

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	21
<b>1. Kapitel: „Kooperativer Staat“ im Vorfeld verwaltungsvertraglicher Systembildung</b> .....	25
§ 1: „Aktivierender Staat“ versus „schlanker Staat“ – Die Suche nach einem zukunftsfähigen 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. Kooperationsalisierung 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 „Selbstregulierung“ .....	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
 <b>2. Kapitel: Die §§ 54 ff. VwVfG und ihr Anpassungsbedarf im Lichte der „kooperationsrechtlichen“ Verwaltungspraxis .....</b>	 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 – öffentlich-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 Austausch- vertrages .....	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 Leistungs- versprechen .....	181
a) Aussagekraft des allgemeinen Verhältnismäßigkeits- grundsatzes.....	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 Kompetenz- zuweisungen .....	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 Sachzusammenhanggebots .....	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: Verwaltungsverfahrenrechtliche 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 Verwal- tungsverträge – 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 Verwaltungsverfahrensgesetz 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
 <b>3. Kapitel: Vergaberechtliche Dimension kooperationsrechtlicher Verwaltungsverträge .....</b>	 289
§ 13: Funktion und Rechtsnatur des Vergaberechts .....	291
I. Privatrechtlicher Betrachtungsansatz .....	292
II. Öffentlich-rechtlicher Betrachtungsansatz .....	295
1. Vergaberecht als Sonderverwaltungsverfahrenrecht .....	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 Bundesverfassungs- gericht .....	321
c) Kritik.....	323
4. Fazit und Ausblick.....	325
§ 15: Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB auf Verwaltungskooperations- verträge .....	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 Erschließungs- unternehmer.....	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 Verwaltungsaktfugnis .....	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

<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....</b>	<b>393</b>
<b>Schlussbemerkung.....</b>	<b>407</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>409</b>