

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
A. Einleitung: Digitalisierter Beschaffungsbedarf als Disruption des Vergaberechts & „ <i>digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “	23
I. Digitale Transformation im öffentlichen Sektor	23
II. Digitalisierter Beschaffungsbedarf: öffentliche Beschaffung von IT-Leistungen	27
III. Historischer Hintergrund zur öffentlichen IT-Beschaffung	31
IV. Vergaberechtlicher Rahmen der öffentlichen IT-Beschaffung	36
V. <i>Die Problemstellung</i> : Disruption des GWB-Vergaberechts & „ <i>digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “	38
VI. <i>Das Untersuchungsinstrument</i> : Prinzipal-Agenten-Theorie, Opportunismus-Risiken & Lösungsmechanismen	41
VII. Die <i>Zielsetzung</i> & das <i>Untersuchungsobjekt</i> : Implikationen & Rückschlüsse für vergaberechtliche Auslegungs- und Entscheidungsspielräume?	43
VIII. Gang der Untersuchung	44
B. Die Prinzipal-Agenten-Theorie als Untersuchungsinstrument: allgemeine Vorüberlegungen zu Informationsasymmetrien und Lösungsmechanismen	47
I. Ökonomik, Neoklassik und das <i>Homo Oeconomicus</i> -Modell	48
II. Neue Institutionenökonomik: ökonomische Analyse von Institutionen	51
III. Das Prinzipal-Agenten-Dilemma: Prämissen zum Verhalten von Akteuren in Prinzipal-Agenten-Beziehungen	57
1. Prinzipal-Agenten-Beziehungen	58
2. Prämissen & Verhaltensannahmen der Prinzipal-Agenten-Theorie	61
3. Prinzipal-Agenten-Dilemma	64

IV. Positive Prinzipal-Agenten-Theorie als Untersuchungsmethode	66
V. Prinzipal-Agenten-Grundmodelle und Arten asymmetrischer Informationen	69
1. <i>Adverse Selektion</i> : Informationsasymmetrie vor Vertragsschluss	70
2. <i>Moral Hazard</i> : Informationsasymmetrie nach Vertragsschluss	73
3. <i>Hold-Up</i> : Realisierung von Informationsasymmetrien nach Vertragsschluss	76
VI. Lösungsmechanismen, effiziente Vertragsgestaltung und Agenturkosten	78
1. Mechanismen zum Verringern ungleicher Informationen	81
a) <i>Screening &amp; Signaling</i>	81
b) Kontrollsysteme: Vertragscontrolling & Monitoring	83
c) Informationssysteme & Reporting	85
2. Mechanismen zur Angleichung divergierender Interessen	86
a) Bonus- & Malussysteme zur Anreizregulierung	86
b) Bonding & Commitment	89
3. Reduktion eigennützigen Verhaltens durch Reputation und Vertrauen	89
4. Agenturkosten als Bewertungskriterium und Determinante für die Effizienz von Institutionen	90
VII. Kritische Würdigung der Prinzipal-Agenten-Theorie	95
C. Empirische Betrachtungen: Agenturprobleme bei der öffentlichen IT-Beschaffung als Ursache für das Scheitern von öffentlichen IT-Großprojekten?	99
I. Ursachen für das Scheitern von öffentlichen IT-Großprojekten	100
1. <i>Black Swans</i> & die Kosten- und Zeitüberschreitung bei Großprojekten	100
2. <i>Black Swans</i> & IT-Großprojekte in Deutschland	102
3. Ursachenforschung zum Scheitern von IT-Großprojekten	106
II. P-A-Beziehungen bei der öffentlichen IT-Beschaffung	117

III. Informationsdefizite, Interessenkonflikte und Nutzenmaximierungskalküle bei öffentlichen IT-Großprojekten	118
1. <i>Adverse Selektion</i> : Wissensdefizite vor Vertragsschluss	120
2. <i>Moral Hazard</i> : Wissensdefizite nach Vertragsschluss	125
3. <i>Hold-Up</i> : <i>Lock-In</i> -Effekte nach Vertragsschluss	129
IV. Zwischenergebnis: öffentliche IT-Beschaffung als Beispiel des P-A-Dilemmas wegen Wissensgefällen und Interessenwidersprüchen	137
D. Vergaberechtliche Rezeption der P-A-Theorie bei der öffentlichen IT-Beschaffung: die Rechtsfigur „ <i>digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “	139
I. Vorschlag & Zielrichtung der Rechtsfigur „ <i>digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “	140
II. Standortbestimmung zur „ <i>digitalen Daseinsvorsorge 4.0</i> “: die P-A-Theorie & die ökonomische Theorie des Rechts	145
III. Funktionalität der Rechtsfigur „ <i>digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “: Ökonomik des GWB-Vergaberechts & Operationalisierung der P-A-Theorie	151
1. Erste Dimension der „ <i>digitalen Daseinsvorsorge 4.0</i> “: Positive ökonomische Analyse des Rechts & Opportunismus-Risiken im GWB-Vergaberecht	152
2. Zweite Dimension der „ <i>digitalen Daseinsvorsorge 4.0</i> “: Lösungsmechanismen der P-A-Theorie als Rationalitäts- und Entscheidungskriterien	153
a) „ <i>Digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “ in Abgrenzung zur normativen ökonomischen Analyse des Rechts	154
b) „ <i>Digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “ als systematisches und teleologisches Argument bei offenen Auslegungsfragen im GWB-Vergaberecht	161
c) „ <i>Digitale Daseinsvorsorge 4.0</i> “ & Entscheidungsspielräume im GWB-Vergaberecht	164
aa) Unbestimmte Rechtsbegriffe & Entscheidungsspielräume im GWB-Vergaberecht	164
bb) Entscheidungsspielräume im GWB-Vergaberecht & Lösungsmechanismen der P-A-Theorie	169

IV. Vergaberechtliche Herleitung der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“: Verankerung & Rezeption der P-A-Theorie im GWB-Vergaberecht?	170
1. <i>Fundament I: Wirtschaftlichkeitsgrundsatz &amp; „digitale Daseinsvorsorge 4.0“</i>	171
a) Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im Haushaltsrecht	171
b) Überblick zum Wirtschaftlichkeitsgrundsatz im GWB-Vergaberecht	175
c) Verhältnis des Haushaltsrechts zum GWB-Vergaberecht	178
d) Streitstand: Rezeption des Haushaltsrechts durch vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz?	180
aa) Wortlaut	182
bb) Systematik	184
cc) Historie und Genese	185
dd) Telos	187
ee) Ergebnis: Reichweite des vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsbegriffs	189
e) Der vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsbegriff als Fundament für die Transkription der Erwägungen der P-A-Theorie	190
f) Zwischenergebnis zu <i>Fundament I</i> : Erwägungen der P-A-Theorie als Rationalisierungsmaßstab in Auslegungs- & Entscheidungsspielräumen	196
2. <i>Fundament II: Aufgaben-/Gewährleistungsverantwortung &amp; „digitale Daseinsvorsorge 4.0“</i>	197
a) Aufgabenerfüllung & Gewährleistungsverantwortung als Basiszweck des GWB-Vergaberechts	197
b) Daseinsvorsorge im Unionsrecht & GWB-Vergaberecht	207
c) Topos des „digitalisierten Beschaffungsbedarfs“ & öffentliche Daseinsvorsorge in Zeiten der digitalen Transformation	212
d) Zwischenergebnis zu <i>Fundament II</i> : P-A-Theorie als Flexibilisierungspotenzial für verbesserte Aufgabenerfüllung?	218
V. Ergebnis: „Digitale Daseinsvorsorge 4.0“ als ökonomisches Rationalisierungs-Instrument zur vergaberechtlichen Rezeption der P-A-Theorie in Auslegungs- und Entscheidungsspielräumen	219

E. Anwendungsbeispiel I: Die Leistungsbeschreibung, nachträgliche Auftragsänderungen & das Gebot produktneutraler Ausschreibung aus dem Blickwinkel der P-A-Theorie	221
I. Informationsasymmetrien & Interessendivergenzen bei der Leistungsbeschreibung & nachträglichen Auftragsänderungen	222
1. Leistungsbeschreibung als Herzstück einer IT-Beschaffung	222
2. Unklare oder lückenhafte Leistungsbeschreibung & Opportunismus-Risiken	226
a) Schutzgehalt des Grundsatzes der erschöpfenden & eindeutigen Leistungsbeschreibung	226
b) Unzureichende Leistungsbeschreibung & <i>adverse Selektion</i>	228
c) Unzureichende Leistungsbeschreibung & <i>moral hazard</i>	229
d) Unzureichende Leistungsbeschreibung & <i>hold-up</i>	233
3. Lücken & Anpassungsbedarfe in der Leistungsbeschreibung: Die Risiken kostenintensiver Nachverhandlungen & Opportunismus-Risiken	234
a) Vergaberechtlicher Rahmen für nachträgliche Änderungen der Leistungsbeschreibung	234
aa) Änderungen vor Ablauf der Angebotsfrist	234
bb) Änderungen nach Ablauf der Angebotsfrist	236
cc) Änderungen nach Vertragsschluss & die Grenzen zulässiger Auftragsänderungen	237
b) Opportunismus-Risiken & die nachträgliche Änderung der Leistungsbeschreibung nach Vertragsschluss	239
4. Produktspezifische Ausschreibung & <i>hold-up</i>	247
a) Das Leistungsbestimmungsrecht & die Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers	247
b) Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung	249
c) Rechtfertigung einer produktspezifischen Ausschreibung: Spannungsverhältnis zwischen Leistungsbestimmungsrecht & Wettbewerbsgrundsatz	250
d) <i>Hold-Up</i> -Opportunismus-Risiko bei der produktspezifischen Ausschreibung	255

II. Problemlage bei der Leistungsbeschreibung: Erfordernis einer vorangegangenen Markterkundung bei der produktspezifischen Ausschreibung?	257
1. Streitstand zur offenen Auslegungsfrage	258
2. Stellungnahme	261
3. Begründungsansätze der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“ nach Maßgabe der P-A-Theorie	264
4. Ergebnis zur Problemlage Markterkundungserfordernis aus Sicht der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“	266
III. Lösungsmechanismen zur Reduzierung von Informationsasymmetrien	267
1. Funktionale Leistungsbeschreibung & Mindestanforderungen als Kompensationsformen der „digitale Daseinsvorsorge 4.0“	267
2. Wissenstransfer durch Markterkundungsverfahren	273
3. Wissenstransfer durch das Zulassen von Nebenangeboten	275
IV. Lösungsmechanismen zum Angleichen widerstreitender Interessen	277
1. Anreizsysteme auf Ebene der Leistungsbeschreibung I: Aufnahme von Wahlpositionen in die Leistungsbeschreibung	277
2. Anreizsysteme auf Ebene der Leistungsbeschreibung II: Bedarfspositionen als Optionen zur nachträglichen Vertragsanpassung	279
3. Anreizsysteme auf Ebene der Leistungsbeschreibung III: Überprüfungsklauseln zur nachträglichen Vertragsanpassung	282
V. Fazit: Leistungsbeschreibung, Auftragsänderungen & produkt-/herstellerspezifische Ausschreibung als Beispiel für das Prinzipal-Agenten-Dilemma?	283
1. Erste Dimension der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“: Opportunismus-Risiken bei der Leistungsbeschreibung?	283
2. Zweite Dimension der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“: Implikationen & Rückschlüsse für Auslegungs- & Entscheidungsspielräume	285

F. <i>Anwendungsbeispiel II: Das Verhandlungsverfahren aus dem Blickwinkel der P-A-Theorie</i>	289
I. Informationsasymmetrien, Interessensdivergenzen und die Wahl des Verhandlungsverfahrens	289
1. Überblick zum Rechtsrahmen: Hierarchie der Verfahrensarten & das Verhandlungsverfahren als Kompensationsform für Informationsasymmetrien	290
a) Hierarchie der Verfahrensarten: Wahlfreiheit zwischen dem offenen & nicht offenen Verfahren	290
b) Unterschiede zwischen dem Verhandlungsverfahren mit & ohne vorangeschaltetem Teilnahmewettbewerb	292
c) Verhandlungsverfahren als Kompensationsform für Wissensmängel	293
2. Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens <i>mit</i> Teilnahmewettbewerb & Opportunismus-Risiken	295
a) Bedarf für Anpassungsleistungen	295
b) Bedarf für konzeptionelle oder innovative Lösungen	299
c) Notwendigkeit vorheriger Verhandlungen	303
3. Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens <i>ohne</i> Teilnahmewettbewerb & Opportunismus-Risiken	306
a) Alleinstellungsmerkmal eines bestimmten Unternehmens	306
aa) Technisches Alleinstellungsmerkmal eines bestimmten Unternehmens	306
bb) Rechtliches Alleinstellungsmerkmal eines bestimmten Unternehmens	312
cc) Verbot eines künstlichen Zuschnitts des Beschaffungsgegenstandes	314
dd) Opportunismus-Risiken bei Alleinstellungsmerkmalen eines Auftragnehmers	316
b) Zusätzliche Lieferleistungen zur teilweisen Erneuerung oder Erweiterung	319
II. Problemlage beim Verhandlungsverfahren: Markterkundungspflicht vor Direktvergaben wegen eines Alleinstellungsmerkmals?	323
1. Streitstand zur offenen Auslegungsfrage	325
2. Stellungnahme	330

3. Begründungsansätze der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“ nach Maßgabe der P-A-Theorie	334
4. Ergebnis zur Problemlage: Markterkundungspflicht aus Sicht der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“	336
III. Lösungsmechanismen zur Reduzierung von Informationsasymmetrien	336
1. Screening & die fakultative Markterkundung als Vorstufe eines Verhandlungsverfahrens	336
2. Screening & Signaling innerhalb von Gestaltungsspielräumen bei der Verfahrensgestaltung	339
a) Möglichkeiten zur Einreichung von Verhandlungsvorschlägen	339
b) Verhandeln über Erst- und Folgeangebote in Verhandlungsrunden	340
3. Monitoring & die Festlegung von Mindestanforderungen	342
4. Wettbewerbliche Dialog als Kompensationsform für Wissensmängel?	343
IV. Lösungsmechanismen zum Angleichen widerstreitender Interessen	348
1. Anreizregulierung in der Verhandlungsphase	348
a) Sukzessive Abschichtung des Bieterfeldes & Möglichkeiten der Nachnominierung	348
b) Vorbehalt zur Bezuschlagung des Erstangebots	350
2. Reduktion der durch Spezifität von IT-Investitionen bedingten Abhängigkeiten: das Verhandeln von Anreizen im Vertrag	351
V. Fazit: Verhandlungsverfahrens als Beispiel für das Prinzipal-Agenten-Dilemma?	352
1. Erste Dimension der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“: Opportunismus-Risiken beim Verhandlungsverfahren?	352
2. Zweite Dimension der „digitalen Daseinsvorsorge 4.0“: Implikationen & Rückschlüsse für Auslegungs- & Entscheidungsspielräume	355



G. Anwendungsbeispiel III: Eignungs- & Zuschlagskriterien als übergeordnete, vergaberechtsimmanente Instrumentarien für die Lösungsmechanismen der P-A-Theorie?	359
I. Vorüberlegungen zur Eignung der Bieter und Wirtschaftlichkeit der Angebote	360
1. Eignungsprüfung & Eignungskriterien	360
2. Wirtschaftlichkeitsprüfung/Angebotswertung & Zuschlagskriterien	362
II. Eignungskriterien & Ausschlussgründe als Anknüpfungspunkt für Lösungsmechanismen der P-A-Theorie	362
1. Lösungsmechanismen zur Reduzierung von Informationsasymmetrien	363
a) <i>Screening &amp; Signaling</i> anhand IT-spezifischer Ausschlussgründe	363
b) <i>Screening &amp; Signaling</i> durch Nachweis von IT-Referenzprojekten	368
2. Lösungsmechanismen zum Angleichen widerstreitender Interessen	369
a) Anreizregulierung & Eignungsbewertungskriterien	370
b) Fehlende Eignung wegen einer Interessenskollision	372
III. Zuschlagskriterien als Anknüpfungspunkte für die Lösungsmechanismen der P-A-Theorie	373
1. Lösungsmechanismen zur Reduzierung von Informationsasymmetrien	373
a) <i>Screening &amp; Signaling</i> durch Konzeptbewertung bei funktionalen Ausschreibungen	373
b) <i>Screening &amp; Signaling</i> durch die Bewertung von Nebenangeboten	377
c) <i>Screening &amp; Signaling</i> durch wertende Teststellungen	379
2. Lösungsmechanismen zum Angleichen widerstreitender Interessen	382
a) Anreizregulierung durch leistungsbezogene Zuschlagskriterien	382
b) Anreizregulierung durch preisbezogene Zuschlagskriterien	384

IV. Fazit: Eignungs- & Zuschlagskriterien als übergeordnete, vergaberechtsimmanente Instrumentarien für die Lösungsmechanismen der Prinzipal-Agenten-Theorie	386
H. Fazit: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	389
I. P-A-Theorie als Untersuchungsinstrument ( <i>ad Kap. B.</i> )	389
II. Empirische Betrachtungen: Agenturprobleme bei der öffentlichen IT-Beschaffung ( <i>ad Kap. C.</i> )	392
III. Vergaberechtliche Rezeption der P-A-Theorie bei der öffentlichen IT-Beschaffung: die Rechtsfigur „digitale Daseinsvorsorge 4.0“ ( <i>ad Kap. D.</i> )	393
IV. <i>Anwendungsbeispiel I</i> : Leistungsbeschreibung, nachträgliche Auftragsänderungen & das Gebot produktneutraler Ausschreibung aus dem Blickwinkel der P-A-Theorie ( <i>ad Kap. E.</i> )	397
V. <i>Anwendungsbeispiel II</i> : Das Verhandlungsverfahren aus dem Blickwinkel der P-A-Theorie ( <i>ad Kap. F.</i> )	401
VI. <i>Anwendungsbeispiel III</i> : Eignungs- & Zuschlagskriterien als übergeordnete, vergaberechtsimmanente Instrumentarien für die Lösungsmechanismen der P-A-Theorie? ( <i>ad Kap. G.</i> )	406
Literaturverzeichnis & Internetquellen	411