

## Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>XV</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>XXI</b>
<b>Kapitel 1: Einleitung und Problemdarstellung.....</b>	<b>1</b>
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Kapitel 2: Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des           Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG .....</b>	<b>5</b>
<b>I. Historische Entwicklung .....</b>	<b>5</b>
1. Die Entwicklung kommunaler Selbstverwaltung bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes .....	5
2. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie nach Inkrafttreten des Grundgesetzes.....	8
<b>II. Dogmatische Struktur .....</b>	<b>9</b>
1. Die kommunale Selbstverwaltung als institutionelle Garantie .....	9
a. Übertragung der dogmatischen Einordnung des Art. 127 WRV ....	10
b. „Rastede“-Beschluss des BVerfG .....	12
c. Folgen eines Verständnisses des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG als institutionelle Garantie .....	13
2. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie als subjektives Recht....	16
3. Resümee der dogmatischen Auseinandersetzung .....	17
4. Kommunale Selbstverwaltung im Europarecht.....	21
a. Europäische Rechtsgrundlagen.....	21
aa. Charta der kommunalen Selbstverwaltung .....	21
bb. Kommunale Selbstverwaltung nach dem AEUV .....	22
b. Das Gebot effektiven Vollzugs von Europarecht .....	25
c. Verhältnis des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG zum Europarecht.....	26
<b>III. Der Umfang der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie.....</b>	<b>27</b>
1. Einführung.....	27
2. Begriffsbestimmungen .....	28
a. Gemeinde .....	28
aa. Allgemeines Verständnis.....	28
bb. Gemeinde und Gemeindeverband .....	31

b. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft.....	32
c. Eigenverantwortlichkeit.....	36
aa. Allgemeines.....	36
bb. Gemeindehoheiten.....	36
d. Im Rahmen der Gesetze.....	39
aa. Kommunalaufsicht.....	39
bb. Durchgriffsverbot des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG.....	39
e. Schranken-Schranken.....	40
<b>Kapitel 3: Das Leistungsbestimmungsrecht.....</b>	<b>43</b>
<b>I. Einleitung.....</b>	<b>43</b>
<b>II. Das Vergabeverfahren.....</b>	<b>44</b>
1. Entwicklung des Vergaberechts.....	44
2. Sinn und Zweck.....	46
3. Daten und Fakten.....	47
<b>III. Gesetzliche Grundlagen.....</b>	<b>50</b>
1. Europäische Richtlinien als Grundlage des deutschen Vergaberechts.....	50
2. Der Aufbau des deutschen Vergaberechts als Kaskade.....	51
3. Anwendungsbereich vergaberechtlicher Normen.....	53
a. Überschreiten der Schwellenwerte.....	53
b. Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber.....	55
c. Öffentlicher Auftrag.....	56
4. Rechtsschutz im Vergaberecht.....	58
a. Rüge.....	58
b. Nachprüfungsverfahren.....	58
c. Sofortige Beschwerde.....	59
d. Weitere Rechtsschutzmöglichkeiten.....	59
5. Der Leistungsbegriff.....	60
6. Grundsätze der Vergabe.....	62
a. Einleitung.....	62
b. Kurzüberblick über die Grundsätze der Vergabe.....	63
7. Vergaberechtliche Normen mit Bezug auf das Leistungsbestimmungsrecht.....	66

<b>IV. Beurteilung und Umgang in Literatur und Rechtsprechung .....</b>	<b>68</b>
1. Extensives Verständnis des Leistungsbestimmungsrechts .....	69
2. Der Losbildungsgrundsatz als Grenze .....	72
a. Der Losbildungsgrundsatz nach § 97 GWB vor dem 24.04.2009 (a.F.) .....	72
b. Der Losbildungsgrundsatz nach der GWB-Reform 2009 .....	77
aa. Allgemeine Übersicht .....	77
bb. Kriterienkatalog des OLG Düsseldorf .....	83
cc. Ergänzung des Kriterienkatalogs für die Gewichtung von Zuschlagskriterien .....	86
dd. Vorrang der Losbildung vor dem Leistungsbestimmungsrecht .....	89
ee. Ergebnis .....	91
c. Dokumentationspflichten .....	92
3. Der Grundsatz der Produktneutralität .....	96
a. Einleitung .....	96
b. Konkrete Anforderungen .....	98
c. Die Pflicht zur Markterkundung .....	103
aa. Einleitung .....	103
bb. Markterkundungspflicht vor Einführung des § 28 VgV .....	105
cc. Markterkundungspflicht nach Einführung des § 28 VgV .....	106
dd. Markterkundungspflicht im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV .....	107
(1) Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb bei fehlendem Wettbewerb aus technischen Gründen .....	108
(2) Alleinstellungsmerkmal des Unternehmens und zwingende Gründe für die Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb .....	110
(3) Folgen für das Leistungsbestimmungsrecht .....	111
ee. Markterkundungspflicht im Anwendungsbereich des § 17 KrWG .....	120
ff. Markterkundungspflicht im Anwendungsbereich des § 31 Abs. 6 VgV .....	122
gg. Ergebnis .....	123
d. Dokumentationspflichten .....	124
4. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit .....	124

a.	Grundlagen .....	124
b.	Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen Unwirtschaftlichkeit ...	128
aa.	Überschreitung der Auftragswertschätzung .....	128
bb.	Überschreitung des Budgets .....	129
c.	Wirtschaftlichkeit bei erforderlich gewordenen zusätzlichen Leistungen .....	130
d.	Wirtschaftlichkeit im Verhältnis zur Losbildung.....	131
e.	Ergebnis.....	132
5.	Begrenzung durch außerhalb des Vergaberechts liegende Rechtsnormen.....	135
a.	Einführung.....	135
b.	Schutzzweck und Umfang des § 97 Abs. 6 GWB.....	136
aa.	Auslegung nach dem Wortlaut .....	137
bb.	Auslegung nach Historie, Telos und Systematik.....	137
(1)	Historie und Telos der Norm .....	137
(2)	Systematik.....	139
(3)	Zusammenfassende Betrachtung .....	140
cc.	Reichweite der Norm.....	140
dd.	Übertragung der Grundsätze zur Schutznormtheorie .....	142
ee.	Rechtsprechung und Literatur zum Erfordernis einer sog. Brückennorm.....	143
ff.	Abschließende Beurteilung .....	147
(1)	Zusammenfassung des Meinungsbildes.....	147
(2)	Reichweite des Bieterrechtsschutzes .....	150
(3)	Auswirkungen auf das Leistungsbestimmungsrecht.....	151
c.	Begrenzung des Leistungsbestimmungsrechts durch das KrWG .....	152
d.	Begrenzungen durch Vorgaben des MPG bei medizinischen Vergaben .....	156

<b>Kapitel 4: Kommunale Selbstverwaltung und das Recht zur Leistungsbestimmung.....</b>	<b>161</b>
<b>I. Einleitung.....</b>	<b>161</b>
<b>II. Verhältnis des Vergaberechts zum Kommunalwirtschaftsrecht ....</b>	<b>161</b>
1. Umfang des kommunalen Wirtschaftsrechts .....	162

2. Tätigwerden eines kommunalen Auftraggebers .....	162
3. Trennung oder Verzahnung beider Rechtsgebiete.....	163
a. Einführung.....	163
b. Bedeutung für das Leistungsbestimmungsrecht.....	164
c. Beurteilung bei In-House-Vergaben nach § 108 GWB .....	165
d. Fazit .....	166
<b>III. Anforderungen an die Vergaben kommunaler Auftraggeber gemäß dem Kartellvergaberecht und EnWG.....</b>	<b>167</b>
1. Die BGH-Entscheidung „Stromnetz Heiligenhafen“ .....	167
2. Urteil des OLG Karlsruhe vom 27.04.2022.....	169
a. Sachverhalt .....	169
b. Entscheidungsgründe .....	170
3. Weitere Stimmen .....	171
4. Auswertung .....	174
<b>IV. Übertragung auf das Leistungsbestimmungsrecht .....</b>	<b>176</b>
1. Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie.....	177
2. Eingriff in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG .....	177
3. Rechtfertigung und Schranken-Schranke .....	180
a. Prüfungsmaßstab.....	180
aa. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in §§ 46 ff. EnWG .....	181
bb. Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	183
b. Prüfung der Verhältnismäßigkeit von § 46 EnWG .....	183
c. Zwischenfazit für das EnWG.....	186
d. Rechtfertigung der Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts....	186
aa. Gleichbehandlungsgrundsatz.....	187
bb. Grundsatz der Losbildung .....	190
4. Vergleichende Betrachtung .....	191
5. Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitsgrundsatz .....	193
6. Ergebnis.....	195
<b>Kapitel 5: Schlussbetrachtung .....</b>	<b>201</b>