

Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht

Herausgegeben von Steffen Detterbeck

Nina Stöcker

Entwicklung
des Verwaltungs-
kooperationsvertrages
unter Berücksichtigung
des Vergaberechts

„Nie wird der Verwaltungsrechtler ähnliche Ruhelage – und handle es sich um eine relative Ruhe – vorfinden wie der Zivilist oder wie der Strafrechtler. Das ist unsere Last, aber auch der Reiz unseres Faches.“^{*}

Einleitung

Der moderne Verwaltungsstaat, in dem Aufgabenübertragungen in den privaten Sektor inzwischen eine Konstante politischer Gestaltung bilden¹, stellt den Kanon und die Lehre von den Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung vor neue Herausforderungen. So befindet sich auch der öffentlich-rechtliche Vertrag in einer Veränderungsphase. Dreißig Jahre nach seiner Kodifizierung wird er zwar, wie Literatur und Rechtspraxis augenscheinlich belegen², als vollwertige Handlungsform längst anerkannt. Doch im Zeitalter des „Formwandels staatlicher Machtausübung“³ ist der öffentlich-rechtliche Vertrag nunmehr auch dabei, sich von seiner primären Konkurrenz zum Verwaltungsakt⁴, die ihm traditionsgemäß wie auch von seiner normativen Heimstatt (§ 54 S. 2 VwVfG) zugeschrieben wird, zu lösen. Denn es geht bei dem Wandlungsprozess um mehr als nur um den Ausbau Akzeptanz sichernder Konsensstrategien des Staates im Rahmen administrativer Entscheidungsfindung. Vielmehr geht es um die Justierung einer neuartigen, verantwortungsteilenden Aufgabenerfüllung zwischen öffentlichen und privaten Rechtsträgern, wie sie die moderne Steuerungsdebatte seit einigen Jahren einfordert. Die gesellschaftlichen Problemlösungs- und Handlungspotenziale sollen dabei ein Stück weit an den staatlichen Gemeinwohlaufrag zurückgekoppelt werden⁵. Innerhalb dieses neuen Steuerungsmodells, das sich inzwischen als „Verwaltungs-

^{*} Otto Bachof in: VVDStRL 30 (1972), S. 193 (238).

¹ Vgl. M. Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 26.

² Vgl. aus jüngerer Zeit insbesondere die Untersuchungen von V. Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner; E. Gurlit, Verwaltungsvertrag und Gesetz, sowie die empirische Erhebung von B. Bartscher, Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis.

³ R. Mayntz, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, in: dies., Soziale Dynamik und politische Steuerung, S. 263 (284) (Hervorhebung im Original).

⁴ J. Ziekow, Institutionen unter Konkurrenzdruck: Das Beispiel des öffentlich-rechtlichen Vertrages, in: A. Benz u.a., FS für K. König, S. 303 (307).

⁵ Vgl. R. Pitschas, Verantwortungsk Kooperation zwischen Staat und Bürgergesellschaft, in: K.-P. Sommermann / J. Ziekow, Perspektiven der Verwaltungsforschung, S. 223 (224).

kooperationsrecht“⁶ einen Namen gemacht hat, kommt der Vertragsform neben der gesellschaftsrechtlichen Organisationsform⁷ und dem informalen Verwaltungshandeln⁸ eine hervorragende Bedeutung zu.

Der Nutzwert des öffentlich-rechtlichen Vertrages für die Regelung einer Aufgabenwahrnehmung im Kooperationspektrum zwischen staatlichem und privatem Sektor⁹, gleichbedeutend mit „Öffentlich Privater Partnerschaft“ bzw. mit „Public Private Partnership“, sowie der dahingehende Fortschreibungsbedarf seiner Vorschriften in den §§ 54 ff. VwVfG bilden den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. Das Erkenntnisinteresse an der rechtlichen Durchdringung des neuen „Kooperationsvertrages“¹⁰ wird hierbei von einer dreistufigen Betrachtungsweise gelenkt.

Die Frage, inwiefern die in den §§ 54 ff. VwVfG ankernde Dogmenbildung des öffentlich-rechtlichen Vertrages der Regelungsbedürftigkeit staatlich-privater Kooperationsverhältnisse Rechnung trägt, lässt sich nicht isoliert von ihrem politisch-sozialen Hintergrund beantworten. Im Rahmen des *ersten Kapitels* wird daher das steuerungswissenschaftliche Programm kooperativer Aufgabenwahrnehmung von Staat und Privaten im *Vorfeld der verwaltungsvertraglichen Systembildung* aufgegriffen und beschrieben. Auf diese Weise wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Verwaltungspraxis die Ausbildung des Rechts mitbestimmt und insoweit die Rechtsdogmatik auch von den Erkenntnissen der Rechtstatsachenforschung beeinflusst wird. Die auf der Basis verwaltungswissenschaftlicher und empirischer Betrachtungen gewonnenen Einsichten sind daher im weiteren auf die Ebene der Rechtsdogmatik „herunterzubrechen“, d. h. für die Klärung der Frage fruchtbar zu machen, inwiefern der normative Rahmen gemäß §§ 54 ff. VwVfG von der „Ordnungsidee“¹¹ staatlich-privater Aufgabenwahrnehmung abweicht und Anpassungen an rechtliche Verhaltensvorgaben erforderlich macht.

Das *zweite Kapitel* widmet sich dazu der *Bestandaufnahme des Regelungsgefüges der §§ 54 ff. VwVfG im Lichte der kooperativen Verwaltungspraxis* und zieht *Folgerungen* hieraus. Der zu ermittelnde Fortschreibungsbedarf der verwaltungs-verfahrensrechtlichen Vorschriften einschließlich ihrer materiellen und formellen

6 S. nur G.F. Schuppert, Verwaltungskooperationsrecht, Gutachten; H. Bauer, Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts – Statement, in: G.F. Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, S. 251 (254).

7 Hierzu W. Krebs, Notwendigkeit und Struktur eines Verwaltungsgesellschaftsrechts, in: DV 29 (1996), S. 309 ff.

8 Vgl. nur J. Ziekow, Verwaltungsrechtliche Kooperationsverhältnisse (PPP), Gutachten, S. 183.

9 Ähnlich G.F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, S. 290 f.

10 Zu diesem Vertragstyp schon W. Henke, Praktische Fragen des öffentlichen Vertragsrechts – Kooperationsverträge, in: DÖV 1985, S. 41 (46).

11 Hierzu allgemein E. Schmidt-Aßmann, Allgem. Verwaltungsrecht als Ordnungsidee.

Schutzvorkehrungen hat sich dabei im Kern an der übergeordneten Frage auszurichten, wo staatliche Bindung endet und gesellschaftliche Freiheit beginnt. Auch der Kooperationsvertrag muss letztlich das Produkt rechtsgebundener rationaler Verwaltungsentscheidung sein. Der *Reichweite des öffentlich-rechtlichen Zugriffs* auf Kooperationsverträge i. S. d. §§ 54 ff. VwVfG muss neben der Frage des Geltungsanspruchs der *materiell-rechtlichen Vorgaben gemäß § 56 VwVfG* und der *Systemgerechtigkeit des Fehlerfolgensystems gemäß § 59 VwVfG* besonderes Augenmerk gelten. Neuartige Bedeutung kommt der *Zeitdimension* des Kooperationsvertragshandelns zu. Denn der Abschluss eines Kooperationsvertrages bildet nach Beendigung der „Partnersuche“ und „Regelungsfindung“ im vorvertraglichen Stadium und vor dem Eintreten staatlicher „Privatisierungsfolgenverantwortung“¹² nur einen Teilausschnitt des Kooperationsverhältnisses zwischen staatlichen und privaten Akteuren¹³. Insoweit wächst der Anspruch des Verwaltungsvertrages an materielle, seine Umsetzung in der Wirklichkeit anleitende und sichernde Gestaltungsvorgaben¹⁴, wie sie bisher nur aus dem Privatvertragsrecht bekannt sind. Als „Prototyp materieller Kooperation“¹⁵ zwischen Staat und Privaten scheint er sich insofern weniger einem Rivalitätsdruck seitens des Verwaltungsakts als vielmehr des privatrechtlichen Vertrages ausgesetzt zu sehen¹⁶.

Der *teilrechtsordnungsübergreifende Charakter* des Verwaltungskooperationsrechts¹⁷ kommt auch in der dritten Betrachtungsstufe des Kooperationsvertrages, die auf die *Nachfragerstellung* wie auch die *Verteilungsfunktion des Staates* im Markt Bezug nimmt, zum Tragen. So wird der dem Kooperationsvertrag anhaftende *multipolare* Regelungscharakter im *dritten Kapitel* namentlich unter dem Gesichtspunkt seiner *vergaberechtlichen Dimension* aufgegriffen. Während das (fiskalische) „Beschaffungswesen“ dem öffentlich-rechtlichen Vertragsrecht noch vor einiger Zeit gleichsam abgeschirmt gegenüber stand, drängt das Phänomen

12 Vgl. M. Burgi, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung, Finanzierung, in: NVwZ 2001, S. 601 ff.; zur „Privatisierungsfolgenlehre“ J. Ziekow, Auswirkung der Modernisierung der Verwaltung auf das Verwaltungsverfahrenrecht, in: VM 6 (2000), S. 202 (208).

13 Zum Bedeutungsgewinn der Rechtsverhältnislehre insoweit H. Bauer in: G.F. Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, S. 251 (258).

14 Vgl. nur H. Bauer in: G.F. Schuppert, Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, S. 251 (262 f.); ders., Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, S. 245 (247); „Desiderat verwaltungsrechtlicher und verwaltungswissenschaftlicher Durchdringung“.

15 J. Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, in: VVDStRL 52 (1993), S. 190 (205).

16 Anders angesichts der „Verschiedenheit des institutionellen Kontexts“ J. Ziekow in: A. Benz u.a., FS für K. König, S. 303 (314).

17 Vgl. J. Ziekow in: A. Benz u.a., FS für K. König, S. 303 (306).

öffentlich-privater Aufgabenwahrnehmung das Vergaberecht und das Verwaltungsvertragsrecht regelrecht dazu, sich füreinander zu öffnen. Die Frage, inwieweit das Vergaberecht unter Berücksichtigung seines Änderungsprozesses einerseits den Marktteilnehmern ein (grundrechtlich fundiertes) chancensicherndes Verteilungsverfahren gewährleistet und andererseits die gemeinwohlverpflichtete öffentliche Hand zur „wirtschaftlichsten“ Auswahlentscheidung zwingt, bildet im Rahmen dieses Kapitels den zentralen Punkt der Auseinandersetzung.

Eine Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse und Schlussfolgerungen beendet die Untersuchung.