Gesetzgebung verpflichtet.[91] Er ist also anders als bei den Gesetzgebungskompetenzen nicht frei, gar nichts zu tun, sondern ausdrücklich in die Handlungspflicht genommen.[92] Damit ist der Staat ähnlich wie bei den aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten gebunden. Ein

---

85 *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts IV, § 73 Rn. 19 f.; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 66.

86 Vgl. BVerfGE 69, 1 (21 ff.); *Bull*, Staatsaufgaben nach dem GG, S. 155; *Badura*, Staatsrecht, S. 40; *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, S. 18 ff. und S. 164 ff.; *Krautzberger*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, S. 43.

87 Vgl. zu dem Begriff der öffentlichen Aufgaben im Rahmen dieser Arbeit Kapitel 1, A, V, 2, a.

88 Eine Ausnahme bildet natürlich die konkurrierende Gesetzgebung nach Art. 72 Abs. 1 GG.

89 Vgl. *Wittreck*, in: Dreier/Wittreck, GG, Vorb. Art. 70 Rn. 54; *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 70 Rn. 63; *Heintzen*, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 70 Rn. 50; *Rozek*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 70 Rn. 19.

90 Vgl. die ausführliche Auflistung von *Wittreck*, in: Dreier/Wittreck, GG, Art. 71 Rn. 6.

91 *Badura*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, § 159 Rn. 18.

92 *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 63;.