

VerwArch

VERWALTUNGSARCHIV

ZEITSCHRIFT FÜR VERWALTUNGSLEHRE, VERWALTUNGSRECHT UND VERWALTUNGSPOLITIK

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Arthur Benz
Prof. Dr. Siegfried Broß
Prof. Dr. Max-Emanuel Geis
Prof. Dr. Thomas Groß
Prof. Dr. Annette Guckelberger
Prof. Dr. Elke Gurlit
Prof. Dr. Norbert Kämper
Prof. Dr. Dr. Klaus König
Prof. Dr. Hans-Werner Laubinger †
Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Schenke
Prof. Dr. Sabine Schlacke
Prof. Dr. Utz Schliesky
Prof. Dr. Thorsten Siegel
Prof. Dr. Indra Spiecker
gen. Döhmann
Dr. Peter Wysk
Prof. Dr. Jan Ziekow

AUS DEM INHALT

AUFSÄTZE

Burgi/Krönke

Die ausgleichspflichtige Indienstnahme · S. 423

Siegel/Eisentraut

Der Vertrag im Öffentlichen Wirtschaftsrecht · S. 454

Knauff

Genehmigungsfiktionen als verwaltungsrechtliches
Steuerungsinstrument · S. 480

Haack

Streitgegenstand, Rechtsverhältnis und Verletzung in eigenen
Rechten: auf der Suche nach drei Phantombegriffen der
Prozessrechtsdogmatik · S. 503

Heft 4
November 2018
Seiten 423 – 528
109. Jahrgang
Art.-Nr. 56364804
PVSt 48318

4

Carl Heymanns Verlag

Der Vertrag im Öffentlichen Wirtschaftsrecht

Von Univ.-Prof. Dr. *Thorsten Siegel* und Wiss. Mit. Dipl.-Jur. *Nikolas Eisentraut*,
Freie Universität Berlin*

I. Einführung	455
II. Entwicklungsstufen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	455
1. Ordnungsrechtlicher Ausgangspunkt	456
2. Zunehmende Prägung durch Wirtschaftsförderung	456
3. Ergänzung durch das Vergaberecht	457
a) Zielausrichtung	457
b) Herausbildung des Konzessionsvergaberechts	457
4. Fortentwicklung durch das Regulierungsrecht	458
III. Fortentwicklung der Handlungsformen	458
1. Ausgangspunkt: klassische Handlungsformen der Verwaltung	458
2. Entwicklung auf Unionsebene	459
3. Zunehmende Bedeutung konsensualen Handelns	460
IV. Wesen des öffentlich-rechtlichen Vertrags	461
1. Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrags	461
2. Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags von anderen Handlungsformen	461
a) Einseitig-verbindliche Maßnahmen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht	461
aa) Der Verwaltungsakt als klassische Handlungsform	461
bb) Parallelen im Direktvollzug des Unionsrechts	462
b) Einseitig-informale Maßnahmen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht	463
aa) Wissens- und Tathandlungen	463
bb) Entwicklung auf Unionsebene	463
c) Kooperativ-informale Maßnahmen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht	464
V. Grundtypen des öffentlich-rechtlichen Vertrags	464
1. Vorfrage: Zuordnung zum Öffentlichen Recht	464
a) Zuordnung nach dem Gegenstand/Schwerpunkt des Vertrages	464
b) Analoge Anwendbarkeit des VwVfG auf verwaltungsprivatrechtliche Verträge?	465
2. Grundtypen de lege lata	465
a) Subordinationsrechtliche Verträge	465
b) Koordinationsrechtliche Verträge	466
3. De lege ferenda: Einführung kooperationsrechtlicher Verträge für die Eingehung einer ÖPP/PPP?	466
4. Der öffentlich-rechtliche Vertrag im EU-Eigenverwaltungsrecht	467
VI. Einzelne Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts	467
1. Subventionsrecht	468
a) Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Vertrags	468
b) Überlagerung durch Unionsrecht	469
2. Vergaberecht	470
a) Grundsätzliche Zuordnung zum Privatrecht	470
b) Folgerungen	470
c) (Teilweise) Zuordnung der Konzessionsvergabe zum Öffentlichen Recht	471
d) Vergleichsverträge im Vergaberecht	472
e) Vergaben durch unionale Stellen	472

* Der Erstverfasser ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, insbes. Verwaltungsrecht, an der Freien Universität Berlin, der Zweitverfasser Wissenschaftlicher Mitarbeiter an dieser Professur.

3. Glücksspielrecht	473
4. Straßenrecht	474
a) Straßenrechtliche Sondernutzung	474
b) Nebenbetriebe an Bundesautobahnen	474
5. Kartellrecht	475
a) Entwicklung sog. Zusageverträge	475
b) Der besonders sensible Bereich der Fusionskontrolle	476
6. Bankenaufsichtsrecht	476
7. Telekommunikationsrecht	477
8. Energiewirtschaftsrecht	477
VII. Fazit und Ausblick	478

I. Einführung

Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist als Handlungsinstrument der Verwaltung im klassischen Verwaltungsrecht von zunehmender Bedeutung. Auch im europäischen Unionsrecht ist der öffentlich-rechtliche Vertrag mit dem ReNEUAL-Entwurf verstärkt in das Bewusstsein der Fachöffentlichkeit gerückt. Im immer noch überwiegend ordnungsrechtlich geprägten Öffentlichen Wirtschaftsrecht kommt ihm jedoch bislang in vielen Teilbereichen eine eher untergeordnete praktische Bedeutung zu. In dem Beitrag wird nach einer einleitenden Darstellung der Entwicklungsstufen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts die Fortentwicklung der verwaltungsrechtlichen Handlungsformenlehre skizziert. Nach einer Abgrenzung von verwandten Handlungsformen werden die Grundtypen des öffentlich-rechtlichen Vertrags aufgezeigt. Im Mittelpunkt des Beitrags steht sodann eine aktuelle Analyse des öffentlich-rechtlichen Vertrags in den einzelnen Bereichen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts. Abschließend erfolgt ein ausblickendes Fazit.

II. Entwicklungsstufen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts

Das Öffentliche Wirtschaftsrecht erfasst die Gesamtheit derjenigen Rechtssätze, welche die Stellung des Wirtschaftssubjekts gegenüber Trägern hoheitlicher Gewalt oder deren Marktteilnahme oder das Wirtschaftsverhalten privater Wettbewerber regulieren.¹ Bereits in dieser Definition kommt zum Ausdruck, dass über ein rein wirtschaftsverwaltungsrechtliches Verständnis auch die verfassungs-, europa- und völkerrechtlichen Dimensionen erfasst werden. Das Öffentliche Wirtschaftsrecht hat verschiedene dogmatische Entwicklungsstufen durchlaufen, die von einem ordnungsrechtlichen Ausgangspunkt über eine zunehmende Prägung durch den Gedanken der Wirtschaftsförderung und eine Ergänzung durch das Beschaffungswesen bis zur Fortentwicklung durch das Regulierungsrecht reichen.² Die Fortentwicklungen werden zudem von einer zunehmenden Europäisierung geprägt, welche sowohl den indirekten Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten als auch

1 Jan Ziekow, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2016, § 3 Rdnr. 1, in Anlehnung an Utz Schliesky, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2014, S. 3.

2 Zur Entwicklung Michael Fehling, *Perspektiven des Öffentlichen Wirtschaftsrechts*, JZ 2016, 540 ff.; Matthias Knauff, *Kontinuität und Diskontinuität im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, DÖV 2017, 969 ff.

die Ausweitung des Direktvollzugs durch unionale Stellen erfasst.³ Gerade im Bereich des Öffentlichen Wirtschaftsrechts ist daher der Europäische Verwaltungsverbund besonders stark ausgeprägt.⁴

1. Ordnungsrechtlicher Ausgangspunkt

Der Bereich klassischer Wirtschaftsüberwachung hat seine Ursprünge im Gewerbe-polizeirecht und ist im Ausgangspunkt daher der Eingriffsverwaltung zuzuordnen.⁵ Weiter ist zu unterscheiden zwischen der (präventiven) Marktzugangskontrolle und der (begleitenden) Marktverhaltenskontrolle.⁶ Bis heute eröffnet das Gewerberecht als Kernmaterie der Wirtschaftsüberwachung solche Kontrollrechte und -pflichten mittels eines diversifizierten Eingriffsinstrumentariums: Dabei erfolgt die präventive Marktzugangskontrolle mittels Anzeigerfordernissen und der Erteilung gewerberechtl. Erlaubnisse.⁷ Hier hat sich in terminologischer Hinsicht der Begriff der gewerberechtl. Konzession herausgebildet.⁸ Hinzu kommt die repressive Kontrolle des Marktverhaltens mittels Auskunftsverlangen, Aktenvorlage- und -einsichtsrechten sowie Betretungsrechten, dem Erlass von (nachträglichen) Auflagen bis hin zur Rücknahme erteilter Erlaubnisse und der Gewerbeuntersagung.⁹ Wirtschaftsüberwachung ist über das klassische Gewerberecht hinaus Spezifikum weiterer Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, etwa des Kartellrechts, des Glücksspielrechts oder auch des Bankenaufsichtsrechts.¹⁰

2. Zunehmende Prägung durch Wirtschaftsförderung

Das Öffentliche Wirtschaftsrecht wird aber zunehmend geprägt durch die Zielsetzung der Wirtschaftsförderung.¹¹ Da hier Dienstleistungen und sachliche Ressourcen dem Wirtschaftssubjekt zugutekommen sollen,¹² ist die Wirtschaftsförderung zumindest grundsätzlich der Leistungsverwaltung zuzuordnen. Ihre geradezu

3 Hierzu *Dirk Ehlers*, Europäisches Recht und Verwaltungsrecht, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 5 Rdnr. 30 ff.; *Thorsten Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012 Rdnr. 150 ff.; *Ulrich Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, EuR Rdnr. 208 ff.

4 Den Begriff prägend *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: Schmidt-Aßmann/Schöne-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 1 ff.

5 *Peter M. Huber*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2. Auflage 2013, § 45 Rdnr. 2 und 29.

6 *Winfried Kluth*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 1: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage 2012, § 12 Rdnr. 44 ff.; *Huber* (Fußn. 5), § 45 Rdnr. 101, fügt noch die Beendigungsüberwachung hinzu, die etwa im Bereich der Atomaufsicht besonders relevant wird.

7 Zur Typologie administrativer Eröffnungskontrollen *Thorsten Siegel*, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverbund, 2009, S. 86 ff.

8 Hierzu etwa *Ziekow* (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 14 ff. Aufzählung verwaltungsrechtlicher Konzessionen bei *Christian Braun*, in: Müller-Wrede (Hrsg.), GWB Vergaberecht – Kommentar, 2016, § 101 Rdnr. 47.

9 Im Einzelnen *Ziekow* (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 11 ff.

10 Übersicht bei *Huber* (Fußn. 5), § 45 Rdnr. 45 ff.

11 Zu dieser Entwicklung *Fehling* (Fußn. 2), S. 540 (542 ff.).

12 *Ziekow* (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 2.

klassische Verkörperung findet sie in der Vergabe von Subventionen.¹³ Während im Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung die Handlungsform des Vertrages zwar nicht ausgeschlossen ist, jedoch in einem Spannungsverhältnis zur Zielsetzung der Überwachung steht, erweist sich die Wirtschaftsförderung von vornherein als offen gegenüber einvernehmlichen Handlungsformen.

3. Ergänzung durch das Vergaberecht

a) Zielausrichtung

Das Vergaberecht, welches die Beschaffung von Waren, Bau – und Dienstleistungen durch staatliche oder diesen gleichgestellte Stellen zum Gegenstand hat, ist im Ausgangspunkt den fiskalischen Hilfsgeschäften zuzuordnen.¹⁴ Allerdings besteht jeweils eine spezifische Verknüpfung mit der jeweiligen Verwaltungsaufgabe, zu deren Erfüllung letztlich beschafft wird.¹⁵ Und je enger diese Verknüpfung ist, umso stärker nähert sich das Vergaberecht dem Verwaltungsprivatrecht im engeren Sinne an. Abgeschlossen wird das Vergabeverfahren durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem (öffentlichen) Auftraggeber und dem Unternehmen. Diese Vereinbarung ist zwar grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen (s.u. VI.2.a).¹⁶ Die beträchtliche Prägung des Vergaberechts durch öffentlich-rechtliche Elemente rechtfertigt gleichwohl die Zuordnung zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht.¹⁷ Das Vergaberecht durchläuft bereits seit Längerem einen Öffnungsprozess: Über die Beschaffung zum Zwecke der Aufgabenerfüllung hinaus finden zunehmend vermeintlich »vergabefremde« Zwecke insbesondere ökologischer, aber auch sozialer Art Anerkennung.¹⁸

b) Herausbildung des Konzessionsvergaberechts

Eine besondere Entwicklung hat hier das Recht der Vergabe von Konzessionen genommen: Diese unterscheiden sich von herkömmlichen öffentlichen Aufträgen dadurch, dass der Unternehmer das (überwiegende) wirtschaftliche Risiko trägt.¹⁹ Das Konzessionsvergaberecht hat im Zuge der jüngsten Vergaberechtsreform eigenständige Rechtsgrundlagen erhalten.²⁰ Der Begriff der Konzession im Sinne des Vergaberechts ist dabei abzugrenzen von der Konzession im gewerberechtlichen Sinne

13 Hierzu jüngst *Stefan Korte*, Grundlagen des Subventionsrechts, JURA 2017, 656 ff.

14 *Hermann Pünder*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fußn. 6), § 17 Rdnr. 1.

15 *Martin Burgi*, Vergaberecht, 2. Aufl. 2018, § 1 Rdnr. 2. Zur Abgrenzung zwischen den fiskalischen Hilfsgeschäften der Verwaltung und dem Verwaltungsprivatrecht insoweit *Elke Gurlit*, Bestimmung der Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen, in: Ehlers/Pünder (Fußn. 3), § 30 Rdnr. 7.

16 *Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fußn. 3), § 54 Rdnr. 156 m.w.N.

17 Ähnlich *Burgi* (Fußn. 15), § 1 Rdnr. 8, wenn auch mit einer Zuordnung zum Allgemeinen Verwaltungsrecht.

18 Allgemein zur Steuerung politischer Entwicklungen durch das Vergaberecht *Pünder* (Fußn. 14), § 17 Rdnr. 1. Zur Reichweite *Jan Ziekow*, in: Ziekow/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Aufl. 2018 § 97 GWB Rdnr. 60 ff. m.w.N.

19 Zum Begriff *Ziekow* (Fußn. 18), § 105 GWB Rdnr. 4 ff. m.w.N.

20 Übersicht bei *Thorsten Siegel*, Das neue Konzessionsvergaberecht, NVwZ 2016, 1672 ff.

(zu Letzterer s.o. II.1.).²¹ Allerdings können zwischen beiden Begriffen Überschneidungen bestehen: Denn eine Konzession im gewerberechtlichen Sinne kann je nach Einzelfall auch in einem vertraglichen Zusammenhang erteilt werden und das für die Einschlägigkeit der Vergaberechts erforderliche Beschaffungselement aufweisen.²²

4. Fortentwicklung durch das Regulierungsrecht

Im Zuge einer zunehmenden Entstaatlichung des Wirtschaftslebens²³ hat sich neben dem klassisch wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Ordnungsrecht das spezifische Rechtsregime der Regulierung herausgebildet. Auch wenn der Begriffskern der Regulierung bis heute nicht letztgültig erschlossen ist und seine Bestimmbarkeit hinterfragt wird,²⁴ soll hier ein auch den sektorenspezifischen Regulierungsgesetzen zugrunde liegendes funktionales Verständnis zugrunde gelegt werden, wonach Regulierung einerseits auf die Sicherung von Wettbewerb, andererseits auf die Gewährleistung spezifischer Versorgung gerichtet ist.²⁵ Zwar enthält auch das Regulierungsrecht als Privatisierungsfolgenrecht Elemente verwaltungsmäßiger Kontrolle Privater im Hinblick auf die ihnen im Interesse des Gemeinwohls normativ auferlegten Pflichten.²⁶ Es geht im Instrumentarium aber erheblich über die ordnungsrechtliche Wirtschaftsüberwachung hinaus, weil Regulierungsüberwachung auf die Ziele der Herstellung und Förderung von Wettbewerb und des flächendeckenden Angebots bestimmter Dienstleistungen programmiert wird.²⁷ Im praktischen Ergebnis enthält das Regulierungsrecht einen Instrumentenmix, in dem zwar die Regulierungsverfügung als Verwaltungsakt eine bedeutsame Rolle spielt, der neben weiteren Handlungsformen jedoch auch vertraglichen Vereinbarungen offen steht.²⁸

III. Fortentwicklung der Handlungsformen

1. Ausgangspunkt: klassische Handlungsformen der Verwaltung

Als im Wesentlichen rechtsdogmatische Wissenschaft dient die Handlungsformenlehre der Systembildung und Verallgemeinerung.²⁹ Zur Erfüllung der Aufgaben der Wirtschaftsaufsicht, Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsförderung stehen der Wirtschaftsverwaltung die allgemeinen Handlungsformen des Verwaltungsrechts zur Verfügung.³⁰ Dem deutschen Verwaltungsrecht liegt ein offenes System der Handlungsformen zugrunde, das sich aus rechtlich determinierten Handlungsfor-

21 Hierzu *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 159.

22 Zu dieser Überschneidung *Hermann Müller*, Öffentlich-rechtliche Dienstleistungskonzessionen künftig ein Beschaffungsvorgang?, *NVwZ* 2016, 266 ff.

23 Zu dieser Entwicklung *Knauff* (Fußn. 2), S. 969 (971 ff.).

24 Hierzu *Gregor Kirchhof*, in: *Kirchhof/Korte/Magen* (Hrsg.), *Öffentliches Wettbewerbsrecht*, 2014, § 1 Rdnr. 4.

25 Zum funktionalen Verständnis *Ziekow* (Fußn. 1), § 13 Rdnr. 3.

26 *Huber* (Fußn. 5), § 45 Rdnr. 44.

27 *Huber* (Fußn. 5), § 45 Rdnr. 52.

28 Zu diesem Instrumentenmix *Ziekow* (Fußn. 1), § 13 Rdnr. 18.

29 *Andreas Glaser*, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 2013, S. 56 ff.

30 *Kluth* (Fußn. 6), § 12 Rdnr. 44.

men und übrigen Handlungsformen zusammensetzt.³¹ Zur Steuerung von Einzelfällen³² stehen der Verwaltung zur Aufgabenerfüllung rechtsförmige und informale Instrumente zur Verfügung: Während die Instrumente des Verwaltungsakts (§ 35 VwVfG) und des öffentlich-rechtlichen Vertrags (§ 54 VwVfG) rechtlich genau determiniert und auf die unmittelbare Bewirkung von Rechtsfolgen gerichtet sind, ist informales Handeln rechtlich weniger umgrenzt und wird von rein tatsächlichen Wirkungen gekennzeichnet, wie sie etwa staatliche Warnungen oder informelle Absprachen zeitigen.³³ Die Unterscheidung zwischen rechtsförmlichen und tatsächlichen Handlungen ist von grundlegender Bedeutung, weil wesentliche Unterschiede in Rechtsbindung, Wirksamkeitsbedingungen, Fehlerfolgen und den Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen.³⁴ Als zentraler Forschungsgegenstand der Verwaltungsrechtswissenschaft muss sich die Handlungsformenlehre zugleich ihren Rahmenbedingungen öffnen, um in Anbetracht von Europäisierung, Heterogenisierung und des zunehmenden Einsatzes rechtlich unverbindlicher Steuerungsinstrumente anschlussfähig zu bleiben.³⁵

2. Entwicklung auf Unionsebene

Mit der Einbindung der Mitgliedstaaten in europäische Verwaltungsverbundstrukturen beginnen sich die nationalen Handlungsformen mit solchen anderer Mitgliedstaaten und der Europäischen Union selbst zu überlagern und zu vermengen.³⁶ Während für den Bereich des indirekten Vollzugs des Unionsrechts weiterhin an die Handlungsformenlehren der Mitgliedstaaten angeknüpft werden kann, hat sich für auf die EU übergegangene Verwaltungsaufgaben (EU-Eigenverwaltung) bis heute keine abschließende verwaltungsspezifische Handlungsformenlehre herausgebildet.³⁷ In Anbetracht der Bedeutungszunahme der EU-Eigenverwaltung wird der Mangel an allgemeinen Regeln immer stärker spürbar.³⁸ Nach dem Vertrag von Lissabon können Rechtsakte mit Verwaltungsfunktion im Wesentlichen der Kategorie der Durchführungsrechtsakte (Durchführungsverordnung, Durchführungsrichtlinie und Durchführungsbeschluss) nach Art. 291 i.V.mit Art. 288 AEUV zugeordnet werden.³⁹ Auch im Unionsrecht lassen sich letztlich im Bereich konkret-individueller Eigenverwaltung⁴⁰ einseitige Eigenverwaltungsentscheidun-

31 Glaser (Fußn. 29), S. 75.

32 Zu abstrakt-generellen Handlungsformen (Rechtsverordnung, Satzung und Verwaltungsvorschrift) *Hermann Hill/Mario Martini*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 34.

33 Ziekow (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 11 ff und 26 ff.

34 Glaser (Fußn. 29), S. 75 f.

35 Hierzu *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fußn. 32), § 33 Rdnr. 1 ff.

36 *Hoffmann-Riem* (Fußn. 35), § 33 Rdnr. 2.

37 *Stelkens* (Fußn. 3), EuR Rdnr. 171.

38 Für die Bankenunion wird der Mangel etwa beklagt von *Frederic Geber*, Bankenaufsicht ohne Verwaltungsverfahrenrecht?, EuZW 2013, 298 ff.

39 Eingehende Analyse bei *Glaser* (Fußn. 29), S. 332 ff.

40 Auch im europäischen Wirtschaftsrecht spielt daneben administrative Normsetzung eine zentrale Rolle. Am Beispiel der Bankenaufsicht *Elke Gurlit*, Handlungsformen der Finanzmarktaufsicht, ZHR 177 (2013), 862 (871 ff.).

gen, faktisches Verwaltungshandeln und auch Verwaltungsverträge identifizieren.⁴¹ Einen bedeutsamen Schritt auf dem Weg zur Kodifizierung eines Verwaltungsverfahrensrechts der EU-Eigenverwaltung stellt der ReNEUAL-Musterentwurf⁴² dar. Dieser liefert nicht nur wichtige Impulse für die Herausbildung einer europäischen Handlungsformenlehre, sondern kann auch die Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts in den Mitgliedstaaten beeinflussen.⁴³

3. Zunehmende Bedeutung konsensualen Handelns

Der Zuwachs an Komplexität der modernen Wirtschaft, aber auch ein gewandeltes Staatsverständnis stellen die Ausrichtung von Wirtschaftsverwaltung auf einseitige Handlungsformen immer häufiger in Frage.⁴⁴ Zwar fungiert hier nach wie vor der Verwaltungsakt als klassische Handlungsform. Sie wird jedoch zunehmend durch konsensuale Elemente angereichert oder ersetzt. Dies gilt zunächst für die Figur des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts.⁴⁵ Aber auch der Erlass von Verwaltungsakten mittels Verhandlungen über Nebenbestimmungen wird immer mehr von eigentlich das Vertragsrecht prägenden Aushandlungsprozessen geprägt.⁴⁶ Darüber hinaus finden auch im Bereich des informalen Verwaltungshandelns Absprachen zunehmend Verbreitung. Dies gilt neben dem Umweltrecht⁴⁷ auch für das Öffentliche Wirtschaftsrecht.⁴⁸ Schließlich hat die zunehmende Bedeutung konsensualen Handelns auch zu einer Stärkung der Vertragsform geführt.⁴⁹ Dies gilt im Bereich des Öffentlichen Wirtschaftsrechts insbesondere für die Eingehung einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP).⁵⁰ Unabhängig davon kann auch anstelle einer Konzession oder einer anderen Verfügung nach der

41 Zusammenfassend *Stelkens* (Fußn. 3), EuR Rdnr. 175, der zudem auf Akte raumbezogener Planung hinweist.

42 *Jens-Peter Schneider/Herwig C.H. Hofmann/Jaques Ziller* (Hrsg.), ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht, 2015. Hierzu *Klaus Rennert*, ReNEUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrensrecht aus Sicht des BVerwG, DVBl. 2016, 69 ff.; rechtsvergleichend *Harald Eberhard*, Verwaltungsverfahrensrecht in der Europäischen Union – Der Kodifikationsentwurf des »Research Network in European Administrative Law« in rechtsvergleichender Perspektive, *Die Verwaltung* 50 (2017), 23 ff. Aktuelle Bestandsaufnahme bei *Stelkens* (Fußn. 3), EuR Rdnr. 170a ff. Zur Kodifizierung bereits zuvor *Annette Guckelberger/Frederic Geber*, Allgemeines Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht vor seiner unionsrechtlichen Kodifizierung?, 2013.

43 *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 7.

44 Zum Konsensprinzip grundlegend *Thomas Holzner*, Das Konsensprinzip im Allgemeinen Verwaltungsrecht, 2016 (insbes. S. 383 ff. zu den einzelnen Handlungsformen). Allgemein zur zunehmenden Bedeutung des Kooperationsprinzips *Heribert Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Fußn. 3), § 1 Rdnr. 271 ff. m.w.N.

45 Hierzu *Stelkens* (Fußn. 3), § 35 Rdnr. 229 ff.

46 Am Beispiel der EU-Eigenverwaltung *Stelkens* (Fußn. 3), § 36 Rdnr. 151.

47 Hierzu *Reiner Schmidt/Wolfgang Kahl/Klaus Ferdinand Gärditz*, *Umweltrecht*, 10. Aufl. 2017, § 4 Rdnr. 116 ff.

48 *Ziekow* (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 28.

49 In Relation zu den anderen Handlungsformen sind öffentlich-rechtliche Verträge aber bislang wenig(er) verbreitet, so zu Recht *Fehling* (Fußn. 2), S. 540 (542: »weiterhin eher selten«).

50 Hierzu *Hartmut Bauer*, *Vertragsverträge*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fußn. 32), § 36 Rdnr. 42 ff. Eingehend zur Thematik bereits *Jan Ziekow/Alexander Windoffer*, *Public-Private Partnership*, 2008.

Regelung des § 54 Satz 2 VwVfG zumindest im Grundsatz ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden.⁵¹ Trotz der zunehmenden Bedeutung kooperativen Handelns kann jedoch kein allgemeiner rechtlicher Vorrang zuerkannt werden.⁵²

IV. Wesen des öffentlich-rechtlichen Vertrags

1. Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrags

Die zentralen Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag bilden §§ 54 ff. VwVfG.⁵³ Neben dem allgemein vertragstypischen Element übereinstimmender Willenserklärungen⁵⁴ erfordert § 54 Satz 1 VwVfG die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts. Aus dem allgemeinen Anwendungsbereich des VwVfG folgt jedoch eine Begrenzung auf Materien des Verwaltungsrechts.⁵⁵ Wegen der Terminologie des Gesetzes soll im Folgenden der Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages gleichwohl beibehalten werden. Bei privatrechtlichen Verträgen scheidet eine unmittelbare Anwendung der §§ 54 ff. VwVfG aus. Allerdings sind bei solchen Verwaltungsverfahren im weitesten Sinne diejenigen Bestimmungen des VwVfG analog anwendbar, die Ausdruck eines allgemeinen, im Grundgesetz verankerten Rechtsgedankens sind. Dies gilt etwa für das Neutralitätsgebot⁵⁶ sowie das Koppelungsverbot,⁵⁷ die beide im Rechtsstaatsprinzip verankert sind (s.u. V.1.b).

2. Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags von anderen Handlungsformen

a) Einseitig-verbindliche Maßnahmen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht

aa) Der Verwaltungsakt als klassische Handlungsform

Unverändert bildet auch im Öffentlichen Wirtschaftsrecht der Verwaltungsakt die klassische Handlungsform. So erfolgen die Erteilung von Erlaubnissen sowie der Erlass von Anordnungen, Untersagungen und Regulierungsverfügungen typischerweise mittels eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 VwVfG. Dies gilt insbesondere für die klassischen Kerngebiete des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, also das allgemeine Gewerberecht, das Handwerksrecht sowie das Gaststättenrecht.⁵⁸ Auch im Finanzmarktaufsichtsrecht stellt der Verwaltungsakt noch das klassische Handlungsinstrument dar, etwa in Form der Bankerlaubnis, der Durchsetzung von

51 Ziekow (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 25. Zusammenfassende Übersicht bei Bonk/Neumann/Siegel (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 151 ff.

52 Bonk/Neumann/Siegel (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 21 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

53 Hierzu bereits monografisch Elke Gurlit, *Vertragsvertrag und Gesetz*, 2000; Volker Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, 2000. Zu den Fehlerfolgen Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 6. Aufl. 2018, Rdnr. 565 ff.

54 Hierzu Bonk/Neumann/Siegel (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 18 ff.

55 Bonk/Neumann/Siegel (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 47 ff.

56 Jan Ziekow/Thorsten Siegel, *Das Vergabeverfahren als Verwaltungsverfahren*, ZfBR 2004, 30 (34).

57 Rüdiger Breuer, *Das rechtsstaatliche Koppelungsverbot*, NVwZ 2017, 112 (116 f.).

58 Ziekow (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 11 ff. und 29 ff.

Organisationspflichten oder der Erzwingung des Marktaustritts von Unternehmen.⁵⁹ Schließlich spielt der Verwaltungsakt auch im modernen Regulierungsrecht in Form von Regulierungsverfügungen eine bedeutsame Rolle.⁶⁰ Unabhängig von der unveränderten Dominanz des Verwaltungsakts darf aber nicht verkannt werden, dass die Einseitigkeit auch insoweit teilweise durch konsensuale Elemente ergänzt wird (s.o. III.3). Zudem bestehen trotz der grundlegenden Differenzierung zwischen dem Verwaltungsakt und dem öffentlich-rechtlichen Vertrag wechselseitige interpretative Annäherungen.⁶¹

bb) Parallelen im Direktvollzug des Unionsrechts

Im Zuge der Ausweitung des Direktvollzugs⁶² wird die Handlungsform des Verwaltungsakts immer häufiger durch einseitig-hoheitliche Maßnahmen auf Unionsebene ersetzt. Einseitige Regelungen von Einzelfällen durch die EU-Eigenverwaltung können insbesondere im Wege adressatengerichteter Beschlüsse nach Art. 288 Abs. 4 Satz 2 AEUV ergehen.⁶³ Soweit sie sich an Private richten, sind sie zumindest im Ansatz mit dem nationalen Verwaltungsakt vergleichbar.⁶⁴ Entsprechende Beschlüsse finden sich etwa im Bereich der Fusionskontrolle.⁶⁵ Weiterhin finden sich im Öffentlichen Wirtschaftsrecht unmittelbar auf Grundlage des AEUV erlassene »europäische Verwaltungsakte«, so etwa im Wettbewerbsrecht der Beschluss der Kommission nach Art. 105 Abs. 2 Satz 1 AEUV über die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV oder im Beihilfenrecht nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV.⁶⁶ Auch im Rahmen der Kooperation von EU- und mitgliedstaatlichen Behörden in Verwaltungsverbänden kommen europäischen Behörden Vollzugskompetenzen zu. So hat die Europäische Zentralbank (EZB) zuletzt Aufsichtsaufgaben im Einheitlichen Aufsichtsmechanismus (Single Supervisory Mechanism, SSM) übernommen; von der EZB im Rahmen des SSM getroffene Entscheidungen ergehen ebenfalls als Beschlüsse.⁶⁷ Allerdings können nicht alle EU-Eigenverwaltungsentscheidungen als Beschlüsse qualifiziert werden.⁶⁸ Einen wichtigen Beitrag zur Klärung des etwas weiter gefassten Begriffs der Entscheidung leistet hier Art. III-2 des ReNEUAL-Entwurfs, welcher die Entscheidung als

59 Im Einzelnen *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (878 ff.).

60 *Ziekow* (Fußn. 1), § 13 Rdnr. 18 f.

61 Hierzu *Thorsten Siegel*, *Verwaltungsverfahren als Ordnungs idee*, in: *Ziekow/Lee* (Hrsg.), *Wandlungen im Verhältnis zwischen Staat und Bürger*, 2015, S. 35 ff.

62 Hierzu *Stelkens* (Fußn. 3), *EuR* Rdnr. 159 ff. Zur Abgrenzung vom indirekten Vollzug *Siegel* (Fußn. 3), Rdnr. 40 ff.

63 So am Beispiel der Finanzmarktaufsicht *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (878 ff.).

64 *Matthias Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rdnr. 91 m.w.N.

65 Hierzu etwa *Jörg Philipp Terhechte*, *Europäisches und deutsches Kartellrecht*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder* (Fußn. 6), § 37 Rdnr. 69.

66 *Glaser* (Fußn. 29), S. 324.

67 *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (885 ff.); zur Rechtsanwendung durch die EZB im SSM *Henning Berger*, *Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) – Bankenaufsicht im europäischen Verbund*, *WM* 2015, 501 ff.

68 Abgrenzungsbeispiel bei *Stelkens* (Fußn. 3), § 35 Rdnr. 345.

»Verwaltungsmaßnahme, die an eine bestimmte Person oder mehrere bestimmte Personen des Privatrechts oder des Öffentlichen Rechts gerichtet ist und von einer EU Behörde [...] zur einseitigen rechtsverbindlichen Regelung eines oder mehrerer Einzelfälle erlassen wird« definiert.⁶⁹

b) *Einseitig-informale Maßnahmen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht*

aa) *Wissens- und Tathandlungen*

Außerhalb rechtlich festgelegter Voraussetzungen wirkt die Verwaltung auch im rein tatsächlichen Bereich einseitig auf wirtschaftliche Prozesse ein. Solch informales Handeln kann unterteilt werden in Wissenshandlungen und Tathandlungen.⁷⁰ Während Wissenshandlungen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht klassischerweise in Gestalt von staatlichen Warnungen, etwa vor gefährlichen Produkten thematisiert werden, werden Tathandlungen insbesondere unter dem Aspekt behördlicher Prüfungen und Untersuchungen von Marktteilnehmern untersucht.⁷¹ Zunehmend Gegenstand wissenschaftlichen Interesses bildet zudem der ebenfalls den Wissenshandlungen zuzurechnende Bereich der abstrakt-generellen Beeinflussung der Wirtschaft mittels Leitfäden und Auslegungshinweisen.⁷²

bb) *Entwicklung auf Unionsebene*

Aber auch im Unionsrecht finden sich zunehmend rechtlich unverbindliche Formen von Wirtschaftsbeeinflussung. Zentrale Bedeutung kommt hierbei den Leitlinien, Empfehlungen und Auslegungsmitteilungen zu. Sie sind ebenfalls den Wissenshandlungen zuzurechnen.⁷³ Während Empfehlungen ihren Adressaten ein Verhalten nahelegen, steuern Leitlinien und Auslegungsmitteilungen die Auslegung von Rechtsnormen.⁷⁴ So hat etwa die Europäische Kommission im Jahre 2006 eine Auslegungsmitteilung für die Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte der Vergaberichtlinien erlassen. Eine gegen diese Auslegungsmitteilung gerichtete Nichtigkeitsklage hat das Gericht Erster Instanz im Jahre 2010 mangels Verbindlichkeit als unzulässig abgewiesen.⁷⁵ Ihre Unverbindlichkeit (für Empfeh-

69 Hierzu die Erläuterungen des Redaktionsteams *Paul Craig/Giacinto della Cananea/Oriol Mir/Jens-Peter Schneider/Vanessa M. Tümsmeyer/Marek Wierzbowski*, in: *Schneider/Hofmann/Ziller* (Fußn. 42), S. 69 f.

70 Zur Eigenständigkeit kooperativ-informaler Maßnahmen *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (887).

71 Hierzu *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (889).

72 Für das Regulierungsrecht umfassend *Michael Schramm*, Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht, 2016; zur Bedeutung von soft law im Öffentlichen Wirtschaftsrecht *Matthias Knauff*, Soft Law vor Gericht, jM 2018, 71 ff., sowie grundlegend *ders.*, Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010; zur Rundschreibenpraxis im Finanzmarktrecht *Gurlit* (Fußn. 40), S. 852 (892 ff.).

73 So zu Recht *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (889).

74 *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (875).

75 EuG, Urteil vom 20.5.2010, VergabR 2010, S. 593 Rdnr. 150 ff. – Kommission/Deutschland (ECLI:EU:T:2010:214). Hierzu *Matthias Knauff/Roland Schwensfeier*, Kein Rechtsschutz gegen Steuerung mittels »amtlicher Mitteilung«, EuZW 2010, 611 ff.; *Thorsten Siegel*, Das Haushaltsvergaberecht – Systematisierung eines verkannten Rechtsgebiets, VerwArch 107 (2016), 1 (7).

lungen ausdrücklich Art. 288 Abs. 5 AEUV) rechtfertigt (noch) ihre grundsätzliche Einordnung als informales Handlungsinstrument.⁷⁶

c) *Kooperativ-informale Maßnahmen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht*

Beim kooperativ-informalen Verwaltungshandeln wird trotz konsensualen Handelns die Schwelle zum rechtlich Verbindlichen in Abgrenzung zum Verwaltungsvertrag nicht überschritten.⁷⁷ Im Einzelfall ist jedoch zu untersuchen, ob die Stufe der Informalität aufgrund einer Verdichtung des Rechtsbindungswillens bereits zugunsten eines Vertrags verlassen wurde.⁷⁸ Als informelle Absprachen sind etwa Verknüpfungsabsprachen im Kartellrecht oder die schlichte Duldung erlaubnispflichtiger wirtschaftlicher Tätigkeiten ohne Erlaubnis zu qualifizieren.⁷⁹ In der gewerberechtlichen Praxis kommt dem Instrument informaler Absprachen bisher eine eher untergeordnete Rolle zu, da das Gewerberecht immer noch weitgehend von einer klassisch ordnungsrechtlichen Rechtsdurchsetzung geprägt ist.⁸⁰ Informale Absprachen spielen auch im Handlungsinstrumentarium der Bankenaufsichtsbehörden eine zentrale Rolle: Neben Aufsichtsgesprächen wirken die Marktteilnehmer an von der BaFin zu erlassenden Verordnungen und an der Erarbeitung von Rundschreiben und Merkblättern auf informeller Basis mit.⁸¹ Schließlich findet im Regulierungsrecht die Figur der »Konsultationen« zunehmende Verbreitung. Sie umschreiben strukturierte Kommunikationsprozesse zwischen Regulierungsbehörden, Regulierungsadressaten und Marktakteuren zu bestimmten Regulierungsverfahren.⁸² Sie sind im Ausgangspunkt ebenfalls dem informalen Verwaltungshandeln zuzuordnen, können jedoch im Einzelfall eine Formalisierung durch normative Steuerung erfahren.⁸³

V. Grundtypen des öffentlich-rechtlichen Vertrags

1. *Vorfrage: Zuordnung zum Öffentlichen Recht*

a) *Zuordnung nach dem Gegenstand/Schwerpunkt des Vertrages*

Die zentralen Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag enthalten §§ 54 ff. VwVfG. Deren unmittelbare Anwendbarkeit setzt voraus, dass der Vertragsgegenstand und bei mehreren Vertragsgegenständen deren Schwerpunkt dem Öffentli-

76 Zu Recht gegen eine Zuordnung zu den Rechtssetzungsbefugnissen *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862, 875 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

77 Am Beispiel des Umweltrechts *Jan Oster*, Das informell-kooperative Verwaltungshandeln im Umweltrecht, NuR 2008, 845 (846).

78 Zur Abgrenzung *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 36 f. m.w.N.

79 *Ziekow* (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 26.

80 Hierzu sowie zu möglichen Anwendungsfeldern am Beispiel des Gaststättenrechts *Birgit Schmidt am Busch*, Informale Absprachen als Steuerungsinstrument im Gaststättenrecht, GewArch 2009, 377 ff.

81 *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (887).

82 Eingehend hierzu *Christian Bauer*, Konsultationen als kooperatives Element im Regulierungsprozess, EuZW 2012, 71 ff.

83 *Bauer* (Fußn. 82), S. 71.

chen Recht im Allgemeinen und dem Verwaltungsrecht im Besonderen zuzuordnen ist.⁸⁴ Bei Verträgen, die eine gewerberechtliche Erlaubnis ersetzen, mag dies unproblematisch zu bejahen sein. Einige Verträge der dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht zuzurechnenden Materien sind jedoch privatrechtlicher Natur. So sind die ein Vergabeverfahren abschließenden Verträge grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen (s.u. VI.2a.).⁸⁵ Aber auch Wegenutzungsverträge i.S.d. § 46 EnWG sind dem Privatrecht zuzuordnen.⁸⁶ Schließlich ist auch eine öffentlich-private Partnerschaft (ÖPP) nur dann dem Öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben weitere Begründungselemente hinzutreten.⁸⁷ Ein zusätzliches Argument für die Zuordnung einer ÖPP zum Öffentlichen Recht wäre die anvisierte Einführung eines Kooperationsvertrags in die Bestimmungen der §§ 54 ff. VwVfG (s.u. V.2.); denn mit diesem soll gerade die Eingehung einer ÖPP gesteuert werden.⁸⁸

b) Analoge Anwendbarkeit des VwVfG auf verwaltungsprivatrechtliche Verträge?

Die Zuordnung einer Vereinbarung zum Privatrecht steht zwar einer unmittelbaren Anwendung der §§ 54 ff. VwVfG sowie des VwVfG im Übrigen entgegen. Bei Identifizierung einer Regelungslücke können jedoch solche Bestimmungen des VwVfG analog angewandt werden, die Ausdruck eines allgemeinen, rechtsstaatlich fundierten Rechtsgedankens sind. Dies gilt etwa für die Regelung zur Befangenheit nach § 20 VwVfG⁸⁹ oder für das Akteneinsichtsrecht nach § 29 VwVfG.⁹⁰ Zudem führt auch ein Verstoß gegen das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Koppelungsverbot zur Nichtigkeit einer verwaltungsprivatrechtlichen Vereinbarung.⁹¹

2. Grundtypen de lege lata

a) Subordinationsrechtliche Verträge

De lege lata enthalten §§ 54 ff. VwVfG zwei Grundtypen des öffentlich-rechtlichen Vertrags, nämlich den subordinationsrechtlichen sowie den koordinationsrechtlichen Vertrag. Subordinationsrechtliche Verträge sind zumindest grundsätzlich auf das Verhältnis Staat-Bürger zugeschnitten und erfassen nach ganz überwiegender Meinung nicht nur verwaltungsaktsersetzende Verträge, sondern auch andere Ver-

84 Hierzu *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 47 ff.

85 BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, BVerwGE 129, 9 ff.; *Ziekow* (Fußn. 18), GWB Einl. Rdnr. 35. Zur oftmals abweichenden Rechtslage bei der Vergabe von Konzessionen s.u. VI.2.c.

86 OVG Münster, Beschluss vom 10.2.2012, NVwZ-RR 2012, 415 f.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.2.2016, NVwZ-RR 2016, 283 (Ls.).

87 *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 80 m.w.N.

88 *Heribert Schmitz*, Verträge sollen sicherer werden – Zur Novellierung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, DVBl. 2005, 17 (18).

89 So für das Vergabeverfahren *Ziekow/Siegel* (Fußn. 56), S. 30 (34). In weiten Bereichen des Vergaberechts existieren allerdings Sonderregelungen, die zugleich eine Regelungslücke ausschließen, vgl. insbesondere § 6 VgV sowie § 4 UVgO.

90 So zum Abschluss von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG OVG Lüneburg, Beschluss vom 16.2.2016, NVwZ-RR 2016, 283 (Ls.).

91 So im Ergebnis auch *Breuer* (Fußn. 57), S. 112 (116), jedoch unter Heranziehung des § 138 BGB.

träge mit einem Über-/Unterordnungsverhältnis.⁹² Subordinationsrechtliche Verträge kommen auch im Zusammenhang mit einer wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gestattung in Betracht.⁹³ Oftmals wird in solchen Konstellationen eine Gegenleistung vereinbart. Besteht auf die Gestattung ein Anspruch oder ist ein eingeräumtes Ermessen auf Null reduziert, so ist der Vertrag gemäß § 56 Abs. 2 i.V.mit § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG nur dann wirksam, wenn die Gegenleistung Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 VwVfG sein könnte.⁹⁴

b) Koordinationsrechtliche Verträge

Koordinationsrechtliche Verträge erfassen demgegenüber öffentlich-rechtliche Verträge zwischen zwei Verwaltungsträgern.⁹⁵ Sie kommen insbesondere im kommunalen Bereich zur Anwendung und tragen den Charakter einer öffentlich-öffentlichen Partnerschaft (ÖÖP)/Public Public Partnership.⁹⁶ Zentrale rechtliche Rahmenbedingungen für diese Kooperationen enthalten die Gesetze zur kommunalen Zusammenarbeit.⁹⁷ Weisen diese Kooperationen zugleich einen Beschaffungsbezug auf, so können sie als »Instate-Geschäfte«⁹⁸ zudem eine Ausschreibungspflicht gemäß § 108 Abs. 6 GWB nach dem Vergaberecht auslösen.⁹⁹

3. *De lege ferenda: Einführung kooperationsrechtlicher Verträge für die Eingehung einer ÖPP/PPP?*

Die beiden geregelten Grundtypen vermögen allerdings nicht alle vertraglichen Vereinbarungen zu erfassen. Dies gilt insbesondere für die im Öffentlichen Wirtschaftsrecht besonders bedeutsame Öffentlich-Private Partnerschaft, soweit diese dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist (s.o. V.1.a).¹⁰⁰ Denn sie werden weder zwischen Verwaltungsträgern abgeschlossen und sind damit nicht koordinationsrechtlich, noch besteht hier regelmäßig ein Subordinationsverhältnis. Vielmehr treten hier ein Verwaltungsträger und Private auf der Ebene der Gleichordnung gegenüber. Zwar könnte versucht werden, solche Konstellationen in die vorhandene Zweiteilung »hineinzuzwängen«. Dann müsste aber entweder die Beschränkung der koordinationsrechtlichen Verträge auf solche zwischen Verwaltungsträ-

92 *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 110 m.w.N.

93 *Ziekow* (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 25. Zur möglichen Erstreckung auf die Eingriffsverwaltung *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 94.

94 *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 56 Rdnr. 40 ff.

95 *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 107.

96 Eingehend *Thorsten Ingo Schmidt*, Kommunale Kooperation, 2005.

97 Übersicht bei *Thorsten Ingo Schmidt*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2014, Rdnr. 765.

98 Zum Begriff *Jan Ziekow/Thorsten Siegel*, Public Private Partnership und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der »In-State-Geschäfte«?, *VerwArch* 96 (2005), 119 (126).

99 Hierzu jüngst *Thorsten Siegel*, Instate-Geschäfte - Die Ausschreibungspflicht horizontaler öffentlich-öffentlicher Kooperationen, *NZBau* 2018, 507 ff.

100 Zu den weiteren rechtlichen Rahmenbedingungen *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 80 f. Am Beispiel des Glücksspielrechts *Jörg Ennuschat*, Kooperation statt Konfrontation – Public Private Partnership im Glücksspielrecht, in: *Jung/Ruttig* (Hrsg.), *Festschrift für Manfred Hecker*, 2017, S. 83 ff.

gern aufgegeben werden.¹⁰¹ Oder es müsste ein Subordinationsverhältnis gleichsam fingiert werden.¹⁰² Sachgerechter erschiene es deshalb de lege ferenda, eine eigenständige dritte Kategorie einzuführen, die zugleich offen für eine differenzierende Maßstabsbildung ist.¹⁰³ Genau dieser Intention folgt die vorgeschlagene Einführung eines kooperationsrechtlichen Vertrags,¹⁰⁴ die auch Eingang in den Bund-Länder-Musterentwurf gefunden hat.¹⁰⁵

4. Der öffentlich-rechtliche Vertrag im EU-Eigenverwaltungsrecht

Gesonderte Betrachtung verdient der Verwaltungsvertrag im EU-Eigenverwaltungsrecht.¹⁰⁶ Dem Unionsrecht fehlt zwar eine ausdrückliche Anerkennung der Vertragsform als Handlungsinstrument; Art. 288 AEUV wird jedoch nur in Bezug auf einseitige Rechtsakte als abschließend angesehen, zumal die Möglichkeit vertraglicher Verpflichtungen in Art. 340 Abs. 1 AEUV anerkannt wird.¹⁰⁷ Art. 272 AEUV setzt zudem voraus, dass die Union sowohl öffentlich- als auch privatrechtliche Verträge schließen kann.¹⁰⁸ Im Zuge der stetig voranschreitenden Europäisierung des Verwaltungsrechts¹⁰⁹ findet der öffentlich-rechtliche Vertrag immer mehr Einsatzfelder.¹¹⁰ Allerdings fehlt bislang eine den §§ 54 ff. VwVfG entsprechende Kodifizierung. Diese Lücke möchte der ReNEUAL-Musterentwurf aus dem Jahre 2015 schließen, dessen Buch IV ausschließlich den Verträgen gewidmet ist.¹¹¹

VI. Einzelne Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts

Der öffentlich-rechtliche Vertrag kann grundsätzlich in allen Bereichen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts zum Einsatz kommen. Denn auch soweit dieses durch die Handlungsform des Verwaltungsakts dominiert wird, kann nach der Regelung des § 54 Satz 2 VwVfG der öffentlich-rechtliche Vertrag anstelle eines Verwaltungsakts

101 In diesem Sinne etwa *Christoph Brüning/Pino Bosesky*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), VwVfG, 2014, § 54 VwVfG Rdnr. 114.

102 Auf diesen Widerspruch hinweisend *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 111

103 In diesem Sinne bereits *Jan Ziekow/Thorsten Siegel*, Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages, *VerwArch* 94 (2003), 593 (608). Ebenso nunmehr *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 111.

104 Zum Begriff der Kooperation in diesem Zusammenhang auch BVerwG, Urteil vom 16.5.2000, BVerwGE 111, 162 (166).

105 Hierzu *Schmitz* (Fußn. 88), S. 17 (20 ff.).

106 Eingehend *Glaser* (Fußn. 29), S. 395 ff., sowie jüngst *Natasa Athanasiadou*, Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht, 2017.

107 *Glaser* (Fußn. 29), S. 395; *Stelkens* (Fußn. 3), § 54 Rdnr. 173.

108 Bereits zu Art. 238 und 288 EGV *Thomas von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 253.

109 Hierzu *Siegel* (Fußn. 3), insbes. Rdnr. 68 ff.

110 Aktueller Überblick bei *Stelkens* (Fußn. 3), § 54 Rdnr. 173.

111 Hierzu *Jean-Bernard Auby/Michael Mirschberger/Hanna Schröder/Ulrich Stelkens/Jacques Ziller* (Redaktionsteam), in: *Schneider/Hofmann/Ziller* (Fußn. 42), S. 99 ff.

geschlossen werden. Dies gilt etwa für das Gaststättenrecht.¹¹² Im Folgenden sollen jedoch solche Teilgebiete des Öffentlichen Wirtschaftsrechts behandelt werden, in denen diese Handlungsform bislang eine besondere Bedeutung entfaltet oder in jüngerer Zeit intensiver erörtert worden ist. Da die fachgesetzlichen Sonderregelungen typischerweise keine expliziten Aussagen zur Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge und zu den Anforderungen an diese enthalten, kommen in vielen Fällen §§ 54 ff. VwVfG zur Anwendung. Im Mittelpunkt steht hier nicht selten die Frage einer Zulässigkeit der Handlungsform. Auch die sonstigen Bestimmungen des VwVfG können gemäß § 62 Satz 1 VwVfG zur Anwendung kommen,¹¹³ werden durch fachgesetzliche Regelungen ihrerseits aber oftmals verdrängt.¹¹⁴

1. Subventionsrecht

In der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Praxis findet der öffentlich-rechtliche Vertrag sein Hauptanwendungsfeld im Subventionsrecht.¹¹⁵ Der öffentlich-rechtliche Subventionsvertrag kann zugleich als der bisher dogmatisch am weitesten erschlossene Anwendungsfall öffentlich-rechtlicher Verträge im Öffentlichen Wirtschaftsrecht eingeordnet werden.

a) Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Vertrags

Subventionen werden nach herkömmlichem Verständnis definiert als vermögenswerte Leistungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers an Privatpersonen ohne marktmäßige Gegenleistung zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks.¹¹⁶ Als Arten der Subvention sind verlorene Zuschüsse, Darlehen, Bürgschaften und Realförderungen zu unterscheiden.¹¹⁷ Diese Arten bilden zugleich eine wichtige Weichenstellung für die praktische Relevanz des öffentlich-rechtlichen Vertrags: Denn verlorene Zuschüsse werden typischerweise einseitig durch einen Bescheid bewilligt. Bei Darlehen und Bürgschaften kommt zudem oftmals die Zwei-Stufen-Theorie zur Anwendung, so dass die erste Stufe zwar dem Öffentlichen Recht zuzuordnen, aber einseitig ist, die zweite Stufe zwar vertraglicher Natur, aber dem Privatrecht zuzurechnen ist.¹¹⁸ Als Anwendungsfeld für den öffentlich-rechtlichen Vertrag verbleiben damit für den Bereich der Sub-

112 Zu – allerdings informalen – Absprachen im Gaststättenrecht *Schmidt am Busch* (Fußn. 80), S. 377 ff.

113 Übersicht bei *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 62 Rdnr. 5 ff. In einer weiteren Subsidiaritätsstufe können zudem gemäß § 62 Satz 2 VwVfG die Bestimmungen des BGB zur Anwendung kommen; Übersicht bei *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 62 Rdnr. 21 ff.

114 So zum Regulierungsrecht *Ziekow* (Fußn. 1), § 13 Rdnr. 21.

115 *Michael Fehling*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2016, § 54 VwVfG Rdnr. 42. Zum Subventionsrecht aus jüngerer Zeit *Dirk Ehlers*, *Rechtsfragen des Subventionsrechts*, DVBl. 2014, 1 ff.; *Korte* (Fußn. 13), S. 656 ff. (dort auf S. 664 f. zum Vertrag).

116 *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl. 2017, § 17 Rdnr. 5.

117 *Maurer/Waldhoff* (Fußn. 116), § 17 Rdnr. 6. Erweiterte Differenzierung bei *Ziekow* (Fußn. 1), 6 Rdnr. 58 ff.

118 *Fehling* (Fußn. 115), § 54 VwVfG Rdnr. 75.

ventionen lediglich solche Konstellationen, in denen auf einer Stufe eine vertragliche Lösung gefunden wird und diese zugleich dem Öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Allerdings sieht sich die Zwei-Stufen-Theorie auch im Bereich des Subventionsrechts zunehmender Kritik ausgesetzt.¹¹⁹ Und im Vergleich zur einseitigen Subventionsvergabe ermöglicht eine vertragliche Lösung die flexible Gestaltung von Subventionszwecken, Verwendungsbedingungen und Auszahlungsmodalitäten.¹²⁰ Wird aufgrund dieser Vorzüge ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen, so kommen die §§ 54 ff. VwVfG zur (subsidiären) Anwendung. Dies gilt etwa für die Anforderungen für Austauschverträge nach § 56 VwVfG oder die Nichtigkeitsfolge des § 59 VwVfG.¹²¹

b) Überlagerung durch Unionsrecht

Das nationale Subventionsrecht wird in Teilen vom europäischen Beihilfenrecht der Art. 108 ff. AEUV überlagert. Dies gilt sowohl für die Handlungsform des klassischen Subventionsbescheids¹²² als auch für die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags.¹²³ Dabei ist der Beihilfenbegriff gegenüber dem Subventionsbegriff enger, weil er Wettbewerbsverfälschungen voraussetzt.¹²⁴ Für die Annahme einer Beihilfe ist die Handlungsform jedoch nicht von Belang, da sie allein auf die Wirkungen einer mitgliedstaatlichen Leistung abstellt.¹²⁵ Während inhaltlich dem Unionsrecht widersprechende Beihilfeverträge anerkanntermaßen nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.mit § 134 BGB nichtig sind,¹²⁶ sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV umstritten. In der Rechtsprechung wird auch hier überwiegend Nichtigkeit angenommen.¹²⁷ Nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht ist der Vertrag gemäß § 58 Abs. 2 VwVfG bis zu einer (positiven) Entscheidung der Kommission schwebend unwirksam.¹²⁸ Für die zweite Ansicht spricht, dass sie die drastische Folge der endgültigen Nichtigkeit und des sich konsequenterweise anschließenden Erfordernisses eines Neuabschlusses vermeidet.¹²⁹ Sie sieht sich jedoch kompetentiellen Bedenken ausgesetzt, da § 58 Abs. 2

119 Zusammenfassend Jürgen Kühling, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fußn. 6), § 29 Rdnr. 23. Eingehend Stelkens (Fußn. 3), § 35 Rdnr. 112 ff.

120 Gurlit (Fußn 15), § 29 Rdnr. 3.

121 Eingehend hierzu Susanne Odeskog, Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt als Instrumente der Subventionsvergabe, 2013, S. 69 ff. und 90 ff.

122 Hierzu eingehend Ehlers (Fußn. 115), S. 1 (4 ff.); zusammenfassend Siegel (Fußn. 3), Rdnr. 379 f.

123 Hierzu Korte (Fußn. 13), S. 656 (664 f.).

124 Ziekow (Fußn. 1), § 6 Rdnr. 2.

125 Wolfram Cremer, in: Calliess/Ruffert (Fußn. 64), AEUV, Art. 107 Rdnr. 10.

126 Ehlers (Fußn. 115), S. 1 (9); Korte (Fußn. 13), S. 656 (664). Allgemein zu den Fehlerfolgen bei öffentlich-rechtlichen Verträgen Hufen/Siegel (Fußn. 53), Rdnr. 565 ff.

127 So etwa BGH, Urteil vom 5.12.2012, EuZW 2013, 753 (755) m.w.N.; ebenso etwa Maurer/Waldhoff (Fußn. 116), § 14 Rdnr. 53.

128 So insbesondere Gurlit (Fußn. 15), § 32 Rdnr. 2; ebenso etwa Ziekow (Fußn. 1), § 6 Rdnr. 112.

129 Ehlers (Fußn. 115), S. 1 (6), gelangt hingegen auch bei Einschlägigkeit des § 59 VwVfG zur schwebenden Unwirksamkeit.

VwVfG nicht an die Kommission adressiert ist.¹³⁰ Am sachgerechtesten wäre hier eine analoge Anwendung des § 58 Abs. 2 VwVfG.¹³¹ Zwar könnte der Begünstigte bei isolierter Betrachtung dadurch belastet werden.¹³² Bei gesamtheitlicher Betrachtung belasten sie den Begünstigten aber weniger als die alternative Nichtigkeit.

2. Vergaberecht

a) Grundsätzliche Zuordnung zum Privatrecht

Das Vergaberecht ist zwar einem weiter verstandenen Öffentlichen Wirtschaftsrecht zuzuordnen (s.o. II.3). Von Beginn an war jedoch umstritten, ob die Vergabe öffentlicher Aufträge dem Öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist.¹³³ Denn einerseits ist die Vergabe öffentlicher Aufträge öffentlich-rechtlich »durchtränkt«. Andererseits ist die Auftragsvergabe teilweise den fiskalischen Hilfsgeschäften, teilweise dem Verwaltungsprivatrecht i.e.S. zuzuordnen.¹³⁴ In dieser »Gemengelage« war teilweise die im Subventionsrecht etablierte Zwei-Stufen-Theorie aktiviert worden: Danach sollte in einer ersten Stufe öffentlich-rechtlich über das »Ob« entscheiden werden, in einer zweiten Stufe über den Vertragsinhalt. In einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 2007 hat das BVerwG der so entwickelten Zwei-Stufen-Theorie eine Absage erteilt und die Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich dem Privatrecht zugeordnet.¹³⁵ Dem liegt die berechtigte Erkenntnis zu Grunde, dass eine Abstufung hier mehr oder minder künstlich erscheint und dass sich der Staat als Nachfrager nicht von anderen Marktteilnehmern unterscheidet.

b) Folgerungen

Die grundsätzliche Zuordnung der Auftragsvergabe zum Privatrecht hat zur Folge, dass §§ 54 ff. VwVfG hier grundsätzlich nicht einschlägig sind. Deshalb kommt auch § 58 Abs. 1 VwVfG bei der Auftragsvergabe nicht zur Anwendung: Einer unmittelbaren Anwendbarkeit steht die Zuordnung zum Privatrecht entgegen.¹³⁶ Und eine analoge Anwendung scheidet an einer planwidrigen Lücke wegen der Möglichkeit zur Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes.¹³⁷ Zwar kommt auch bei der grundsätzlichen Zuordnung zum Privatrecht eine analoge Anwendung solcher

130 Korte (Fußn. 13), S. 656 (664 i.V.mit 660); Maurer/Waldhoff (Fußn. 116), § 14 Rdnr. 53.

131 So Sebastian Unger, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 8 Rdnr. 75 und 80.

132 So die im Ausgangspunkt berechtigten Bedenken bei Korte (Fußn. 13), S. 656 (664).

133 Eingehend zur Problematik Rainer Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 2007. Für eine Zuordnung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag etwa Schlette (Fußn. 53) S. 152 f.

134 Hierzu Gurlit (Fußn. 15), § 30 Rdnr. 7.

135 BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007, BVerwGE 129, 9 ff. Zustimmend etwa Thorsten Siegel, Die Zwei-Stufen-Theorie auf dem Rückzug, DVBl 2007, 942 ff.; kritisch etwa Martin Burgi, Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht, NVwZ 2007, 737.

136 Bonk/Neumann/Siegel (Fußn. 16), § 58 Rdnr. 8.

137 So zu Recht Jakob M. Bühs, Ist die Zustimmung von Dritten auf das Vergabeverwaltungsrecht anwendbar?, NdsVBl 2017, 40 (44). A.A. VG Düsseldorf, Beschluss vom 15.9.2016, NZBau 2017, 59 (64).

Bestimmungen des VwVfG in Betracht, die im Rechtsstaatsprinzip verankert sind. Dies gilt etwa für das Neutralitätsgebot.¹³⁸ Allerdings existieren hier weitgehend Sondervorschriften, etwa in § 6 VgV oder nunmehr auch § 4 UvGO, die einer Analogie entgegenstehen.

c) (Teilweise) Zuordnung der Konzessionsvergabe zum Öffentlichen Recht

Einige Bereiche des Vergaberechts sind jedoch dem Öffentlichen Recht zuzuordnen. Relevant wird dies etwa bei der Vergabe von Konzessionen. Diese unterscheiden sich von herkömmlichen öffentlichen Aufträgen dadurch, dass der Unternehmer das (überwiegende) wirtschaftliche Risiko trägt (s.o. II.3.b).¹³⁹ Zwar vermag die Verlagerung des wirtschaftlichen Risikos auf den Unternehmer alleine bei ansonsten identischen Rahmenbedingungen keine abweichende Zuordnung zu rechtfertigen.¹⁴⁰ Allerdings kann der Gesetzgeber eine explizite Zuordnung zum Öffentlichen Recht vornehmen. So erfolgt die Vergabe von Rettungsdienstkonzessionen oftmals durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.¹⁴¹ Die Zuordnung zum Öffentlichen Recht ermöglicht hier grundsätzlich eine Anwendung der §§ 54 ff. VwVfG. Allerdings werden diese inhaltlich zudem weit gefassten Regelungen oftmals durch wesentlich konkretere fachrechtlichen Sonderregelungen verdrängt. So enthalten §§ 148 ff. GWB und die KonzVgV im Oberschwellenbereich detaillierte Vorgaben für die Vergabe von Konzessionen.¹⁴² Deshalb richtet sich die Kündigung solcher Verträge nicht nach § 60 VwVfG,¹⁴³ sondern nach § 154 Nr. 4 GWB i.V.mit § 133 GWB.¹⁴⁴ Zwar sollen auch nach Einführung der Kündigungsmöglichkeit nach § 154 GWB die bislang bestehenden Kündigungsrechte bestehen bleiben.¹⁴⁵ Diese Aussage bezieht sich jedoch auf spezifische Kündigungsgründe wie etwa nach § 314 BGB, die ihrerseits aus Spezialitätsgründen dem § 60 VwVfG vorgehen.¹⁴⁶ Und die Vermeidung von Interessenkonflikten ist in § 5 KonVgV spezialgesetzlich geregelt,¹⁴⁷ so dass es keines Rückgriffs (mehr) auf § 20 VwVfG bedarf.¹⁴⁸ Ein möglicher Anwendungsbereich der §§ 54 ff. VwVfG verbleibt indessen im Unterschwellenbereich.

138 Ziekow/Siegel (Fußn. 56), S. 30 (34)

139 Zum Begriff Ziekow (Fußn. 18) § 105 GWB Rdnr. 4 ff. m.w.N.

140 Thorsten Siegel, Das Haushaltsvergaberecht – Systematisierung eines verkannten Rechtsgebiets, *VerwArch* 107 (2016), 1 (27).

141 BGH, Beschluss vom 23.1.2012, NZBau 2012, 248 (250).

142 So zu Recht *Burgi* (Fußn. 15), § 24 Rdnr. 9 (dort Fußn. 13) gegen *Müller* (Fußn. 22), S. 266 (269 f.).

143 So aber *Müller* (Fußn. 22), S. 266 (269).

144 Hierzu *Thorsten Siegel*, in: Ziekow/Völlink (Fußn. 18) § 154 GWB Rdnr. 11 ff.

145 BT-Drucks. 18/6281, S. 120.

146 Zu dieser Subsidiarität auch des § 60 VwVfG *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 60 Rdnr. 9.

147 Hierzu *Klaus Greb*, Die vergaberechtliche Behandlung von Interessenkonflikten, NZBau 2016, 262 ff.

148 *Siegel* (Fußn. 20), S. 1672 (1673).

d) Vergleichsverträge im Vergaberecht

Bisher wenig untersucht wurde die Qualifikation von Vergleichsverträgen im Vergabenaachprüfungsverfahren.¹⁴⁹ Die Zulässigkeit von Vergleichsverträgen im Vergabenaachprüfungsverfahren ist trotz fehlender ausdrücklicher Regelung in Praxis und Literatur anerkannt,¹⁵⁰ wobei zutreffenderweise eine Zuordnung des Vergleichsvertrags zum Privatrecht erfolgt.¹⁵¹ Zwar ist das Nachprüfungsverfahren nach §§ 155 ff. GWB ein Verwaltungsverfahren i.S.d. § 9 VwVfG.¹⁵² Allerdings weist der Vergleichsvertrag eine Doppelnatur auf:¹⁵³ Er ist einerseits Verfahrenshandlung, was bei einem Abschluss vor den Vergabekammern für seine öffentlich-rechtliche Natur spräche. Andererseits ist er auch ein materielles Rechtsgeschäft und insoweit grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnenden Vergabeverfahren verhaftet (s.o. a). Dies spricht letztlich für eine akzessorische Zuordnung auch des Vergleichsvertrags.

e) Vergaben durch unionale Stellen

Beschaffungen der EU-Eigenverwaltung richten sich nach einem von den europäischen Vergaberichtlinien unabhängigen europäischen Haushaltsvergaberecht.¹⁵⁴ Zentrale Regelungen finden sich in den Art. 101 ff. der Verordnung über die Haushaltsordnung und über den Gesamthaushaltsplan der Union¹⁵⁵ sowie in den Art. 121 ff. der Anwendungsbestimmungen zur Verordnung.¹⁵⁶ Dabei beschränkt sich deren Anwendungsbereich nach Art. 101 Abs. 1 HaushaltsO auf »entgeltliche Verträge«. Daraus wird teilweise gefolgert, dass Konzessionen nicht erfasst seien.¹⁵⁷ Diese mögen zwar einem anderen Rechtsregime unterstehen als herkömmliche Vergaben. Jedoch zeigen bereits Art. 5 Nr. 1 sowie Erwägungsgrund 11 der Konzessionsrichtlinie,¹⁵⁸ dass der europäische Gesetzgeber Konzessionen als »entgeltliche Verträge« qualifiziert. Diese bei der Beschaffung geschlossenen Verträge werden als unionale Verwaltungsverträge qualifiziert und damit dem Öffentlichen Recht zugeordnet.¹⁵⁹ Beschaffungen der EZB liegt zudem ein gesondertes Vergaberechtsregime zugrunde.¹⁶⁰

149 Zum Vergleichsvertrag jüngst *Heinrich Amadeus Wolff*, Der Vergleichsvertrag wegen Rechtszweifeln, *VerwArch* 108 (2017), 197 ff.

150 Eingehend *Meinrad Dreher/Peter Glöckle*, Der Vergleich im Vergabenaachprüfungsverfahren, – Teil 1, *NZBau* 2015, 459 ff.; Teil 2, *NZBau* 2015, 529 ff. Zuvor etwa *Sebastian Conrad*, Rechtsfragen des Vergleichs im Vergabenaachprüfungsverfahren, *ZfBR* 2014, 658 ff.

151 *Dreher/Glöckle* (Fußn. 150), S. 460; *Conrad* (Fußn. 150), S. 663.

152 *Ziekow/Siegel* (Fußn. 56), S. 30 (31 f.).

153 *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 55 Rdnr. 12 ff.

154 Instruktive Übersicht bei *Burgi* (Fußn. 15), § 5 Rdnr. 5 ff.

155 VO (EU) Nr. 966/2012, *Abl.* 2012 L 298 S. 1.

156 Delegierte VO (EU) Nr. 1268/2012, *ABl.* 2012 L 362 S. 1.

157 *Burgi* (Fußn. 15), § 5 Rdnr. 7.

158 *RL* 2014/23/EU, *ABl.* L 94/58. Hierzu allgemein *Thorsten Siegel*, Der neue Rechtsrahmen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, *VergabeR* 2015, 265 ff.

159 Hierzu sowie zu weiteren sekundärrechtlichen Konstellationen *Glaser* (Fußn. 29), S. 396 f.

160 Hierzu *Fabian von Lindeiner*, Neue Vergaberegeln der Europäischen Zentralbank, *VergabeR* 2016, 580 ff.

3. Glücksspielrecht

Der Betrieb von Spielhallen und Spielbanken bedarf einer gewerberechtlichen Konzession. Das entsprechende Zulassungserfordernis für Spielhallen richtet sich im Ausgangspunkt nach §§ 33i f. GewO, wird jedoch seit der Föderalismusreform 2006 zunehmend durch landesrechtliche Sonderregelungen ersetzt.¹⁶¹ Demgegenüber ist der Betrieb von Spielbanken nach der Regelung des § 33h GewO von vornherein dem Regime der GewO entzogen und richtet sich nach Landesrecht.¹⁶² Zentral gesteuert wird das Glücksspielrecht durch den Glücksspielstaatsvertrag vom 15.12.2011.¹⁶³ In beiden Konstellationen handelt es sich um eine Konzession im gewerberechtlichen Sinne, die zumindest im Ausgangspunkt nach § 54 Satz 2 VwVfG durch eine vertragliche Regelung ersetzt werden kann (s.o. II.1.).¹⁶⁴ Aktuell umstritten ist, inwieweit es sich zugleich um eine Konzession im vergaberechtlichen Sinne handelt.¹⁶⁵ Hier hat das OVG Münster bei der Erteilung einer Spielhallenerlaubnis den erforderlichen Beschaffungsbezug verneint und dies mit der primär ordnungsrechtlichen Zielsetzung begründet.¹⁶⁶ Demgegenüber hat das OLG Hamburg der Erteilung einer Spielbankkonzession einen Beschaffungsbezug attestiert und dies auf die im Glücksspielstaatsvertrag verankerte Zielsetzung der Bedarfsbefriedigung der Bevölkerung sowie der Spielsucht- und Schwarzmarkt bekämpfung gestützt.¹⁶⁷ Trotz der abweichenden Rechtsgrundlagen und der Unterschiede des Betriebs von Spielhallen und Spielbanken besteht zwischen beiden Entscheidungen ein Spannungsverhältnis.¹⁶⁸ Auch wenn das Vergaberechtsregime bei der Konzessionsvergabe einschlägig sein kann, ist bei der Feststellung eines Beschaffungsbezugs Zurückhaltung geboten. Denn gerade dann, wenn auch eine Motivation im Bereich der Gefahrenabwehr und der Daseinsvorsorge ausreichen würde, wären nur noch wenige Konstellationen ohne Beschaffungsbezug denkbar, und die Grenze zwischen Ordnungsrecht und Beschaffungsrecht würde nivelliert.¹⁶⁹

161 Hierzu *Dirk Ehlers*, Gewerberecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fußn. 6), § 18 Rdnr. 46 f. Eine landesrechtliche Sonderregelung trifft etwa § 2 des Berliner Spielhallengesetzes vom 20.5.2011 (GVBl. 2011, S. 223), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.3.2016 (GVBl. 2016, S. 117).

162 So statuiert etwa § 2 Abs. 1 des Berliner Spielbankengesetzes vom 8.2.1999 (GVBl. 1999, S. 70), zuletzt geändert durch Gesetz vom 3.3.2010 (GVBl. 2010, S. 124), ein Zulassungserfordernis.

163 Hierzu *Alexander Windoffer*, Der neue Glücksspielstaatsvertrag: Ein wichtiger Beitrag zur Gesamtkohärenz des deutschen Regulierungsregimes, *GewArch* 2012, 388 ff. Eingehend zum Glücksspielrecht *Alexander Maks Wit*, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015.

164 So auch *Ennuschat* (Fußn. 100), S. 83 (90 f.). Allgemein zu diesem Grundsatz *Ziekow* (Fußn. 1), § 5 Rdnr. 25.

165 Zu den Anforderungen an die Vergabe von Sportkonzessionen im Unterschwellenbereich *Christian Braun*, Konzessionsvergaben für Sportwetten – Maßstab für alle verwaltungsrechtlichen Konzessionsauswahlverfahren?, *NZBau* 2016, 266 ff.

166 OVG Münster, Beschluss vom 8.6.2017, *NWVBl.* 2017, 431 ff.

167 OLG Hamburg, Beschluss vom 1.11.2017, *VergabeR* 2018, 35, 39.

168 So zu Recht die Anmerkung zur Entscheidung des OLG Hamburg von *Christoph von Donat/Melanie Plauth*, *VergabeR* 2018, 43 f.

169 Hierzu *Thorsten Siegel*, Anmerkung zur Entscheidung des OLG Hamburg, *jurisPR-VergR* 3/2018 Anm. 4.

4. Straßenrecht

a) Straßenrechtliche Sondernutzung

Öffentliche Straßen werden nicht nur für Zwecke des Verkehrs, sondern ganz wesentlich auch als Raum für Wertschöpfung genutzt.¹⁷⁰ Weite Bereiche wirtschaftsrelevanter Nutzungen des öffentlichen Straßenraums unterfallen dabei straßenrechtlichen Sondernutzungsregimen.¹⁷¹ Auch im Zusammenhang mit einer straßenrechtlichen Sondernutzung kann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden.¹⁷² Einen Anwendungsbereich für öffentlich-rechtliche Verträge im wirtschaftlich relevanten Straßenrecht bildet die Substitution von Sondernutzungserlaubnissen für die Nutzung des öffentlichen Raums für Werbezwecke durch sog. Werbenutzungsverträge.¹⁷³ Im Gegenzug für die Gewährung von Werbenutzungsrechten verpflichten sich die Werbetreibenden häufig nicht nur zu eigenverantwortlicher Errichtung, Betrieb und Instandhaltung der Werbeanlagen, sondern auch von weiteren öffentlichen Anlagen, die im öffentlichen Interesse vorgehalten werden sollen.¹⁷⁴ Die »Verteilung« von Sondernutzungserlaubnissen gerät so in den Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn mit der Verteilungsentscheidung der öffentlichen Hand zugleich ein Beschaffungselement verbunden ist.¹⁷⁵ Diese Überschneidung kann durch eine strikte Trennung von Vergabe- und Erlaubnisverfahren handhabbar gemacht werden, wobei im Vergabeverfahren die Auswahlfrage beantwortet werden soll, während im Erlaubnisverfahren die straßenrechtlichen Aspekte Berücksichtigung finden könnten.¹⁷⁶

b) Nebenbetriebe an Bundesautobahnen

Auch der Bau und Betrieb von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen nach § 15 FstrG ist dem Bereich der wirtschaftlichen Nutzung von Straßen zuzuordnen.¹⁷⁷ Nach § 15 Abs. 2 FstrG sind Bau und Betrieb von Nebenbetrieben nur auf Grundlage einer Übertragung möglich. Die Möglichkeit, die Übertragung von Bau und Betrieb unter Auflagen, Bedingungen und befristet vorzunehmen, qualifiziert den Übertragungsakt im Umkehrschluss selbst als Verwaltungsakt. Auch hier besteht allerdings die in der Praxis häufig genutzte Möglichkeit, im Rahmen eines alternativen öffentlich-rechtlichen Vertrags den Bau oder Betrieb auf einen Dritten zu

170 Realanalyse bei *Martin Burgi*, Die Straße als Wettbewerbsraum – Beschaffung und Verteilung bei Sondernutzungstatbeständen, NVwZ 2017, 257 f.

171 Eingehend *Michael Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 2. Aufl. 2010, § 8.

172 Beispiel bei VGH Kassel, Beschluss vom 15.12.2014, LKRZ 2015, 163 f. (Durchführung eines Weihnachtsmarktes).

173 Eingehend *Christoph Möllers*, Vereinbarkeit des Geschäftsmodells Außenwerbung mit dem verwaltungsrechtlichen Koppelungsverbot, LKV 2017, 289 ff. Hierzu bereits *Schlette* (Fußn. 53), S. 316 ff.

174 Zur Zulässigkeit unter dem Aspekt des Kopplungsverbots *Möllers* (Fußn. 173), 289 (293 ff.).

175 *Burgi* (Fußn. 170), S. 257 (260 f.); *Müller* (Fußn. 22), S. 266 (268).

176 *Burgi* (Fußn. 170), S. 257 (260).

177 *Burgi* (Fußn. 170), S. 257 (259).

übertragen.¹⁷⁸ Da zugleich typischerweise ein Beschaffungsbezug vorliegt und die Schwellenwerte überschritten werden, ist die Vergabe einer solchen Dienstleistungskonzession¹⁷⁹ ausschreibungspflichtig nach §§ 148 ff. GWB i.V.mit der KonzVgV. Dem wird zwar teilweise entgegengehalten, dass § 15 Abs. 2 FStrG als speziellere Regelung dem GWB vorgehe und dem GWB als späterem Gesetz kein Derogationswille gegenüber der spezielleren Regelung im FStrG zu entnehmen sei.¹⁸⁰ Gerade die Normierung expliziter allgemeiner und besonderer Ausnahmen nach §§ 107 ff. und 149 f. GWB steht jedoch der Annahme »stillschweigender« Ausnahmen entgegen. Abgesehen davon enthält § 15 FStrG gerade keine Regelung zum Auswahlverfahren.

5. Kartellrecht

a) Entwicklung sog. Zusageverträge

Auch das maßgeblich durch Unionsrecht gesteuerte Kartellrecht wird grundsätzlich durch einseitige ordnungsrechtliche Maßnahmen geprägt.¹⁸¹ Gleichwohl ist auch auf diesem Gebiet der öffentlich-rechtliche Vertrag in der Vergangenheit zur Anwendung gekommen. Dies galt auch für den besonders sensiblen Bereich der Fusionskontrolle. Hier wurden auch öffentlich-rechtlich zu qualifizierende Zusageverträge geschlossen, bei denen zur Verhinderung einer Untersagungsverfügung dem Bundeskartellamt vertragliche Zusagen gemacht werden, welche die Wettbewerbskonformität herstellen sollen.¹⁸² Mit der 6. GWB-Novelle 1998 wurde sodann das Instrument der Freigabeverfügung in § 40 GWB¹⁸³ und mit der 7. GWB-Novelle 2005 in § 32b GWB das Instrument der Zusageverfügung eingeführt.¹⁸⁴ Bei der Zusageverfügung nach § 32b GWB können Unternehmen danach durch Angebot geeigneter Verpflichtungen das Absehen von einer Abstellungsverfügung erreichen, wenn diese Verpflichtungszusage des Unternehmens von der Kartellbehörde durch Verfügung für verbindend erklärt wird. Dabei handelt es sich um einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt.¹⁸⁵ Aufgrund der Neuregelung wird die vormalige Zusagepraxis auf Grundlage öffentlich-rechtlicher Verträge zwar heute

178 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6.2.2013, VergabeR 2013, 570 ff.; *Dorothee Linke*, in: Marschall, FStrG, 6. Aufl. 2012, § 15 Rdnr. 19 f.; *Hermann Müller*, in: Müller/Schulz, FStrG, 2. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 8 f.

179 Zur Qualifikation als Dienstleistungskonzession *Linke* (Fußn. 178), § 15 Rdnr. 16 f.; so auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 6.2.2013, VergabeR 2013, S. 570 ff.

180 So *Müller* (Fußn. 22), S. 266 (268).

181 Übersicht bei *Terhechte* (Fußn. 65), § 37 Rdnr. 71 ff.

182 Hierzu bereits *Rupert Scholz*, Zusagen Privater und öffentlich-rechtliche Verträge im Rahmen der Fusionskontrollen, in: Gutzler (Hrsg.), Wettbewerb im Wandel – Festschrift für Eberhard Günther, 1976, S. 223 ff. *Ulrich Hösch*, Die Zulässigkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, BB 1995, 1917 ff.; *Schlette* (Fußn. 53), S. 315 f.

183 BT-Drucks. 13/9720, S. 14 f. (Text) und S. 59 f. (Begründung).

184 BT-Drucks. 15/3640, S. 10 (Text) und S. 51 f. (Begründung).

185 *Albrecht Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 5. Aufl. 2014, § 32b GWB Rdnr. 5. Zur Abgrenzung des mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts vom öffentlich-rechtlichen Vertrag *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 35 m.w.N.

als überkommen angesehen.¹⁸⁶ Gleichwohl ist der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Zusagevertrages nach dem Willen des Gesetzgebers nach wie vor zulässig.¹⁸⁷

b) Der besonders sensible Bereich der Fusionskontrolle

Nach § 40 Abs. 3 GWB kann die Freigabe einer Fusion mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden um sicherzustellen, dass die gegenüber dem Bundeskartellamt eingegangenen Verpflichtungen erfüllt werden. Bereits der Aufführung klassischer Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt kann eine Fokussierung auf eine Zusageverfügung entnommen werden. Zudem besteht aufgrund der Regelung des § 40 Abs. 3 GWB grundsätzlich kein Bedürfnis mehr zum Abschluss eines Zusagevertrages.¹⁸⁸ Teilweise wird sogar die Unzulässigkeit eines entsprechenden Vertragsschlusses angenommen.¹⁸⁹ Letzterem ist jedoch nicht zuzustimmen: Denn die Einführung der Zusageverfügung in § 40 Abs. 3 GWB wurde lediglich mit der rechtlichen Unklarheit entsprechender Zusageverträge begründet.¹⁹⁰ Zudem ist die Fokussierung auf einen Verwaltungsakt in § 40 Abs. 3 GWB weniger stark ausgeprägt als in § 32b GWB, wo in Abs. 1 Satz 1 explizit eine »Verfügung« aufgeführt wird. Von der zu bejahenden Zulässigkeit der Vertragsform streng zu unterscheiden ist jedoch auch hier die Zulässigkeit des Vertragsinhalts.¹⁹¹

6. Bankenaufsichtsrecht

Das Bankenaufsichtsrecht rückt in jüngerer Zeit immer stärker in den Blickpunkt des Öffentlichen Wirtschaftsrechts. Dabei handelt es sich um eine Sonderform der Gewerbeaufsicht.¹⁹² Folgerichtig bestehen daher ordnungsrechtliche präventive Eröffnungskontrollen – insbesondere nach § 32 Abs. 1 KWG – und repressive Eingriffsbefugnisse – etwa nach § 6 Abs. 3 KWG.¹⁹³ Daraus lässt sich jedoch auch im Bankenaufsichtsrecht kein Handlungsformverbot für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ableiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn den Aufsichtsbehörden ein Ermessen eröffnet wird oder die Möglichkeit von Nebenbestimmungen besteht; so kommt etwa ein »Erwerbsuntersagungsabwendungsvertrag« in Betracht.¹⁹⁴

186 *Bach* (Fußn. 185), § 32b GWB Rdnr. 5. Folgerichtig daher auf eine Verpflichtungsverfügung fokussiert *Eckard Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht – Kommentar, 3. Aufl. 2016, § 32b GWB Rdnr. 9.

187 BT-Drucks. 15/3640, S. 34. Ebenso *Bach* (Fußn. 185), § 32b GWB Rdnr. 7; eingehende Begründung bei *Bernhard J. Georgii*, Formen der Kooperation in der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im europäischen, deutschen und englischen Recht, 2013, S. 252 ff. m.w.N.

188 *Stefan Thomas*, in: Immenga/Mestmäcker (Fußn. 185), § 40 GWB Rdnr. 129.

189 *Alexander Riesenkampff/Sebastian Steinbarth*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Lindemann (Fußn. 186), § 40 GWB Rdnr. 28 m.w.N.

190 BT-Drucks. 13/9720, S. 60.

191 Zu dieser Abgrenzung *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 98 ff.

192 *Christoph Ohler*, Bankenaufsichtsrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fußn. 6), § 32 Rdnr. 10.

193 Übersicht bei *Ann-Katrin Kaufhold*, Finanz- und Börsenaufsicht, in: Schmidt/Wollenschläger (Fußn. 131), § 14 Rdnr. 85 ff.

194 Hierzu sowie zur Handlungsformenlehre in der Bankenaufsicht grundlegend *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (887 f.).

Kooperationen auf dem Gebiet der Bankenaufsicht erfolgen allerdings typischerweise unterhalb der Schwelle der Rechtsförmlichkeit.¹⁹⁵

7. Telekommunikationsrecht

Auch im Telekommunikationsrecht nimmt die Handlungsform des Verwaltungsakts eine bedeutsame Rolle ein. Zwar wird die Regulierung insgesamt von einem Instrumentenmix geprägt.¹⁹⁶ Die eigentliche Regulierungsverfügung ergeht jedoch in Form eines Verwaltungsakts.¹⁹⁷ Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in der Regelung des § 132 Abs. 1 Satz 2 TKG, wonach der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur durch Verwaltungsakt entscheiden. Der strengen Formulierung »ergeht durch Verwaltungsakt« ist zu entnehmen, dass die Regulierungsverfügung nicht durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ersetzt werden kann.¹⁹⁸ Diese Aussage ist jedoch begrenzt auf die das Verfahren abschließenden Regulierungsverfügungen. Demgegenüber zulässig sind Verträge »im Vor- und Umfeld«¹⁹⁹ der eigentlichen Regulierungsverfügung. Denn ein strenges Handlungsformverbot stünde in Widerspruch zum weit gefassten Aufgabenbereich der Regulierung nach dem TKG.²⁰⁰ Hieraus wird teilweise gefolgert, dass insoweit auch die Bestimmung des § 58 Abs. 1 VwVfG zu Anwendung kommen kann.²⁰¹ Dagegen spricht jedoch die besondere Regelung der Verfahrensrechte der Beteiligten nach §§ 134 ff. TKG.²⁰² Auch Frequenzzuteilungen nach § 55 TKG erfolgen grundsätzlich in Form eines Verwaltungsakts.²⁰³ Gleichwohl besteht auch hier kein Handlungsformverbot für eine vertragliche Vereinbarung.²⁰⁴

8. Energiewirtschaftsrecht

Schließlich kommt dem öffentlich-rechtlichen Vertrag auch im Energiewirtschaftsrecht eine zunehmende Bedeutung zu. So wurde etwa im Zusammenhang mit dem Kernenergieausstieg ein gesetzesbegleitender öffentlich-rechtlicher Vertrag

195 So der Befund von *Gurlit* (Fußn. 40), S. 862 (888), welche dies auf die Aufsichtskultur der BaFin zurückführt.

196 *Ziekow* (Fußn. 1) § 13 Rdnr. 18 ff.

197 *Markus Ludwigs*, Netzregulierungsrecht (mit Schwerpunkt TKG), in: Schmidt/Wollenschläger (Fußn. 131), § 12 Rdnr. 51; *Ziekow* (Fußn. 1), § 14 Rdnr. 32.

198 So etwa *Thorsten Attendorn/Martin Geppert*, in: Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 132 TKG Rdnr. 31 m.w.N. in Fußn. 71.

199 So die Formulierung bei *Schlette* (Fußn. 53), S. 563.

200 So zu Recht *Jürgen Kühling/Stefan Bulowski*, Zulässigkeit und Ausgestaltungsmöglichkeiten öffentlich-rechtlicher Verträge im Rahmen des TKG, N&R 2015, 261 (265).

201 So *Kühling/Bulowski* (Fußn. 200), S. 262 (266 ff.), die jedoch im dort vorliegenden Fall einen Eingriff i.S.d. § 58 Abs. 1 VwVfG verneinen. Zu Letzterem allgemein *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 58 Rdnr. 10 ff.

202 So die parallele Argumentation zu §§ 65 ff. EnWG von *Martin Kment*, Energierecht, in: Schmidt/Wollenschläger (Fußn. 131), § 13 Rdnr. 108. Ebenso allgemein zum Regulierungsrecht *Ziekow* (Fußn. 1), § 13 Rdnr. 21. Zu den Verfahrensanforderungen im Einzelnen *Martin Eifert*, Telekommunikation, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fußn. 6), § 23 Rdnr. 134.

203 So etwa *Guido Göddel*, in: Geppert/Schütz (Fußn. 198), § 55 Rdnr. 14.

204 So inzident VG Köln, Urteil vom 17.11.2010 – 21 K 5862/09 – Rdnr. 21 ff. und 88 f.; Urteil vom 13.6.2013 – 1 K 3584/13, Rdnr. 5 – juris.

geschlossen.²⁰⁵ Allerdings erfolgt die eigentliche Regulierung auch hier oftmals in Form einer Regulierungsverfügung und damit eines Verwaltungsakts. Insbesondere enthält § 65 Abs. 2 EnWG die Befugnis zur Anordnung von Maßnahmen zur Einhaltung der Pflichten nach dem EnWG.²⁰⁶ Das Verfahren ist allerdings in §§ 65 ff. EnWG spezialgesetzlich geregelt und geht daher den Anforderungen des VwVfG vor.²⁰⁷ Aber auch im Energiewirtschaftsrecht lässt sich daraus kein allgemeines Handlungsformverbot für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ableiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn man § 65 EnWG als Nachbildung des § 32 GWB ansieht, der ebenso wenig einer vertraglichen Vereinbarung schlechthin entgegensteht (s.o. VI.5.a).²⁰⁸ So hat die Bundesnetzagentur im Jahre 2009 einen öffentlich-rechtlichen Vergleichsvertrag mit zwei Gazprom-Gesellschaften und der Netzbetreiberin OPAL geschlossen. Dieser wurde zwar teilweise als unzulässig eingestuft.²⁰⁹ Bei genauerer Betrachtung richten sich – wie so häufig – die Bedenken allerdings nicht gegen die Vertragsform, sondern gegen die Gewährung einer weitergehenden Ausnahme und damit gegen den Inhalt des Vertrags.²¹⁰ Je bedeutsamer allerdings eine inhaltlich unzulässige Absprache für den gesamten Vertrag ist, desto stärker nähert sich im Ergebnis ein Inhaltsverbot einem Vertragsformverbot an.

VII. Fazit und Ausblick

Der öffentlich-rechtliche Vertrag mag zwar im Öffentlichen Wirtschaftsrecht noch nicht so verbreitet sein wie in anderen Materien des Besonderen Verwaltungsrechts. Er findet jedoch zunehmende Verbreitung. Dies gilt insbesondere dann, wenn die häufig angenommenen Handlungsformverbote richtigerweise als Inhaltsverbote identifiziert werden. Zunehmenden Auftrieb könnte der öffentlich-rechtliche Vertrag auch im Öffentlichen Wirtschaftsrecht durch die nach wie vor anstehende Reform der §§ 54 ff. VwVfG erhalten. Bereits seit dem Jahre 2004 liegt hier ein Bund-Länder-Musterentwurf vor,²¹¹ der vorbereitet wurde durch zwei wissenschaftliche Gutachten.²¹² Die Reformvorschläge aus dem Musterentwurf sind zwar

205 Hierzu *Holger Schmitz/Max Helleberg/Stefan Martini*, Kernenergieausstieg – Staat und Unternehmen zwischen Eingriffsgesetzen und konsensualen Lösungstechniken, NVwZ 2017, 1332 (1335). Zur Abgrenzung gegenüber »verwaltungsrechtlichen« Staatsverträgen *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 49.

206 *André Turiaux*, in: *Kment* (Hrsg.), EnWG, 2015, § 65 Rdnr. 11 (»Verbots- und Gebotsverfügung«).

207 *Kment* (Fußn. 202), § 13 Rdnr. 108. Zu den Verfahrensanforderungen im Einzelnen *Jürgen Kühling/Winfried Rasbach/Claudia Busch*, *Energierecht*, 4. Aufl. 2018, § 12 Rdnr. 2 ff. Aufgrund der abdrängenden Sonderzuweisung des § 75 Abs. 4 EnWG führt der Rechtsweg jedoch zu den Ordentlichen Gerichten; *Kment*, aaO Rdnr. 109.

208 *Kühling/Rasbach/Busch* (Fußn. 207), § 12 Rdnr. 3.

209 So *Janka Schwaibold/Stefanie Geiger*, Öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen OPAL, Gazprom und BNetzA, IR 2014, 30 ff.

210 Zu dieser Unterscheidung *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 98 ff.

211 Text bei *Schmitz* (Fußn. 88), S. 17 ff.

212 *Gunnar Folke Schuppert* und *Jan Ziekow*, in: *BMI* (Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht*, 2001. Zur Reform der §§ 54 ff. VwVfG auch *Tonio Gas*, Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrags, *Die Verwaltung* 45 (2012), 43 ff.

bislang nicht im Gesetzgebungsverfahren weiterverfolgt worden, stehen jedoch nach wie vor auf der Agenda.²¹³ Für das Öffentliche Wirtschaftsrecht von besonderer Bedeutung wäre die Anerkennung eines kooperationsrechtlichen Vertrags als dritte Grundkategorie des öffentlich-rechtlichen Vertrags (s.o. V.3.).²¹⁴ Die Vorteile konsensualen Handelns für das Öffentliche Wirtschaftsrecht sollten auch bis dahin nicht weiter unberücksichtigt bleiben.

213 *Heribert Schmitz/Lorenz Prell*, Neues zum E-Government, NVwZ 2016, 1273 (1280).

214 *Dirk Ehlers*, Die Entwicklung des kodifizierten Verwaltungsverfahrenrecht, JURA 2016, 603 (608). Zu weiteren Reformvorschlägen *Bonk/Neumann/Siegel* (Fußn. 16), § 54 Rdnr. 7 ff. m.w.N.