

Inhaltsübersicht

Einleitung.....	21
1. Kapitel: „Kooperativer Staat“ im Vorfeld verwaltungsvertraglicher Systembildung	25
§ 1: „Aktivierender Staat“ versus „schlanker Staat“ – Die Suche nach einem zukunftsähnlichen Staats- und Verwaltungsmodell.....	27
§ 2: Verwaltungswissenschaftliche Begriffsbildungen.....	31
§ 3: Staatliche Aufgabenwahrnehmung in Form von Public Private Partner-ship.....	67
§ 4: Rechtsformenspezifischer Zugriff auf öffentlich-private Kooperationen ..	98
§ 5: Zusammenfassung.....	108
2. Kapitel: Die §§ 54 ff. VwVfG und ihr Anpassungsbedarf im Lichte der „kooperationsrechtlichen“ Verwaltungspraxis	111
§ 6: Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrages und sein Regelungs-standort im Verwaltungsverfahrensgesetz	113
§ 7: Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG.....	125
§ 8: Dualismus von koordinationsrechtlichen und subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Verträgen.....	154
§ 9: Materiell-rechtliche Direktiven des öffentlich-rechtlichen Austauschver-trages	177
§ 10: Verwaltungsverfahrensrechtliche Vorgaben im vorvertraglichen Stadium und Schriftformerfordernis.....	215
§ 11: Fehlerfolgenregime des öffentlich-rechtlichen Vertrages.....	240

§ 12: Folgerungen: Normativer Entwicklungsbedarf für Verwaltungs-kooperationsverträge	268
3. Kapitel: Vergaberechtliche Dimension kooperationsrechtlicher Verwaltungsverträge	289
§ 13: Funktion und Rechtsnatur des Vergaberechts	291
§ 14: Rechtsrahmen der öffentlichen Auftragsvergabe.....	303
§ 15: Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf Verwaltungskooperations- verträge	326
§ 16: Verfahrensarten.....	363
§ 17: Grundsätze der Angebotsbewertung: Eignung, Angemessenheit und Wirtschaftlichkeit	372
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	393
Schlussbemerkung	407
Literaturverzeichnis.....	409

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	21
1. Kapitel: „Kooperativer Staat“ im Vorfeld verwaltungsvertraglicher Systembildung	25
§ 1: „Aktivierender Staat“ versus „schlanker Staat“ – Die Suche nach einem zukunftsähigen Staats- und Verwaltungsmodell.....	27
I. Leitbild des „schlanken Staates“	27
II. Leitbild des „aktivierenden Staates“	28
§ 2: Verwaltungswissenschaftliche Begriffsbildungen.....	31
I. Von staatlicher Detailsteuerung zur Struktursteuerung:	
Zum Denken in Verantwortungsstufen	32
1. Begriff der Verantwortungsteilung.....	32
2. Verfassungsrechtliche Konturierung staatlicher Verantwortung	33
a) Kein verfassungsrechtlicher Staatsaufgabenkatalog	34
b) Freiheitssichernder Staatsvorbehalt.....	36
aa) Autonome Gemeinwohlbestimmung und Gemeinwohlprämissen	37
bb) Erfordernis staatlicher Souveränität.....	38
3. Grundtypen staatlicher Verantwortung.....	39
a) Erfüllungsverantwortung.....	40
b) Gewährleistungsverantwortung	41
c) Auffangverantwortung.....	42
d) Erkenntnisgewinn	43
II. Staatliche Gewährleistung im Kontext der Privatisierungsformen.....	44
1. Unschärfe des Privatisierungsbegriffs	44
2. Typologie	45
a) Formelle und materielle Privatisierung	45
b) Funktionale Privatisierung.....	47
aa) Strukturmerkmale.....	47
bb) Rechtsstellung des Privaten.....	48
(1) Zwischen Beleihung und (traditioneller) Verwaltungshilfe	49
(2) Folgerungen für die Verwaltungspraxis.....	51

c) Vermögensprivatisierung	52
III. Staatliche Gewährleistung in Form der Regulierung.....	53
1. Übergreifendes Begriffsverständnis der Regulierung	53
2. Qualifiziertes Begriffsverständnis der Regulierung	54
a) Regulierung als Folge liberalisierter „Netzmärkte“	54
b) Fachgesetzliche Direktiven.....	55
c) Folgerungen	57
IV. Kooperationalisierung von Staat und Gesellschaft	58
1. Leitgedanke des „kooperativen Staates“	58
2. „Kooperationsprinzip“ – verallgemeinerungsfähiger Steuerungsmodus?	59
a) Umweltrechtlicher Entstehungskontext	60
b) Kooperation als Folge rückläufiger Steuerungskraft des Rechts.....	62
aa) Kooperation als politischer Programmsatz.....	62
bb) Kooperation versus behördlicher Vollzugsauftrag	64
cc) Kooperation in Form gesellschaftlicher „Selbst-regulierung“	65
c) Folgerungen	66
§ 3: Staatliche Aufgabenwahrnehmung in Form von Public Private Partnership.....	67
I. Zur Problematik einer Begriffsdefinition	69
II. Empirie bisheriger Public Privat Partnerships	72
1. Stadtentwicklung und -erneuerung	73
2. Öffentlicher Hochbau und Straßenbau(finanzierung)	77
a) Schulgebäude	77
b) Justizvollzugsanstalten	80
c) Straßenbauprojekte.....	81
d) Elektronisches LKW-Mautsystem.....	84
3. Umweltschutz	85
4. Innere Sicherheit und Verteidigung.....	87
a) Sicherheitspartnerschaften	87
aa) Einsatzbereiche	87
bb) Exkurs: Verfassungsrechtliche Sensibilität.....	88
(1) Spannungsfeld zum Gewaltmonopol des Staates	88

(2) Reichweite des Nothilferechts gemäß § 32 StGB	91
b) Verteidigungsbereich	92
5. Sozialwesen	93
6. Sonstige PPP-Projekte	94
7. Implementierung und Standardisierung von PPP-Modellen.....	95
8. Interessen und Risikostrukturen	97
 § 4: Rechtsformenspezifischer Zugriff auf öffentlich-private Kooperationen ..	98
I. Defizite informaler Verwaltungskooperationen	99
II. Kooperationsgesellschaften	101
III. Verwaltungskooperationsverträge	102
1. Verträge zur Regelung einer funktionalen Privatisierung	103
a) Contracting Out.....	103
b) Betreiber- und Betriebsführungsmodell	104
c) Konzessionsmodell	105
d) Finanzierungsprivatisierung	106
2. Verwaltungsverträge zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung ...	107
 § 5: Zusammenfassung.....	108
 2. Kapitel: Die §§ 54 ff. VwVfG und ihr Anpassungsbedarf im Lichte der „kooperationsrechtlichen“ Verwaltungspraxis	111
 § 6: Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrages und sein Regelungs- standort im Verwaltungsverfahrensgesetz	113
I. Von negativer zu positiver Betrachtung des öffentlich-rechtlichen Vertrages	114
1. Historischer Kontext.....	114
2. Begriffsmerkmale.....	116
3. Idee des gesetzesdirigierten Verwaltungsvertrages.....	118
II. Terminologie: Verwaltungsrechtlicher Vertrag/Verwaltungsvertrag – öffentlicht-rechtlicher Vertrag.....	119
III. Regelungsstandort: Verwaltungsverfahrensgesetz	121
1. Allgemeines Funktionsverständnis des Verwaltungsverfahrens.....	121
2. Verfahrenskonzept des Verwaltungsverfahrensgesetzes.....	122
3. Rechtscharakter der §§ 54 ff. VwVfG.....	124

§ 7: Anwendbarkeit der §§ 54 ff. VwVfG	125
I. Dualismus von öffentlichem und privatem Recht	126
II. Abgrenzung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen	128
1. Gegenstandstheorie	128
a) Ambivalente Verwaltungsverträge.....	130
b) Indifferente Verwaltungsverträge	131
2. Ergänzende Kriterien in Zweifelsfällen	132
III. Privatrechtliches Verwaltungshandeln – Verwaltungsprivatrecht.....	134
1. Allgemeiner Stand in Literatur und Rechtsprechung.....	134
a) Grundsatz der Formenwahlfreiheit	134
b) Alternativität der Rechtsformen	136
2. Kritik und alternative Lösungskonzepte	138
3. Stellungnahme.....	140
a) Verfassungsrechtliche Neutralität	141
b) Folgerungen aus § 62 S. 2 VwVfG	141
IV. Einordnung von Verwaltungskooperationsverträgen.....	144
1. Vergleich mit Verträgen der Leistungsverwaltung.....	145
2. Vergleich mit Verträgen der Beschaffungsverwaltung.....	146
3. Einheitlich öffentlich-rechtlicher Zugriff?.....	147
a) Fachverwaltungsrechtlich verankerte Delegationsnormen ..	147
b) Modifiziertes Verantwortungsmodell des Staates	148
c) Stellungnahme.....	149
V. Resümee	153
 § 8: Dualismus von koordinationsrechtlichen und subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Verträgen.....	154
I. Regelungssystematischer Befund und allgemeine Teleologie.....	155
II. Terminologische Unsicherheiten	156
III. Anwendungsbereich des § 54 S. 2 VwVfG	157
1. Kritik an der Auslegung anhand abstrakter Über-/Unterordnung ...	158
2. Kritik an der Auslegung anhand faktischen Machtgefälles	158
3. Kritik an der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts	160
4. Auslegung anhand des konkreten Regelungsgegenstands.....	161
IV. Systematische Einordnung kooperationsrechtlicher Verträge	163
1. Öffentlich-rechtlicher Vertrag i. S. d. § 54 S. 1 VwVfG de lege lata..	163

2. Normierung des kooperationsrechtlichen Vertrages de lege ferenda	164
3. Exemplifizierungen aus dem Städtebaurecht	165
a) Vorüberlegung: Verhältnis zwischen besonderem und allgemeinem Verwaltungsrecht	166
b) Städtebaulicher Vertrag gemäß § 11 BauGB.....	167
aa) Bauplanungsverträge gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB	168
(1) Allgemeiner Regelungsgehalt.....	168
(2) Verhältnis zur Verfahrensprivatisierung gemäß § 4 b BauGB.....	169
bb) Planverwirklichungs- und Folgelastenverträge gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 3 BauGB.....	171
cc) Gleichordnungsverhältnis der Vertragspartner	172
c) Erschließungsvertrag gemäß § 124 BauGB.....	174
d) Vorhaben- und Erschließungsplan gemäß § 12 BauGB.....	175
e) Folgerungen.....	176
§ 9: Materiell-rechtliche Direktiven des öffentlich-rechtlichen Austauschvertrages	177
I. Begriff des Austauschvertrages gemäß § 56 VwVfG	178
II. Überblick über die vier Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.....	178
III. Angemessenheitsgebot gemäß § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG	181
1. Begriff und Teleologie: Wertmäßige Äquivalenz der Leistungsversprechen	181
a) Aussagekraft des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	182
b) Problematik der Evaluierung	184
aa) Gegenleistung als „Aufwandsentschädigung“ – dargestellt am Folgekostenvertrag	185
bb) Berücksichtigung individueller Zumutbarkeit.....	187
2. Anwendbarkeit des Angemessenheitsgebots auf die behördliche Leistung	189
IV. Koppelungsverbot gemäß § 56 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 VwVfG.....	190
1. Allgemeines Begriffsverständnis und fachrechtlicher Befund.....	191
2. Koppelungen gemäß § 56 Abs. 2 VwVfG	192
3. Koppelungen gemäß § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG.....	193
a) Verfassungsrechtliche Fundierung	193

b) Bestimmungsprobleme des Sachzusammenhangs.....	196
aa) Orientierung an gesetzlichen Zweckbestimmungen	196
bb) Orientierung an behördlichen Kompetenzzuweisungen	198
cc) Sachzusammenhang bei Folgekostenverträge und Folgerungen	200
c) „Hypertrophische“ Auslegung in der Rechtsprechung	202
aa) Bundesverwaltungsgericht.....	202
bb) Bayerischer Verwaltungsgerichtshof.....	204
cc) Fazit.....	206
d) Bedeutungsgehalt des Sachzusammenhangsgebots	207
aa) Objektive Schutzdimension.....	208
bb) Subjektive Schutzdimension	209
(1) Freiwilligkeit infolge alternativer einseitiger Handlungsformen der Verwaltung	210
(2) Freiwilligkeit infolge fehlender Monopolstellung der Verwaltung	212
(3) Vergleich mit privatrechtlichen Koppelungsverboten.....	213
V. Folgerungen	214
 § 10: Verwaltungsverfahrensrechtliche Vorgaben im vorvertraglichen Stadium und Schriftformerfordernis.....	215
I. Funktion des Verwaltungsverfahrens im vorvertraglichen Stadium	216
1. Beteiligtenstatus gemäß § 13 VwVfG.....	217
a) Erlangung des Beteiligtenstellung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG.....	217
b) Beteiligungspflicht Dritter gemäß § 13 Abs. 2 S. 2 VwVfG ..	218
aa) Anwendbarkeit im vorvertraglichen Stadium	219
bb) Rechtserhebliche Betroffenheit des Dritten.....	219
cc) Bedeutung für kooperationsrechtliche Verwaltungsverträge – Verhältnis zum Vergabeverfahren	220
2. Untersuchungsgrundsatz gemäß § 24 VwVfG.....	222
3. Beratung und Auskunft gemäß § 25 VwVfG	224
4. Vorvertragliche Sorgfaltspflichten der Parteien.....	226
a) Kooperationsrechtliche (Vergabe-)Verfahrenspflichten.....	226
b) Öffentliche Aufklärungspflichten	227
c) Rechtsfolgen vorvertraglicher Pflichtverletzungen.....	228
II. Beteiligung Dritter gemäß § 58 VwVfG	230

III. Schriftform gemäß § 57 VwVfG.....	234
1. Eigenhändige Unterschrift.....	234
2. Urkundeneinheit	236
3. Schriftformerfordernis de lege ferenda?	237
 § 11: Fehlerfolgenregime des öffentlich-rechtlichen Vertrages.....	240
I. Grundlegendes zum Regelungsgehalt des § 59 VwVfG.....	240
II. Besondere Nichtigkeitsgründe gemäß § 59 Abs. 2 VwVfG	242
III. Allgemeine Nichtigkeitsgründe gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG.....	244
1. Anwendungsbereich – systematisches Verhältnis zu § 59 Abs. 2 VwVfG.....	244
2. Nichtigkeit gemäß § 59 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 134 BGB	245
a) Voraussetzung: Verbotsgesetz und qualifizierter Verstoß	245
b) Sonderproblem: Nichtigkeit eines (ausschreibungs- pflichtigen) Kooperationsvertrages bei „de-facto-Vergabe“	247
IV. De lege ferenda: Nichtigkeitsgrund bei Kooperationsverträgen.....	253
V. Allgemeine Vertragserhaltungsinstrumente.....	256
1. Teilnichtigkeit gemäß § 59 Abs. 3 VwVfG	256
2. Umdeutung.....	257
VI. Rechtsfolge der Nichtigkeit: Rückabwicklung des Vertrages.....	258
1. Rechtsgrundlage	258
2. Ausschlussgründe	259
a) Zivilrechtlich normierte Rückforderungsausschlüsse	259
b) Rückforderungsausschluss nach Treu und Glauben	260
VII. Perspektiven zur Fortentwicklung des Fehlerfolgenregimes	262
1. Vertragsänderungsanspruch bei (schlicht) rechtswidrigen Verträgen?	262
2. Kritik und Gegenvorschlag.....	265
 § 12: Folgerungen: Normativer Entwicklungsbedarf für Verwaltungs- kooperationsverträge	268
I. Teilrechtsordnungsübergreifender Ansatz.....	269
1. Konsequenz: Schaffung eines Verwaltungskooperationsgesetzes....	269
2. Systematische Nähe zum Verfahrensgesetz und zum Vergaberecht.....	270

II. Regelungstiefe: Normative Struktursteuerung	272
1. Allgemeine Bestimmungen und öffentlich-rechtliche Mindestanforderungen	274
2. Normierung obligatorischer Vertragsbestandteile	275
a) Vertragsabschlussbezogene Pflichten	277
b) Vertragsdurchführungsbezogene Pflichten	279
3. Normierung fakultativer Regelungsbestandteile	282
4. Klauselkontrolle gemäß § 62 S. 2 i. V. m. § 305 ff. BGB	283
5. Fehlerfolgensystem	287
3. Kapitel: Vergaberechtliche Dimension kooperationsrechtlicher Verwaltungsverträge	289
§ 13: Funktion und Rechtsnatur des Vergaberechts	291
I. Privatrechtlicher Betrachtungsansatz	292
II. Öffentlich-rechtlicher Betrachtungsansatz	295
1. Vergaberecht als Sonderverwaltungsverfahrensrecht	295
2. Rechtsdogmatische Konsequenz: Zwei-Stufen-Theorie?	299
a) Diskrepanzen in der jüngeren Rechtsprechung	299
b) Stellungnahme	301
§ 14: Rechtsrahmen der öffentlichen Auftragsvergabe	303
I. Kaskadenprinzip	304
1. Gegenwärtiger Normenbefund	304
2. Strukturelle Modifikationen durch die Vergabekoordinierungsrichtlinie und nationale Novellierungsansätze	306
II. Gemeinschaftsrechtliches Regulierungsbedürfnis des Unterschwellenbereichs	309
III. Verfassungsrechtliches Regulierungsbedürfnis des Unterschwellenbereichs	311
1. Art. 3 Abs. 1 GG	312
a) Ungleiche Sachverhaltsbehandlung: Schwellenwert als Differenzierungskriterium	313
b) Ungleiche Bieterbehandlung: Erfüllung der Auftragskriterien als Differenzierungskriterium	314
2. Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG	315

a) Schutzbereichseröffnung – Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	315
b) Eingriff.....	317
aa) Literaturstimmen.....	317
bb) Stellungnahme	318
3. Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG	320
a) Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes...	320
b) Verfassungskonformität nach dem Bundesverfassungsgericht	321
c) Kritik.....	323
4. Fazit und Ausblick.....	325
 § 15: Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf Verwaltungskooperationsverträge	326
I. Funktionaler Auftraggeberbegriff gemäß § 98 GWB.....	326
II. Merkmale des öffentlichen Auftrags gemäß § 99 Abs. 1 GWB	328
1. Vertrag	329
a) Kritik am fiskalischen Betrachtungsansatz.....	329
b) Teilrechtsordnungsblindheit des Gemeinschaftsrechts	331
2. Entgeltlichkeit	333
a) Allgemeines Begriffsverständnis.....	333
b) Dienstleistungskonzessionen	334
aa) Begriff.....	334
bb) Keine Entgeltlichkeit nach gegenwärtiger Rechtslage.....	335
cc) Kritik.....	337
dd) Europarechtlich abgeleitete Verfahrensstandards ..	341
c) Städtebauliche Verträge.....	344
aa) Unechte Erschließungsverträge.....	345
bb) Echte Erschließungsverträge	346
(1) Alternativität der Erschließungsunternehmer.....	346
(2) Fehlende Beitragsschuld des Privaten	347
(3) Vergleich mit Baukonzessionen	348
(4) Reichweite des europarechtlichen Gebots praktischer Wirksamkeit	349
cc) Sonstige städtebauliche Verträge	350
(1) Folgelastenverträge gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 3 BauGB	351

(2) Durchführungsverträge gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB	351
3. Schriftformerfordernis?	355
4. Bereichsausnahme bei Beleihungsverträgen?	356
a) „Beleihungssachverhalt“ als Bewertungsgrundlage	357
b) „Ausübung öffentlicher Gewalt“ i. S. d. Art. 45 EGV	357
aa) Eingriffsverwaltung	359
bb) Erlass regelnder Maßnahmen	360
cc) Abstrakte Verwaltungsaktbefugnis	360
5. Fazit	362
 § 16: Verfahrensarten	 363
I. Offenes und nichtoffenes Verfahren	364
II. Verhandlungsverfahren	365
III. Novellierung: Wettbewerblicher Dialog	367
1. Anwendbarkeit und Regelungsgehalt nach Art. 29 VKR	367
2. Umsetzung durch § 101 Abs. 1, 4 GWB, § 6 a VgV	369
 § 17: Grundsätze der Angebotsbewertung: Eignung, Angemessenheit und Wirtschaftlichkeit	 372
I. Eignungskriterien gemäß § 97 Abs. 4 GWB	372
1. Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit	372
2. Berücksichtigung vergabefremder Zwecke	373
a) Gemeinschaftsrechtliche Direktiven	376
b) Verfassungsrechtliche Direktiven	378
aa) „Sozialpflichtigkeit“ des Auftragnehmers unter Berücksichtigung des Koppelungsverbots	379
bb) „Sozialpflichtigkeit“ des Auftragnehmers unter Berücksichtigung des vergaberechtlichen Primär- zwecks	380
II. Angemessenheit der Angebote	382
III. Wirtschaftlichkeitskriterien gemäß § 97 Abs. 5 GWB	383
1. Gemeinschaftsrechtliche Bewertungsfaktoren	384
2. Vereinbarkeit mit dem europäischen Beihilfenrecht	386
a) Begünstigungstatbestand	387
b) Mangelnder Erkenntniswert des market-economy-investor- Tests	388
IV. Fazit, offene Fragen und Bewertung	390

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	19
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	393
Schlussbemerkung.....	407
Literaturverzeichnis.....	409