

## § 10 Sonstiges Verwaltungshandeln

1

Während für das klassische Verwaltungsrecht das obrigkeitliche Verwaltungshandeln, also das Handeln durch Verwaltungsakt, die typische und deshalb im Vordergrund des Interesses stehende Handlungsform der Verwaltung war, haben nicht zuletzt mit der Ausweitung moderner Leistungsverwaltung weitere Formen des Verwaltungshandelns zunehmend an Bedeutung und/oder rechtlicher Aufmerksamkeit gewonnen. Dies betrifft einmal das öffentlich-rechtliche Handeln der Verwaltung außerhalb der obrigkeitlichen Handlungsform. Insofern wandte sich das Interesse zunächst - neben den in den Verwaltungsverfahrensgesetzen geregelten speziellen Handlungsformen „**Zusage**“ und „**öffentlich-rechtlicher Vertrag**“ - den verschiedenen Formen des **Plans** zu. Inzwischen hat das **informationelle Verwaltungshandeln** verstärkt Beachtung gefunden. Schließlich hat die **staatliche Güternachfrage am Markt** eine differenzierte normative Regelung erfahren, die vor allem das Zustandekommen der vertraglichen Beziehungen zwischen Staat und privaten Anbietern von Sach- und Dienstleistungen unterschiedlichen rechtlichen Regelwerken unterwirft.

### I. Informationelles Verwaltungshandeln

2

Die sprunghaft gestiegenen Möglichkeiten der Speicherung, Vernetzung, Verarbeitung und Verbreitung von Informationen, die die elektronische Informations- und Kommunikationstechnik eröffnet hat<sup>1</sup>, erklären die wachsende Bedeutung informationellen Verwaltungshandelns. Insbesondere bei der Herstellung komplexerer Entscheidungen muss der Staat auf eine Fülle von Informationen zurückgreifen<sup>2</sup>. Deren Transformation in die Gesellschaft löst wiederum entsprechende Kommunikationsvorgänge aus. Umgekehrt ist der Bürger in vielen Fällen auf staatliche Informationen über rechtliche Randbedingungen und Fördermöglichkeiten angewiesen. Beides fügt sich nahtlos in das Sprechen von der **Informationsgesellschaft** ein und macht Bestrebungen zur Entfaltung eines eigenen Informationsverwaltungsrechts als Teilgebietes des allgemeinen Verwaltungsrechts deutlich.

3

**Informationelles** Verwaltungshandeln umfasst die *Gewinnung, Verarbeitung, Bevorratung und Übermittlung von Informationen* durch Verwaltungsträger. Der Begriff der **Information** berührt sich mit dem der Kommunikation. Eine trennscharfe Abgrenzung dieser Begriffe ist nicht möglich. Zwar werden unter Informationen „Daten, Nachrichten“ verstanden, die dazu bestimmt sind, beim Empfänger einer bestimmten Reaktion auszulösen, also das Übermittelte selbst. Als **Kommunikation** wird demgegenüber der Übermittlungsprozess in Form des „In-Beziehung-Tretens“ zweier oder mehrerer Stellen durch das Senden und Empfangen von Informationen mit dem Ziel des zutreffenden „Verstehens“ des jeweiligen Informationsgehalts gedeutet. Im **Informationsvorgang** bzw. in der **Informationsbeziehung** überschneiden sich jedoch beide Phänomene.

Das Informationsverwaltungsrecht befasst sich mit den **äußeren Vorgängen** der Informationsgewinnung, -übermittlung und -bevorratung. Der Begriff der Kommunikation ist insofern weiter, als er auch

---

<sup>1</sup> Statt vieler: Gröschner, VVDStRL 63 (2004) 344, 358.

<sup>2</sup> Siehe oben § 3 Rn 22. Zur supranationalen Ebene: Heußner, Informationssysteme im Europäischen Verwaltungsverbund, 2007.

den inneren Vorgang des **Verstehens** des informationellen Gehalts umfasst. Er ist vornehmlich aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht von Interesse, geht es dabei doch um mögliche Störquellen bei mehr oder weniger gelingender Kommunikation. Als Informationen können auch die für die Verwaltung hoch bedeutsamen „verbindlichen Entscheidungen“ aufgefasst werden: Diese beruhen nicht nur auf Informationen, sondern stellen ihrerseits Informationen dar. Als solche unterliegen sie jedoch Rechtsregimen eigener Art (z.B. dem Verwaltungsverfahrenrecht bzw. den Anforderungen an Normsetzungen), die bereits in anderem Zusammenhang behandelt wurden..

4

„**Informationsbeziehungen**“, an denen die Verwaltung beteiligt ist, können sich auf verschiedenen Ebenen entfalten: Sie können zwischen Verwaltung und Bürger bestehen, zwischen mehreren Verwaltungsträgern (interbehördlich) wie auch zwischen verschiedenen Stellen innerhalb eines Verwaltungsträgers (intrabehördlich). Insbesondere die möglichen Überschneidungen bei der Verwendung von Informationen werfen Fragen der Ablaufsteuerung sowie der Informations- und Einflussrechte von Beteiligten, aber solche der Technikgestaltung und der institutionalisierten Kontrollen auf<sup>3</sup>.

5

Demgemäß ist das **Informationsverwaltungsrecht** auch weiter gespannt als das Datenschutzrecht (das von diesem mit umfasst wird). Ihm geht es nicht nur um personenbezogenen Daten oder eingreifende bzw. eingriffsnahe Maßnahmen von informationellem Gehalt, sondern um die umfassende rechtliche Steuerung informationellen Verwaltungshandelns mit seinen verschiedenen Funktionen, nicht zuletzt um den Zugang des Bürgers zu staatlichen Informationen. Angesichts dessen, dass der verfahrensrechtliche (prozesshafte) Charakter bei einem Informationsaustausch im Vordergrund steht, könnte man es auch als „verfahrensrechtliche“ Materie verstehen, die dann freilich in einem weiteren Sinne zu deuten wäre. Jedenfalls hat es - wie das Verwaltungsverfahrenrecht - **querschnittshaften** Charakter, der in Wechselbeziehungen mit anderen Gebieten des Verwaltungsrechts steht<sup>4</sup>. Überdies weist das Informationsverwaltungsrecht, betonter noch als klassische Querschnittgebiete wie das Haushalts-, Organisations-, Vollstreckungs- oder Zustellungsrecht, dort, wo es sich aus fachgesetzlichen Bestimmungen speist, einen annexhaften Charakter zum Fachverwaltungsrecht auf.

### *1. Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger*

6

a) Nimmt man zunächst das Staat-Bürgerverhältnis und hier den **Staat als Informationsempfänger** in den Blick, so zeigt sich, dass sich der Informationsverkehr in verschiedenen Konstellationen vollziehen kann: Der Staat kann freiwillige Informationen des Bürgers entgegennehmen und verarbeiten, er kann die Gewährung von Leistungen davon abhängig machen, dass ihm bestimmte Informationen zugänglich gemacht werden (tauschförmige Beziehung) und er kann sich Informationen ohne oder gegen den Willen des Betroffenen beschaffen.

7

Wählt man das **Verwaltungsverfahren** zum Ausgangspunkt, so gilt der Grundsatz der Amtsermittlung (Untersuchungsgrundsatz)<sup>5</sup>: Danach bedient sich die Behörde sämtlicher (zulässiger) Beweismittel wie Auskünfte, Anhörungen von Beteiligten, Zeugen und Sachverständigen, Einsichtnahme in Urkunden, Akten oder Augenschein, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich hält. Hierbei sollen die Beteiligten mitwirken. Im übrigen hält das besondere Verwaltungsrecht als **Fachrecht** ein Vielzahl von Anzeige- und Auskunftspflichten bis hin zur ausnahms-

<sup>3</sup> Vgl. Albers, Umgang § 22 Rn. 169.

<sup>4</sup> Gurlit, DVBl 2003, 1119 (1119); Collin, Das Recht B (vor I 1) S. 241.

<sup>5</sup> §§ 24, 26 VwVfG; s.a. Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 1 Rn. 64 sowie nachfolg. § 11 Rn. 34 f.

weisen Pflicht zum persönlichen Erscheinen sowie behördliche Befugnisse zur Erhebung von Daten, zur Observation, zum verdeckten Einsatz technischer Mittel oder verdeckter Ermittler oder zur Durchsichtung von Personen und Sachen bereit<sup>6</sup>.

7

In vielen Fällen - namentlich im Bereich der Gefahrenabwehr - greift der Staat auf eine **freiwillige** Übermittlung von Informationen seitens der Bürger zurück. Erst diese ermöglicht der Behörde, die Initiative zu ergreifen und Problemzonen zu ermitteln sowie die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit eines Eingreifens zu überprüfen<sup>7</sup>.

**Beispiele:** Hilferufe, Anzeigen, Beschwerden mit der Bitte um Abhilfe oder dem Antrag auf ein bestimmtes Eingreifen, Hinweise auf Missstände sowie Petitionen. - Entsprechende Informationen sind häufig von einem Eigeninteresse oder auch einem altruistischen Interesse getragen; auch können sie einem Verbandsinteresse entspringen, das private Verbände mobilisiert.

8

Die Informationen können eine objektive Handlungspflicht der Behörde auslösen oder auch einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über ein Einschreiten zugunsten der Betroffenen oder zumindest auf eine Bescheidung (so bei der Petition) auslösen. Angesichts der Freiwilligkeit des Handelns bedarf es insoweit keiner besonderen gesetzlichen Regelung. Gegebenenfalls ist der **Schutz gegen Maßregelungen** durch Dritte **sicherzustellen**, wenn der Anzeigende wegen eines Verstoßes gegen Bestimmungen erstattet hat, die auch seinem Schutz zu dienen bestimmt sind<sup>8</sup> oder aus einem altruistischen Interesse gehandelt hat. Ein Anspruch auf Schutz der Anonymität besteht, wenn diese dem Betroffenen zugesichert wurde und kein Anhaltspunkt für eine offensichtlich gegenstandslose oder willkürliche Anzeige vorliegt<sup>9</sup>.

9

Die Leistungsverwaltung ist in weitem Umfang von einem Antragserfordernis gekennzeichnet. Diese umfasst regelmäßig die Pflicht (Obliegenheit), alle notwendigen, für die Feststellung der Leistungsvoraussetzungen erheblichen Umstände mitzuteilen. Derartige **konditionierte Informationspflichten** knüpfen an das jeweilige Leistungsverhältnis an und können als tauschförmige, die eigene Leistungsberechtigung nachweisende Mitwirkungsakte angesehen werden. Sie entsprechen der objektiven Beweislast des Leistungsempfängers und sind regelmäßig in Anträgen und Formularen vorgesehen<sup>10</sup>. Erst die unzulässige Kopplung mit Auskünften, die nicht zum Nachweis der Leistungsberechtigung erforderlich sind, begründet den Eingriffscharakter, der mangels Legitimation zur Unzulässigkeit einer entsprechenden Informationserhebung führt.

10

Besondere Aufmerksamkeit beansprucht die **gegen oder ohne den Willen des Betroffenen** erfolgende Informationsgewinnung seitens des Staates. Insbesondere hier kommt die disziplinierende Funktion des Informationsverwaltungsrechts zum Tragen, die den Informationsverkehr rechtlich ordnet und im Hinblick auf die Beachtung der Grundrechte an rechtsstaatliche Grenzen bindet. Die **Maßstäbe** hierfür sind aus dem jeweils betroffenen Freiheitsrecht (Woh-

---

<sup>6</sup> Näher Ehlers (Fn. 5) § 1 Rn. 64.

<sup>7</sup> Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 69.

<sup>8</sup> Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 71.

<sup>9</sup> BVerwG, NJW 2004, 1543 f; BayVG, NJW 1980, 198 ff; Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 71.

<sup>10</sup> Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 72 f.

nung, Post- und Fernmeldegeheimnis), einer besonderen grundrechtsspezifisch geschützten Informationsbeziehung (z.B. Art. 4 und 5 GG) sowie dem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung sowie auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu gewinnen<sup>11</sup> und jeweils mit der Intensität der Beeinträchtigung (Menschenwürde, Intimsphäre, Berufsfreiheit, besonderes Vertrauensverhältnis, allgemeine informationellen Selbstbestimmung) abzugleichen.

11  
Grundsätzlich bedarf eine Informationsgewinnung ohne oder gegen den Willen des Betroffenen einer **gesetzlichen Ermächtigung**, die selbst die Erhebungsvoraussetzungen benennen muss. Der pauschale Verweis auf die Behördenaufgaben und das Gebot der Erforderlichkeit reichen insoweit nicht aus<sup>12</sup>.

Soweit es sich um persönliche Daten handelt, enthalten die **Datenschutzgesetze** Bestimmungen, die die Erhebung und Nutzung von Daten (insbesondere durch deren Zweckbindung) sowie die Erteilung von Auskünften in Form der „Datenübermittlung innerhalb des öffentlichen Bereichs“ oder „an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs“ zugunsten des Betroffenen beschränken<sup>13</sup>. Neben diesen gibt es eine Reihe weiterer gesetzlicher Bestimmungen, welche die Erfassung und Sammlung von Informationen, namentlich solchen unter Einsatz technischer Hilfsmitteln oder ohne Kenntnis des Betroffenen, regeln<sup>14</sup>.

12  
Das erforderliche Maß an **Normenklarheit** und gesetzlicher **Bestimmtheit** richtet sich nach der Schwere des mit dem Erhebungsvorgang bewirkten Grundrechtseingriffs, ist also abhängig von der Schwere des Eingriffs einschließlich der Verwendungsmöglichkeiten der Informationen (die damit auf die Zulässigkeit der Erhebung zurückwirken)<sup>15</sup>. Dabei können rechtlich besonders geschützte persönliche Geheimnisbereiche und Vertrauensbeziehungen teils absolute, abwägungsfeste Erhebungsverbote oder aber der Abwägung im Einzelfall zugängliche Ermittlungsverbote begründen<sup>16</sup>. Überdies müssen die Regelungen über die Zulässigkeit der **Datenverwendung** (Zweckbindung) entweder im Gesetz selbst oder in anderen Rechtsnormen hinreichend bestimmt sein<sup>17</sup>; insofern kann schon die Zulässigkeit zwangsweiser Informationserhebung von der Regelung der Verwendung der Informationen abhängen<sup>18</sup>. Fehlt eine solche – gesetzliche – Regelung, begründet dies ein Verwertungsverbot im Hinblick auf die erlangten Informationen.

13  
b) Das überkommene Verwaltungsrecht hatte die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger vornehmlich unter dem **verfahrensrechtlichen** Aspekt des Rechts des **Bürgers als Informationsempfänger** in den Blick genommen. Es knüpfte damit an das konkrete, auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlichen-rechtlichen Vertra-

---

<sup>11</sup> Siehe BVerfG, DVBl 2008, 282 ff; Gurlit, DVBl 2003, 1119, 1122 ff.

<sup>12</sup> BVerfG, NJW 2004, 999, 1018; DVBl 2008, 575 ff; Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 78.

<sup>13</sup> §§ 10 ff BDSG, §§ 13 ff DSG NW (hierzu insbes. BVerfGE 65, 1, 46). Vgl. auch §§ 30 AO, 67 ff SGB X, §§ 39 ff BZRG, § 21 MRRG, § 34 LMeldeG NW sowie BVerfG-K, DVBl 1990, 1041 zur Unzulässigkeit der Bekanntgabe personenbezogener Daten von Einwendern in einem Planfeststellungsbeschluss.

<sup>14</sup> Z.B. §§ 94 ff, 483 ff, 492 ff StPO, §§ 9 ff, 24 ff, 32 ff PolG NW.

<sup>15</sup> BVerfG, NJW 2004, 999, 1018 f; 2005, 2213, 2215 f; DVBl 2008, 575 ff, 582 ff; s.a. Gusy, Informationsbeziehungen 23 Rn.78.

<sup>16</sup> BVerwGE 65, 1, 5 ff; Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn.79.

<sup>16</sup> BVerfGE 107, 299, 334 f.

<sup>17</sup> BVerfG, NJW 2004, 2213 ff; Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn.77 f.

<sup>18</sup> BVerfGE 107, 299, 334 f.

ges gerichtete Verwaltungsverfahren an. Hier waren es vor allem die Rechte des am Verfahren „Beteiligten“ auf **Auskunft**, **Anhörung** und auf **Akteneinsicht**, die eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren haben<sup>19</sup>. Erweiterungen des Informationszugangs in Form von Auslegungspflichten waren für Planungs- und Genehmigungsverfahren vorgesehen<sup>20</sup>.

Daneben gab und gibt es verschiedene **spezialgesetzlich** begründete Auskunfts- und Einsichtsrechte<sup>21</sup>. Funktionsentsprechende (und damit regelmäßig von einem berechtigten Interesse abhängige) Einsichtsrechte bestehen namentlich bei öffentlichen Registern<sup>22</sup>. Unterschiedlich ausgestaltete Auskunfts- und Beratungspflichten enthalten die Gemeindeordnungen<sup>23</sup>. Einen Anspruch auf Auskunftserteilung räumen die Datenschutzgesetze dem Betroffenen hinsichtlich der „zu seiner Person gespeicherten Daten“ ein<sup>24</sup>. Schließlich enthält § 15 SGB X eine spezielle Auskunftspflicht, nach der die zuständigen Stellen sowie die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung verpflichtet sind, über alle sozialen Angelegenheiten nach dem SGB Auskünfte zu erteilen.

14

Fehlte es an einer spezialgesetzlichen Regelung, so stand die Auskunft im **Ermessen** der Behörde. War die Information zur Realisierung eines Anspruchs des Betroffenen erforderlich, so kam der in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte allgemeine **rechtsstaatliche** Auskunftsanspruch zum Zuge ist, der insoweit das Ermessen der Behörde begrenzte<sup>25</sup>.

15

aa) Dieses Konzept, das Publizitätspflichten als besonders zu begründende Ausnahmen behandelte, sieht sich inzwischen durch die Idee einer allgemeinen Informationszugangsfreiheit überlagert<sup>26</sup>. Nachdem zunächst das - europarechtlich veranlasste<sup>27</sup> - **Umweltinformationsgesetz**<sup>28</sup> einem bereichsweise begrenzten Anspruch auf Zugang zu Umweltinformationen zur Anerkennung verholfen hatte. Hierdurch wurde des Bürger als Mittler zur Kontrolle der Einhaltung von Umweltstandards mobilisiert. Inzwischen haben verschiedenen Länder<sup>29</sup> wie auch der Bund<sup>30</sup> mit dem Erlass von **Informationsfreiheitsgesetzen** - jeweils für ihren Bereich - einem allgemeinen, auf die gesamte Verwaltungstätigkeit bezogenen Informationszugangsanspruch Geltung verschafft und ein neues Prinzip der (begrenzten) Aktenöffentlichkeit begründet.

Zu beachten ist, dass die **Landesgesetze** - insbesondere was die Weite der Ausnahmetatbestände betrifft - teilweise erhebliche Abweichungen von der bundesgesetzlichen Regelung aufweisen. Die folgende Darstellung orientiert sich ausschließlich an der **bundesgesetzlichen** Regelung.

---

<sup>19</sup> Vgl. §§ 28, 29 VwVfG. Näher hierzu § 11 Rn. 44 ff, 47 ff.

<sup>20</sup> Siehe etwa § 9b AtG; § 3 BauGB, § 10 III BIMSChG, § 9 UVPG, § 73 VwVfG

<sup>21</sup> Z.B. §§ 8, 21, 22 MRRG sowie die Auskunftspflichten nach den landesrechtlichen Pressegesetzen.

<sup>22</sup> Siehe § 79 BGB, § 12 GBO, § 9 HGB, § 61 PStG, 39 StVO.

<sup>23</sup> Z.B. § 4 IV KV MV

<sup>24</sup> Z.B. §§ 19 BDSG, 18 DSG NW; hierzu BVerwG, NJW 1992, 451; BremOVG, NJW 1987, 2393.

<sup>25</sup> Siehe BVerwG, DÖV 1965, 488; VGH BW, NJW 1979, 2197 ff.

<sup>26</sup> Diese lässt sich allerdings individual-rechtlich weder auf Art. 5 I GG noch auf das Demokratieprinzip stützen; siehe Masing, VVDStRL 64 (2004) S. 379 Fn. 1, aber auch S. 394 sowie BVerwG, NJW 2003, 2696 zum vorwirkenden (verfahrensrechtlichen) Schutz aus Art. 12 I GG.

<sup>27</sup> Hierzu Masing, VVDStRL 64 (2004) S. 377, 383; Schröder, NVwZ 1990, 905 ff.

<sup>28</sup> Ges. v. 23.8.2001 i.d.F. v. 22.12.2004 (BGBl. I S. 3704). Näher Gurlit, DVBl 2003, 1127 f mwN.

<sup>29</sup> Nachweise bei Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 82 Fn. 310; Kloepfer, Informationsrecht 2002, § 3 Rn.150 ff; Masing VVDStRI 63 (2004) S. 397 ff.

<sup>30</sup> Ges. zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes – IFG – vom 5.9.2005 (BGBl. I S. 2722).

16

So sieht § 1 IFG einen Anspruch **jeder** natürlichen und juristischen Person auf Zugang zu amtlichen Informationen vor. Der Anspruch erstreckt sich auf alle **amtlichen Aufzeichnungen** von staatlichen und privaten Stellen, die öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen<sup>31</sup>. Er ist in dem Sinne „voraussetzungslos“, als er keinerlei Darlegung eines bestimmten Interesse an der Information bedarf. Wohl finden sich Anspruchsbegrenzungen insbesondere auf der Tatbestands-, aber auch auf der Rechtsfolgesseite<sup>32</sup>.

17

So sieht sich der bundesrechtliche Zugangsanspruch durch zahlreiche Ausschlussstatbestände eingeschränkt. **Ausschlussgründe** stützen sich entweder auf den Schutz besonderer öffentlicher oder auf schutzwürdige privater Belange. Als absolute Ausschlussgründe zum Schutz besonderer öffentlicher Belange sind u.a. Außenpolitik, Verteidigung, Öffentliche Sicherheit, die Vertraulichkeit der Information<sup>33</sup> bis hin zu fiskalischen Interessen des Bundes angeführt (§ 2 IFG). Zeitliche Ausschlussgründe knüpfen an laufende gerichtliche oder behördliche Verfahren an (§ 3 Ziff.1g, § 4 IFG)<sup>34</sup>. Schutzwürdige private Belange sind die Form **relativer**, einer Abwägung zugänglichen **Ausschlussgründe** gekleidet. Hierzu gehören personenbezogene Daten Dritter<sup>35</sup>, das geistige Eigentum<sup>36</sup> sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse genannt (§ 3 IFG).

18

Der Zugang zu den Informationen kann **in jeder geeigneten Weise** (z.B. durch Auskunft oder Akteneinsicht) erfolgen. Er wird von einem Wahlrecht des Bürgers bestimmt, das bei einem deutlich höheren Verwaltungsaufwand oder aus einem sonstigen wichtigen Grund eingeschränkt werden kann. Auch können sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Einschränkungen von Form und Umfang der Information ergeben.

19

Das Verfahren über die Gewährung des Informationszugang ist **antragsgebunden**. Ist ein Dritter von dem Informationszugang berührt, ist diesem schriftlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 8 IFG). Über den Antrag wird **durch Verwaltungsakt entschieden**<sup>37</sup>. Die Information soll, sofern nicht der Fall einer „Drittbenefit“ vorliegt, innerhalb eines Monats erfolgen. Sie kann abgelehnt werden, wenn der Bürger über die Informationen verfügt oder sich diese in zumutbarer Weise aus allgemein zugänglichen<sup>38</sup> Quellen beschaffen kann.

20

**Sondergesetzliche** Regelungen über einen Informationszugang gehen den Informationsfreiheitsgesetzen vor; ausgenommen hiervon bleiben Auskunfts- und Einsichtsrechte im Verwaltungsverfahren (§ 1 Abs. 3 IFG). Diese bleiben also vom IFG unberührt, schließen aber ihrer-

---

<sup>31</sup> Nicht entscheidend ist die Handlungsform, siehe OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 800 ff.

<sup>32</sup> Näher Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn 83; Ibler, in: Festschrift für Brohm, 2002, S. 405 ff.

<sup>33</sup> Diese kann unterschiedliche Gründe haben (vgl. § 3 Ziff. 3a, 4, 7 IFG). Beruht die Vertraulichkeit auf einer Zusicherung der Behörde, gelten die in Rn. 8 aufgeführten Grundsätze.

<sup>34</sup> Die Regelung dürfte nicht nur von dem Ziel der Effizienzsicherung, sondern auch von dem der Wahrung von Unparteilichkeit und entpolitisierter Distanz geleitet sein, siehe Masing, VVDStRL 63 (2004) S. 385.

<sup>35</sup> Juristischen Personen wird teilweise ein Funktionsschutz auf der Grundlage der Art. 12, 14, 9 und 2 i.V.m. Art. 19 II GG zugebilligt; s. Kloepfer (Fn. 29) § 3 Rn. 56; Masing, VVDStRL 63 (2004) S. 416 ff.

<sup>36</sup> Hierzu Ehlers (Fn. 5) § 1 Rn. 66.

<sup>37</sup> §§ 7, 9 IFG. Das entspricht der bereits früher zur Auskunftserteilung entwickelten Rechtsprechung (siehe § 9 Rn. 14). Im übrigen können - außer für „einfache Auskünfte“ - Gebühren und Auslagen erhoben werden, siehe § 10 IFG; hierzu Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 88.

<sup>38</sup> Nicht aus sonstigen Quellen; siehe BVerwG; JZ 1999, 1166, 1168 f

seits (ggfls. weiter reichende) Ansprüche nach dem IFG nicht aus<sup>39</sup>.

**Beispiel:** Der Beamte B bewirbt sich erfolglos um eine Beförderungsstelle. Statt seiner wird C, der ein erheblich geringeres Dienst- und Lebensalter aufweist, ernannt. Gleichzeitig wird dem B eine freundliche Absage erteilt. Dieser hält sich nicht nur wegen des längeren Dienst- und Lebensalters des C für qualifizierter als C und beantragt Einsichtnahme in den Stellenbesetzungsvorgang zur Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses<sup>40</sup>. – Vorliegend scheidet ein spezialgesetzliches Akteneinsichtsrecht aus: Das Recht auf Einsichtnahme in die Personalakte (z.B. § 56 BRRG) umfasst nicht einen außerhalb des bestehenden eigenen Dienstverhältnisses liegenden Beförderungsvorgang. Ebenso wenig kommt ein Recht auf Akteneinsicht nach § 29 VwVfG in Betracht; dieses bezieht sich auf ein laufendes Verwaltungsverfahren. Mit der Ernennung des konkurrierenden Bewerbers C hat sich indes das Besetzungsverfahren erledigt. In einem solchen Fall greift das allgemeine Recht auf Informationszugang nach § 1 IFG. Zwar steht dieses unter dem Vorbehalt des § 5 Abs. 1 und 2 IFG, der bei schutzwürdigem Interesse Dritter den Zugang zu dessen personenbezogenen Daten insbesondere aus einem (bestehenden) Dienst- oder Amtsverhältnis ausschließt. Hier wurde B die Möglichkeit rechtzeitigen (einstweiligen) Rechtsschutzes genommen, indem die Behörde ihn pflichtwidrig<sup>41</sup> erst zu einem Zeitpunkt von der Entscheidung informierte, zu dem C bereits ernannt war. Damit bleibt B nur noch der Sekundärrechtsschutz. Dies bestimmt zugleich den Rahmen der Schutzwürdigkeit des C: Soweit die Kenntnis des Akteninhalts zur Verfolgung rechtlicher Interessen erforderlich ist, beansprucht der Informationsanspruch des B im Sinne des allgemeinen rechtsstaatlichen Auskunftsanspruchs Vorrang<sup>42</sup>

21

bb) Soweit die Behörde eine Auskunft erteilt, gilt generell, dass diese inhaltlich zutreffend und vollständig zu sein hat. Zwar verpflichtet die Auskunft – anders als die Zusage – grundsätzlich nicht zu einer entsprechenden (ggfls. rechtswidrigen) Leistung. Eine unzutreffende Auskunft kann aber doch ein späteres entgegengesetztes Verhalten der Behörde, z.B. die Berufung auf einen Fristablauf, als „unzulässige Rechtsausübung“ erscheinen lassen<sup>43</sup>. Im Übrigen begründet die schuldhaft falsche Auskunft eine Schadensersatzpflicht nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG, die freilich nur auf einen Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet sein kann<sup>44</sup>.

22

cc) Informationelles Verwaltungshandeln kann sich auch in der Form einer **steuernden Einflussnahme** auf das Verhalten Privater ohne Befehlscharakter (sog. nicht-imperative oder persuasive Beeinflussungen) äußern. Hierzu zählen namentlich Warnungen (auch durch entsprechende Verkehrsschilder), Empfehlungen, Ermahnungen sowie Androhungen<sup>45</sup>. Die Befugnis zu entsprechenden Formen der Verhaltenssteuerung folgt teilweise ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung.

Eine **gesetzlich** ausdrücklich zugestandene Informationskompetenz sehen z.B. vor: § 8 ProduktsichG, § 69 ArzneimittelG, § 6 Abs.1 GerätesichG, § 2 Abs. 2 UmweltbundesamtG sowie die Ausführungsgesetze verschiedener Länder zum LMBG .

23

---

<sup>39</sup> OVG NW, NJW 2005, 2028 ff; Gusy, Informationsbeziehungen § 23 Rn. 83.

<sup>40</sup> Vgl. auch BVerwGE 67, 300; 80, 127, 129,

<sup>41</sup> Siehe BVerfG, NJW 1990, 501; Busch, DVBl 1990, 106,108; Mertens ZBR 1995, 131

<sup>42</sup> Siehe auch VG Frankfurt, NVwZ 1991, 1210 sowie unten § 11 Rn 44.

<sup>43</sup> Vgl. BVerwGE 38, 336; BSG, DVBl 1973, 793; s.a. § 6 Rn. 106.

<sup>44</sup> Siehe BGHZ 117, 83,85; 121, 65, 69.

<sup>45</sup> Anders die Androhung eines Zwangsmittels i.R. des Vollstreckungsverfahrens; hierzu § 13 Rn. 16 ff.

Eine **gesetzliche Ermächtigung** ist geboten, soweit der Informationsgehalt eingreifende Qualität aufweist. Eine solche verneint das BVerfG<sup>46</sup> für zutreffende und sachlich gehaltene Informationen über die Eigenschaft von Produkten. Das ist hoch problematisch, werden damit doch der negative Aussagegehalt und die verhaltenssteuernde Intention von Warnungen ausgeblendet. Stattdessen ist die Problematik auf der Rechtfertigungsebene zu lösen<sup>47</sup>.

Wohl kann die Befugnis staatsleitender Organe (nicht: nachgeordneter Verwaltungen) hierzu ausnahmsweise auch aus dem Zusammenhang mit einer Erfüllung der Aufgabe „Information der Öffentlichkeit“ ergeben<sup>48</sup>. In jedem Fall steht sie unter dem Vorbehalt verhältnismäßiger Grundrechtseinschränkung.

**Beispiele:** Warnungen des Bundesgesundheitsamtes vor verdorbenen oder mit Krankheitserregern belasteten Lebensmitteln oder bestimmten, gefährliche Nebenwirkungen erzeugenden Arzneimitteln, Aufrufe zum Schutzimpfungen, Warnungen des Bundesministers für Familie, Jugend und Gesundheit vor Jugendsekten - anders bei einer entsprechenden Warnung durch lokale Verwaltungsstellen.

## 2. Informationsbeziehungen im Binnenbereich der Verwaltung

24

Die mit der Entwicklung der technikerunterstützten Informationsverarbeitung verbundene raum- und zeitübergreifende Verfügbarkeit von Informationen hat die Abläufe innerhalb der verschiedenen Verwaltungsträger wie auch zwischen diesen deutlich verändert. Die sichtbar gestiegenen Möglichkeiten der Erfassung, Speicherung, Vernetzung, Verarbeitung und Verbreitung von Informationen ermöglicht nicht nur die bessere **Bewältigung komplexer Problemstellungen** in einer Behörde, sondern **führt** auch die verschiedenen Verwaltungsträger **enger zusammen**. Zugleich entstehen neue Gefahrenpotentiale der vielfältig angesammelten und miteinander verknüpfbaren Informationen<sup>49</sup>.

Die (ämter- bzw.) **behördenübergreifende** Zusammenführung von Daten liegt nahe, wenn es sich um die Abwehr schwerer Gefahren für das Gemeinwesen, den Schutz der Umwelt, die Umsetzung des Aufenthaltsrechts, die Erbringung von einkommensabhängigen sozialer Leistungen, die Sicherung des Aufkommens der für die staatliche Aufgabenwahrnehmung erforderlichen finanziellen Mittel oder die Steuerung wirtschaftlicher Rahmenbedingungen handelt<sup>50</sup>.

25

a) Nach den **beteiligten Verwaltungsstellen** lassen sich intrabehördliche (binnenbehördliche) und interbehördliche (zwischenbehördliche) Informationsbeziehungen unterscheiden.

26

aa) **Intrabehördliche** Informationsbeziehungen bewegen sich innerhalb einer Verwaltungseinheit. Sie bestimmen in mannigfachen Ausformungen den Verwaltungsalltag und können die Beziehungen zwischen vorgesetzten und nachgeordneten Mitarbeitern, zwischen verschiedenen Ämtern bzw. Referaten einer Dienststelle, zwischen einzelnen Mitarbeitern und - bei obersten Bundes- und Landesbehörden sowie in Selbstverwaltungskörperschaften - zwischen politischem und administrativem Teilsystem erfassen.

27

Nach dem klassischen Bürokratiemodell Max Webers bestimmen **Schriftlichkeit** und Einhal-

---

<sup>46</sup> BVerfGE 105, 152 ff - mit Glykol versetzter Wein

<sup>47</sup> Gurlit, DVBl 2003, 1124; Schoch, DVBl 1991, 667; s.a. di Fabio, JuS 1997, 1 ff.

<sup>48</sup> BVerfGE 105, 252 ff (mit Glykol versetzter Wein); 105, 279 ff (Jugendsekten); s.a. § 3 Rn. 23.

<sup>49</sup> Vgl. oben § 1 Rn. 13

<sup>50</sup> S.a. Albers, Umgang, § 22 Rn. 100; Masing, VVDStRL 63 (2004) S. 393.

tung des **Dienstwegs** maßgeblich den binnenadministrativen Informationsprozess<sup>51</sup>. Die Verwaltungswirklichkeit hat sich hiervon in vielerlei Hinsicht emanzipiert. Heute ist namentlich die technikunterstützte Kommunikation weit verbreitet, in zahlreichen Verwendungsbereichen überwiegen Telekommunikation und „kurzer“ Dienstweg. Der formale Dienstweg (über die jeweiligen Vorgesetzten) wird nur noch in Fällen eingehalten, in denen eine entsprechende Information (auch) des Vorgesetzten bedeutsam erscheint. Damit haben **horizontale** Kommunikationsbeziehungen deutlich zugenommen.

28

**Vertikale** Informationsbeziehungen bestehen namentlich zwischen Vorgesetzten und den nachgeordneten Mitarbeitern - und zwar als komplementäres Prinzip der „Linien-Organisation“<sup>52</sup> in beiden Richtungen.

Idealerter sollen **Kommunikations- und Weisungsstrukturen parallel** verlaufen. Das Beamtenrecht setzt dies wie selbstverständlich voraus und trifft lediglich für einen Sonderfall - den der Beschwerde eines Beamten - eine ausdrückliche Regelung zur Einhaltung des „Dienstwegs“<sup>53</sup>. Im übrigen ist dessen Ausgestaltung Ausfluss der Organisationsgewalt<sup>54</sup>. Das erklärt, weshalb kaum allgemein bestimmt werden kann, in welcher Richtung - nur von unten nach oben oder auch von oben nach unten - sowie mit welcher Verbindlichkeit (z.B. nur im Hinblick auf bedeutsame Vorgänge) das Prinzip der Einhaltung des Dienstwegs Geltung beansprucht. Nach Auffassung des BVerwG<sup>55</sup> ist „die alleinige und uneingeschränkte Weisungsbefugnis der Bundesminister gegenüber allen Angehörigen ihres Ressorts“ ein zwingendes Gebot demokratisch rechtsstaatlicher Verfassung“. Das könnte ein unmittelbares „Durchgriffsrecht“ mit einschließen, wie es auch im Schrifttum bejaht wird<sup>56</sup>. Die Grenze dürfte jedenfalls bei dem systematischen Übergehen eines nachgeordneten Mitarbeiters überschritten sein - in diesem Fall ist das Recht des Übergangenen, „amtsgemäß“, also entsprechend seinem Amt im statusrechtlichen und im abstrakt-funktionellen Sinne beschäftigt zu werden, betroffen.<sup>57</sup> Tatsächlich ist das Übergehen eines in der Hierarchie zwischengeschalteten Mitarbeiters (wie Vorgesetzten) über anlassbezogene Einzelfälle hinaus nicht zuletzt deshalb außerordentlich problembehaftet ist, weil es die kommunikativen Beziehungen nachhaltig stört.<sup>58</sup>

29

In eigener Form treten Informationsbeziehungen - zur **Sicherung parlamentarischer Verantwortung** - auch zwischen dem politischen und dem administrativen Teilsystem auf (z.B. zwischen Parlament und Regierung, Gemeindevertretung und Verwaltung, Fachausschüsse und Fachverwaltungen)..

Dabei geht nicht nur um Gewaltenteilung und parlamentarische Kontrolle, sondern zugleich um die Verschränkungen, die sich etwa in Form einer - auf Regierungsebene alltäglichen - Zuarbeit der administrativen zur politischen Ebene äußert. Dies prägt zumindest einen nicht unerheblichen Teil von Verwaltung bis hin zur Selbstverwaltung. Entsprechende Beziehungen verlangen eine eigenen Aus-

---

<sup>51</sup> Siehe § 6 Rn. 74 f.

<sup>52</sup> Diese ist durch nach Hierarchieebene gestufte Weisungsabhängigkeiten gekennzeichnet; s.a. § 6 Rn. 72.

<sup>53</sup> Vgl. § 171 I BBG; s.a. § 37 f BRRG, § 55 f BBG.

<sup>54</sup> Näher hierzu Collin, Das Recht (3. Teil) S. 433 f.

<sup>55</sup> BVerwG, DVBl 1973, 575, 576; s.a. Gross, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 185; Lecheler, Verwaltungslehre, 1988, S. 143.

<sup>56</sup> So ausdrücklich Thieme, Einführung in die Verwaltungslehre, 1995, S. 70, Zängl, in: Fürst u.a. [Hg.], GKÖD, Band I, K § 55 BBG Rn 41; vgl. aber auch oben § 5 Rn. 44, § 6 Rn. 28 zum „Selbsteintrittsrecht“.

<sup>57</sup> BVerwGE 60, 144; 89, 199; BVerwG, DVBl 1995, 1245

<sup>58</sup> Kübler, Organisation und Führung in Behörden, 2. Auflage, 1976, S. 104.

gleich des notwendigen Schutzes persönlicher Daten<sup>59</sup> und sind im übrigen nur bedingt einer Formalisierung zugänglich.

30

bb) **Interbehördliche** Informationsbeziehungen umfassen eine Vielzahl von Mitteilungspflichten in Form von Auskunfts-, Unterrichts-, Berichts- und Konsultationspflichten<sup>60</sup>, teilweise auch ausdrücklich Informationsbeschaffungspflichten<sup>61</sup>. Besondere Bedeutung haben sie im Recht der Gefahrenabwehr<sup>62</sup> und der Strafverfolgung<sup>63</sup> erlangt, in denen sie bereits den Charakter von eigenen Netzwerken annehmen können. Daneben bestehen einzelne behördenübergreifende Informationssysteme, die - wie die nationale Geodatenbasis oder das Informationssystem für Medizinprodukte<sup>64</sup> - zumindest in Teilen auch privaten Interessenten zugänglich gemacht werden.

31

Nach ihrer **funktionalen** Bedeutung lässt zwischen unterstützenden, kooperativen (koordinierenden), kontrollierenden Informationsvorgängen unterscheiden. Diese können sich vielfach überschneiden<sup>65</sup>: So kann die Aufsicht - je nach Ausgestaltung - unterstützende und kooperative (beratende), koordinierende (präventiv) wie kontrollierende Elemente umfassen. Auf einer Zwischenzone bewegt sich die (zunächst) bevorratende Informationsmaßnahme, die regelmäßig auf eine im Zeitpunkt der Datenerfassung noch nicht konkret absehbare Form der Informationsweitergabe angelegt ist.

32

Ein klassischer Anwendungsfall **unterstützender** (fremdnütziger) Informationsbeziehung zwischen mehreren Verwaltungsstellen ist die Amtshilfe<sup>66</sup> in Form der **Informationshilfe**. Sie entspringt dem Grundgedanken der „Einheitlichkeit der Staatsgewalt“ und setzt ein entsprechendes Ersuchen einer Behörde gegenüber einer anderen Behörde voraus.

Die ersuchte Behörde muss zur Informationsleistung **befugt** sein (§ 5 Abs. 2 VwVfG). **Einschränkungen** der Befugnis ergeben sich namentlich aus Bestimmungen, die eine „Offenbarung“ oder „Übermittlung“ von Daten an andere Behörden regeln<sup>67</sup>. Die Amtshilfe verschiebt also nicht die Grenzen, die der ersuchten Behörde im Hinblick auf die Wahrung von Geheimnissen aufgegeben sind.

33

Nicht zuletzt hat die Entwicklung des **Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung** die Grenzen für den staatlichen Austausch von Informationen und damit auch die Informationshilfe verschärft<sup>68</sup>.

---

<sup>59</sup> Siehe BdgVerfG, DÖV 2001, 164; LVerfG MV, NJW 2003, 815 ff; VerfGH NW, DÖV 1994, 210 ff; SächsVerfGH, LVerfG, LKV 1998, 316 ff; VerfG LSA, NVwZ 2000, 671 ff; Schwarz, LKV 1998, 262 ff.

<sup>60</sup> Näher Collin, Das Recht C III 1 S. 379 ff; Holznel § 24 Rn. 32 ff

<sup>61</sup> Z.B. § 18 Abs. 5 ROG, § 3 Abs. 3 Zollfahndungsdienstgesetz, § 3 Abs. 2 Bundeskriminalamtgesetz.

<sup>62</sup> Als klassische Register lassen sich anführen: Gewerbezentral-, Bundeszentral-, Verkehrszentral-, Melde-, Pass- und Personalausweisregister.

<sup>63</sup> Vgl. die Übersicht in BVerfG, NJW 2008, 1505, 1511 (Rn. 117 ff) - automat. Kennzeichenerfassung.

<sup>64</sup> Näher Holznel, § 24 Rn. 54 f

<sup>65</sup> Unterscheidung nach Collin, Das Recht (Teil 1 C), S. 76 ff

<sup>66</sup> Siehe oben § 5 Rn. 71 ff

<sup>67</sup> Hierzu BVerwG, DVBl 1977, 423 ff; Ule/Laubinger § 8 Rn. 41 mwN.

<sup>68</sup> BVerfGE 65, 1, 43 ff (Volkszählungs-Urteil); hierzu insbes. Bryde, VVDStRL 46 (1988) S. 203 f.

Soweit die Übermittlung von Daten an andere Behörden nicht **spezialgesetzlich** geregelt ist (etwa in §§ 86 ff AufenthG, in §§ 67 ff SGB X, in § 28 Abs. 3, 30 Abs. 2 PolG NW oder den landesrechtlichen Meldegesetzen), richtet sich die Zulässigkeit der Informationshilfe nach den Bestimmungen der **Datenschutzgesetze**. Danach ist die Übermittlung von Daten an andere Behörden nur zulässig, wenn sie zur „rechtmäßigen Erfüllung von Aufgaben des Empfängers“ (oder – im Rahmen der Amtshilfe weniger bedeutsam – von Aufgaben der übermittelnden Stelle) erforderlich ist und die Zweckbestimmung der erhobenen Daten gewahrt bleibt oder eine ausnahmsweise zulässige „Zweckänderung“ vorliegt (§§ 14, 15 BDSG, 13, 14 DSGVO). Außerhalb der durch die Datenschutzgesetze geregelten Informationshilfe ergibt sich aus § 30 VwVfG die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen legitimen Informationsinteressen der Verwaltung und schützenswerten Geheimnissen Verfahrensbeteiligter nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>69</sup>.

34

Das Institut der Amtshilfe beschränkt sich einerseits nicht auf informationelles Verwaltungshandeln. Andererseits erfasst sie **weder spontane** Hilfeleistungen zwischen Behörden aufgrund eigener Initiative der helfenden Behörde **noch** die ständige, einvernehmlich erfolgende Verwaltungshilfe (z. B. im Bereich der Datenverarbeitung durch Vernetzung). Die Erfassung von lediglich punktuellen Hilfeleistungen zeigt, dass Amtshilfe moderne Formen insbesondere der **Online-Zusammenarbeit** nicht zu erfassen vermag. Gerade solche Formen der Verwaltungshilfe stellen indes besondere Anforderungen an die Zulässigkeit einer Datenübermittlung oder -verarbeitung durch Dritte<sup>70</sup>.

35

**Kooperative** (koordinierende) Informationsbeziehungen im übrigen kommen in großer Zahl in der Verwaltungswirklichkeit vor, sei es im Rahmen informeller Abstimmungsprozesse oder Hilfeleistungen, sei es als gesetzlich geregelte Mitteilungspflichten, die als Auskunfts-, Unterrichts-, Berichts- und Benehmenspflichten ausgestaltet sein können. Diese reagieren auf die institutionelle Auffächerung des Staates durch eine pluralisierte Verwaltung. Teilweise haben sie auch eine institutionelle Abstützung erfahren, so im Bereich des kooperativen Föderalismus und der interkommunalen Zusammenarbeit<sup>71</sup>.

36

Informationsbeziehungen können auch durch einen **Kontrollauftrag** gekennzeichnet sein. Dieser kann eigens institutionalisiert (z.B. durch Rechnungshöfe oder Beauftragte) oder verwaltungsintern ausgestaltet sein (z.B. die Vorgesetztenkontrolle oder die Überprüfung im Rahmen eines Widerspruchs). Eine besondere Form stellen die allgemeine Rechtsaufsicht und die Fachaufsicht durch (überordnete) staatliche Stellen dar<sup>72</sup>. Regelmäßig ist Aufsicht auf einen Soll-Ist Vergleich, teilweise aber auch auf die (präventive oder repressive) Steuerung des Verwaltungshandelns angelegt - letzteres namentlich in Gestalt des Controllings, das über besondere Steuerungseinheiten einen institutionalisierten Prozess permanenter Rückkopplung zwischen Leitungsebene und nachgeordneten Bereichen ermöglichen soll<sup>73</sup>.

37

Die **Bevorratung** von Informationen betrifft namentlich die Aufgaben des Archivwesens und

---

<sup>69</sup> Bryde, VVDStRL 46, 273 f; s.a. BVerfGE 27, 344, 352.

<sup>70</sup> Z.B. §§ 10 BDSG; §§ 9, 11 DSGVO; §§ 28 I, II, 30 I PolG NW.

<sup>71</sup> Im Einzelnen Collin, Das Recht (Teil 1 C II) S. 83 ff, (3. Teil B) S. 356 ff, 379 f

<sup>72</sup> Vgl. § 5 Rn. 59 ff.

<sup>73</sup> Siehe oben § 6 Rn. 78.

der Statistik, aber auch die der verschiedenen Register, deren Zahl und Ausgestaltung sich inzwischen weit über die traditionell überkommenen Formen amtlicher Register hinaus entwickelt hat und eine große Bandbreite aufweist<sup>74</sup>.

Das Erfassen von Informationen entspringt in diesen Fällen einem allgemeinen Interesse an der Bereithaltung bestimmter, ihrer Art nach festgelegter Informationen, ohne dass deren **weitere Aufbewahrung** und **künftige Verwendung** einer unmittelbar anstehenden Entscheidungssituation zugeordnet werden kann. Das kann sich in dem Erfordernis einer institutionellen Trennung der die Daten erfassenden und der die Daten verwendenden Stelle<sup>75</sup> oder in zusätzlichen Anforderungen an den legitimierenden Zweck der Datenbevorratung und ihrer weiteren Nutzung niederschlagen<sup>76</sup>.

### 3. Verschränkungen und Vernetzungen - Strukturprobleme

38

Informationszugangsrechte wie auch die weithin fortgeschrittene **technikunterstützte Informationsverarbeitung** stellen die überkommenen Strukturen der informationellen Verwaltung von verschiedenen Ausgangspunkten her in Frage: Einerseits drängen Rechte, die einen allgemeinen Informationszugang gewähren, auf eine Öffnung der Informationssysteme für die Bürger und damit eine transparentere Verwaltung<sup>77</sup>, andererseits verlangen sie organisatorische Vorkehrungen zu Wahrung individueller Rechte bis hin zu einer stärkeren **Trennung von personenbezogenen Daten und inhaltlichen Informationen** (z.B. durch Anonymisierung)<sup>78</sup>. Das stößt auf deutliche Probleme, sind Daten doch stets kontextuell eingebunden, erfahren von daher ihren Sinngehalt und erlauben, auch wenn sie ausschnittshaft präsentiert werden, entsprechende Rückschlüsse<sup>79</sup>.

Die Ambivalenz dieser Entwicklung wurde bereits in den Datenschutzgesetzen sichtbar, die nicht nur Bestimmungen enthalten, welche die Erhebung von Daten ermöglichen, sondern zu gleich solche, die ihre weitere Verwendung in Form der „Datenübermittlung innerhalb des öffentlichen Bereichs“ oder „an Stellen außerhalb des öffentlichen Bereichs“ durch deren Zweckbindung zugunsten des Betroffenen beschränken<sup>80</sup>.

39

Ganz anders stellt sich die Problematik im Hinblick auf die mögliche Nutzung durch eine **Vernetzung von Systemen** mit digital gespeicherten Informationen dar. Diese erlaubt den Zugriff auf die erfassten Daten durch unterschiedliche Nutzer und ihre Zusammenführung unter verschiedenen Merkmalen. Dadurch kann ein deutlicher Mehrwert an Information erzeugt werden, der z.B. zu Fahndungszwecken nutzbar gemacht werden kann. Hier ist es die Aufgabe des Informationsrechts, durch rechtliche Vorgaben die binnenadministrativen Informationsbeziehungen zu steuern, d.h. einer gleichsam ubiquitären Nutzbarkeit zu entziehen, die Datenflüsse systematisch zu kanalisieren und so in - durch gesetzliche Zweckfestlegungen

---

<sup>74</sup> Vgl. vorstehend Fn. 59, 60.

<sup>75</sup> So für die Statistik, siehe BVerfGE 65, 1, 45; Collin (Fn.) S. 83 ff, (3. Teil B) S. 356 ff, 379 f S. 648,

<sup>76</sup> Z.B. in Gestalt von Archivgesetzen oder Gesetzen, welche die Sammlung von Daten, deren Nutzung ins besondere in Form der Weitergabe, ggfls. auch ihre Löschung (z.B. im Bereich der Strafverfolgung oder des Wegfalls des Speicherungsgrundes) näher bestimmen.

<sup>77</sup> Ladeur, in: H-R/S-A/V, Grundlagen Bd. II, § 21 Rn. 103

<sup>78</sup> Albers, Umgang § 22 Rn. 93, 96; Masing, VVDStRL 63 (2004) S. 401, 410 f, 425

<sup>79</sup> Masing, VVDStRL 63 (2004), S. 400, 425

<sup>80</sup> §§ 10 ff BDSG, §§ 13 ff DSG NW. Vgl. auch §§ 30 AO, 67 ff SGB X (dazu Krause/Steinbach, DÖV 1985, 556 f) sowie §§ 39 ff BZRG; § 21 MRRG, § 34 LMeldeG NW.

gelenkte - Bahnen zu verweisen<sup>81</sup>.

Hierbei erweist sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugleich als strukturprägende Leitvorgabe für die nähere Ausgestaltung der administrativen Binnenbeziehungen. Deren rechtlicher Rahmen wird durch gesetzliche Zweckfestlegungen bestimmt, für die ein unterschiedliches Maß an inhaltlicher Bestimmtheit anzulegen ist<sup>82</sup>. Ihnen hat die Strukturierung von Entscheidungsabläufen durch administrativ erstellte informationelle Ablaufprogramme zu entsprechen<sup>83</sup>

40

Die binnenadministrativen wie die Informationsbeziehungen im Verhältnis zum Bürger sind betroffen bei Konzepten wie dem **Elektronic-Government** (E-Government), das sich durch einen umfassenden Rückgriff auf die technikunterstützte Informationsverarbeitung sowohl im Hinblick auf die binnenadministrativen Informationsbeziehungen wie auch im Hinblick auf den Kontakt mit dem Bürger umfasst<sup>84</sup>. Es äußert sich nicht zuletzt in einer „Front-Back-Office“ Organisation, deren Idealbild ein **einheitlicher Ansprechpartner** („One-Stop-Government“) bildet, bei dem der Bürger nur noch eine Anlaufstelle für alle Verwaltungsangelegenheiten aufsuchen muss, während die Aufgabenerledigung selbst in den Fachämtern („Back-Office“) erfolgt<sup>85</sup>. Das Modell eines „einheitlichen Ansprechpartners“ hat inzwischen seine gesetzliche Ausformung in § 71a VwVfG erfahren. Den maßgeblichen Impuls hierfür lieferte die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123 vom 12.12.2006<sup>86</sup>, die zwar nur grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst, aber doch im Hinblick auf eine sonst notwendige doppelgleisige Organisation und eine drohende Inländerbenachteiligung auf eine weitreichende Reorganisation der Verwaltung drängt, bei der namentlich eine Koordination unterschiedlicher Datenbestände und -flüsse notwendig wird<sup>87</sup>.

41

Das E-Government wird erleichtert durch die zunehmende **Verwendung des Internet**, die inzwischen rechtliche Anerkennung für die Kommunikation im Rahmen des Verwaltungsverfahrens wie des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gefunden hat<sup>88</sup>. In einzelnen Bereichen wie dem Steuerrecht gehört sie bereits zum Verwaltungsalltag<sup>89</sup>. Indessen vermag das Modell des E-Government, namentlich wo es unterschiedliche Verwaltungsträger funktional zusammenführt (z.B. Land und Kommunen), weder Verbands- noch Organzuständigkeiten zu überspielen<sup>90</sup>. Auch setzt es voraus, dass die datenschutzrechtlichen Anforderungen gewahrt bleiben. Schließlich kann es an den sachlich wie persönlich begründeten, unterschiedlichen Kommunikationsformen zwischen Bürger und Verwaltung nicht vorbeigehen; hierzu gehört u.U. auch das Recht auf persönliche Vorsprache bei dem zuständigen Amtswalter<sup>91</sup>. Schon aus diesem Grund ist die Idee von einem „virtuellen Staat“<sup>92</sup> eine durchaus fragwürdige

---

<sup>81</sup> S.a. Albers, Umgang § 22 Rn 102 ff; Collin, Das Recht (Teil 1) S. (3. Teil) S. 239

<sup>82</sup> BVerfG, Urt. v. 11.3.2008 - 1 BvR 2074/05 - automatisierte Kenzeichenerfassung; s.a. vorstehend Rn 10.

<sup>83</sup> Masing, VVDStRL 63 (2004), S. 427.

<sup>84</sup> Näher hierzu Britz, § 26 Rn. 1 ff; Collin, Das Recht S. 251, 543 f, 648; Groß, VerwArch 95 (2004) S. 400, 410, Schliesky, in: Meyer/Wallerath (Hg.), Gemeinden und Kreise in der Region, 2004, S. 80, 87 ff

<sup>85</sup> Siehe Britz, § 26 Rn. 1 f, 40 f; Collin, Das Recht S. 251, 543 f, 648.

<sup>86</sup> Dienstleistungsrichtlinie 2006/123 vom 12.12.2006, ABl. L 376 v. 27.12.2006.

<sup>87</sup> Näher Schliesky, VerwArch 99 (2008) 313 ff; Schmitz/Prell, NVwZ 2009, 1 ff.

<sup>88</sup> § 3a VwVfG, §§ 55a, 81a VwGO. Siehe weiterhin § 15 VgV für das Vergabeverfahren.

<sup>89</sup> Ehlers (Fn.5) § 1 Rn. 68

<sup>90</sup> Albers, Umgang § 22 Rn. 95 Fn. 295.

<sup>91</sup> Rasch, Persönliche Vorsprache im Verwaltungsrecht, 2007, insbes. S. 113 ff; s.a. § 1 Rn. 35.

<sup>92</sup> Ladeur, in: H-R/S-A/V, Grundlagen Bd. II, § 21 Rn. 105 ff; vgl. demgegenüber Schmitz/Schlatmann,

Vision.

## II. Die Zusage

### 1. Begriff und Rechtsnatur der Zusage

42

Die verwaltungsrechtliche **Zusage** ist das verbindliche Versprechen eines Trägers öffentlicher Verwaltung, ein konkretes Verwaltungshandeln vorzunehmen oder zu unterlassen. Ist die Zusage auf den Erlass oder das Unterlassen eines bestimmten Verwaltungsaktes<sup>93</sup> gerichtet, so handelt es sich um eine „**Zusicherung**“. Die „Zusicherung“ ist ein gesetzlich geregelter (§ 38 VwVfG) Unterfall der Zusage. Letztere umfasst allgemein das verbindliche Inaussichtstellen eines bestimmten Verwaltungshandelns, d. h. neben den Fällen des § 38 VwVfG insbesondere das eines Verwaltungsrealaktes.

Durch das **verbindliche** Versprechen eines konkreten Verwaltungshandelns unterscheidet sich die Zusage von der **Auskunft**, die lediglich eine behördliche Mitteilung über eine bestimmte Sach- oder Rechtslage enthält. Ob eine behördliche Äußerung den objektiven Erklärungswert eines verbindlichen „Versprechens“ oder lediglich den einer „Wissenskundgabe“ hat, ist in entsprechender Anwendung der Auslegungsgrundsätze des § 133 BGB unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu ermitteln<sup>94</sup>.

43

Die Zusage zielt auf die **Schaffung eines Vertrauenstatbestandes** zugunsten des Zusageempfängers. Sie soll einen Risiko- und Dispositionsschutz vermitteln, in dem die Behörde sich bereits im Vorfeld künftigen Verwaltungshandelns in einem bestimmten Sinn festlegt<sup>95</sup>. Das ist aus der Sicht der Behörde insbesondere dann nicht unproblematisch, wenn sich das zugesagte Verhalten als rechtswidrig erweist oder die Verhältnisse sich nachträglich ändern.

§ 38 VwVfG sucht diesen **Zielkonflikt** auszutarieren.

44

Die Zusage ist – auch als „Zusicherung“<sup>96</sup> – eine einfache **öffentlich-rechtliche Willenserklärung**, nicht selbst Verwaltungsakt, diesem aber angenähert<sup>97</sup>. Zwar entfaltet sie eine „(selbst) verpflichtende“ Wirkung. Indes besitzt sie nicht den gleichen Verbindlichkeitscharakter wie der Verwaltungsakt: Ihr kommt weder „Tatbestands-“ noch „Feststellungs-“<sup>98</sup> noch eine sonstige, Dritte bindende Wirkung<sup>99</sup>, sondern ausschließlich eine die zusagende Behörde gegenüber dem Zusageempfänger verpflichtende (obligatorische) Wirkung mit begrenzter „Bestandskraft“ zu.

---

NVwZ 2002, 1281, 1283 unter Hinweis auf § 3a VwVfG.

<sup>93</sup> Zusichert werden kann auch eine „Allgemeinverfügung“ (z.B. eine verkehrsrechtliche Regelung), siehe BVerwG, NJW 1995, 1977 f.

<sup>94</sup> Vgl. BVerwGE 84, 257, 265 f.; BGH, DVBl 1992, 561.

<sup>95</sup> Vgl. Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 53 Rn. 10 ff.

<sup>96</sup> Differenzierend Obermayer, Grundzüge, S. 141 mwN.

<sup>97</sup> Str.; wie hier BVerwG, NJW 1976, 687; Bumke, in: H-R/S-A/V, Grundlagen II § 35 Rn. 118; Forsthoff S. 171 f.; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 53 Rn. 8; a.A. BVerwG, NVwZ 1986, 1011; OVG NW, NVBl 1992, 283; Kopp/Ramsauer, VwVfG § 38 Rn. 2; Pünder, JA 2004, 467.

<sup>98</sup> Hierzu oben § 7 Rn. 158.

<sup>99</sup> Siehe auch BVerwG, DVBl 1976, 220 (m. abl. Anm. v. Schwabe, S. 715).

Demgegenüber handelt es sich bei bau- oder gewerberechtlichen „**Vorbescheiden**“ um vorweggenommene Teilregelungen und damit um Verwaltungsakte und nicht um „Zusagen“; gleiches gilt für die beamtenrechtliche „Umzugskostenzusage“, die die Frage der grundsätzlichen Erstattung von Umzugskosten vorab verbindlich regelt<sup>100</sup>.

45

Dass die „Zusage“ lediglich öffentlich-rechtliche Willenserklärung, nicht aber Verwaltungsakt ist, findet eine Bestätigung in § 38 VwVfG, der ausschließlich die „Zusicherung“ eines Verwaltungsaktes, **nicht** aber die **Zusage als solche** behandelt. Wäre die Zusage ohnehin Verwaltungsakt, wäre diese „Selbstbeschränkung“ des Gesetzgebers nicht verständlich.

Das vom Gesetzgeber beabsichtigte „Offenlassen“ des Streits um die **Rechtsnatur** der Zusage<sup>101</sup> dürfte jedenfalls im Gesetzestext kaum hinreichenden Ausdruck gefunden haben. Danach wären die Bestimmungen der §§ 44, 45, 48 und 49 VwVfG auf die „Zusicherung“ eines Verwaltungsaktes nur „entsprechend“, auf sonstige Zusagen aber „direkt“ anwendbar, eine evident sachfremde Unterscheidung, die sich nur bei Annahme eines abschließenden, die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf sonstige „Zusagen“ ausschließenden Regelungsgehalts des § 38 VwVfG vermeiden ließe<sup>102</sup>. Dies wiederum wäre gerade bei Annahme einer generellen Verwaltungsaktsqualität der Zusage durch nichts gerechtfertigt. Wenn somit § 38 Abs. 2 VwVfG lediglich auf die „entsprechende“ Anwendbarkeit der §§ 44, 45, 48 und 49 VwVfG verweist, so ist er sinnvollerweise „wörtlich“ zu verstehen, bestätigt also nur die Auffassung, dass die Zusicherung **nicht selbst Verwaltungsakt** ist<sup>103</sup>.

## 2. Voraussetzungen

46

Die wirksame Zusage kann nur von der **zuständigen** Behörde erteilt werden. Sie bedarf als Zusicherung, d.h. wenn sie auf das Erlassen oder Unterlassen eines Verwaltungsaktes gerichtet ist, der **schriftlichen Form** (§ 38 Abs. 1 Satz 1 VwVfG). Demgegenüber kann die „schlichte“ Zusage nach wie vor „formlos“ ergehen<sup>104</sup>. Soweit das zugesagte Verwaltungshandeln, insbesondere der Erlass eines zugesicherten Verwaltungsaktes, die Anhörung Beteiligter oder die Mitwirkung einer anderen Behörde oder eines Ausschusses aufgrund einer Rechtsvorschrift erfordert, darf die Behörde die Zusage erst nach Anhörung der Beteiligten oder nach Mitwirkung dieser Behörde oder des Ausschusses geben<sup>105</sup>. Sinn dieser Regelung ist zu verhindern, dass die Bindung, die durch die Zusage erreicht werden soll, die Rechte Dritter oder anderer Verwaltungsträger nicht gefährdet<sup>106</sup>.

47

Auch für die Zusage gilt der **Vorrang spezialgesetzlicher Regelung**. So kann ihre Erteilung fachgesetzlich vorgesehen<sup>107</sup> oder ausgeschlossen ist<sup>108</sup>. Im übrigen steht die Zusage im **Ermessen** der Be-

---

<sup>100</sup> Siehe BVerwGE 64, 24; kritisch hierzu J. Martens, NVwZ 1983, 718.

<sup>101</sup> Amtl. Begr. – BT-Drucks. 7/910 – S. 59.

<sup>102</sup> So wohl Krebs, VerwArch 1978, 90.

<sup>103</sup> Ebenso Maurer, VerwR § 9 Rn. 60; Weides S. 41.

<sup>104</sup> In diesem Fall bedarf freilich der Bindungswille der Behörde besonderer Anhaltspunkte; s.a. Stober, in: W/B/S/K, VwVfG § 53 Rn.16 mwN.

<sup>105</sup> Siehe § 38 Abs. 1 Satz 2 VwVfG für die „Zusicherung“.

<sup>106</sup> Vgl. Stober, in: W/B/S/K, VwVfG § 53 Rn. 19.

<sup>107</sup> Siehe §§ 204 ff AO, §§ 36, 53a III Filmförderungsgesetz, § 32 b GWB. Im übrigen ist die Zusage als Annexkompetenz zur Sachentscheidungsbefugnis mit erfasst; siehe Stelkens/Stelkens, in: S/B/S, VwVfG § 38 Rn.13.

<sup>108</sup> §§ 50 BBRG, 2 II BBesG, 3 II BBG. Hierzu Stober, in: W/B/SK, VerwR I § 53 Rn.13, 13a.

hörde. Die Behörde kann eine Zusage regelmäßig ermessensfehlerfrei ablehnen, da grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Berücksichtigung aller Gesichtspunkte im Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung ohne vorherige Festlegung durch die Behörde besteht. Ein Anspruch auf Erteilung einer Zusage – im Sinne einer „Ermessensreduzierung auf Null“<sup>109</sup> – kommt deshalb nur in Betracht, soweit dies gesetzlich bestimmt ist oder der Betroffene ein besonderes Interesse an einer Vorwegbindung der Behörde im Hinblick einer Situation geltend machen kann, die frühzeitige Dispositionen (Festlegungen, Planungen) erfordert<sup>110</sup>.

### 3. Verbindlichkeit der Zusage

48

In der hoheitlichen „Selbstverpflichtung“ der Behörde, die auf der mit Bindungswillen abgegebenen (Zusage-)Erklärung beruht, ist die grundsätzliche „**Verbindlichkeit**“ der Zusage angelegt. Diese „Verbindlichkeit“ der Zusage kann freilich nicht weiterreichen als die anderer staatlicher Akte, insbesondere wenn sie als Ausdruck hoheitlicher Gewalt in der Form des Verwaltungsaktes ergehen. Ist die Zusage fehlerhaft zustande gekommen oder widerspricht das zugesagte Verhalten der Rechtsordnung, so wird sich die Verbindlichkeit der Zusage ähnliche Einschränkungen gefallen lassen müssen wie die Bindungswirkung des Verwaltungsaktes. Ändern sich schließlich die Verhältnisse nach Erteilung der Zusage, ohne dass dies bei der Erteilung der Zusage absehbar war, so muss auch dies die „Verbindlichkeit“ berühren, wenn die Änderung wesentlich für die Entscheidung über das zugesagte Verhalten ist. Hieraus ergeben sich verschiedene Formen der (eingeschränkten) „Verbindlichkeit“ von Zusagen.

49

a) Die Zusage ist generell „**unverbindlich**“ (unwirksam), wenn sie von der unzuständigen Stelle erteilt wurde. Die Zusicherung ist darüber hinaus unwirksam, wenn sie nicht in schriftlicher Form ergangen ist, oder wenn der zugesicherte Verwaltungsakt nach § 44 VwVfG nichtig wäre; die Zusage sonstigen Verwaltungshandelns ist von vornherein unwirksam, wenn das zugesagte Handeln offensichtlich rechtswidrig wäre.

50

b) Die Verbindlichkeit der Zusage **entfällt nachträglich** ohne weitere Erklärung, wenn sich die Sach- oder Rechtslage nach Abgabe der Zusage wesentlich geändert hat (Wegfall bzw. Änderung der Geschäftsgrundlage)<sup>111</sup>.

51

c) Die Behörde kann die Verbindlichkeit der Zusage **nachträglich beseitigen**, indem sie die Zusage wieder „zurücknimmt“ oder „widerruft“ (§ 38 Abs. 2 VwVfG)<sup>112</sup>. Sie kann dies unter entsprechenden Voraussetzungen, unter denen sie einen rechtswidrigen Verwaltungsakt „zurücknehmen“ oder einen rechtmäßigen Verwaltungsakt „widerrufen“ dürfte<sup>113</sup>.

Die Erklärung, die Zusage nicht mehr als verbindlich gelten lassen zu wollen („zurückzunehmen“ bzw. zu „widerrufen“), kann auch **gleichzeitig mit der Ablehnung** des zugesagten Verwaltungshandelns erfolgen, dabei sind jedoch die Fristen nach §§ 48 Abs. 4, 49 Abs. 2 Satz 2 VwVfG zu beachten. Der

---

<sup>109</sup> Vgl. oben § 6 Rn. 47.

<sup>110</sup> Siehe Pieper, VerwArch 59 (1968), 235.

<sup>111</sup> Vgl. § 38 III VwVfG. Das BVerwG (NVwZ 1995, 1978) verfährt hierbei sehr großzügig; abl. Baumeister, DÖV 1997, 229 ff unter Befürwortung einer analogen Anwendung der §§ 48 III, 49 VI VwVfG.

<sup>112</sup> § 38 II VwVfG schließt zugleich die Möglichkeit einer Anfechtung wegen „Irrtums“ nach § 119 BGB aus, siehe BVerwGE 97, 323.

<sup>113</sup> § 38 II VwVfG für die „Zusicherung“.

Verweis in § 38 Abs. 2 VwVfG auf die entsprechende Anwendung der §§ 48, 49 VwVfG bedeutet eine Verstärkung des Vertrauensschutzes des Zusageempfängers gegenüber den Grundsätzen, die vor Inkrafttreten des VwVfG – in recht unterschiedlicher Ausprägung – Anwendung fanden. Für einen Rückgriff auf diese Grundsätze bei der Frage der Verbindlichkeit von Zusagen, die nicht auf den Erlass oder das Unterlassen von Verwaltungsakten gerichtet sind, dürfte nach Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes kaum mehr Anlass bestehen; insoweit kann nunmehr auf eine entsprechende Anwendung des § 38 Abs. 2 VwVfG zurückgegriffen werden<sup>114</sup>.

### III. Der öffentlich-rechtliche Vertrag

52

Während das klassische Verwaltungsrecht die Möglichkeit vertraglicher Regelungen zwischen Hoheitsträger und Bürger im Bereich des öffentlichen Rechts ausschloss, weil das allgemeine Über- und Unterordnungsverhältnis die Beziehungen zwischen den Beteiligten als spezifisch „obrigkeitlich“ kennzeichnete und lediglich Vereinbarungen zwischen mehreren Hoheitsträgern zuließ<sup>115</sup>, ist heute die **prinzipielle Zulässigkeit** des öffentlich-rechtlichen Vertrages als ein das obrigkeitliche Handeln sinnvoll ergänzender, weiterer, sich auf den Modus des „Verhandelns“ stützende Handlungsform der Verwaltung<sup>116</sup> unumstritten. Sie findet ihre normative Bestätigung in den §§ 54 ff VwVfG.

53

Mit diesen Bestimmungen wird Verwaltung wie Bürger die Möglichkeit eines rechtsförmlichen, kooperativen Verwaltungshandelns insbesondere in komplexen oder unklaren Situationen ein besonderer **Gestaltungsraum** eröffnet<sup>117</sup>. Überdies können mehrere Verwaltungsträger die rechtliche Beziehungen untereinander einvernehmlich einer verbindlichen Regelung zuführen.

54

Im Schrifttum findet sich zunehmend die Begrifflichkeit „**Verwaltungsvertrag**“<sup>118</sup>. Bei diesem soll es allein darauf ankommen, ob ein Verwaltungsträger an dem Vertrag als Vertragspartner beteiligt ist, ohne dass es die öffentlich-rechtliche oder die privatrechtliche Form des Vertrages eine Rolle spielt. Nicht selten sei diese den Beteiligten gerade nicht bewusst. Ein solcher phänomenologischer Ansatz erweist sich als durchaus ambivalent: Einerseits kann er eine hermeneutische Funktion erfüllen, indem er die verschiedenen Formen konsensualen Verwaltungshandelns in den Blick nimmt und deren **Gemeinsamkeiten** herausarbeitet.

So gibt es „**rechtsformunabhängige Annäherungen**“<sup>119</sup> zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen gibt, welche die Teilrechtsordnungen miteinander verklammern. Eine solche ist bereits in § 62 S. 2 VwVG angelegt. Sie gilt darüber hinaus für die gemeinschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Direktiven, aber auch für Rechtsgebiet übergreifende Grundsätze und Regeln für die Behandlung von Verträgen<sup>120</sup>.

55

---

<sup>114</sup> Vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG § 38 Rn. 1, 5 f; Krebs, VerwArch 69 (1978), 91; generell ablehnend. Erfmeyer, DVBl 1999, 1625 ff.

<sup>115</sup> Näher: Waechter, JZ 2006, 166 ff; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 405 f jew. mwN.

<sup>116</sup> Benz, Kooperative Verwaltung, 1994, S. 23 ff; Rossen-Stadtfeld, VerwArch 97 (2006), 23, 37

<sup>117</sup> Siehe Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 594.

<sup>118</sup> Bauer, Verwaltungsverträge § 36 Rn. 70; Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, VerwR § 29 Rn.2; Reimer, Verwaltungsverträge S. 545; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee 6. Kap Rn.114; Spannowsky, Grenzen S. 47 f.

<sup>119</sup> Bauer, Verwaltungsverträge § 36 Rn. 94.

<sup>120</sup> Bauer, Verwaltungsverträge § 36 Rn. 71; s.a. § 11 BauGB sowie - dazu - BGH, NVwZ 2003, 371 f.

Andererseits läuft das Sprechen von einem „Verwaltungsvertrag“ Gefahr, die unterschiedlichen **verfahrensrechtlichen Anforderungen** und **Rechtswegzuweisungen** bei öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen, an denen ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist, zu überspielen. Diese beruhen auf einer positiv-rechtlichen Grundentscheidung, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrag einen eigenen Platz in der Verwaltungsrechtsordnung zuweist und nicht nur auf die Akteure oder die konsensuale Form, sondern auch auf die unmittelbare Gestaltung öffentlich-rechtlicher Beziehungen abstellt.

### *1. Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages*

56

§ 54 Satz 1 VwVfG erklärt den öffentlich-rechtlichen Vertrag für grundsätzlich zulässig und damit entzieht die Frage der Zulässigkeit dem früheren Meinungsstreit. Gleichzeitig enthält er eine **Legaldefinition** des „öffentlich-rechtlichen Vertrages“: Um einen solchen handelt es sich, wenn „*ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts*“ durch Vertrag „*begründet, geändert oder aufgehoben*“ wird.

57

Durch den **Gegenstand** der Vereinbarung unterscheidet sich der öffentlich-rechtliche Vertrag von dem privatrechtlichen<sup>121</sup>, durch die Gleichwertigkeit der Willenserklärungen der Beteiligten vom Verwaltungsakt.

58

a) „**Öffentlich-rechtlich**“ ist ein Vertrag, der ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des „öffentlichen Rechts“ begründet, ändert oder aufhebt. Angesichts der dem Vertrag wesentlichen Gleichordnung der Vertragspartner kann für die Frage, ob ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts oder dem des privaten Rechts vertraglich geregelt wird, nicht auf eine „Über- oder Unterordnung“ eines der Beteiligten abgestellt werden. Maßgeblich ist vielmehr der „Gegenstand“ der vertraglichen Regelung: Handelt es sich um die Vereinbarung von Rechten und Pflichten, die notwendigerweise einen Träger hoheitlicher Gewalt voraussetzen, z. B. die Befreiung von einem Verbot durch Erteilung einer Erlaubnis, die Befreiung von einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit oder deren einvernehmliche Konkretisierung<sup>122</sup>, die Übertragung hoheitlicher Befugnisse, oder die „Abwälzung“ öffentlich-rechtlicher Pflichten auf Private, so liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor<sup>123</sup>, betrifft der Vertrag jedoch ausschließlich einen Gegenstand des „privaten“ Rechts, so handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag<sup>124</sup>.

Der „**Gegenstand**“ des Vertrages ist auch dann öffentlich-rechtlich, wenn nur eine von mehreren im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungspflichten dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist, z.B. die Erteilung einer Baugenehmigung oder die Übertragung der Erschließung (sog. „gemischte Verträge“)<sup>125</sup>; hier bestimmt die behördliche Leistung den „Gesamtcharakter“ des Vertrages<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> Vgl. nur BVerwGE 97, 331; 111, 163 f; Schlette, S. 112 ff; Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 597. Scherzberg, Jus 1992, 205 ff.

<sup>122</sup> Z.B. im Rahmen freiwilliger Baulandumlegung (§§ 45 ff BauGB), siehe BVerwG, NJW 1985, 989.

<sup>123</sup> Siehe BVerwG, NVwZ 1996, 171 (Tierkörperbeseitigung).

<sup>124</sup> Ausnahmsweise können – bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung – auch nur Privatpersonen an einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beteiligt sein; vgl. § 1 Rn. 39 sowie nachfolg. Rn. 83.

<sup>125</sup> Näher Pieper, DVBl 2000, 160 ff; Gurlit, Jura, 2001, 659 ff; Wallerath (Fn.111) S. 83 mwN.

<sup>126</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1976, 2360; NdsOVG, DVBl 1978, 179; Lange, NVwZ 1983, 319; vgl. aber auch BGH, NJW 1980, 826 ff; Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 582.

59

Öffentlich-rechtlich ist ein Vertrag auch dann, wenn die Leistungen als solche rechtlich neutral sind (z. B. Zahlungsverpflichtungen, Übereignungspflichten), aber ein dem öffentlichen Recht zuzurechnender, das vertragliche Schicksal rechtlich beeinflussender „**Zweck**“ verfolgt wird.

Das soll nicht nur dann der Fall sein, wenn mit dem Vertrag ausdrücklich ein „öffentlich-rechtlicher“ Zweck verfolgt wird, bei dessen Nichteintritt die Gültigkeit des Leistungsversprechens entsprechend § 812 Abs. 1 S. 2 BGB in Frage gestellt wird („**hinkender Austauschvertrag**“)<sup>127</sup>, sondern auch dann, wenn die öffentlich-rechtliche Zielsetzung des zwischen mehreren Hoheitsträgern oder einem Hoheitsträger und einer Privatperson abgeschlossenen Vertrages „die Geschäftsgrundlage“ des Vertrages bildet<sup>128</sup>.

60

b) Vom **Verwaltungsakt** unterscheidet sich der öffentlich-rechtliche Vertrag dadurch, dass dieser aufgrund „einseitiger“ Regelung, jener aber aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen der Beteiligten bestimmte Rechtsfolgen begründet.

Diese theoretisch eindeutige Formel erweist sich in der praktischen Handhabung als wenig hilfreich, wenn es sich um die Ermittlung der jeweiligen Handlungsform in der Grauzone zwischen öffentlich-rechtlichem Vertrag und „**mitwirkungsbedürftigem**“ oder faktisch „**ausgehandeltem**“ **Verwaltungsakt** handelt. Zwar ist auch bei diesem eigentlicher „Geltungsgrund“ die von der Behörde getroffene Regelung, die lediglich die zusätzliche Mitwirkung des Betroffenen zu ihrer Rechtmäßigkeit oder (ausnahmsweise) ihrer Wirksamkeit voraussetzt<sup>129</sup>. In Grenzfällen bestehen jedoch nicht selten Schwierigkeiten zu entscheiden, ob es sich bei dem konkreten Verwaltungshandeln um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder um einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt handelt. Maßgeblich ist hier, ob der Inhalt der rechtlichen Regelung nach den gesamten, die Erklärungen der Beteiligten begleitenden Umständen auf dem übereinstimmenden (Vertrags-)Willen oder letztlich auf einseitiger hoheitlicher Regelung beruhen soll<sup>130</sup>.

61

c) Wie jeder Vertrag setzt der öffentlich-rechtliche Vertrag den Rechtsbindungswillen der Beteiligten voraus. Fehlt es hieran, kann nur ein rechtlich unverbindliches, **informelles** Arrangement vorliegen. Dieses unterliegt nicht den Anforderungen der §§ 54 ff VwVfG. Münden zunächst als informell angesehene Abstimmungen jedoch in den Abschluss eines rechtsverbindlichen Vertrags, ist sicherstellen, dass die verfahrensmäßigen wie inhaltlichen Voraussetzungen der §§ 54 ff VwVfG vorliegen<sup>131</sup>.

## 2. Arten des öffentlich-rechtlichen Vertrages

62

Im Allgemeinen werden zwei Grundformen des öffentlich-rechtlichen Vertrages unterschieden: Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen mehreren Hoheitsträgern werden als „**koordinationsrechtliche**“, entsprechende Vereinbarungen zwischen einem Hoheitsträger

---

<sup>127</sup> Vgl. BVerwGE 111, 162 ff; BVerwG, NJW 1973, 1895 f; Ule/Laubinger § 68 Rn. 33; a.A. BGH, DVBl 1972, 824, Lange, NVwZ 1983, 321.

<sup>128</sup> Siehe BVerwGE 111, 162, 165; BGH, DVBl 1983, 1058; Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 598.

<sup>129</sup> Siehe oben § 7 Rn. 11 ff, 51 ff.

<sup>130</sup> Vgl. Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 54 Rn. 39; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 54 Rn. 27.

<sup>131</sup> Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 598.

und einer Privatperson als „**subordinationsrechtliche**“<sup>132</sup> Verträge bezeichnet.  
63

a) **Koordinationsrechtliche** Verträge des öffentlichen Rechts sind seit jeher auf den verschiedensten Ebenen anerkannt. Hierzu zählen Staatsverträge, Kirchenverträge, Verwaltungsabkommen (Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG) sowie „Verwaltungsvereinbarungen“. Nur letztere sind entgegen dem zu allgemeinen Wortlaut des § 54 Satz 1 VwVfG „verwaltungsrechtliche“ Verträge und unterfallen als solche den Vorschriften der §§ 54 ff. VwVfG<sup>133</sup>.

**Beispiele:** Um koordinationsrechtliche verwaltungsrechtliche Verträge handelt es sich bei der Vereinbarung über die Bildung von Zweckverbänden, Verwaltungsgemeinschaften oder Planungsverbänden, bei kommunalen Gebietsänderungsverträgen, bei Vereinbarungen über die gemeinsame Wegeunterhaltung, bei Vereinbarungen über die Erstattung von Kosten des Maßregelvollzugs im Jugendstrafrecht<sup>134</sup> wie auch bei Gesamtverträgen über die kassenärztliche Versorgung zwischen gesetzlichen Krankenkassen und kassenärztlichen Vereinigungen nach § 83 SGB V<sup>135</sup>.

64

Grundsätzlich finden die §§ 54 ff VwVfG auch auf koordinationsrechtliche Verträge Anwendung, soweit nicht einzelne Bestimmungen Sonderregelungen für den subordinationsrechtlichen Vertrag enthalten (§§ 55, 56, 58 Abs. 2, § 59 Abs. 2, § 61 VwVfG)<sup>136</sup>.

65

b) **Subordinationsrechtliche** Verträge sind Vereinbarungen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, die zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einer Privatperson getroffen werden. Die Unterscheidung stellt es also auf den unterschiedlichen rechtlichen Status der Vertragspartner ab<sup>137</sup>. Ein subordinationsrechtlicher Vertrag kann insbesondere auch anstelle eines Verwaltungsaktes geschlossen werden, den die Behörde sonst gegenüber dem Vertragspartner erlassen würde (§ 54 Satz 2 VwVfG).

Das Verwaltungsverfahrensgesetz nimmt auf Verträge im Sinne des § 54 Satz 2 in den §§ 55, 56, 59 Abs. 2 sowie § 61 Abs. 1 VwVfG Bezug. Die Formulierung des § 54 Satz 2 VwVfG deutet darauf hin, dass nur Verträge gemeint seien, die einen Verwaltungsakt „**ersetzen**“, d.h. eine durch Verwaltungsakt mögliche Regelung unmittelbar durch Vertrag treffen. Aus der Begründung des Gesetzes ergibt sich jedoch, dass § 54 Satz 2 VwVfG auch Verträge umfassen sollte, die lediglich die Verpflichtung zum Erlass oder zur Unterlassung eines Verwaltungsaktes enthalten<sup>138</sup>, und dass sich darüber hinaus der Verweis auf § 54 Satz 2 VwVfG in den nachfolgenden Bestimmungen auf **alle Formen subordinationsrechtlicher Verträge** im Schatten der Macht einseitiger Regelungsbefugnis beziehen sollte<sup>139</sup>. Ob dies im Gesetzestext hinreichend Ausdruck gefunden hat<sup>140</sup>, mag als zweifelhaft erscheinen. Sicherlich hat aber der Gesetzgeber eine Anwendung der §§ 55, 56, 59 Abs. 2 und § 61 Abs. 1 VwVfG auf subordinationsrechtliche Verträge, die nicht einen Verwaltungsakt im engeren Sinne „ersetzen“, nicht

---

<sup>132</sup> Das ist ein Vertrag mit einer in einem „Subordinationsverhältnis“ stehenden Person; s. § 1 Rn. 18 ff.

<sup>133</sup> Vgl. Maurer, VerwR § 14 Rn. 7.

<sup>134</sup> BVerwG, NVwZ 2005, 1083 ff.

<sup>135</sup> Näher Wallerath (Fn. 111), S. 85 f.

<sup>136</sup> Zu öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen zwei Privatpersonen unten Rn. 45.

<sup>137</sup> S.a. BVerwGE 111, 162, 165; OVG RhPf, DVBl 2003, 812 f; Bauer, Verwaltungsverträge § 36 Rn. 106; abw. Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 606 f.

<sup>138</sup> Siehe Amtl. Begr. zu § 50 Satz 1 EVwVfG – BT-Drucks. 7/910, S. 79.

<sup>139</sup> Vgl. Amtl. Begr. (Fn.126) zu § 51 und § 52 I (S. 80), zu § 55 II (S. 82) sowie zu § 57 I (S. 83).

<sup>140</sup> So im Erg. Kopp/Ramsauer, VwVfG § 54 Rn. 48; Ule/Laubinger, § 68 Rn. 11; Bullinger, DÖV 1977, 815; Für eine Analogie: Meyer/Borgs, VwVfG § 54 Rn. 39. Abl. Gusy, DÖV 1984, 880.

ausschließen wollen, so dass zumindest eine entsprechende Anwendung der §§ 55, 56, 61 Abs.1 VwVfG<sup>141</sup> auf derartige Verträge in Betracht kommt<sup>142</sup>. Beispiele für diese finden sich namentlich im Städtebaurecht, insbesondere im Bereich des Erschließungsrechts, des Naturschutzrechts sowie des Subventionsrecht.

66

Das Gesetz greift die beiden wichtigsten Formen des subordinationsrechtlichen Vertrages, den **Vergleichsvertrag** sowie den **Austauschvertrag**, heraus und regelt sie gesondert, ohne damit jedoch andere Vertragsformen auszuschließen.

67

Als „**Vergleich**“ bezeichnet § 55 VwVfG in Anlehnung an § 779 BGB einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, „durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhaltes oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird“.

**Beispiele:** Die Vereinbarung über die befristete Duldung eines Schwarzbaus bei gleichzeitiger Übernahme der Abrissverpflichtung durch den Eigentümer nach einem bestimmten Zeitraum, durch die der Streit über die Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung beendet wird. – Die Vereinbarung über die Rückzahlung eines Teilbetrages einer Subvention, die nicht in vollem Umfang zweckentsprechend verwendet wurde.

68

Der „**Austauschvertrag**“ ist dadurch gekennzeichnet, dass sich „der Vertragspartner der Behörde“ zu einer „Gegenleistung“ für die behördliche Leistung verpflichtet. § 56 VwVfG spricht von der „Gegenleistung“ des Vertragspartners und setzt damit den Modus eines vereinbarten Austausches von Leistung und Gegenleistung, mithin einen „gegenseitig verpflichtenden“ Vertrag voraus.

**Beispiele:** Die vertragliche Vereinbarung, in der sich der Bauherr zum Zwecke der Erfüllung einer Stellplatz- oder Garagenbaupflicht (z.B. §§ 51 V LBauO NW, 47 IV LBauO RhPf) zur Zahlung eines „Ablösebetrages“ an die Gemeinde verpflichtet, während diese sich bereit erklärt, die Mittel für die Schaffung von Stellplätzen in der Nähe des Grundstücks zu verwenden<sup>143</sup>. – Der Vertrag über die (vorzeitige) Ablösung der Beitragspflicht nach § 133 Abs.3 S. 5 BauGB<sup>144</sup>. – Die Vereinbarung über eine kommunale Investitionsförderung gegen Einräumung eines Mitspracherechts der Gemeinde bei geplanten baulichen Veränderungen<sup>145</sup>.

69

c) Neben diesen Vertragsformen sind weitere Formen subordinationsrechtlicher Verträge sowie andere Unterscheidungskriterien denkbar<sup>146</sup>. So kann auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge zwischen **verpflichtenden** und **verfügenden**<sup>147</sup> sowie zwischen „**kausalen**“ (als regelmäßiger Form) und „**abstrakten** Verträgen“ (als ausnahmsweiser Vertragsgestaltung, z.B. in der Form des Schuldversprechens oder -anerkenntnisses<sup>148</sup>) unterschieden wer-

---

<sup>141</sup> Zu § 59 Abs. 2 unten Rn. 54 f.

<sup>142</sup> Für eine direkte Anwendung (von § 54 S. 2 BayVwVfG) BVerwGE 111, 162, 165; s.a. Maurer, VerwR § 14 Rn. 13; Ule/Laubinger, § 68 Rn. 11; abw. Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 606 f.

<sup>143</sup> Hierzu insbes. Ehlers, DVBl 1986, 534.

<sup>144</sup> BVerwGE 64, 361; BVerwG, NVwZ 1991, 1096; OVG Münster, DVBl 1981, 834; NWVBl 1989, 280.

<sup>145</sup> BVerwGE 84, 236.

<sup>146</sup> Vgl. z.B. Ule/Laubinger § 67; Bullinger, DÖV 1977, 814 ff.

<sup>147</sup> Maurer, JuS 1976, 494; Redeker, DÖV 1966, 543.

<sup>148</sup> Vgl. BVerwG, DÖV 1977, 206; NdsOVG, DÖV 1977, 208 m. krit. Anm. v. Zimmermann.

den<sup>149</sup>.

70

Vor dem Hintergrund eines Wandels der Vorstellungen über die Aufgaben, welche Staat und Verwaltung wahrnehmen sollen, haben in jüngerer Zeit zwei weitere vertragliche Kooperationsmodelle Aufmerksamkeit gefunden: Dabei handelt es sich zu einem um sog. „**Kooperationsverträge**“ zwischen Verwaltung und Privaten zum Zwecke einer gemeinsamen Aufgabenerfüllung; zum anderen um neue Kooperationsformen in Form von „**Zielvereinbarungen**“ zwischen zwei Verwaltungsträgern oder verschiedenen Funktionseinheiten innerhalb eines Verwaltungsträgers.

71

Sog. „Kooperationsverträge“ sind Gegenstand von Überlegungen der positiv-rechtlichen Ausformung eines eigenständigen **Verwaltungskooperationsrechts**, die sich namentlich an die Diskussion um neue Formen einer „Public-Privat-Partnership“ anschlossen<sup>150</sup>. Sie haben zu einem Bund/Länder-Musterentwurf geführt, der eine vorsichtige Weiterentwicklung des VwVfG vorsieht, ohne bislang umgesetzt worden zu sein<sup>151</sup>.

Im Zuge der in den vergangenen Jahren vorgenommenen Verwaltungsreformen (New Public Management) haben **Zielvereinbarungen** auf breiter Front zugenommen. Dahinter verbirgt sich eine Vielzahl kooperativer Steuerungsformen, die unterschiedliche Beziehungsebenen erfassen und mit beträchtlicher Unsicherheit im Hinblick auf ihren Verbindlichkeitsgrad versehen sind. Zu unterscheiden sind Zielvereinbarungen **zwischen Staat und rechtlich verselbständigten Organisationseinheiten** (z.B. zwischen den Ländern und ihren Hochschulen) **sowie „Binnenrechtsverträge“**, die „intrapersonale“ Zielvereinbarungen zwischen politischer und administrativer Ebene (z.B. zwischen Rat und Verwaltung) sowie binnenadministrative Zielvereinbarungen im Rahmen eines Kontraktmanagements zwischen Verwaltungsspitze und nachgeordneten Organisationseinheiten umfassen können<sup>152</sup>. Während erstere als öffentlich-rechtliche Verträge i.S. der §§ 54 ff VwVfG angesehen werden können<sup>153</sup>, stellen sich bei letzteren zahlreiche, bislang kaum befriedigend beantwortete Fragen<sup>154</sup> wie die nach Vorliegen und Reichweite<sup>155</sup> eines rechtlichen Bindungswillens, der Wahrung von rechtlich vorgegebenen Verantwortungsbereichen oder eines angemessenen Ausgleichs von Bestands- und Flexibilitätsinteressen<sup>156</sup>.

### 3. Zulässigkeit

72

Nach § 54 VwVfG ist der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung **zulässig, „soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“**.

---

<sup>149</sup> Hierzu Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 54 Rn. 120 mwN.

<sup>150</sup> Näher: Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI, NVwZ 2002, 834 f; Bonk, DVBl 2004, 141, 147; U. Stelkens, DV 37 (2004) 193; s.a. § 2 Rn. 19 ff, § 6 Rn. 93.

<sup>151</sup> Siehe H. Schmitz, DVBl 2005, 17, 21.

<sup>152</sup> Bauer, Verwaltungsverträge § 36 Rn. 57; s.a. oben § 6 Rn 78..

<sup>153</sup> Bauer, Verwaltungsverträge § 36 Rn. 58; Trute, WissR 33 (2000), 146 ff; Battis/Kersten, DVBl 2003, 349 ff; Uerpmann, JZ 1999, 644 ff; s.a. § 9 S. 3 HSG NW.

<sup>154</sup> Vgl nur Berndt, Neues Verwaltungsmanagement und kommunales Verfassungsrecht, 2004, S. 404 ff; Pünder, DÖV 1998, 63 ff; Oebbecke, DÖV 1998, 853 ff; Sensburg, Der kommunale Verwaltungskontrakt, 2004, S. 121 ff, 135; Wallerath, DÖV 1997, 57 ff.

<sup>155</sup> Z.B im Hinblick auf dienstrechtliche Konsequenzen, hierzu Kathke. ZBR 2006, 357 ff.

<sup>156</sup> Hierzu Bauer, Verwaltungsverträge § 36 Rn. 58.

Die mit dem Vertrag verbundene Selbstverpflichtung der Beteiligten und die ihm in der Regel eigene Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung (beim Vergleichsvertrag: von gegenseitigem Zugeständnis) werden damit auch ohne spezielle gesetzliche Ermächtigung im Rahmen der §§ 54 ff VwVfG als pflichtenbegründend akzeptiert<sup>157</sup>. Von daher relativiert sich auch die Unterscheidung zwischen „Vorbehalt“ und „Vorrang“ des Gesetzes im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge. Wie auch sonst gehen **spezielle Regelungen** (über die Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages) den §§ 54 ff VwVfG vor<sup>158</sup>; soweit diese keine abschließende Regelung treffen, sind die §§ 54 ff VwVfG ergänzend anwendbar<sup>159</sup>.

73

a) Die Wahl der **Handlungsform** des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist grundsätzlich nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Behörde auch in der Form des Verwaltungsaktes gegenüber dem Vertragspartner vorgehen könnte (§ 54 Satz 2 VwVfG). Anders ist dies nur dann, wenn sich aus Sinn und Zweck einer Bestimmung oder dem Systemzusammenhang des Gesetzes ergibt, dass eine Maßnahme ausschließlich durch Verwaltungsakt getroffen werden, die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages insoweit also ausgeschlossen sein soll.

74

So wird – im Hinblick auf die besondere Ausgestaltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Steuer – überwiegend<sup>160</sup> ein Ausschluss der vertraglichen Handlungsform für den Bereich des **Steuerrechts** angenommen, soweit dieses nicht selbst eine besondere gesetzliche Ermächtigung für vertragliches Handeln bereithält<sup>161</sup>. Demgegenüber wird im Rahmen des durch besondere Austauschverhältnisse gekennzeichneten kommunalen **Gebühren- und Beitragsrechts** die Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages für zulässig angesehen<sup>162</sup> (wobei die §§ 54 ff VwVfG insoweit – im Hinblick auf § 2 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG – allenfalls „analog“ anzuwenden sind)<sup>163</sup>.

75

Bei der Prüfung, ob Rechtsvorschriften der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages entgegenstehen, ist insbesondere darauf abzustellen, ob lediglich „**verfügende**“ Verträge oder auch verpflichtende Verträge, die zu ihrer Erfüllung gegebenenfalls noch des Erlasses eines Verwaltungsaktes bedürfen, ausgeschlossen sein sollen.

So ergibt sich aus den **beamtenrechtlichen** Vorschriften ein grundsätzlicher Ausschluss „statusverändernder“ (verfügender) Verträge; verpflichtende Verträge sind zwar insoweit denkbar, bedürfen aber spezieller gesetzlicher Ermächtigung<sup>164</sup>. Auch im Bereich des **Staatsangehörigkeitsrechts** sind verpflichtende Verträge keineswegs ausgeschlossen<sup>165</sup>. Kein genereller Ausschluss der Handlungsform „öffentlich-rechtlicher Vertrag“ besteht schließlich im Bereich der ordnungsbehördlichen **Gefahrenabwehr**<sup>166</sup>. § 20 OBG NW steht dem nicht entgegen, da er zwar von einseitigen hoheitlichen Anordnungen der Ordnungsbehörden ausgeht, aber zur Frage einer ausnahmsweisen Regelung in Form des

---

<sup>157</sup> Siehe Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 406; Zezschwitz, NJW 1983, 1879.

<sup>158</sup> Z.B. §§ 43 I, 110 I BauGB; § 8 BNatSchG; einschränkend § 53 II SGB X (nur bei Ermessen).

<sup>159</sup> BVerwGE 111, 162, 166; Bonk, in: S/B/S, VwVfG § 54 Rn. 136d, 138; Ziekow/Siegel, VerwArch 94 (2003), 598.

<sup>160</sup> BFHE 78, 228; Tiedemann, DÖV 1996, 594 ff; s.a. Stober, in: W/B/S/K, VwVfG § 54 Rn. 13.

<sup>161</sup> Z.B. §§ 79 III ZollG, 18 III VergnStG NW; s.a. § 78 Nr. 3 AO.

<sup>162</sup> BVerwG, DÖV 1978, 611; BayVG, NVwZ 1989, 167; OVG NW, NVwZ 1986, 779; Heun, DÖV 1989, 1054 mwN auch für die Gegenmeinung.

<sup>163</sup> Heun, DÖV 1989, 1064; abl. OVG NW, NVwZ-RR 2000, 341 für das KAG NW (Verweis auf die AO).

<sup>164</sup> Vgl. §§ 5 II BRRG, 2 II BBesG; aber auch § 43 III, § 45 IV HRG, s.a. BVerwG, DVBl 2002, 790 ff.

<sup>165</sup> Siehe BVerwG, NJW 1995, 1104; BerIOVG, NJW 1976, 1227.

<sup>166</sup> Ebenso Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 54 Rn. 106 mwN.

öffentlich-rechtlichen Vertrages nichts aussagt<sup>167</sup>.

76

b) Aus dem Vorbehalt, dass der öffentlich-rechtliche Vertrag nur zulässig ist, „soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“, folgt nicht nur eine Begrenzung der Zulässigkeit der „Handlungsform“ des öffentlich-rechtlichen Vertrages, sondern auch die des „**Inhalts**“ öffentlich-rechtlicher Verträge: Öffentlich-rechtliche Verträge sind nur zulässig, soweit sie sich inhaltlich im Rahmen der Rechtsordnung bewegen. Es dürfen grundsätzlich nur solche Leistungen vereinbart werden, die von der Rechtsordnung nicht missbilligt werden<sup>168</sup>.

**Beispiel:** §§ 59, 63 BBesG sehen für bestimmte Fälle die Möglichkeit einer Rückforderung von Ausbildungskosten für Beamtenanwärter vor. Darüber hinaus gehende Rückzahlungsvereinbarungen sind nur bei freiwilligen zusätzlichen Leistungen (z. B. Studienförderungsmittel) des Dienstherrn zulässig (BVerwGE 52, 183). Nicht zulässig ist dagegen eine Rückzahlungsvereinbarung für gesetzlich vorgesehene Zahlungen des Dienstherrn an Aufstiegsbeamte, auch wenn die Zulassung zum Aufstieg im Ermessen des Dienstherrn steht (BVerwG, DVBl 1993, 558).

77

Der das Privatrecht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit findet demnach im öffentlichen Recht nur beschränkte Anwendung. Hier geht es weniger um die inhaltliche Begrenzung der „Privatautonomie“ der Beteiligten, als vielmehr um die Ausgestaltung des behördlichen „**Ermessens**“ bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in anderen Formen als denen einseitig hoheitlicher Regelungen. Der Vorstellung, dem öffentlich-rechtlichen Vertrag sei generell der Vorzug vor dem Verwaltungsakt als einseitigem Handlungsinstrument zu geben<sup>169</sup>, kann daher nur mit Einschränkungen gefolgt werden<sup>170</sup>. Sie vernachlässigt die je spezifischen Vor- und Nachteile beider Handlungsformen.

78

Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist eine sinnvolle **Alternative zum Verwaltungsakt** für den „**atypischen**“ Fall, kann aber nicht als gleichwertiger Ersatz des Verwaltungsaktes im Regelfall verstanden werden. Hiergegen spricht nicht nur der Gedanke der Gleichbehandlung, dem außerhalb des „Verhandlungsfreiraums“ des öffentlich-rechtlichen Vertrages eine stärkere Berücksichtigung zuteil werden kann, sondern auch die besondere Ausgestaltung des Rechtsbehelfsverfahrens gegen Verwaltungsakte wie auch der mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag regelmäßig verbundene Verzicht auf die einseitige Durchsetzbarkeit der vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten (vgl. § 61 VwVfG)<sup>171</sup>.

79

Regelmäßig ausgeschlossen ist ein (**Normsetzungs-**)**Vertrag**, in dem sich ein Verwaltungsträger dazu verpflichtet, eine Rechtsnorm zu erlassen<sup>172</sup> und zu unterlassen<sup>173</sup>. Der entsprechende Vertragsgegenstand findet, wie § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB zeigt, keinen Anknüpfungspunkt in einer etwaigen subjektiven Berechtigung des privaten Vertragspartners. Er würde

---

<sup>167</sup> Zweifelnd Schenke, JuS 1977, 283.

<sup>168</sup> S.a. BVerwG, DVBl 1976, 217 f; NdsOVG, DVBl 1978, 178 ff; Ule/Laubinger § 70 Rn. 2 ff.

<sup>169</sup> Vgl. BayVGH, BayVBl 1962, 285; s.a. Benz (Fn.112), S. 59, 309 ff. Wohl kann für einzelne Rechtsbereiche positiv-rechtlich ein Vorrangverhältnis zugunsten vertraglicher Lösungen anordnet sein, vgl. §§ 43 I, 110 I BauGB; § 8 BNatSchG; näher: Stober, in W/B/S/K, VerwR I § 54 Rn. 8.

<sup>170</sup> Wie hier Püttner, DVBl 1982, 125.

<sup>171</sup> Siehe nachstehend Rn. 62 ff

<sup>172</sup> BVerwG, DÖV 1981, 878; NVwZ 1982, 249; Bonk, in: S/B/S, VwVfG § 54 Rn. 141; s. aber auch § 11 BauGB sowie Krebs, in Schmidt-Aßmann, Bes.VerwR 4. Kap. III Rn. 92 f.

<sup>173</sup> „Unechter“ Normsetzungsvertrag; hierzu BVerwG, NVwZ 2004, 477 ff; HessVGH, NVwZ 1985, 839; abweichend Meyer/Borgs, § 54 Rn. 58.

überdies die Gestaltungsfreiheit des Normgebers unter Außerachtlassung der maßgeblichen Verfahrensvorschriften verkürzen.

80

(1) Eine gewisse Freistellung von der strengen Gesetzesbindung sieht § 55 VwVfG für den **Vergleichsvertrag** vor<sup>174</sup>. Danach kann ein subordinationsrechtlicher<sup>175</sup> Vergleichsvertrag geschlossen werden, „wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält“.

Der Abschluss eines Vergleichsvertrages ist demnach auch dann zulässig, wenn die vergleichsweise Regelung „möglicherweise dem objektiven Recht widerspricht“, sein Abschluss aber nach Überzeugung der Behörde „zweckmäßig“ ist, weil der Aufwand für die **Beseitigung** der bestehenden **Ungewissheit unverhältnismäßig** wäre<sup>176</sup>.

81

(2) Dass es sich bei der näheren gesetzlichen Bestimmung der inhaltlichen Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge weniger um die Begrenzung der Privatautonomie der Beteiligten als um eine inhaltliche Ausgestaltung des „behördlichen Ermessens“ handelt, zeigt auch die Regelung zur Zulässigkeit von **Austauschverträgen** in § 56 VwVfG. Danach kann ein subordinationsrechtlicher Vertrag, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, nur geschlossen werden, wenn die Gegenleistung „für einen bestimmten Zweck in dem Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient“. Die Gegenleistung muss weiterhin „den gesamten Umständen nach angemessen sein“ und in einem „sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen“<sup>177</sup>.

82

Der Gesetzgeber verbindet hier das **Bestimmtheitserfordernis** im Hinblick auf den vertraglich verfolgten Zweck<sup>178</sup> mit dem Grundsatz der „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ („**Angemessenheit**“) sowie dem „Gebot der Bezüglichkeit“ in Form des „**Kopplungsverbotes**“ und erhebt diese zur ausdrücklichen Handlungsschranke beim Abschluss subordinationsrechtlicher Verträge. Er beugt so einem „Ausverkauf von Hoheitsrechten“ vor, ohne dass allerdings die dem Bürger abverlangte Gegenleistung einer gesetzlich auferlegten Verpflichtung entsprechen müsste<sup>179</sup>.

**Beispiel:** In einem öffentlich-rechtlichen Vertrag über die Förderung einer Betriebserweiterung durch die Stadt verpflichtet sich der Betriebsinhaber, „unbeschadet der planungs- und bauordnungsrechtlichen Vorschriften das Einvernehmen der Stadt für Neubauten, Veränderungen oder Erweiterungen von Betriebsgebäuden einzuholen“. Es liegt innerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Stadt, Ziele des Umweltschutzes mit Mitteln der standortbezogenen gewerblichen Investitionsförderung zu verfolgen, auch wenn für die anlagenrechtliche Genehmigung eine andere Behörde zuständig ist. Die Verknüpfung einer finanziellen Förderung der Betriebserweiterung mit Zielen des Umweltschutzes entspricht auch einem sachlichen Zusammenhang zwischen der Erweiterung des Betriebes und einer drohenden Verschlechterung der Immissionsituation (BVerwGE 84, 236).

---

<sup>174</sup> Einschränkung für Leistungsversprechen, die mit der zu beseitigenden Ungewissheit „nichts zu tun“ haben: BVerwG, DVBl 1976, 217 ff; Schenke, JuS 1977, 287.

<sup>175</sup> Für koordinationsrechtliche Verträge gelten die §§ 62 VwVfG, 779 BGB ohne die Einschränkungen des § 55 VwVfG.

<sup>176</sup> Siehe Ule/Laubinger § 68 Rn. 23.

<sup>177</sup> BGH, NJW 1972, 1657 ff; Menger, VerwArch 64 (1973), 205 ff; einschränkend § 11 II BauGB.

<sup>178</sup> Zum Bestimmungsrecht aus § 315 I BGB: Ziekow/Siegel, VerwArch 95 (2004), 145.

<sup>179</sup> Siehe vorstehend zu Rn. 34 sowie oben § 7 Rn. 32.

83

Steht dem Bürger ein **Anspruch** auf die von ihm erstrebte Leistung der Behörde zu, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, „die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte“ (§ 56 Abs. 2 VwVfG).

In diesen Fällen ist lediglich die Vereinbarung einer solchen Gegenleistung zulässig, die sicherstellen soll, dass die **gesetzlichen Voraussetzungen** für die Leistungsgewährung durch die Behörde **erfüllt** werden<sup>180</sup>. Die zusätzliche Einschränkung der Zulässigkeit von Austauschverträgen im Rahmen der gebundenen Verwaltung soll insbesondere den Rechtsunkundigen schützen und verhindern, dass der Bürger zu Gegenleistungen veranlasst wird, obwohl er die behördliche Leistung ohnehin – auch ohne diese – verlangen könnte.

#### 4. Abschluss des Vertrages

84

Der öffentlich-rechtliche Vertrag kommt ebenso wie der privatrechtliche Vertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragspartner zustande. Auf die öffentlich-rechtlichen Willenserklärungen „Angebot“ und „Annahme“ finden die §§ 116 ff, 145 ff BGB **entsprechende Anwendung**<sup>181</sup>.

Einen öffentlich-rechtlichen Vertrag können neben juristischen Personen des öffentlichen Rechts natürliche und juristische Personen des Privatrechts sowie Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, abschließen (vgl. § 11 VwVfG). In der Regel ist **mindestens eine** der Vertragsschließenden eine **juristische Person des öffentlichen Rechts**. Zwar können **ausnahmsweise** auch **zwei Privatpersonen** Vertragsschließende eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sein<sup>182</sup>; hierauf finden allerdings die §§ 54 ff VwVfG keine Anwendung<sup>183</sup>. Die juristische Person des öffentlichen Rechts handelt durch ihr Vollzugsorgan, die „Behörde“, die in der Person des Behördenleiters, eines allgemeinen Vertreters oder eines Beauftragten tätig wird<sup>184</sup>. Ähnlich kann eine juristische Person des Privatrechts nur durch ihre Organe tätig werden; soweit eine natürliche Person nicht selbst handlungsfähig ist, muss der gesetzliche Vertreter für sie handeln. Grundsätzlich können sich die Vertragsparteien auch durch Bevollmächtigte vertreten lassen. Auf das Vertretungsverhältnis finden – vorbehaltlich des § 14 VwVfG – die §§ 164 ff BGB, insbesondere die §§ 179, 181 BGB entsprechende Anwendung.

85

Der öffentlich-rechtliche Vertrag bedarf der **Schriftform**, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist (§ 57 VwVfG). Entsprechend § 126 Abs. 1 BGB muss der Vertrag somit eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden, wenn das Gesetz nicht, wie § 311b BGB für Grundstücksverkehrsgeschäfte, eine strengere Form (z.B. notarielle Beurkundung) verlangt<sup>185</sup>.

Keine Anwendung findet hier der Grundsatz der „**Urkundseinheit**“ entsprechend § 126 Abs.2 BGB. Der Warn- und Beweisfunktion des § 57 VwVfG wird auch dann ausreichend entsprochen, wenn der Schriftform von beiden Vertragsschließenden in getrennten Schreiben gewahrt ist, deren Zusammenge-

---

<sup>180</sup> Vgl. § 36 I VwVfG, s.a. BVerwGE 96, 326, 335; 111, 162, 169.

<sup>181</sup> § 62 S. 2 VwVfG; s.a. oben § 8 Rn. 106.

<sup>182</sup> Z.B. § 110 I BauGB, § 95 LWG NW. Vgl. Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, VerwR § 28 Rn. 9; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 54 Rn. 34; dageg. Kasten/Rapsch, NVwZ 1986, 712; s.a. oben § 1 Rn. 39.

<sup>183</sup> Vgl. § 1 I, § 9 VwVfG, sowie Maurer, VerwR § 14 Rn. 10; Lange, NVwZ 1983, 321; abl. Bull/Mehde, VerwR § 21 Rn. 874.

<sup>184</sup> Siehe § 12 I Nr. 4 VwVfG sowie oben § 8 Rn. 106.

<sup>185</sup> Vgl. hierzu BGHZ 58, 386; OVG RhPf, DÖV 1978, 444; s.a. Schlemminger NVwZ 2009, 223.

hörigkeit aus den Umständen zweifelsfrei ersichtlich ist<sup>186</sup>. Entsprechendes gilt - abweichend von § 126a BGB - für einen Vertragsabschluss in elektronischer Form gemäß § 3a VwVfG<sup>187</sup>.

86

Greift ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in die **Rechte eines Dritten** ein, so ist die schriftliche Zustimmung des Dritten zu dem Vertrag erforderlich (§ 58 Abs. 1 VwVfG). Wird anstelle eines Verwaltungsaktes, bei dessen Erlass nach einer Rechtsvorschrift die Genehmigung, die Zustimmung oder das Einvernehmen einer anderen Behörde erforderlich ist, ein Vertrag geschlossen, so wird dieser ebenfalls erst wirksam, wenn die andere Behörde in der vorgegebenen Form mitgewirkt hat (§ 58 Abs.2 VwVfG).

In die Rechte eines Dritten kann ein Vertrag an sich nur eingreifen, wenn es sich um einen **verfügenden** Vertrag handelt<sup>188</sup>. Eine entsprechende Anwendung des § 58 VwVfG auf bloß **verpflichtende** Verträge erscheint jedoch – insbesondere bei Verträgen, die eine Unterlassungspflicht der Behörde zum Inhalt haben<sup>189</sup> – angebracht<sup>190</sup>, da die Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages (anders als die der „Zusicherung“) in §§ 58, 59 VwVfG abschließend und ohne Rücknahme- bzw. Widerrufsmöglichkeit (insbesondere im Falle nachträglich erkannter Rechtswidrigkeit) geregelt ist<sup>191</sup>.

87

Solange die erforderliche Zustimmung des Dritten oder die Mitwirkung der anderen Behörde **fehlt**, ist der Vertrag „schwebend unwirksam“.

Nicht ausgeschlossen erscheint allerdings eine Vereinbarung, welche die „Durchführung eines Verfahrens“ zum Erlass eines Verwaltungsaktes unter **Beachtung der Beteiligungsrechte** Dritter vorsieht. Auch kann die Umdeutung eines weitergehenden Vertrages in die Vereinbarung einer bloßen **Einwirkungspflicht** oder die Befürwortung eines „Dispenses“ in Betracht kommen<sup>192</sup>.

## 5. Wirksamkeit

88

Während der rechtswidrige Verwaltungsakt in der Regel „aufhebbar“ und nur ausnahmsweise nichtig ist, kennt das Verwaltungsverfahrensgesetz für den gesetzwidrigen öffentlich-rechtlichen Vertrag entweder nur die (volle) **Wirksamkeit** oder seine **Nichtigkeit**. Eine der Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes entsprechende Zwischenform der Rechtswidrigkeit ist dem Verwaltungsverfahrensgesetz somit für den verwaltungsrechtlichen Vertrag fremd. Unter prinzipieller Anerkennung des privatrechtlichen Grundsatzes, dass einmal geschlossene Verträge einzuhalten sind, glaubte der Gesetzgeber, dem Prinzip der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns dadurch ausreichend Rechnung tragen zu können, dass er die **Nichtigkeits-**

---

<sup>186</sup> Ebenso Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 57 Rn. 19; s.a. BVerwG, NVwZ 2005, 1083 f für koordinationsrechtliche Verträge; BVerwGE 96, 326, 332 für einseitig verpflichtende Verträge; a.A. NdsOVG, NJW 1998, 2921; Ule/Laubinger, § 69 Rn. 9.

<sup>187</sup> Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 1 Rn. 70 mwN.

<sup>188</sup> Redeker, DÖV 1966, 545; s.a. Bullinger, DÖV 1977, 816.

<sup>189</sup> OVG NW, NVwZ 1988, 371.

<sup>190</sup> Für unmittelbare Anwendung Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 58 Rn. 19, 12; Gurlit, in Erichsen/Ehlers, VerR I § 31 Rn. 1; Meyer/Borgs, VwVfG § 58 Rn. 9.

<sup>191</sup> Nicht ausgeschlossen ist allerdings ein Ersatz des Vertrauensschadens nach den Grundsätzen der „culpa in contrahendo“, hierzu Geis, NVwZ, 2002, 385, 388; s a. oben § 8 Rn. 108.

<sup>192</sup> Vgl. VGH BW, DVBl 1980, 751. Ablehnend BVerwG NJW 1980, 2539 zu Zusammenhang mit einer baurechtlichen Planung; dagegen soll nach BGH, NJW 1980, 827 f auch die bloße (privatrechtliche) Risikoübernahme für eine bestimmte Planung zulässig sein; hierzu auch vorsteh. Rn. 79.

**gründe** des öffentlich-rechtlichen Vertrages gegenüber denen des Privatrechts lediglich **erweiterte**<sup>193</sup>, um so dem Unterschied zwischen privatautonomem und gesetzesdeterminiertem Handeln der Verwaltung angemessen Rechnung zu tragen.

89

a) Nichtig ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zunächst, „wenn sich die Nichtigkeit aus der **entsprechenden Anwendung** von Vorschriften des **Bürgerlichen Gesetzbuchs**“ ergibt (§ 59 Abs. 1 VwVfG).

Danach ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, der der gesetzlich **vorgeschriebenen Form** (§ 57 VwVfG) ermangelt (§ 125 BGB entsprechend). Die Nichtigkeit des Vertrages kann sich auch aus einer entsprechenden Anwendung des § 105 (in Verbindung mit § 12 VwVfG), § 116 Satz 2 sowie § 118 BGB ergeben<sup>194</sup>. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist weiterhin „als von Anfang an nichtig anzusehen“, wenn eine der Vertragsparteien ihre Willenserklärung erfolgreich – in entsprechender Anwendung der §§ 119 ff BGB – **angefochten** hat (§ 142 f BGB entsprechend).

90

Nichtig ist auch ein Vertrag, der gegen ein „**gesetzliches Verbot**“ verstößt (§ 134 BGB entsprechend). Dies dürfte bei koordinationsrechtlichen Verträgen unproblematisch sein, hat aber auch bei subordinationsrechtlichen Verträgen, die anstelle eines Verwaltungsaktes ergehen, seine sachliche Berechtigung.

Zwar folgt aus § 59 Abs. 2 VwVfG, dass nicht jede Rechtswidrigkeit zur „Nichtigkeit“ des Vertrages führt; das schließt jedoch nicht aus, dass ein Verstoß gegen eine zwingende, einen bestimmten rechtlichen **Erfolg generell missbilligende** Norm auch auf dieser Ebene denkbar ist („qualifizierter Rechtsverstoß“)<sup>195</sup>, so § 2 Abs. 2 BBesG für die Vereinbarung überhöhter Besoldungsbezüge oder § 54 VwVfG für die Zulässigkeit der Handlungsform „öffentlich-rechtlicher Vertrag“<sup>196</sup>.

91

Nichtig ist weiterhin ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der **gegen die guten Sitten verstößt** (§ 138 BGB entsprechend)<sup>197</sup> sowie ein „Vergleichsvertrag“, wenn sich beide Parteien über den „nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalt“ geirrt haben und der durch den Vergleich beizulegende Streit oder die Ungewissheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde (§ 779 BGB entsprechend)<sup>198</sup>.

92

§ 59 Abs. 2 VwVfG sieht für den subordinationsrechtlichen Vertrag, der anstelle eines sonst erlassenen Verwaltungsaktes (§ 54 Satz 2 VwVfG) geschlossen wird, weitere **spezielle Nichtigkeitsgründe** vor. Danach ist ein entsprechender Vertrag nichtig, wenn

- (1) ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre,
- (2) ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt – nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 VwVfG – rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war (erkennbarer Zweck dieser Regelung ist die Verhinderung einer bewussten „Umgehung“ des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit),
- (3) die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne

---

<sup>193</sup> Vgl. Schleicher, DÖV 1976, 554.

<sup>194</sup> Siehe weiterhin §§ 108, 114 BGB.

<sup>195</sup> BVerwE 98, 58, 63; Bauer, *Verwaltungsverträge* § 36 Rn. 95; Stober, in: W/B/S/K, *VerwR I* § 54 Rn. 64; Ziekow/Siegel, *VerwArch* 95 (2004), 285; a.A. Thieme, *NJW* 1974, 2203.

<sup>196</sup> Vgl. Maurer, § 14 Rn. 41 ff; a.A. (Nichtigkeit nach § 54 VwVfG) Erichsen, *Jura* 1994, 50 f.

<sup>197</sup> Soweit nicht bereits § 59 II Nr. 1 i.V.m. § 44 II Nr. 6 VwVfG eingreift.

<sup>198</sup> Vgl. Ule/Laubinger S. 356; Kopp/Ramsauer, *VwVfG* § 59 Rn. 26a

des § 46 VwVfG rechtswidrig wäre,

(4) sich die Behörde eine nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung versprechen lässt.

93

Die Nichtigkeitsgründe des § 59 (Abs. 1 und) Abs. 2 VwVfG umschreiben nach überwiegender Auffassung<sup>199</sup> **abschließend** die Unwirksamkeit eines subordinationsrechtlichen Vertrages, auch soweit dieser nicht einen Verwaltungsakt ersetzt, sondern lediglich die Verpflichtung zum Erlass eines (rechtswidrigen) Verwaltungsaktes enthält.

Gegen die Annahme eines abschließenden Gehalts des § 59 Abs. 2 VwVfG sind **verfassungsrechtlichen Bedenken** geltend gemacht worden<sup>200</sup>. Diese sind jedoch angesichts der differenzierten Abstufung von § 59 Abs. 1 und 2 VwVfG unbegründet<sup>201</sup>. Wenn das Gesetz selbst nur von Verträgen spricht, die „**anstelle**“ eines sonst zu erlassenden Verwaltungsaktes ergehen, greift es den Sprachgebrauch des § 54 Satz 2 VwVfG auf, der nach h.M. auch bloß verpflichtende Verträge - und sei es in entsprechender Anwendung - umfasst<sup>202</sup>.

94

c) Betrifft die Nichtigkeit nur einen **Teil** des Vertrages, so ist der Vertrag insgesamt nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre (§ 59 Abs. 3 VwVfG).

Der § 139 BGB entlehnte Grundsatz, dass die Teilnichtigkeit im Zweifel zur „**Gesamtnichtigkeit**“ führt, findet nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>203</sup> eine praktisch bedeutsame Ausnahme im Falle eines Erschließungsvertrages, der entgegen § 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB keine Selbstbeteiligung der Gemeinde an den Erschließungskosten vorsieht: Da § 129 Abs. 1 Satz 3 BauGB lediglich ein einseitiges Verbot gegenüber der Gemeinde aufrichte, bestehe kein Bedürfnis, den gesamten Vertrag als nichtig anzusehen; der Vertrag sei vielmehr lediglich insoweit nichtig, als er die gebotene Kostenbeteiligung der Gemeinde ausschließe, im übrigen aber (voll) wirksam.

## 6. Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses

95

a) **Ändern sich** die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebenden **Verhältnisse nach Abschluss** des Vertrages so wesentlich, dass (mindestens) einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht mehr zuzumuten ist, kann diese eine „Anpassung“ des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen<sup>204</sup>. Ist eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten, so kann die Partei, der ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann, den Vertrag „kündigen“.

Fraglich ist, inwieweit diese im Falle der nachträglichen Änderung bzw. des nachträglichen Wegfalls der Geschäftsgrundlage geltenden Grundsätze auch auf den Fall des **anfänglichen Fehlens der Geschäftsgrundlage** infolge gemeinsamen Irrtums der Vertragsparteien Anwendung finden können<sup>205</sup>.

---

<sup>199</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG § 59 Rn. 1, 5; Meyer/Borgs, VwVfG § 54 Rn. 30; Bullinger, DÖV 1977, 815; Frank, DVBl 1977, 682, 685.

<sup>200</sup> Vgl. insbesondere Frank, DVBl 1977, 686.

<sup>201</sup> Ebenso Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, VerwR § 31 Rn. 19; Bullinger, DÖV 1977, 817; Götz, NJW 1976, 1430; Schenke, JuS 1977, 283 ff; s.a. BVerwG, DVBl. 1976, 217.

<sup>202</sup> Vgl. vorstehend Rn. 65.

<sup>203</sup> BVerwG, DVBl 1976, 390.

<sup>204</sup> Siehe BVerwG, NVwZ 1996, 171. Zu den Grenzen der Verbindlichkeit von „Ablösungsverträgen“: BVerwG, NVwZ 1991, 1096; OVG NW, NVwZ 1991, 1106.

<sup>205</sup> Nach Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 60 Rn. 13 ist § 60 VwVfG insoweit jedenfalls sinngemäß anwendbar.

Man wird insofern zu unterscheiden haben: Bei koordinationsrechtlichen Verträgen bestehen keine Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung des § 60 VwVfG auf den Fall anfänglichen Fehlens der Geschäftsgrundlage. Bei subordinationsrechtlichen Verträgen dürfte eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei anfänglichem Fehlen der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen sein, soweit diese dem Geltungsbereich des § 59 Abs. 2 (unmittelbar oder entsprechend)<sup>206</sup> unterfallen. Hier verbietet § 59 Abs. 2 VwVfG auch bei gemeinsamem Irrtum der Parteien über die vorausgesetzte Rechtmäßigkeit der vereinbarten Vertragspflichten einen Rückgriff auf § 60 VwVfG; eine Ausnahme bildet lediglich der gemeinsame Irrtum über die „Vergleichsbasis“ im Rahmen des „Vergleichsvertrages“, der nach § 59 Abs. 1 VwVfG in Verbindung mit § 779 BGB zur Unwirksamkeit des Vergleichsvertrages führt<sup>207</sup>.

96

Neben dem Kündigungsrecht im Falle des Wegfalls bzw. der Änderung der Geschäftsgrundlage ist der Behörde durch § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt, um „**schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen**“. Ein entsprechendes Kündigungsrecht wird nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht zu ziehen sein; diese brauchen freilich nicht auf Umständen zu beruhen, die erst nach Vertragsschluss eingetreten sind<sup>208</sup>.

Sowohl die Kündigung des Vertrages wegen einer Änderung bzw. wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage wie auch die außerordentliche Kündigung nach § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG bedarf der **Schriftform**, soweit nicht eine andere Form durch Rechtsvorschrift vorgeschrieben ist; sie soll begründet werden (§ 60 Abs. 2 VwVfG). Im Falle der Kündigung zur Verhütung oder Beseitigung „schwerer Nachteile für das Gemeinwohl“ kommt eine **Entschädigungspflicht** der Behörde in entsprechender Anwendung des § 49 Abs. 6 VwVfG in Betracht<sup>209</sup>.

97

b) Für die nähere inhaltliche Ausgestaltung des verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnisses gelten im Übrigen die Vorschriften des **Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend** (§ 62 Satz 2 VwVfG)<sup>210</sup>.

Als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens gilt, dass der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, „wie **Treu und Glauben** mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“ (§ 242 BGB). Aus dem Verweis in § 62 Satz 2 VwVfG folgt die grundsätzliche Möglichkeit, auch im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge das **Zurückbehaltungsrecht** nach § 273 BGB bzw. das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB geltend zu machen. Auf **Leistungsstörungen** einschließlich der „culpa in contrahendo“<sup>211</sup> sind die §§ 280 ff, 320 ff BGB entsprechend anwendbar. Aus §§ 284, 288 BGB folgt zugleich die regelmäßige Pflicht zum Ersatz von Verzugszinsen<sup>212</sup>. Für den **Rücktritt** von öffentlich-rechtlichen Verträgen gelten die §§ 346 ff BGB entsprechend. Die Rechte und Pflichten

---

S.a. Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, VerwR § 32 Rn. 3 (entsprechend anwendbar) sowie Meyer/Borgs, VwVfG § 60 Rn. 8 (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 799 BGB); Ule/Laubinger S. 365 (besonderes „Rücktrittsrecht“).

<sup>206</sup> Vgl. hierzu oben Rn. 29, 55.

<sup>207</sup> Siehe oben Rn. 53.

<sup>208</sup> Übereinstimmend Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 60 Rn. 29.

<sup>209</sup> Ebenso Kopp/Ramsauer, VwVfG § 60 Rn. 23; Ule/Laubinger, § 71 Rn. 19; a.A. – Entschädigung nach Aufopferungs- bzw. Enteignungsgrundsätzen – Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 60 Rn. 30.

<sup>210</sup> Das umfasst gem. §§ 305 ff BGB grundsätzlich (Ausnahme: § 310 BGB) auch das AGB-Recht, soweit nicht das öffentliche Recht eine abweichende Regelung trifft; s.a. Geis, NVwZ 2002, 386.

<sup>211</sup> § 311 II BGB. Näher hierzu Geis, NVwZ 2002, 388f sowie oben § 8 Rn. 108

<sup>212</sup> Vgl. BVerwG, ZBR 1964, 340 f; einschränkend BVerwG, NVwZ 1986, 554 f; krit. hierzu Fricke, NVwZ 1986, 538 f.

aus einem verwaltungsrechtlichen Vertrag erlöschen durch „Erfüllung“ (§ 362 BGB)<sup>213</sup> oder Annahme einer Leistung an Erfüllungs Statt (§ 364 BGB), durch Hinterlegung (§§ 372 ff BGB), Aufrechnung (§§ 387 ff BGB)<sup>214</sup> oder rechtsgeschäftliche Beendigung des Schuldverhältnisses (Schuldaufhebung oder Schuldumgestaltung).

98

c) Zur **Durchsetzung** ihrer vertraglichen Ansprüche sind die Vertragsparteien grundsätzlich auf die Erhebung einer Klage vor dem Verwaltungsgericht angewiesen, soweit sich nicht der jeweilige Schuldner ordnungsgemäß der sofortigen Vollstreckung nach § 61 VwVfG unterworfen hat, oder eine andere Sanktion wie ein Leistungsentzug vorgesehen ist<sup>215</sup>. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ist auch gegeben für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 40 Abs. 2 VwGO)<sup>216</sup>.

99

Dass der **Bürger** für die Geltendmachung vertraglicher Ansprüche auf eine (verwaltungs-)gerichtliche Klage angewiesen ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Insofern könnte lediglich zweifelhaft sein, ob ein vertraglicher Anspruch gegen die Behörde auf Erlass eines Verwaltungsaktes auf dem Wege der „allgemeinen Leistungsklage“ oder dem der Verpflichtungsklage geltend zu machen ist. Auf den ersten Blick scheint die Verpflichtungsklage die richtige Klageart zu sein; da das Verlangen einer Vertragserfüllung aber kaum als „Antrag“ im Sinne des § 68 Abs. 2 VwGO angesehen werden kann, zudem das bei der Verpflichtungsklage durchzuführende Vorverfahren an der spezifischen Vertragssituation vorbeigehen dürfte, verdient die allgemeine Leistungsklage den Vorzug<sup>217</sup>. Auch die **Behörde** ist prinzipiell auf die Geltendmachung vertraglicher Ansprüche im Wege der verwaltungsgerichtlichen (Leistungs-)Klage verwiesen. Hat sie sich einmal durch den Abschluss des Vertrages auf die Ebene der Gleichordnung begeben, so kann sie die vertraglich geregelten Ansprüche<sup>218</sup> nicht mehr einseitig – durch Verfügung und anschließenden Verwaltungszwang – geltend machen<sup>219</sup>. Damit ist gleichzeitig, sofern der Vertrag nicht durch eine auflösende Bedingung oder den Rücktritt einer Partei hinfällig geworden ist, ein „Rückgriff“ auf die dem vertraglich geregelten Rechtsverhältnis „vorgelagerte“ Ermächtigungsnorm versperrt. Das schließt nicht aus, dass Ansprüche aus fehlgeschlagenen Vertragsbeziehungen aufgrund besonderer gerichtlicher Ermächtigung durch „Bescheid“ festgesetzt werden können, wenn das Gesetz der Behörde die Möglichkeit einräumt, die ihr zustehenden Ansprüche mittels Verwaltungsakt durchzusetzen<sup>220</sup>.

100

Wollen die Vertragsparteien vermeiden, sich zur Durchsetzung der Ansprüche aus einem subordinationsrechtlichen Vertrag zunächst im Klagewege einen vollstreckungsfähigen Titel verschaffen zu müssen, so können sie die **Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung** vertraglich vereinbaren. Grundsätzlich können sich beide oder aber auch nur einer der beiden Vertragsparteien, also auch ein Verwaltungsträger, der „sofortigen Vollstreckung“ unterwerfen; die „Unterwerfung“ selbst erfolgt durch einseitige Willenserklärung der sich unterwer-

---

<sup>213</sup> Siehe oben § 6 Rn. 114.

<sup>214</sup> Im einzelnen oben § 6 Rn. 115 ff.

<sup>215</sup> So bei der Eingliederungsvereinbarung nach § 15 Abs.2 SGB II, vgl. § 31 SGB II.

<sup>216</sup> Zur gerichtlichen Durchsetzung von Ersatzansprüchen aus „culpa in contrahendo“ unten § 20 Rn 7.

<sup>217</sup> Ebenso Meyer/Borgs, VwVfG § 61 Rn. 4; a.A. Ule/Laubinger § 72 Rn. 16.

<sup>218</sup> Heute unstr., vgl. BVerwG, DVBl 2002, 790 ff; Meyer/Borgs, VwVfG § 61 Rn. 3; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 54 Rn. 73.

<sup>219</sup> Vgl. auch Erichsen, VerwArch. 1977, 71; offengel. von BVerwG, DÖV 1976, 355.

<sup>220</sup> Vgl. den Fall BVerwG, NVwZ 1992, 769 (Beihilfe zur Lagerhaltung von Rindfleisch); hierzu J. Martens, NVwZ 1993, 29.

fenden Partei.

101

Die Unterwerfung **seitens der Behörde**<sup>221</sup> setzt voraus, dass sie von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt hat, vertreten wird. Das frühere, für den Fall der Unterwerfung seitens der Behörde vorgesehene Erfordernis der Genehmigung durch die fachlich zuständige Aufsichtsbehörde ist durch das 3. VwVfGÄndG v. 21.8.2002<sup>222</sup> aufgehoben worden.

102

Das **Verfahren zur Vollstreckung** von Rechten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, in dem sich der Schuldner der „sofortigen Vollstreckung“ unterworfen hat, ist unterschiedlich gestaltet, je nachdem ob es sich um die Vollstreckung seitens einer Behörde oder gegen eine Behörde handelt: Vollstreckt eine Bundesbehörde (im weiteren Sinne), so findet das Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes entsprechende Anwendung<sup>223</sup>; vollstreckt eine Landesbehörde (im weiteren Sinn), so gelten die entsprechenden landesgesetzlichen Bestimmungen. Will eine natürliche Person oder juristische Person des Privatrechts die Vollstreckung aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag betreiben, so muss sie grundsätzlich das örtlich zuständige Verwaltungsgericht einschalten.

Für die **Vollstreckung von Geldforderungen** gilt insoweit § 170 Abs. 1–3 VwGO entsprechend; für die Vollstreckung wegen der Erzwingung einer Handlung, Duldung oder Unterlassung gegen eine Behörde ist § 172 VwGO entsprechend anzuwenden<sup>224</sup>.

## VI. Der Plan

### 1. Planung und Plan

103

Während der Handlungsform „**Plan**“ in der öffentlichen Verwaltung des konstitutionellen Staates sowie unter der Weimarer Reichsverfassung nur eine geringe Bedeutung zukam, wird die Aufgabenstellung der Verwaltungsträger heute in vielen Bereichen durch Pläne vorbestimmt. Insbesondere die Raum- und die Fachplanung formen - neben dem Regulierungsverwaltungsrecht - die Infrastruktur des Gemeinwesens maßgeblich vor und bilden so einen bedeutsamen Teil der Infrastrukturrechts.

Zwar können „Haushaltspläne“ und „Fluchtlinienpläne“ (als Vorläufer des heutigen Bebauungsplans) auf eine lange staats- und verwaltungsrechtliche Tradition zurückblicken; dennoch hatte die „öffentliche Planung“ insgesamt in der Vergangenheit nicht den gleichen Stellenwert, der ihr im heutigen Verwaltungsrecht beigemessen wird. Die **rechtliche Einordnung** des „Planes“ wird freilich dadurch wesentlich erschwert, dass es sich bei der Planung überwiegend um eine Tätigkeit handelt, die andere staatliche Funktionen vorbereiten bzw. unterstützen soll<sup>225</sup> und damit – je nach dem Gegenstand der Planung – den unterschiedlichsten Zielen dient.

104

Der Plan ist einerseits (vorläufiges) **Ergebnis** des Planungsprozesses, andererseits **Instru-**

---

<sup>221</sup> Durch die Neufassung des § 61 I 3 VwVfG überholt: BVerwGE 98, 58, 64.

<sup>222</sup> BGBl. I S. 3322.

<sup>223</sup> Hierzu unten § 11.

<sup>224</sup> § 61 II 3 VwVfG sowie die Verwaltungsvollstreckungsgesetze der Länder.

<sup>225</sup> Siehe Schmidt-Aßmann, DÖV 1974, 541.

**ment** des „planenden“ Verwaltungsträgers zur Verwirklichung seiner auf die Zukunft bezogenen Planungsziele. Planung lässt sich abstrahierend beschreiben als die *systematische Vorbereitung und Steuerung künftigen Verhaltens, um unter gegebenen Umständen auf bestmögliche Weise die Verwirklichung einer bestimmten Ordnungsvorstellung zu erreichen*<sup>226</sup>; dies geschieht insbesondere, indem widerstreitende Interessen durch aufeinander abgestimmte Einzelmaßnahmen ausgeglichen und zur Erreichung des Gesamtzieles koordiniert werden<sup>227</sup>.

## 2. Arten

105

Angesichts der Vielgestaltigkeit des Zieles, das die einzelnen Pläne verfolgen, ist es nicht möglich, eine einheitliche **Rechtsnatur** des Planes zu bestimmen<sup>228</sup>, im Gegenteil lassen sich nicht einmal irgendwelche rechtlichen Gemeinsamkeiten aufzeigen, die allen Plänen gleichermaßen zukämen. Die Schwierigkeiten, auf die bereits die Beschreibung der „Verwaltung im materiellen Sinn“ stößt<sup>229</sup>, spiegelt sich hier in noch verstärktem Maße wieder. Insofern ist der Plan keine eigenständige Rechtsform exekutiven Handelns. Wohl lässt er sich als rechtsformübergreifende besondere Handlungsform der Verwaltung verstehen<sup>230</sup>.

So ist es nur erfolgversprechend, die unterschiedlichen Arten des Planes aufgrund der den einzelnen Plänen jeweils gemeinsam zukommenden Eigenschaften aufzuzeigen. Für eine solche Einteilung bietet sich eine Unterscheidung nach der **Form** und dem **Inhalt** des jeweiligen Planes an, ohne dass allerdings auf eine einheitliche Terminologie zurückgegriffen werden könnte<sup>231</sup>.

106

a) Nach der **Form**, in der die Pläne ergehen, lassen sich unterscheiden:

107

(1) Pläne, die durch **Gesetz** im formellen Sinne festgestellt werden, wie der Haushaltsplan<sup>232</sup> oder in einzelnen Ländern die Landesraumordnungspläne bzw. Landesentwicklungsprogramme<sup>233</sup>.

108

(2) Pläne, die in der Form des Gesetzes im materiellen Sinn (der **Satzung**) ergehen, wie der Bebauungsplan nach § 10 BauGB, der Landschaftsplan nach § 29 LandschG NW oder die Festlegung eines Sanierungsgebietes nach § 142 BauGB.

109

(3) Pläne, die durch Beschluss der **Bundesregierung** oder einer **Landesregierung** ergehen oder von einem Ministerpräsidenten festgestellt werden, wie die mittelfristige Finanzplanung nach § 9 StWG oder die Raumordnungspläne in einzelnen Ländern<sup>234</sup>,

110

(4) Pläne, die aufgrund eines förmlichen (Planfeststellungs-)Verfahrens als **Verwaltungsakte**

---

<sup>226</sup> Ähnlich Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 56 Rn. 8.

<sup>227</sup> Vgl. Rengeling, DVBl 1976, 355.

<sup>228</sup> So zutreffend Maurer, VerwR § 16 Rn. 1.

<sup>229</sup> Vgl. oben § 1 Rn. 2 ff.

<sup>230</sup> Möstl, in Erichsen/Ehlers, VerwR § 18 Rn. 11 mwN.

<sup>231</sup> Vgl. etwa Maurer, VerwR § 16 Rn. 2 ff; Voigt, Die Rechtsformen staatlicher Pläne, Hamburg 1979.

<sup>232</sup> Siehe Art. 110 Abs. 2 GG.

<sup>233</sup> Vgl. z. B. § 12 LPlanG NW.

<sup>234</sup> Siehe § 13 LPlanG NW sowie Maurer, VerwR § 16 Rn. 25.

ergehen, wie die „Planfeststellung“ hinsichtlich der Linienführung von Bundesfernstraßen nach §§ 16 ff. FStrG oder des Baues bzw. der Änderung von Betriebsanlagen der Deutsche Bahn AG nach §§ 36 ff. BBahnG.

111

b) Nach dem **Inhalt**, den ein Plan aufweist, kann wie folgt unterschieden werden<sup>235</sup>:

112

(1) **Außerverbindliche** Pläne. Diese können entweder – wie der Bebauungsplan – allgemeinverbindliche, wenn auch noch „vollzugsbedürftige“ Festsetzungen treffen und damit normative Wirkung entfalten<sup>236</sup>; sie können aber auch unmittelbar (privatrechts-)gestaltende Wirkung haben wie der Umlegungsplan nach § 66 BauGB oder lediglich die Zulässigkeit eines bestimmten Projektes festlegen, damit aber gleichzeitig die Betroffenen mit späteren Einwendungen gegen das projektierte Vorhaben ausschließen [so die aufgrund eines Planfeststellungsverfahrens ergehenden „Planfeststellungen“, vgl. § 75 VwVfG<sup>237</sup>].

113

(2) **Innenverbindliche** Pläne, die entweder mehrere Verwaltungsträger im Verhältnis zueinander verpflichten [so z. B. die Raumordnungspläne<sup>238</sup>] oder einzelne Bedienstete im Verhältnis zum Verwaltungsträger berechnen oder verpflichteten [so die Haushaltspläne<sup>239</sup>]. Gleiches gilt für Pläne, die lediglich eine Grundlage für darauf gestützte gesonderte Bescheide bilden [so die Krankenhausbedarfspläne<sup>240</sup>] oder aber eine bloße Behördenverbindlichkeit [so die Flächennutzungspläne<sup>241</sup>] beanspruchen.

114

(3) **Verhaltensbeeinflussende** („inflenzierende“) Pläne, die die Aufgabe der Lenkung bzw. Beeinflussung Dritter nicht durch verbindliche Ge- oder Verbote, sondern durch den Einsatz sonstiger staatlicher Lenkungsmittel wie Subventionen oder Steuervorteile zu erreichen suchen<sup>242</sup>; hierzu zählen insbesondere der Bundesjugendplan, aber auch im Hinblick auf die Mitfinanzierung durch den Bund die Rahmenplanung nach Art. 91 a GG oder die Bildungsplanung nach Art. 91 b GG.

115

(4) **Informative** Pläne, denen keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt, die aber mit der Bekanntgabe von Daten und Prognosen eine mittelbare Beeinflussung durch die Förderung bestimmter Erwartungshaltungen bewirken können, so die mittelfristige Finanzplanung nach § 9 StWG und die Aufstellung von „Orientierungsdaten“ im Rahmen der konzertierten Aktion nach § 3 StWG.

116

In der Praxis können Pläne durchaus **komplexe Zielsetzungen** aufweisen, die eine ausschließliche Zuordnung zu einer der aufgeführten Typen ausschließen. So enthält z. B. der „Landschaftsplan“ so unterschiedliche Elemente wie die bloß informative Bestandsaufnahme, die innenverbindliche Festle-

---

<sup>235</sup> In der Systematik ähnl. Püttner, VerwR S. 131.

<sup>236</sup> Vgl. § 8 I BauGB sowie BVerwG, DVBl 1975, 493.

<sup>237</sup> Näher hierzu unten § 11 **Rn. 64**.

<sup>238</sup> Vgl. z. B. §§ 12, 13 V, § 18 LPIanG NW.

<sup>239</sup> Vgl. § 3 II BHO, § 3 II LHO NW.

<sup>240</sup> Vgl. § 8 I 2 KHG sowie BVerwG, DVBl 1981, 975 m. Anm. Steiner.

<sup>241</sup> Siehe § 1 II, § 8 II BauGB, vgl. aber auch nachfolgend Rn. 84 mit Fn. 247.

<sup>242</sup> Maurer, VerwR § 16 Rn. 20.

gung von Entwicklungszielen sowie außenverbindliche Festsetzungen mit Rechtssatzcharakter<sup>243</sup>.

Im Hinblick auf die erhebliche Zunahme von „Plänen“ stellt sich nicht nur das Problem der **Koordinierung** mehrerer Pläne in der praktischen Planung, sondern auch das der Entwicklung rechtlicher **Kollisionsregeln** bei divergierenden Planungen. Entsprechende gesetzliche Festlegungen sind nur ansatzweise vorhanden, ohne ein einheitliches Lösungsprinzip erkennen zu lassen<sup>244</sup>.

### 3. Aufstellung, Vollzug und Änderung von Plänen

117

Ein modernes Staatswesen kann auf die Planung in einer Vielzahl von Lebensbereichen nicht verzichten. Angesichts der „Knappheit“ der erforderlichen finanziellen, sachlichen und personellen Mittel, aber auch im Hinblick auf die erheblich größere „Dichte“ der Planungsräume sowie der Komplexität größerer Vorhaben mit einer Vielzahl von Betroffenen, ist verschiedentlich<sup>245</sup> versucht worden, aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes gewisse Planungspflichten abzuleiten. Hieraus ergibt sich jedoch keinesfalls ein subjektives öffentliches Recht Privater auf „Planung“<sup>246</sup>. Selbst für den Bereich des Baurechts, in dem (Bauleit-)Planungen eine besondere Intensität für die betroffenen Grundstückseigentümer aufweisen, ist ein solcher Anspruch durch § 2 Abs. 3 BauGB ausdrücklich ausgeschlossen.

Dies liegt insbesondere an der besonderen Eigenart des **Planungsermessens**, das die Wahlfreiheit der planenden Stelle einerseits mit einer weitreichenden Gestaltungsmöglichkeit, andererseits aber auch mit der Aufgabe der Entscheidung zwischen vielfältigen Ziel- und Mittelkonflikten verknüpft.

118

Hat der Planungsträger von seinem Planungsermessens Gebrauch gemacht, so kann ein darauf beruhender außenverbindlicher Plan, soweit er als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, unmittelbar, soweit er in Form eines Rechtssatzes ergeht, in der Regel<sup>247</sup> „incidenter“ im Rahmen einer gegen einen vollziehenden Verwaltungsakt gerichteten Klage auf „**Planungsfehler**“ hin überprüft werden. Die gerichtliche Überprüfung ist darauf beschränkt, ob die gesetzlichen Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit eingehalten und von dieser in einer Weise, die den gesetzlich sanktionierten Planungszielen entspricht, Gebrauch gemacht wurde. Hierzu gehört insbesondere auch die Beachtung des für das Baurecht positiv-rechtlich verankerten<sup>248</sup>, aber nicht nur dort geltenden „**Abwägungsgebots**“ zwischen den „öffentlichen und den privaten Belangen“<sup>249</sup>.

119

Das Abwägungsgebot umfasst sowohl den „**Abwägungsvorgang**“ wie das „**Abwägungsergebnis**“. Es verlangt, dass eine Abwägung, „überhaupt stattfindet“<sup>250</sup>, alle „erheblichen Belange“ tatsächlich in den Abwägungsprozess mit einfließen, die „Bedeutung“ der einzelnen Belange nicht „verkannt“ wird

---

<sup>243</sup> Vgl. § 6 II BNatSchG; §§ 17 ff LandschG NW.

<sup>244</sup> Vgl. etwa §§ 5 IV, 9 VI, 38 BauGB, 17 III FStrG, § 6 III, IV BNatSchG, § 16 LandschG NW, § 103 BauO NW; bedenklich § 6 III DSchG NW, s.a. NdsOVG, DÖV 1980, 837.

<sup>245</sup> Z.B. Häberle, VVDStRL 30 (1972) S. 117 ff; Schmidt-Aßmann, DÖV 1974, 543.

<sup>246</sup> Maurer, VerwR § 16 Rn. 28.

<sup>247</sup> Ausnahme: Pläne in der Form von Satzungen nach den Vorschriften des BauGB; hier ist zusätzlich die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 I Nr. 1 VwGO möglich; vgl. § 4 Rn. 25 ff.

<sup>248</sup> § 1 VI BauGB.

<sup>249</sup> Hierzu BVerwGE 45, 309; BVerwG, DÖV 1978, 806 ff; Köck, Pläne § 37 Rn. 104 ff.

<sup>250</sup> Das umfasst auch die Frage der Planrechtfertigung am Maßstab der Prüfung der Erforderlichkeit (z.B. § 1 III BauGB); siehe BVerwGE 84, 123, 130; 119, 25 ff; Wahl/Bieback, NVwZ 1999, 606, 613.

sowie der vorgenommene Ausgleich zwischen den einzelnen Belangen in einem „angemessenen Verhältnis“ zu dem Gewicht dieser Belange steht<sup>251</sup>.

120

Ebenso wenig wie ein „**Planungsanspruch**“<sup>252</sup> kommt ein allgemeiner „**Planvollzugsanspruch**“ des einzelnen in Betracht<sup>253</sup>. Das schließt spezialgesetzliche Ausprägungen des „Kontinuitätsprinzips“<sup>254</sup> nicht aus. So sieht § 8 Abs. 2 BauGB vor, dass der Bebauungsplan (regelmäßig) aus dem zuvor aufgestellten Flächennutzungsplan „zu entwickeln“ ist: Fehlt der erforderliche Flächennutzungsplan, ist dieser ungültig oder ist der Bebauungsplan nicht ordnungsgemäß aus dem Flächennutzungsplan entwickelt worden, so ist der dennoch beschlossene Bebauungsplan nichtig<sup>255</sup>, sofern nicht die Voraussetzungen des § 214 Abs. 2 BauGB vorliegen.

Bei einer fehlerhaften Ausübung des Planungsermessens oder einem fehlerhaften Verfahren ist zunächst dem **Grundsatz der Planerhaltung** folgend zu prüfen, ob diese nicht durch eine „**Planergänzung**“ oder ein ergänzendes Verfahren geheilt werden kann. Das ist der Fall, wenn eine inhaltliche Ergänzung des Plans um nicht vorgesehene oder unzureichende Schutzmaßnahmen möglich ist, ohne dass die Grundstrukturen der Planung verändert werden müssten, oder ein Verfahrensmangel nachträglich geheilt wird. Der Grundsatz hat inzwischen in § 75 Abs. 1a VwVfG für die Planfeststellung wie auch in den Raum- und Fachplanungsgesetzen eine gesetzliche Ausformung erfahren<sup>256</sup>.

121

Mit der planerischen Gestaltungsfreiheit in Widerspruch stehen würde allerdings ein Anspruch auf grundsätzlichen Fortbestand eines einmal beschlossenen Planes<sup>257</sup>. Ein solcher allgemeiner „**Plangewährleistungsanspruch**“<sup>258</sup> würde die mit jeder Planung notwendigerweise verbundene Veränderlichkeit des Planes zunichte machen.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass der Plan einen **Vertrauenstatbestand** schaffen kann, der unter besonderen Umständen eine Übergangsregelung im Falle der Abänderung erfordern<sup>259</sup> oder eine Entschädigungspflicht bei der Entwertung zukunftsorientierter, bisher plankonformer Aufwendungen auslösen kann<sup>260</sup>. Auch insoweit findet sich eine spezielle gesetzliche Regelung im Baurecht, das in den §§ 39 ff BauGB nicht nur eine Entschädigungspflicht für durch Planänderungen entwertete schutzwürdige Aufwendungen, sondern auch eine Pflicht zur Entschädigung für die Wertminderung eines Grundstücks infolge Änderung oder Aufhebung der bisher zulässigen Nutzung (durch Bebauungsplan) vorsieht.

---

<sup>251</sup> Siehe BVerwGE 34, 309; 45, 312; Köck, Pläne § 37 Rn. 99 ff

<sup>252</sup> Vgl. § 2 III BauGB; hierzu BVerwGE 82, 243; Peine, JZ 1996, 355; krit. Broß, VerwArch. 1985, 337 ff.

<sup>253</sup> Maurer, VerwR § 16 Rn. 33.

<sup>254</sup> Vgl. hierzu Thiele, DÖV 1980, 114 mwN.

<sup>255</sup> BVerwGE 48, 70; BVerwG, DVBl 1982, 999 f.

<sup>256</sup> Siehe § 214 BauGB, § 10 ROG sowie BVerwGE 56, 132 f, 64, 33, 39; Bumke, Verwaltungsakte, in: H-R/S-A/V, Grundlagen II § 35 Rn. 184; Köck, Pläne § 37 Rn. 112 ff mwN; s.a. unten § 11 Rn. 85.

<sup>257</sup> Vgl. BVerwGE 35, 268; 45, 83; Obermayer, Grundzüge S. 150; s.a. Maurer, VerwR, § 16 Rn. 29.

<sup>258</sup> Näher Egerer, Der Plangewährleistungsanspruch, 1971; Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970; Köck, Pläne § 37 Rn. 117 mwN; s.a. BVerwG, NVwZ 2003, 1381 ff.

<sup>259</sup> Vgl. Maurer, VerwR § 16 Rn. 28 ff; Ossenbühl, JuS 1975, 549.

<sup>260</sup> Siehe Köck, Pläne § 37 Rn. 117 f.

## V. Regulierung

122

Nicht zuletzt die weit reichenden **Privatisierungen** bei Post, Telekommunikation und Bahn in den vergangenen Jahren<sup>261</sup> haben die hiermit verbundenen **Steuerungsprobleme** offen gelegt. Ihnen ist mit den überkommenen verwaltungsrechtlichen Instituten nicht adäquat beizukommen. Während der Gesetzgeber hierauf mit speziellen Regulierungsgesetzen<sup>262</sup> und der Errichtung eigener Regulierungsbehörden reagiert hat, bemüht sich die neuere Verwaltungswissenschaft darum, die Problematik mit einer eigenen Kategorie sog. „Gewährleistungsverwaltungsrechts“<sup>263</sup> aufzufangen. Ihr geht es um eine Koordination von öffentlicher und privater Interessenverfolgung auf bestimmten Gebieten wirtschaftlichen Betätigung, die durch einen verstärkten Ordnungsbedarf gekennzeichnet sind. In der Begrifflichkeit der „**regulierten Selbstregulierung**“ findet dies einen eigenen Ausdruck<sup>264</sup>: Private Initiative soll ermöglicht, dabei soll zugleich die Wahrung von Gemeinwohlbelangen (z.B. Versorgungssicherheit, Verbraucherschutz, Umweltschutz) durch einen spezifischen Ordnungsrahmen sichergestellt werden<sup>265</sup>. Es geht also um einen Prozess der Gemeinwohlfindung durch das Zusammenspiel einer Mehrzahl von Akteuren in unterschiedlichen Rollen.

### 1. Hintergründe und Ziele

123

Die Vorstellung von einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung knüpft an den wettbewerblichen Gütertausch des Marktes an, der wirtschaftlicher Rationalität folgt. Sieht man von der Schaffung der notwendigen rechtlichen Institutionen (z.B. BGB, HGB)<sup>266</sup> wie auch dem Ordnungsrahmen ab, den das Recht allgemein für jede wirtschaftliche oder gesellschaftliche Betätigung bereit hält, so ist der marktmäßige Gütertausch regelmäßig nicht auf staatliche Dirigismen angewiesen. Im Gegenteil erweisen diese sich als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in die Freiheit der Akteure. Erst wenn **monopolistische oder oligopolistische Marktstrukturen** vorliegen oder das **Gleichgewicht** zwischen Anbieter oder Nachfrager wegen der Eigenart des Produkts **gestört** ist oder die Art des Produkts **besondere Schutzvorkehrungen** erfordern, stellt sich die Frage nach einer zusätzlichen rechtlichen Regelung von Strukturen und der Kanalisierung der rechtlichen Beziehungen. Dann kommt die Überlegung zum Zuge, dass wirtschaftlicher Wettbewerb allein nicht die Wahrnehmung öffentlicher Interessen und die Vermeidung negativer gesellschaftlicher Effekte sicherstellen kann<sup>267</sup>.

124

So müssen bei einer Privatisierung staatlicher Unternehmen mit Monopolstellung zunächst einmal marktmäßige Strukturen geschaffen werden. Die entsprechende **Freisetzung von**

---

<sup>261</sup> Vgl. oben § 6 Rn. 88. Die Probleme sind freilich nicht neu. So hat es in Zeiten des Notstandes schon früher umfängliche Formen staatlicher Regulierung gegeben; näher Wallerath, DV 20 (1987), 137 ff.

<sup>262</sup> Zur wenig klaren Begrifflichkeit: § 3 Nr.13 TKG; Masing, Gutachten zum 66. DJT, D 1 f; Ruffert, AöR 124 (1999) S. 237, 246 sowie nachfolg. Rn. 127 und 129.

<sup>263</sup> Vosskuhle VVDStRL 62 (2003), 266, 304 ff; s.a. Masing in: H. Bauer, u.a.(Hg.), Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Gewährleistungsstaates, 2002, 161, 185 ff; ders. AöR 128 (2003) 558 ff.

<sup>264</sup> Siehe Thoma, Regulierte Selbstregulierung S. 39 sowie oben § 2 Rn. 20.

<sup>265</sup> Schoch, NVwZ 2008, 242 mwN

<sup>266</sup> Erst diese sichern den natürlichen Handlungsrahmen des Einzelnen für einen Gütertausch rechtlich ab und vermitteln die erforderliche Erwartungssicherheit; s.a. Wallerath, VerwArch 88 (1997), 1, 13.

<sup>267</sup> Siehe Wallerath, VerwArch 88 (1997), 1, 14.

**Wettbewerbs** knüpft vornehmlich an leitungsgebundene Versorgungsleistungen oder sonstige monopol- oder oligopolartigen Strukturen an<sup>268</sup>. Darüber hinaus müssen besonders gefährdete wettbewerbliche Strukturen in bestimmten Teilmärkten **gesichert** werden. Schließlich sind Marktteilnehmer in einer schwächeren Ausgangsposition durch **soziale Produkthanforderungen** und **verbraucherschützende Regelungen** bei der Marktteilnahme zu schützen<sup>269</sup>.

125

Vor allem das Erfordernis, die Versorgung mit **leitungsgebundenen**, lebenswichtigen **Gütern** sicherzustellen, so die Wasser- und Energieversorgung sowie die Abwasserbeseitigung, löst einen Regulierungsbedarf aus,<sup>270</sup>. Aber auch die drohende sektorale Vernachlässigung von Gemeinwohlinteressen kennzeichnet einen Regulierungsbedarf, so bei dem gesamtwirtschaftlich hoch bedeutsamen **Kapitalmarkt**<sup>271</sup> oder der **Grundversorgung** mit bestimmten Dienstleistungen z.B. des Verkehrs, der Post, der Telekommunikation<sup>272</sup> und der Abfallbeseitigung, oder bei begrenzt zur Verfügung stehenden lebensnotwendigen Gütern<sup>273</sup>. Ein solcher ist weiterhin auszumachen bei der Wahrnehmung **sicherheitsempfindlicher Aufgaben** wie dem Strafvollzug<sup>274</sup>, aber auch bei einem spezifischen **Verbraucherschutz** wie der Wahrung des Jugendschutzes im Medienrecht<sup>275</sup>. Traditionell weisen die Leistungserbringung im **Sozialrecht**, hier insbesondere im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung<sup>276</sup>, sowie das Recht der **Landwirtschaft**<sup>277</sup> ein hohes Maß an Regulierung auf, das freilich je eigenen, nicht verallgemeinerungsfähigen Grundsätzen folgt.

126

Die genannten Referenzgebiete machen deutlich, dass es sich bei der Regulierung um eine **aktive Gestaltungsaufgabe** handelt, in deren Zentrum die staatliche Verantwortung zur Gewährleistung der notwendigen Infrastruktur oder Versorgungsbedingungen in verschiedenen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Bereichen steht<sup>278</sup>. Sie ist auf die Schaffung von Strukturen oder auf allgemeine Leistungsanforderungen für bestimmte Sektoren gerichtet. Idealtypisch wird über Regulierungsbehörden eine **administrative Feinsteuerung** erreicht, das auf ein breiteres Instrumentarium als im sonstigen Wirtschaftsverwaltungsrecht zurückgreifen kann<sup>279</sup>.

127

Dabei geht es um die **sektorale**, auf Dauer angelegte **Gestaltung** der Funktionsfähigkeit bestimmter Teilmärkte durch staatliche Interventionen. Typischerweise handelt es sich um die Vorformung von polygonalen Rechtsverhältnissen in Form einer Festlegung **besonderer Nutzungsregime** oder **Kontraktbedingungen**<sup>280</sup>. So geht es bei der Regulierung von Post und Bahn sowie von Telekommunikation, aber auch der Energiewirtschaft, um die Schaffung eines speziellen Ordnungsrahmens, der Wettbewerb in bestimmten, bisher monopolistisch abgedeckten Versorgungsbereichen ermöglichen soll, nicht um die Festlegung allgemeiner wettbewerblicher Regeln, die Aufgabe des Wettbewerbsrecht ist.

---

<sup>268</sup> Di Fabio, VVDStRL 56 (1997) 235 ff; Masing, DV 36 (2003), 1, 4 ff; s.a. oben § 3 Rn 78.

<sup>269</sup> Masing, DV 36 (2003), 7; Schulze-Fielitz, Grundmodi § 12 Rn. 47, 56.

<sup>270</sup> Siehe Emmerich/Fritsche, BayVwBl 2007, 1; Kahl, GewArch 2007, 441 ff; Schoch, NVwZ 2008, 242.

<sup>271</sup> Näher Pitschas, in: FS Scholz, 2007, 855 ff; Ruthig § 6 Rn. 510, 590 ff.

<sup>272</sup> BVerfGE 108, 370, 393

<sup>273</sup> So in der Transplantationsmedizin, s. Rixen, in: Höfling (Hs.), Transplantationsgesetz § 17 Rn. 17 ff.

<sup>274</sup> Gusy, JZ 2006, 651 ff; s.a. Schoch, NVwZ 2008, 242 zum Betrieb von Bundeswehrkasernen.

<sup>275</sup> Callies, AfP 2002, 465 ff; Thoma (Fn. 260) S. 83 ff, 172 ff.

<sup>276</sup> §§ 69 ff SGB V; näher Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 59 f, 76 f, 85 ff. S.a. §§ 110 f, 120 IV SGB XI zur privaten Pflegeversicherung; hierzu Pitschas, in: FS Stober, 2008, S. 295 ff.

<sup>277</sup> Näher Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 89 f; ders., DV 20 (1987), 137, 155 ff jew. mwN.

<sup>278</sup> V. Danwitz, DÖV 2004, 977, 984.

<sup>279</sup> Vgl. auch oben § 3 Rn. 79.

<sup>280</sup> Faber, VerwR S. 33, 337; Weiß, Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit, 2008, S. 346 ff.

Allerdings sind die **Grenzen fließend**. Das gilt auch im Verhältnis zur allgemeinen Ordnungsverwaltung, insbesondere zur gewerberechtlichen Aufsicht, die jeweils nur punktuell zur Ordnung rufen<sup>281</sup>, aber auch im Verhältnis zur Regelung der Produktsicherheit und zum allgemeinen Verbraucherschutz; diese werden - ebenso wie das allgemeine Wettbewerbsrecht - durch das Recht der Regulierung nicht ersetzt, sondern ergänzt<sup>282</sup>. Dementsprechend ist die Verselbständigung des Regulierungsrechts als Teilgebiet des allgemeinen Verwaltungsrechts noch im Fluss<sup>283</sup>.

128

Staatliche Regulierung folgt teils **völker- und europarechtlichen** Impulsen<sup>284</sup>, teils ausdrücklichen **verfassungsrechtlichen** Vorgaben, teils einem allgemeinen, durch **grundrechtliche Schutzpflichten** ausgelösten Handlungsauftrag<sup>285</sup>. Letzterer hat freilich nur eine geringe Direktivkraft<sup>286</sup>. Aus empirischer Sicht ergibt sich Handlungsdruck vor allem aus der Privatisierung monopolistischer staatlicher oder kommunaler Unternehmen, großflächigen Verschiebungen von Wettbewerbssituationen und neuen Technologien.

## 2. Instrumente

129

Das Regulierungsrecht arbeitet in seinem Kern mit Zielvorgaben zur **Optimierung** von Märkten und Wettbewerbsstrukturen sowie der Auferlegung von bestimmten, **unternehmerisch relevanten Verhaltensanforderungen**. Seine Ausführung und Ausfüllung verbindet sich so mit einer besonderen, die klassischen Formen der Wirtschaftsaufsicht übersteigenden Gestaltungsaufgabe<sup>287</sup>. Durch einen speziellen rechtlichen Rahmen und strukturierende Vorgaben, die auf eine Steuerung des Marktverhaltens zielen, sollen **gemeinwohlverträgliche** Problemlösungen durch Dritte sichergestellt werden<sup>288</sup>.

Verschiedentlich wird darauf abgestellt, dass Regulierungsmaßnahmen mit einer bloß „**indirekten**“ Steuerung verbunden seien<sup>289</sup>. Das ist nur zutreffend, soweit mit „Anreizen“ gearbeitet wird. Demgegenüber finden sich vielfache, direkt wirkende Instrumente wie hoheitliche Anordnungen oder staatliche Entgeltfestsetzungen. In diesen Fällen passt das Bild der indirekten Steuerung allenfalls insoweit, als man es auf das dahinter liegende Ziel des Schutzes des Endverbrauchers abstellt. Nach allem ist das Merkmal eher missverständlich. Entscheidend ist die gezielte gemeinwohlorientierte **Beeinflussung der Geschäftspolitik** von Unternehmen im Hinblick auf mögliche Wettbewerber und/oder Endkunden durch die bewusste Gestaltung der Marktbedingungen<sup>290</sup>.

130

Die Instrumente des Regulierungsrechts weisen ein außerordentlich breites Spektrum von

---

<sup>281</sup> Schulze-Fielitz, Grundmodi § 12 Rn. 18.

<sup>282</sup> §§ 14b II, III AEG, § 111 I 2 EnWG, § 2 III PostG, § 2 III TKG; s.a. Weiß (Fn. 277) S. 265 ff, Masing, DV 36 (2003), 1, 4.

<sup>283</sup> Hierzu namentlich Eifert, Regulierungsstrategien § 19 Rn. 4 ff; Röhl, JZ 2006, 831, 836 f mwN.

<sup>284</sup> Bulla, in: Schmidt/Vollmöller § 11 Rn. 7 f; Butzer, HdStR IV § 74 Rn. 25 f; Pielow, JuS 2006, 692, 694.

<sup>285</sup> Butzer, HdStR IV § 74 Rn. 40 f; Schoch, NVwZ 2008, 244

<sup>286</sup> Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 201 ff.

<sup>287</sup> Siehe Knauff, VerwArch 98 (2007), 403; Schoch, NVwZ 2008, 242 mwN.

<sup>288</sup> Ladeur/Gostomzyk, DV 36 (2003), 141, 151; Masing, VVDStRL 63 (2004), 391 f.

<sup>289</sup> Bulla, in: Schmidt/Vollmöller § 11 Rn. 5; Bullinger 1963, 1355; s.a. Ladeur/Gostomzyk, DV 36 (2003), 150; Masing, VVDStRL 63 (2004), 391 f.

<sup>290</sup> Vgl. Masing, HdStR IV, § 90 Rn. 42; Kämmerer, DVBl 2008, 1005 f; Thoma (Fn. 260) S. 40 f.

Interventionsformen und Beeinflussungsmodalitäten auf<sup>291</sup>. Teilweise sind sie von dem Bestreben geleitet, ökonomische Modelle zur Steuerung von Geschehensabläufen nutzbar zu machen<sup>292</sup>. Diese finden sich beispielhaft im **Recht der Telekommunikation** abgebildet. Insoweit sind namentlich zu nennen: Die Regulierung des Marktzutritts durch **Zuteilung von Frequenzen**, die bei begrenzten Kapazitäten auf der Grundlage spezieller wettbewerblicher Vergabeverfahren erfolgen kann<sup>293</sup>, die Auferlegung von **Pflichten zur Zugangseröffnung** seitens marktmächtiger Unternehmen zugunsten weiterer Anbieter<sup>294</sup> mit einer Genehmigungspflicht der **Zugangsentgelte**<sup>295</sup>, die Regulierung von Entgelten für **Endnutzerleistungen** in unterschiedlicher Ausgestaltung<sup>296</sup> sowie die Auferlegung von Pflichten zur **Zusammenschaltung mehrerer Teilnetze** im Interesse einer netzübergreifenden Versorgung.

**Beispiel:** A bietet Sprachtelefondienste und Internetdienste an. Er begehrt von T, Anbieter von TK-Dienstleistungen und Betreiber eines bundesweiten TK-Festnetzes die Überlassung von Endkundenanschlüssen und Verbindungsminuten für Orts- und Cityverbindungen im Teilnehmernetz des T. Die zwischen A und T geführten Verhandlungen bleiben ohne Erfolg. Daraufhin wendet sich A an die Regulierungsbehörde. Nach Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens gem. §§ 12, 13 TKG fordert diese T auf, innerhalb einer bestimmten Frist ein nachfragerechtes Angebot abzugeben. Als T sich dahin erklärt, der Aufforderung nicht entsprechen zu wollen, ordnet die Regulierungsbehörde gemäß § 25 TKG an, dem A die beantragten Dienste zum Zwecke des Wiederverkaufs an Endkunden („Resale“) nach § 21 TKG zur Verfügung zu stellen<sup>297</sup>.

131

Als weitere Instrumente finden sich die Erteilung von **Lizenzen**<sup>298</sup>, die gesetzliche Anordnung von Unterhaltungs-<sup>299</sup> und Betriebspflichten<sup>300</sup> oder die Auferlegung eines bestimmten Grundleistungsangebots zur Versorgung mit Gütern der Daseinsvorsorge wie bei der Postzustellung oder der Telekommunikation (**Universaldienstleistungsmodell**). Danach können einem Unternehmen näher definierte Leistungspflichten zur flächendeckenden Grundversorgung aufgegeben werden. Auf diese Weise soll ein Mindestleistungsangebot bestimmter Qualität zu erschwinglichen Preisen auch dort sichergestellt werden, wo dies – wie in einwohnerschwachen Regionen - nicht kostendeckend möglich ist<sup>301</sup>.

**Beispiel:** Im Telekommunikationsbereich umfassen die Universaldienstleistungen u.a. die sog. Standardauskunft sowie die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen, soweit jeweils die Teilnehmerdaten zur Verfügung stehen und die Teilnehmer der Eintragung nicht widersprochen haben<sup>302</sup>.

132

Zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Rechte des Betreibers sind in

---

<sup>291</sup> Siehe Stober, in: FS Scholz, 2007, S. 953 ff.

<sup>292</sup> Ruthig § 6 Rn. 550..

<sup>293</sup> § 55 Abs. 9, § 61 TKG; s.a. Masing, Grundlagen I § 7 Rn. 167.

<sup>294</sup> §§ 21 TKG; s.a. § 30 II Nr.2 EnWG.

<sup>295</sup> § 30 f, 39 TKG; s.a. § 23a EnWG; hierzu Büdenbender, DVBl 2006, 197 ff.

<sup>296</sup> § 39 TKG, §§ 19 ff PostG. Näher Bulla, in: Schmidt/Vollmöller § 11 Rn. 85, 96 ff.

<sup>297</sup> S.a. BVerwG, MMR 2004, 348 ff.

<sup>298</sup> § 4 EnWG, §§ 5 ff PostG. Zur tarifrechtlichen Kopplung: Gramlich, in: FS Stober, 2008, 279 ff.

<sup>299</sup> §§ 4 ff, 11 AEG; s.a. BVerwG, DVBl 2008, 380 (Streckenstilllegung durch die DB Netz AG).

<sup>300</sup> Vgl. § 85 TKG; §§ 11 ff EnWG; s.a. § 2 EnWG (Versorgungspflicht), § 10 AEG (Beförderungspflicht).

<sup>301</sup> Siehe § 11, 13 II PostG, §§ 78 ff TKG; hierzu: Schoch, NVwZ 2008, 246

<sup>302</sup> Im Einzelnen § 1 Telekommunikationsdienstleistungsverordnung (TUDLV)

diesem Fall **Ausgleichsleistungen** für nicht kostendeckende Dienstleistungen zu leisten, die von einem Fonds getragen werden, der seinerseits von allen größeren Anbietern gespeist wird<sup>303</sup>.

Angesichts der Eigendynamik der Märkte, aber auch der bekannten Schwäche jeder externen Preiskontrolle stößt vor allem die Entgeltregulierung auf strukturelle **Grenzen**<sup>304</sup>. Das gilt im Grundsatz auch für die in § 21a EnWG vorgesehene Anreizregulierung der **Netzentgelte**, die zwar größere unternehmerische Spielräume schafft, aber das Problem des angemessenen Ausgangsniveaus ebenfalls nicht lösen kann<sup>305</sup>. Trotz des erweiterten Handlungsspektrums zeigen sich hier die beschränkte Steuerungskapazität des Staates und die begrenzte Leistungsfähigkeit des Gewährleistungsansatzes<sup>306</sup>.

132

Eine aktive Rolle nimmt der Staat auch dort ein, wo er **besondere Regelungen zum Umwelt- oder Verbraucherschutz** trifft, um so bestimmten, produktbezogenen Gefahrenlagen zu begegnen oder ökonomische Anreize für ein sozial erwünschtes Verhalten zu setzen, etwa durch den Einsatz marktwirtschaftlicher Elemente wie die Eröffnung eines **Handels** mit Frequenznutzungsrechten<sup>307</sup> oder mit **Zertifikaten**, welche die Einhaltung eines bestimmten Emissionsvolumens zu sichern suchen<sup>308</sup>. Mit der **Akkreditierung und Zertifizierung** von Dienstleistungen und Produkten setzt sich der Staat die Wahrung bestimmter sozialer oder gefahrvermeidender Qualitätsstandards zum Ziel, wie sie sich in allgemeiner Form im Produktsicherheitsgesetz finden<sup>309</sup>. Schließlich kann er zum Ausgleich eines Macht- und Informationsgefälles der Marktsteilnehmer **Diskriminierungsverbote** und **Transparenzgebote** in Märkten mit Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einsetzen<sup>310</sup>. In der Kranken- wie in der Pflegeversicherung zeigt sich eine Tendenz zu normativen Regulierungen, die gesetzliche und private Versicherung z.B. durch Kontrahierungszwang, Basistarife und Leistungsstandards auf teilweise einheitliche Geschäftsmodelle festlegen<sup>311</sup> und Rechtsschutz sowie Aufsicht aneinander angleichen<sup>312</sup>.

133

Die verschiedenen Regulierungsmaßnahmen erzeugen einen unterschiedlichen **Rechtfertigungsdruck**, der sich **aus den Grundrechten** und dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** speist<sup>313</sup>. So kann der Einsatz einzelner Instrumente mit erheblichen Eingriffen in die Unternehmensfreiheit verbunden sein<sup>314</sup>. Auszugehen ist von der Selbstordnungskraft des Marktes, der regelmäßig die

---

<sup>303</sup> Vgl. § 16 I PostG, 83 I TKG. Zur verfassungsrechtlichen Problematik: v. Danwitz, NVwZ 2000, 616; Masing § 90 Rn. 46 mwN. Zur beihilferechtlichen Seite (Art. 86 II, 87 I EGV): EuGH NVwZ, 2002, 193 - Ferring; NJW 2003, 2515 - Altmark; Franzius, Der Staat 42 (2003), 493.

<sup>304</sup> § 11 PostG, § 102 TKG. S.a. Masing, HdStR IV, § 90 Rn. 42; Wallerath (Fn. 273) S. 490 f mwN.

<sup>305</sup> Siehe Ruge, DVBl 2008, 957 ff; Richter, NVwZ 2009, 270; Trute/Broemel, ZHR 170 (2006), 706, 728.

<sup>306</sup> Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997) S. 169; Schoch, NVwZ NVwZ 2008, 246; s.a. § 2 Rn. 22.

<sup>307</sup> § 62 TKG; näher hierzu Ruthig § 6 Rn. 580. S.a. § 7 PostG zur Übertragbarkeit von Lizenzen.

<sup>308</sup> Siehe Ruthig § 6 Rn. 579.

<sup>309</sup> Näher: Kämmerer, DVBl 2008, 1005 f; Pünder, ZHR 2006, 567 ff; Weiß, S, 265 ff, 345 ff.

<sup>310</sup> Siehe § 19 TKG, §§ 28 ff PostG.

<sup>311</sup> Pitschas, in: FS Stober, 2008, S. 295, 308; zur Kompetenzfrage: BVerfGE 103, 197, 216 f.

<sup>312</sup> Siehe §§ 257 IIa, 315 SGB V, § 110 f SGB XI, § 51 II 3 SGG.

<sup>313</sup> Vgl. auch das Erfordernis eines gestuften Vorgehens nach § 126 TKG.

<sup>314</sup> Vgl. Masing, Gutachten zum 66. DJT, D 157 mwN; s. aber auch BVerwGE 114, 160, 192 f zum „intensiven sozialen Bezug“ überkommener Netze. Zur methodischen Frage auch Martins, DÖV 2007, 456 ff.

unregulierte Wirtschaftsfreiheit der Marktteilnehmer entspricht<sup>315</sup>. Eine Regulierung kann sich als erforderlich erweisen, wenn ein bestimmter Markt noch nicht etabliert ist oder im Hinblick auf die Wahrung legitimer Gemeinschaftsziele nicht ausreichend funktioniert. Je intensiver der Eingriff in die Berufsfreiheit des Unternehmens ist, umso höher sind die Rechtfertigungsanforderungen für die einzelnen Regulierungsmaßnahmen. Im übrigen ist die Frage der Zulässigkeit nicht ein für allemal zu beantworten, sondern von der jeweiligen Marktentwicklung abhängig<sup>316</sup>.

### 3. Organisation und Verfahren

134

Die administrative Bewältigung der Regulierungsaufgabe ist mit einer besonderen, die klassischen Formen der Wirtschaftsaufsicht übersteigenden Gestaltungsmacht versehen<sup>317</sup>. Der auf einzelnen Fachgesetzen beruhende, sektorale Ordnungsrahmen wird auf organisatorischer Ebene auf wenige Behörden institutionell zusammengeführt<sup>318</sup>. Dort, wo es sich um Marktregulierung handelt, konzentriert sich in die Verantwortung inzwischen im wesentlichen bei der **Bundesnetzagentur** für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.

Ausnahmen in Form einer **Aufspaltung** der Aufsichtszuständigkeiten bestehen im Eisenbahnwesen (Eisenbahnbundesamt bzw. Bundesministerium für Verkehr, Bau und Wohnungswesen<sup>319</sup>) sowie im Energiesektor, in dem teilweise Landesbehörden zuständig sind (§ 54 EnWG). Die **Kapitalmarktaufsicht** ist bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gebündelt, die nunmehr die Aufsicht über das Kreditwesen, die unter das VAG fallende Versicherungsaufsicht<sup>320</sup> sowie die Wertpapieraufsicht im Sinne einer „Allfinanzaufsicht“ unter einem Dach vereint.

135

Als Regulierungsbehörde weist die Bundesnetzagentur eine **gewisse Unabhängigkeit** auch gegenüber den vom Bund (mit) getragenen Marktteilnehmern auf. Deshalb ist für bestimmte bedeutsame Entscheidungen ein sog. **Kammerverfahren** mit einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vorgesehen<sup>321</sup>. Überdies haben Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie förmlich zu ergehen und sind im Bundesanzeiger zu veröffentlichen<sup>322</sup>. Die Pflicht zur Offenlegung stellt eine etwaige hierarchische Binnensteuerung unter Rechtfertigungszwang, auch wenn der Forderung nach einem „ministerialfreien Raum“ hierdurch gerade eine Absage erteilt ist<sup>323</sup>.

**Einzelweisungen** nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie können jedoch, namentlich wenn es sich um Kammerverfahren handelt, in Widerspruch zu dem Regulierungsauftrag stehen, weil sie die Anforderungen an das spezielle Entscheidungsverfahren unterlaufen und einen **Abwägungsmangel** indizieren<sup>324</sup>.

136

---

<sup>315</sup> Masing, Gutachten zum 66. DJT, S. 154.

<sup>316</sup> Stober, in FS Scholz, 2007, S. 955; s.a. § 14 TKG

<sup>317</sup> Siehe Knauff, VerwArch 98 (2007) 403; Schoch NVwZ 2008, 242 mwN.

<sup>318</sup> Trute/Broemel, ZHR 170 (2006), 729; s.a. Masing, AöR 128 (2003), 558 ff zu den Vorbildern im US-amerikanischen Recht.

<sup>319</sup> §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 4 I BEVVG. Krit. hierzu Kühling/Ernert, NVwZ 2006, 33, 38 f.

<sup>320</sup> Die Aufsicht über die Versicherungsträger nach Art. 87 II GG obliegt dem Bundesversicherungsamt.

<sup>321</sup> §§ 132 ff TKG; s.a. Bulla, in: Schmidt/Vollmöller, § 11 Rn. 29.

<sup>322</sup> § 117 TKG, § 44 PostG.

<sup>323</sup> Siehe Masing, in: HbStR IV § 90 Rn. 48; Stober, in: FS Scholz, 2007, S. 956 mwN.

<sup>324</sup> Vgl. auch Masing, Gutachten zum 66. DJT, D 95 f; Stober, in: FS Scholz, 2007, S. 966 f.

Entscheidungen (Erlaubnisse, Anordnungen oder verbindliche Feststellungen) der Regulierungsbehörden sind **Verwaltungsakte**; soweit sie marktregulierend sind, haben sie privatrechtsgestaltende Wirkung<sup>325</sup>. Angesichts der Komplexität der zu treffenden Entscheidungen und deren den Markt beeinflussenden Wirkung kommt dem **Verfahren** besondere Bedeutung zu<sup>326</sup>. Mit dem „Kammerverfahren“ ist die Marktregulierung durch die Bundesnetzagentur justizförmig ausgestaltet. Damit ist es um besondere **Transparenz** bemüht. Überdies ist es **abgestuft** unter (nicht selbständig anfechtbarer) Abschichtung und Offenlegung der Teilelemente „Definition“ der jeweils sachlich und räumlich relevanten Teilmärkte, „Marktanalyse“ und Verpflichtungsentscheidung<sup>327</sup>. Besondere Regelungen gelten auch für Rücknahme und Widerruf der Frequenzzuteilung<sup>328</sup>. Soweit das Regulierungsrecht keine spezielle Regelungen bereit hält, findet das Verwaltungsverfahrensgesetz (ergänzend) Anwendung.

137

Die Bundesnetzagentur kann überdies dem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über „beträchtliche Marktmacht“ verfügt, eine besondere Transparenzverpflichtung auferlegen, die sich darauf richtet, alle für die Inanspruchnahme von Zugangsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen<sup>329</sup>. Im Einzelfall sind **Geheimhaltungs- und Aufklärungsinteresse** so auszutarieren, das das Bedürfnis nach Transparenz des Verfahrens mit den berechtigten Interessen der Beteiligten im Hinblick auf die Geheimhaltung sensibler unternehmerischer Daten in einen angemessenen Ausgleich gebracht wird<sup>330</sup>.

138

Die justizförmige Ausgestaltung der Verfahrens fördert eine erhöhte Richtigkeitsgewähr der entsprechenden Entscheidungen der Bundesnetzagentur. Dies wie das Interesse an einer der Dynamik des Marktes geschuldeten, schnellen Klärung der Rechtmäßigkeit marktregulierender Maßnahmen machen nachvollziehbar, weshalb die Möglichkeit eines **Widerspruchs** gegen die genannten Entscheidungen wie auch - generell - die **aufschiebende Wirkung** einer Anfechtungsklage gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur **entfallen**<sup>331</sup>.

Im Bereich des **Energiewirtschaftsgesetzes** ist gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde die „**Beschwerde**“ zulässig. Auch diese hat regelmäßig keine aufschiebende Wirkung<sup>332</sup>. Über die Beschwerde entscheidet das für den Sitz der Regulierungsbehörde zuständige Oberlandesgericht. Es handelt sich insoweit um eine abdrängende Sonderzuweisung gemäß § 40 Abs. 1, 2. HS VwGO.

139

Dass die Adressaten einer sie belastenden Regulierungsanordnung **klagebefugt** sind, ist unproblematisch. Weniger klar ist, welche Rechtsstellung anderen Marktteilnehmern zukommt, die eine Maßnahme der Regulierungsbehörde für unzureichend halten. Zwar schützen die Grundrechte nicht vor Konkurrenz, indes könnte den Regulierungsgesetzen - nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts - der Zweck entnommen werden, dass dies

---

<sup>325</sup> BVerwGE 120, 263, 267.

<sup>326</sup> Siehe Trute/Broemel, ZHR 170 (2006), 733. Allerdings lässt sich die Auferlegung besonderer Verfahrenspflichten kaum aus dem Verfassungsrecht ableiten, s. Vosskuhle, VVDStRL 62 (2003), 295.

<sup>327</sup> § 10 f LKG; näher Ruthig, § 6 Rn. 565; Trute/Broemel, ZHR 170 (2006) 706, 733.

<sup>328</sup> § 63 TKG; siehe Ruthig § 6 Rn. 554.

<sup>329</sup> § 20 TKG; s.a. § 72 TKG; hierzu OVG Münster, NJW 1998, 3370.

<sup>330</sup> Siehe §§ 12 I 3, 138 II 2 TKG; hierzu BVerfG, DVBl 2006, 694 ff; BVerwG, MMR 2003, 729 ff; v. Danwitz DVBl 2005, 597, 600; Knauff, VerwArch 98 (2007), 406; Trute/Broemel, ZHR 170 (2006), 735.

<sup>331</sup> § 137 I und II TKG, § 44 PostG; s.a. Knauff, VerwArch 98 (2007) 383, 401.

<sup>332</sup> § 75 f LKG.

bei marktbeherrschender Stellung eines Unternehmens im Bereich regulierter Märkte anders ist<sup>333</sup>.

Regelmäßig schützen die Regulierungsgesetze auch **Verbraucherinteressen**<sup>334</sup>. Tatsächlich kann die marktbeherrschende Stellung von Unternehmen die Vernachlässigung berechtigter Kundeninteressen begünstigen oder die Typik des Marktes - etwa im Bereich der Telekommunikation - Nutzergefahren, z.B. in Form unerwünschter Werbung oder eines unzumutbaren Umgangs mit Reklamationen, erzeugen. Angesichts der Allgemeinheit von Verbraucherinteressen vermitteln die Regulierungsgesetze insoweit allerdings regelmäßig nur einen **objektiv-rechtlichen Schutz**. §§ 31 f EnWG weiten diesen Schutz aus und räumen Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch das Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen erheblich berührt werden, sowie Verbraucherzentralen und anderen Verbraucherverbänden, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, das Recht ein, mit einem **Antrag bei der Regulierungsbehörde** eine Überprüfung dieses Verhaltens zu erreichen. Überdies werden den Betroffenen **Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche** bei der Verletzung von Regulierungsanordnungen zuerkannt<sup>335</sup>, die auch von marktnahen rechtsfähigen Verbänden geltend gemacht werden können. Rechtspolitisch spricht nichts dagegen, § 31 Abs.1 EnWG auf alle Marktregulierungsbereiche zu erstrecken<sup>336</sup>.

140

Kaum abschließend geklärt und nicht generell zu beantworten ist die Frage der **gerichtlichen Kontrolldichte** bei der Anfechtung von Regulierungsentscheidungen<sup>337</sup>. Das Regulierungsrecht arbeitet mit einer Vielzahl konkretisierungsbedürftiger (unbestimmter) Rechtsbegriffe, die wirtschaftliche Kategorien aufgreifen und rechtlich umformen<sup>338</sup>. Liegen die Voraussetzungen für eine Regulierungsmaßnahme vor, so ist die daran anknüpfende Rechtsfolge teilweise in das Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt<sup>339</sup>. Im übrigen steht auch die Wahl der anzulegenden Methoden oder des einzuschlagenden Verfahrens bei der Marktregulierung verschiedentlich im Ermessen der Behörde<sup>340</sup>.

141

Grundsätzlich gilt, dass die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit nicht entgegensteht. Vielmehr kommt es darauf an, ob die **Auslegung des Gesetzes** die Annahme einer durch den Gesetzgeber legitimierten, begrenzten administrativen **Letztentscheidungskompetenz** der Verwaltung stützt. Hierbei ist die Umrahmung eines unbestimmten materiellen Tatbestandsmerkmals durch Organisations- und Verfahrensvorschriften, die zu ihrer Konkretisierung besondere Vorkehrungen treffen, ein bedeutsames Indiz für eine Beurteilungsermächtigung<sup>341</sup>.

142

Im Zusammenhang mit der **Marktdefinition** (-abgrenzung) von Telekommunikationsmär-

---

<sup>333</sup> Näher BVerwGE 117, 93, 97 f; Ladeur/Möllers, DVBl 2005, 525, 530; Bulla, in: Schmidt/Vollmöller § 11 Rn.116; s.a. § 32 EnWG.

<sup>334</sup> Siehe § 1 I EnWG, § 2 II Nr.1 PostG, § 2 II Nr.1 TKG. Anders für die Kapitalmarktaufsicht § 4 IV FinDAG, § 4 II WpÜG; krit. hierzu Ruthig, § 6 Rn. 599 ff.

<sup>335</sup> Vgl. insoweit auch § 44 TKG.

<sup>336</sup> Knauff, VerwArch 98 (2007), 400; Stober, FS Scholz, S.972 f.

<sup>337</sup> Umfassende Nachweise bei Masing, Gutachten 66. DJT, D 153.

<sup>338</sup> Beispielfhaft § 21 TKG.

<sup>339</sup> §§ 29 II, 30 II EnWG, §§ 13, 26, 42 PostG, §§ 23 VI, 29, 39 I TKG.

<sup>340</sup> §§ 21a, 29 EnWG, § 21 I PostG, §§ 34 f, 55 IX, 61 TKG.

<sup>341</sup> BVerwGE 91, 211, 216 f; s.a. oben § 7 Rn. 85.

ten<sup>342</sup> spricht das Regulierungsrecht selbst von einem der Regulierungsbehörde „zustehenden Beurteilungsspielraum“. Damit ist klargestellt, dass insoweit nur eine **begrenzte gerichtliche Kontrolle** bei der Entscheidung der Regulierungsbehörde in Betracht kommt. Die Bestimmung könnte auch dahin gedeutet werden, dass im übrigen gerade kein entsprechender Spielraum eingeräumt werden sollte. Indessen ist dies keineswegs zwingend.

Tatsächlich sind jedenfalls marktregulierende Entscheidungen als solche (anders als flankierende Maßnahmen) vielfach durch eine **finale Normstruktur** gekennzeichnet, die auf nicht abgeschlossenen Tatbeständen aufbaut<sup>343</sup>. Sie lässt sich die gesetzliche Zuweisung des Regulierungsauftrags als einer eigenen Steuerungsaufgabe verstehen, die auf den Nachvollzug ökonomischer Prozesse und deren alternatives Weiterdenken und korrigierendes Ausgestalten gerichtet ist<sup>344</sup>. Das umfasst zwangsläufig Elemente der Gestaltung - bis hin zu Vorgaben zur Vertragsgestaltung<sup>345</sup> -, die unter besondere verfahrensrechtliche<sup>346</sup> wie materielle Bedingungen gestellt sind. Damit wird verständlich, wenn teilweise<sup>347</sup> von einem **einheitlichen** (übergreifenden) **Regulierungsermessen** gesprochen wird. Auf diese Weise würde freilich der Weg zu differenzierten Lösungen verbaut. Auch wenn die eigentliche Marktregulierung zu einer stärker verfahrensbezogenen als zu einer uneingeschränkten materiellen Kontrolle drängt, deren Konturen sich an der Rechtsprechung zur Planungsfehlerlehre orientieren könnten<sup>348</sup>, darf die erhebliche Grundrechtsrelevanz regulatorischer Eingriffe nicht aus dem Blick geraten<sup>349</sup>.

## VI. Staatliche Güternachfrage am Markt

143

Die Beschaffung der erforderlichen Ressourcen, die der Staat zur Wahrnehmung seiner Aufgaben benötigt, vollzieht sich in vielfacher Form - bis hin zum Einsatz hoheitlicher Mittel<sup>350</sup>. Dennoch dominiert die **staatliche Güternachfrage am Markt** die staatliche Bedarfsdeckung bei weitem. Das entspricht der wirtschaftspolitischen Grundentscheidung im Sinne einer marktwirtschaftlichen Konzeption, die in den grundrechtlichen Freiheiten gründet und durch das Sozialstaatsprinzip mit geprägt ist. Mit dieser verbindet sich eine wichtige Weichenstellung für die Deckung des staatlichen Bedarfs: Der Staat soll weniger als konkurrierender Produzent denn als „kooperierender“ Auftraggeber, d.h. durch staatliche Güternachfrage am Markt, seinen Bedarf befriedigen (z.B. durch den Kauf von Computern oder Büromaterial durch die Behörde oder Auftragsvergaben im Bereich öffentlicher Investitionen).

144

Die staatliche Güternachfrage ist in Deutschland traditionell privatrechtlich ausgestaltet. Die Vergabe öffentlicher Aufträge wird auch als **fiskalisches Hilfsgeschäft** bezeichnet. Hinter der eher verharmlosenden Kennzeichnung steht die Hilfsfunktion öffentlicher Aufträge zur Er-

---

<sup>342</sup> So § 10 II 2 TKG für die Marktabgrenzung.

<sup>343</sup> Z.B. §§ 21, 27, 40 TKG; s.a. Masing, Gutachten 66. DJT, D 153; Trute/Broemel, ZHR 170 (2006) 735.

<sup>344</sup> Vgl. Masing, Gutachten zum 66. DJT, D 155.

<sup>345</sup> § 25 V TKG, § 35 EnWG.

<sup>346</sup> Vgl. das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 TKG.

<sup>347</sup> Masing, Gutachten zum 66. DJT, D 156; dagegen Bulla, in: Schmidt/Vollmöller, § 11 Rn. 103.

<sup>348</sup> Siehe Bulla, in: Schmidt/Vollmöller, § 11 Rn. 104 f; Knauff, VerwArch 98 (2007) 401 f, 404; Masing, Gutachten 66. DJT, D 160; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Rn. 197a; Stober, in: W/BS/K, VerwR I § 31 Rn. 61 f

<sup>349</sup> Bulla, in: Schmidt/Vollmöller, § 11 Rn. 105.

<sup>350</sup> Näher Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 63 ff, 314.

möglichung anderer, nicht dem Bieter gegenüber obliegender Primäraufgaben.

Die bloß **mittelbare** Erfüllung einer anderweitigen öffentlichen Aufgabe erklärt die (regelmäßig) reine Privatrechtsförmigkeit der Vergabeentscheidung<sup>351</sup>. Dessen ungeachtet kommt öffentlichen Aufträgen in bestimmten Teilgebieten (z.B. im Tiefbau oder der kommunalen Versorgungswirtschaft) eine erhebliche Marktbedeutung zu; aus diesem Grund finden sich auch verschiedene Formen der Kopplung des öffentlichen Auftragswesens mit wirtschafts- und sozialpolitischen Zielsetzungen<sup>352</sup>.

145

Das öffentliche Auftragswesen basierte **früher ausschließlich** auf **haushaltsrechtlichen** Bestimmungen<sup>353</sup> und den in Ergänzung hierzu in Form von Verwaltungsvorschriften ergangenen Verdingungsordnungen, die die wettbewerbsmäßige Vergabe in Form einer „Ausschreibung“ als Regelform vorsehen<sup>354</sup>. Diese verstanden sich zunächst nur als Ausprägungen des haushaltsrechtlichen Grundsatzes der „Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit“. Erst spät wurde ihre Bedeutung für das aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitende Gebot zur **Wahrung der Wettbewerbsgleichheit** verschiedener (potentieller) Bieter problematisiert<sup>355</sup>. Nachhaltiger Druck kam schließlich durch das Recht der Europäischen Gemeinschaft und dessen Einforderung durch den Europäischen Gerichtshof<sup>356</sup>.

146

Heute basiert die Vergabe öffentlicher Aufträge auf **unterschiedlichen Rechtsregimen**. Diese folgen teils - nämlich bei größeren Aufträgen, die bestimmte Schwellenwerte erreichen - europarechtlichen Vorgaben; insoweit sind sie im sog. Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB) formell gesetzlich geregelt. Demgegenüber unterliegen kleinere Aufträge, die unter diesen Schwellenwerten bleiben<sup>357</sup>, den sog. Verdingungsordnungen, die in einer nationalstaatlichen Tradition stehen und im wesentlichen aus dem Haushaltsrecht erwachsen sind.

Die **jeweiligen Schwellenwerte** folgen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben<sup>358</sup> und werden in § 2 VgV aufgegriffen: Für Bauleistungen beträgt die Schwellenwert (2008 und 2009) 515.000 Euro, für Liefer- und Dienstleistungsverträge in den Sektoren Trinkwasser, Energieversorgung und Verkehrsbereich 412.000 Euro, für sonstige Liefer- oder Dienstleistungsaufträge 206.000 Euro, bei obersten oder oberen Bundesbehörden 133.000 Euro.

147

Die - je nach Auftragswert - unterschiedlichen Rechtsregime führen zu komplizierten Anwendungs- und Rechtsschutzfragen, die nicht zuletzt auf die halbherzige Umsetzung europarechtlicher Maßstäbe zurückzuführen sind<sup>359</sup>. **Gemeinsam** ist den kartellrechtlich geregelten Ver-

---

<sup>351</sup> Siehe § 3 Rn. 44. Zur Vergabe bei Teilnahme eines bevorzugten Bieters: § 3 Rn. 37.

<sup>352</sup> Vgl. etwa §§ 68 BEG, 54, 56 SchwbG; s.a. § 97 II GWB sowie J. Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 304 ff.; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 140 ff.

<sup>353</sup> Siehe § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz; § 55 BHO.

<sup>354</sup> Vgl. § 2 Nr. 1 VOL/A; § 2 Nr. 1 VOB/A; § 2 Nr. 1 VOF.

<sup>355</sup> Im einzelnen Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 317 ff. Vgl. nunmehr auch — vor dem Hintergrund des EG-Rechts — §§ 97 VII, 100 I, 103 III GWB.

<sup>356</sup> Siehe EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C 443/93, NVwZ 1995, 367 - Komm./BR Deutschland.

<sup>357</sup> Zu weiteren, privilegierten Fällen: § 100 Abs. 2 GWB sowie Schnieders, DVBl 2007, 28; s.a. Fn. 367 f..

<sup>358</sup> Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren - ABl der EU L 317/35 vom 5.12.2007.

<sup>359</sup> Siehe §§ 97 ff. GWB einerseits, §§ 30 HGrG, 55 BHO sowie die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen andererseits; vgl. auch Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 22 Rn. 31 ff.

gabeverfahren wie den haushaltsrechtlich vorgegebenen Verfahren, dass sie die "wettbewerbsmäßige" Vergabe (Ausschreibung) als Regelform vorsehen, von der es gestufte Abweichungen gibt. Das **kartellrechtliche** Vergabeverfahren ist zusätzlich formalisiert, transparenter sowie subjektiv- rechtlich verstärkt (§ 97 VII GWB): Die Bieter haben einen gesetzlich ausgeformten Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen einhält; deshalb ist es mit einem besonderen Kontrollverfahren versehen und mit einem potentiellen gesetzlichen Schadensersatzanspruch bei Verstößen gegen die Vergabebestimmungen behaftet.

Während sich die **europarechtliche** Vorformung des Vergabeverfahren nach den §§ 97 ff GWB sich vor allem gegen die Abschottung der nationalen Beschaffungsmärkte wendet und den Schutz von Unternehmen aus anderen Mitgliedsländern bezweckt<sup>360</sup>, ist das **nationale Recht** von einem Bündel verschiedener Zwecke geprägt: Teils geht es um das haushaltswirtschaftliche Anliegen, mit öffentlichen Mitteln möglichst wirtschaftlich umzugehen, teils geht es allgemein um Korruptionsabwehr, teils verlangt der Gedanke der Gleichheitssicherung der Bieter Schutz vor Diskriminierung.

148

Die vergaberechtlichen Sonderregelungen verdeutlichen eine **besondere Pflichtenlage** öffentlicher Auftraggeber: Die Auftragsvergabe durch die öffentliche Hand ist nicht Ausdruck der Privatautonomie des Auftragsgebers, sondern ein Instrument, das die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben ermöglichen soll; teilweise ist sie auch als solche unmittelbar mit der Verfolgung bestimmter öffentlicher Zwecke befrachtet<sup>361</sup>.

### *1. Vergaben nach dem Wettbewerbsrecht*

149

Vor dem Hintergrund verschiedener internationaler Übereinkünfte<sup>362</sup> und gemeinschaftsrechtlicher Vergabe- sowie Nachprüfungsrichtlinien ist das Vergabeverfahren stärker formalisiert und den Vorgaben des **europäischen Gemeinschaftsrechts** angepasst worden, soweit öffentliche Aufträge die in der Vergabeordnung genannten Schwellenwerte erreichen.

Es handelt sich um die **Richtlinie 2004/17/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur **Koordinierung** der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (sog. „**Sektorenrichtlinie**“) sowie die **Richtlinie 2004/18/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die **Koordinierung der Verfahren** zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge<sup>363</sup>, durch welche die früher einschlägigen Richtlinien<sup>364</sup> ersetzt wurden. Die bereits früher erlassenen, der Durchsetzung subjektiver Rechte dienenden **Rechtsschutzrichtlinien**<sup>365</sup> gelten weiter fort.

150

Die **nationale Umsetzung** dieser gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erfolgte durch §§ 97 ff GWB sowie die Vergabeverordnung vom 9.1.2001<sup>366</sup>. Sie äußert sich in einem „Kaskadenprinzip“ gestufter rechtsförmlicher Regelungsgrundlagen: Das formelles Gesetz (GWB) wird ergänzt durch die Vergabeverordnung, die ihrerseits - in § 4 VgV - teilweise unterschiedlich

---

<sup>360</sup> Puhl, in: VVDStRL 60 (2001) S. 456, 460.

<sup>361</sup> Vgl. vorsteh. Fn. 346.

<sup>362</sup> Näher. Puhl, in: VVDStRL 60 (2001) S. 463 f.

<sup>363</sup> Abl. L 134 v. 30.4.2004, S. 1 ff, 114 ff.

<sup>364</sup> Richtl. 93/36 - 38/EWG v. 14.6.1993; Richtl. 92/50/EWG v. 18.6.1992. Näher Vetter, NVwZ 2001, 745.

<sup>365</sup> Richtlinie 89/665/EWG vom 21.12.1989, ABl Nr.L 395 vom 30.12.1989, S. 33, sowie Richtlinie 92/13/EWG vom 25.2. 1992, Abl Nr. L 76 vom 13.3.1992, S. 14.

<sup>366</sup> BGBl I. S. 110. Hierzu und zum folgenden: Höfler/Bert, NJW 2000, 3310 ff

für verschiedene Auftraggeber - auf die jeweils einschlägige Verdingungsordnung („statistisch“)<sup>367</sup> verweist.

Verwiesen wird auf die Bestimmungen des 2. Abschnittes des Teiles A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A)<sup>368</sup>, soweit in den §§ 5 und 6 VgV nichts anderes bestimmt ist, auf die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)<sup>369</sup> sowie auf den 2. Abschnitt des Teiles A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)<sup>370</sup>. Die **Verdingungsordnungen** regeln Details des Vergabeverfahrens, namentlich zu Form und Inhalt der Ausschreibungen, zur Behandlung der Angebote und zu einzuhaltenden Fristen. Die Besonderheiten der Verfahrensverfahrens ab den Schwellenwerten finden sich in sog. „**a-Paragraphen**“, diejenigen im Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinien u.a. in sog. „**b-Paragraphen**“ Niederschlag<sup>371</sup>. Die Verdingungsordnungen sind als Verwaltungsvorschriften auf der Grundlage von Beschlüssen der Verdingungsausschüsse, in denen Bund, Länder, Gemeinden und Verbände vertreten sind, ergangen.

151

a) Das Vergaberecht zielt nicht auf die Regelung von „Aufträgen“ im Sinne des BGB, sondern (vornehmlich) auf die **Anbahnung von Verträgen** zwischen einem durch bestimmte Eigenschaften gekennzeichneten „öffentlichen“ Auftraggeber und einem Auftragnehmer über eine bestimmte entgeltliche Leistung (§ 99 I GWB). Auf die Rechtsnatur des abzuschließenden Vertrages kommt es nicht an<sup>372</sup>.

Von den vergaberechtlichen Bestimmungen als solchen ausgenommen ist die Überlassung von staatlichen oder kommunale Aufgaben an Dritte durch sog. **Konzessionsverträge**<sup>373</sup>. Allerdings sind diese damit - bei Binnenmarktrelevanz - keineswegs von den allgemeinen Grundfreiheiten und den daraus fließenden Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgeboten freigestellt<sup>374</sup>.

152

„Öffentliche“ **Auftraggeber** (§ 98 GWB) sind Gebietskörperschaften, andere juristische Personen des öffentlichen und des private Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, Verbände von diesen sowie sonstige natürliche oder juristische Personen, soweit diese der Sektorenrichtlinie unterfallen<sup>375</sup>. **Auftragnehmer** sind nur „Dritte“, so dass eine „hausinterne“ Vergabe (sog. „In-house-Geschäft“)<sup>376</sup> nicht zur Anwendbarkeit der Vergabevorschriften führt.

---

<sup>367</sup> Zur Zulässigkeit: § 4 Rn. 71.

<sup>368</sup> I.d.F. der Bekanntmachung vom 6. April 2006 (BAnz. Nr. 100a vom 30. Mai 2006, BAnz. S. 4368)

<sup>369</sup> I.d.F. der Bekanntmachung vom 16. März 2006 (BAnz. Nr. 91a vom 13. Mai 2006)

<sup>370</sup> I.d.F. der Bekanntmachung vom 20. März 2006 (BAnz. Nr. 94a vom 18. Mai 2006)

<sup>371</sup> Näher Prieß/Marx, in: Kulartz/Marx/Pritz/Prieß (Hg.), Kommentar zur VOL/A, 2007, Einl. 13.

<sup>372</sup> Siehe EuGH, Slg. 2001, I - 5409 Rn. 73 - Teatro alla Bicocca; OLG Düsseldorf, NVwZ 2004, 2022 ff; Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, VerwR I § 31 Rn. 28 (zugleich zum Verhältnis der Nichtigkeitsgründe nach § 59 VwVfG und § 16 VgV); Röhl, JuS 2002, 1053, 1058.

<sup>373</sup> Näher EuGH, NZBau 2001, 148 ff; BGH; NZBau 2005, 290 ff (Rn.33); OVG NW, NVwZ 2006, 1083; Burgi, NVwZ 2007, 742; Gurlit (Fn. 366) Rn. 28; Krajewski/Wethkamp, DVBl 2008, 355 ff; s.a. Fn. 351.

<sup>374</sup> EuGH, NVwZ 2005, 1457 - Parking Brixen; s.a. OLG Düsseldorf, DVBl 2008, 353 m.Anm Schulz,

<sup>375</sup> Siehe § 98 Nr. 4 GWB sowie §§ 7, 8 VgV.

<sup>376</sup> Ebenso bei Aufträgen an rechtsfähige (Mit-)Tochtergesellschaften, sofern es sich um die „Verrichtung einer Tätigkeit“ handelt, „die im wesentlichen für die Gebietskörperschaft“ erbracht wird und die der „Kontrolle wie eine eigene Dienststelle“ unterliegt (EuGH, C 107/98 R, Slg 1999, I-8121, Rn. 49 – Teckal; s. Gallwas, GewArch. 2000, 404 ff; Krajewski/Wethkamp, DVBl 2008, 355 ff.

153

b) Das **Vergabeverfahren** steht unter den Leitgrundsätzen des **Wettbewerbs und der Transparenz** (§ 97 GWB). Sind die maßgeblichen Schwellenwerte erreicht, besteht eine gemeinschaftsweite Ausschreibepflicht für Aufträge. Diese sind in einem von drei gemeinschaftsrechtlich zugelassenen **Vergabeverfahren** zu vergeben. Als solche stehen - in einem entsprechend gestuften Rangverhältnis - zur Verfügung: Das **offene Verfahren** mit einer unbestimmten Vielzahl von Bietern. Dem entspricht die Öffentliche Ausschreibung nach § 3a Nr. 1 VOB/A bzw. § 3a Nr.1 VOL/A. Das **begrenzt offene** Verfahren, das durch einen Teilnahmewettbewerb nach Angebotsaufforderung („Auslobung“ oder „wettbewerblicher Dialog“) an eine beschränkte Zahl von Bietern gekennzeichnet ist, sowie das **Verhandlungsverfahren** nach vorheriger Bekanntgabe (§§ 3a Nr. 4 VOB/A, 3a Nr.4 VOL/A)<sup>377</sup>.

154

Nach § 97 Abs. 5 GWB und den Verdingungsordnungen ist der Zuschlag auf das „**wirtschaftlichste Angebot**“ zu erteilen. Andere oder weiterreichende Anforderungen wie wirtschafts-, gesellschafts-, regional- oder sozialpolitische Vorstellungen („**Sekundärzwecke**“) dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB)<sup>378</sup>. Traditionell finden sich zahlreiche Formen der Kopplung des öffentlichen Auftragswesens mit gesellschaftspolitischen Zielsetzungen wie Umweltschutz, Mittelstandsförderung, Frauenförderung, Tariftreue<sup>379</sup> oder Ausbildungsplatzförderung. Aus der Sicht des Europarechts sind diese als Zuschlagskriterium zulässig, wenn die Maßstäbe im Verfahren transparent gemacht wurden und dem Diskriminierungsverbot nicht widersprechen<sup>380</sup>.

155

c) Für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte sehen die §§ 107 ff GWB ein besonderes **Nachprüfungsverfahren** vor, das dem Rechtsschutz übergangener Bieter dient. Bei Bund oder Ländern sind jeweils **Vergabekammern** als unabhängige Verwaltungsstellen einzurichten (§ 105 Abs. 4 GWB)<sup>381</sup>, deren Entscheidungen wiederum der Überprüfbarkeit durch „**Vergabesenate**“ (OLG) unterliegen. Das Nachprüfungsverfahren wird auf Antrag eines übergangenen Bieters (§ 107 Abs. 2 GWB) eingeleitet. Bereits im Vergabeverfahren erkennbare, aber nicht gerügte Mängel bleiben präkludiert (§ 107 Abs. 3 GWB). Der Antrag ist an keine Frist gebunden, kann aber nur vor dem „Zuschlag“ erfolgen (§ 114 Abs. 2 GWB).

Deshalb ist die vergebende Stelle nach § 13 VgV verpflichtet, die übergangenen Bieter 14 Tage vor Zuschlag über den Namen des Bieters, dessen Angebot angenommen werden soll, und über den Grund, warum das eigene Angebot nicht berücksichtigt werden soll, zu **informieren**. Ein unter Mißachtung dieser Pflicht erfolgter Zuschlag ist **nichtig** (§ 16 S. 6 VgV)<sup>382</sup>.

156

Der Antrag auf Nachprüfung hat **aufschiebende Wirkung**; er begründet ein Zuschlagsverbot

---

<sup>377</sup> Im Bereich der Sektorenrichtlinie ist dieses gleichwertig neben den anderen Verfahren vorgesehen, s. Art. 1 Abs. Nr. 9, Art. 40 Richtl. 2004/17/EG v. 31.3.2004.

<sup>378</sup> Hierzu Dreher, JZ 2001, 141 mwN; vgl. aber auch Pünder, VerwArch 94 (2003) 44 f.

<sup>379</sup> Eine entsprechende Forderung findet sich inzwischen in verschiedenen Landesgesetzen; s.a. BVerfG, VergabeR 2007, 42 ff; Dobmann, VergabeR 2007, 167 ff; zur früheren Rechtslage: BGH, JZ 2000, 514 ff.

<sup>380</sup> EuGH, Slg. 1988, 4635, 4659 (Beentjes); EuGH, JZ 2001, 138 (Nord-Pas-de-Calais) m. Anm. Dreher; krit. hierzu Puhl, VVDStRL 60 (2001) S. 498 ff; Pache, DVBl 2001, 1790.

<sup>381</sup> Auf Bundesebene sind diese beim Bundeskartellamt, auf Landesebene regelmäßig bei den Wirtschaftsministerien angesiedelt.

<sup>382</sup> Die Bestimmung ist nur anwendbar, wenn ein übergangener Bieter die Nachprüfung begehrt; vgl. BGH, NVwZ 2005, 845, 846 f.

bis zur abschließenden Entscheidung durch die Vergabekammer bzw. den Vergabesenat (§ 115 Abs. 1 GWB). Wird der Zuschlag trotz eines schwebenden Nachprüfungsverfahrens erteilt, so ist dieser gemäß § 134 BGB nichtig. Gleiches gilt, wenn die Vergabe erfolgt, ohne dass der Pflicht zur Ausschreibung nachgekommen wurde (**de facto-Vergabe**)<sup>383</sup>

**Nach dem** (wirksamen) **Zuschlag** kann nur noch ein Anspruch auf Ersatz des Schadensersatz nach § 126 GWB geltend gemacht werden: Mit dem wirksamen Zuschlag hat das Vergabeverfahren seine „Erledigung“ gefunden. Nunmehr kommt lediglich ein **Sekundärrechtsschutz** in Form eines gesetzlichen Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens nach § 126 GWB, in Betracht, sofern dem Angebot des übergangenen Bieters eine echte Chance auf den Zuschlag beizumessen war. Unberührt hiervon bleiben Ansprüche auf Schadensersatz - bis hin zum positiven Interesse - aus „culpa in contrahendo“, §§ 33, 20 GWB oder § 823 Abs. 2 sowie § 826 Abs. 2 BGB<sup>384</sup>.

157

Das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer ist ein **Verwaltungsverfahren**, das durch („streitentscheidenden“) VA abgeschlossen wird (§ 114 Abs. 3 GWB) und damit dem Verwaltungsverfahrensgesetz unterliegt. Die Vergabekammer hat innerhalb von fünf Wochen zu entscheiden. Die bestandskräftige Entscheidung hat Bindungswirkung im Hinblick auf die Geltendmachung für eines möglichen **Schadensersatzanspruchs** nach §§ 125 f GWB.

Als öffentlich-rechtliche Maßnahme unterläge die Entscheidung der Vergabekammer an sich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle<sup>385</sup>. Demgegenüber sieht § 116 GWB eine hiervon abweichende Ausgestaltung des Rechtsschutzes vor: Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann die **sofortige Beschwerde** bei dem Vergabesenat am OLG (innerhalb von zwei Wochen) erhoben werden (§ 116 GWB)<sup>386</sup>.

## 2. Vergaben auf der Grundlage des Haushaltsrechts

158

a) Soweit Aufträge **unterhalb der** europarechtlich vorgegebenen **Schwellenwerte** verbleiben (diese bilden die Masse der Vergabeverfahren), kann das geltende Recht seine ursprünglich haushaltsrechtliche Herkunft (insbesondere im Hinblick auf die Rechtsschutzfrage) nicht leugnen<sup>387</sup>. Die Vergabe öffentlicher Aufträge basiert insoweit im wesentlichen auf **haushaltsrechtlichen Bestimmungen** (§ 30 HGrG, 55 BHO)<sup>388</sup>. Diese verlangen eine Vergabe nach „nach einheitlichen Richtlinien“. In den ergänzend hierzu ergangenen Verwaltungsvor-

---

<sup>383</sup> Näher - bei im Einzelnen abweichender Begründung - EuGH, NZBau 2005, 111, 113 f - Stadt Halle; BGH, NZBau 2005, 90 f; Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, VerwR § 31 Rn. 27; Röhl, in: H-R/S-A/V, VerwR II § 30 Rn. 13; Schmidt/Vollmöller § 6 Rn. 70; s.a. OLG Düsseldorf, ZfBR 2005, 404 ff.

<sup>384</sup> § 126 S. 2 GWB. Näher BGH, NJW NJW 1993, 520 f; 1998, 3636 f, 3640 ff, 3644 f; 2000, 661 ff; 2002, 1952 ff; 2004, 2165 f; ZfBR 2007, 40 ff (Rn. 10 ,26); Englisch, VerwArch 98 (2007) 410, 439; Jäckle, NJW 1990, 2521; Pietzcker, Zweiteilung S. 87; Portz, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß (Hg.), Kommentar zur VOL/A, 2007, § 26 Rn. 84 ff; Prieß/Niestedt, Rechtsschutz im Vergaberecht, 2006, 172 ff. s.a. auch EuGH, JZ 2000, 460 - Alcatel Austria.

<sup>385</sup> § 40 I 1, 1. HS, VwGO.

<sup>386</sup> S.a. § 40 I 1, 2. HS, VwGO sowie oben § 1 Rn. 25 mit Fn. 48.

<sup>387</sup> Hierzu KG, NVwZ 1995, 415; VGH BW, DÖV 1999, 79; krit. Pietzcker, NVwZ 1997, 1186 f; s.a. Ritter, NVwZ 1995, 313.

<sup>388</sup> Entsprechend die Landeshaushaltsordnungen sowie die Gemeindehaushaltsverordnungen. Die Bedeutung letzterer ist str., vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1989, 377; VGH BW, DÖV 1988, 649; Koch, VerwArch 91 (2000) 354, 258 ff; Puhl VVDStRL 60 (2001) S. 474 mwN.

schriften wird auf die **Verdingungsordnungen**, die im Bundesanzeiger verkündet wurden, verwiesen.

159

b) Das Verfahren ist hier **weniger formalisiert** als die Vergaben nach EG-Recht (Verdingungsordnungen ohne „a- bzw. „b-Paragraphen“) und **zurückhaltend im Rechtsschutz**. Allerdings sehen die Verdingungsordnungen auch insoweit die „wettbewerbsmäßige“ Vergabe (Ausschreibung) als Regelform vor<sup>389</sup>. Die Regel lautet: Die Öffentliche Ausschreibung hat Vorrang vor der beschränkten Ausschreibung und diese Vorrang vor der freihändigen Vergabe (s. § 3 VOB/A; § 3 VOL/A)<sup>390</sup>. Zwar ist insoweit das Verfahren nicht europarechtlich vorgeformt, indes verlangt die prinzipielle Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt nach Art.1 Abs. 3 GG auch hier die Einhaltung eines geregelten Verfahrens zur Gleichheitssicherung aller Bieter<sup>391</sup>.

160

Grundsätzlich hat eine **öffentliche Ausschreibung** stattzufinden, es sei denn, dass die Eigenart der Leistung oder besondere Umstände eine Abweichung rechtfertigen (§ 3 Nr. 2 VOB, § 3 Nr. 2 VOL/A). Die **beschränkte Ausschreibung** ist gem. §§ 3 Nr. 3 VOB/ bzw. VOL/A zulässig, wenn die Leistung wegen ihrer Eigenart nur von einem begrenztem Kreis von Unternehmen ausgeführt werden kann oder die Bearbeitung des Angebots wegen der Eigenart der Leistung einen besonderen Aufwand erfordert. Die **freihändige Vergabe** setzt nach § 3 Nr. 4 VOB/A bzw. VOL/A voraus, dass eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung unzumutbar ist, insbesondere wenn (z.B. im Hinblick auf ein Patent) nur ein Unternehmen in Betracht kommt, die Leistung nach Art und Umfang vor Vergabe nicht eindeutig und erschöpfend festgelegt werden kann oder besonders dringlich ist, eine öffentliche oder beschränkte Ausschreibung bereits zuvor durchgeführt worden oder die Leistung Geheimhaltungsvorschriften unterworfen ist.

161

Die **Verdingungsordnungen** enthalten namentlich Bestimmungen über die Wahrung einer angemessenen Frist für die Angebotserteilung<sup>392</sup>, die Terminierung der (beteiligten-)öffentlichen Eröffnung der Angebote, das im übrigen zu beachtende **Verfahren** sowie eine angemessene Zuschlagsfrist, für die eine Bindung an das Angebot besteht. Bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte unterliegt die Berücksichtigung **vergabefremder Zwecke** zwar nicht dem Gesetzesvorbehalt des § 97 Abs. 4 GWB; indessen kommt hier der grundrechtlich fundierte „Wesentlichkeitsvorbehalt“, u.U. auch der Regelungsvorbehalt des Art.12 Abs. 1 S. 2 GG zum Zuge: Die interventionistische Einführung vergabefremder Zwecke verlässt die Markttypik und bedeutet eine bewusste Verschiebung der Chancengleichheit; das ist grundsätzlich auf eine **gesetzliche Legitimation** angewiesen<sup>393</sup>. Anders ist dies nur, soweit es sich lediglich um die (zuvor formulierten) Produktanforderungen seitens des öffentlichen Auftraggebers (z.B. Umweltfreundlichkeit) oder um die Nichtbeachtung rechtlicher Vorgaben durch den Auftragnehmer handelt, die dessen vergaberechtliche Unzuverlässigkeit begründen (wie das

---

<sup>389</sup> Siehe § 2 Nr. 1 VOL/A; § 2 Nr. 1 VOB/A . Nicht einschlägig ist insoweit die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen VOF, die nur für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte gilt.

<sup>390</sup> Die Praxis behilft sich insoweit mit abstrakten Grenzwerten für die verschiedenen Vergabearten, siehe z.B. „Wertgrenzenerlaß“ MV v. 3.4.1997, Abl. S. 428.

<sup>391</sup> Näher Puhl, VVDStRL 60 (2001) S. 477 f; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 318 ff; s.a. oben § 1 Rn. 25 f; § 3 Rn. 42 f.

<sup>392</sup> Mindestens 52 Tage (§ 18a VOB), bei „nicht offenen“ Verfahren mindestens 37 Tage.

<sup>393</sup> Vgl. Puhl, VVDStRL 60 (2001), S. 491, 497; Wollenschläger, DVBl 2007, 595 f sowie oben § 2 Rn. 34.

Nichtbeachten steuer- oder sozialversicherungsrechtlicher Pflichten)<sup>394</sup>. Die in diesem Zusammenhang nicht selten praktizierte Bevorzugung örtlicher Bieter vor auswärtigen Bieter verstößt eindeutig gegen die vergaberechtliche Bestimmungen.

162

c) Insgesamt dominiert bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte die klassische Vorstellung vom „fiskalischen Handeln“. Danach erfolgt nicht nur die Auftragsvergabe in **privatrechtlicher Form**<sup>395</sup>. Das ist hier nicht anders als bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte, mag auch das dort vorgesehene Nachprüfungsverfahren öffentlich-rechtlich ausgeformt sein. Vielmehr fußt das Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte auf einer bloß haushaltsrechtlich fundierten Konkretisierung des Grundsatzes der „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“. Diese findet in der rechtlichen Form der Verbindlichkeitserklärung der Verdingungsordnungen Ausdruck, die lediglich auf einer verwaltungsadressierten Verwaltungsvorschrift beruht.

Dennoch wird teilweise<sup>396</sup> hieraus gefolgert, Vergabeverfahren und Zuschlagsentscheidung erfolgen auf der Grundlage des **öffentlichen Rechts**, während der anschließende **Auftrag** (Vertrag) regelmäßig privatrechtlich sei (**Zwei-Stufen-Theorie**). Ein solcher Ansatz ist zwar nicht konstruktiv ausgeschlossen<sup>397</sup>, vorliegend aber dogmatisch nicht zwingend und wenig sachgerecht<sup>398</sup>. Vielmehr sollte es hier bei der Regel bleiben, nach der das Verfahren zur Vorbereitung einer Entscheidung (Maßnahme) dem gleichen Rechtsregime zuzuordnen ist wie die abschließende Maßnahme. Andere<sup>399</sup> wollen **generell** das Geschehen (einschließlich des Vertrages) als **öffentlich-rechtlich** deuten; das setzt sich über den Grundsatz hinweg, dass der Verfahrensgegenstand den Rechtscharakter des Vertrages bestimmt. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>400</sup> hat deshalb mit Recht solchen Versuchen eine Absage erteilt.

163

Dem entspricht, dass nach traditioneller Auffassung **kein Anspruch auf gleiche Verfahrens- sowie Rechtsschutzausstattung** wie bei den gemeinschaftsrechtlich induzierten Vergaben (ab den Schwellenwerten) besteht<sup>401</sup>.

So ist nach den vorläufigen Verwaltungsvorschriften zur BHO (§ 55) in den Bewerbungsbedingungen ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die allgemeinen Bedingungen für die Vergabe von Leistungen bzw. Bauleistungen (VOL Teil A und VOB Teil B) den Bietern **kein klagbares Recht** auf Anwendung dieser Bestimmungen geben<sup>402</sup>. Soweit **Landesvergabegesetze** auf das GWB verweisen, ist

---

<sup>394</sup> Das ist auch unter europarechtlichen Aspekten zulässig; s. EuGH, NVwZ 2006, 444.

<sup>395</sup> BVerwG, DÖV 2007, 842 ff; OVG BlnBdg, VergabeR 2006, 85; NdsOVG, NVwZ-RR 2006, 843 ff; Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 3 Rn. 47; Irmer, VergabeR 2006, 159, 163 f; Pietzcker, NJW 2005, 2881; Ruthig, NZBau 2005, 462; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 67.

<sup>396</sup> SächsOVG, NZBau 2006, 393 f; OVG NW, NVwZ-RR 2006, 842 f; VergabeR 2007, 196; OVG RhPf, NZBau 2005, 411; Burgi, NVwZ 2007, 741 f; Huber, JZ 2000, 877, 882; Rennert, DVBl 2006, 1252 f; Storr, in: Ruthig./ders., Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 1067; Wollenschläger, DVBl 2007, 594.

<sup>397</sup> Vgl. § 3 Rn. 35, 37 zur bevorzugten Berücksichtigung bestimmter Personenkreise.

<sup>398</sup> § 1 Rn. 26 f, § 3 Rn. 34.

<sup>399</sup> Regler, Das Vergaberecht zwischen öffentlichem und privatem Recht, 2007, S. 227; Schlette, S. 148 ff; s.a. Gurlit, Verwaltungsvertrag S. 52 ff. Vgl. aber auch Fn. 366 f zu Ausnahmen.

<sup>400</sup> BVerwG, DÖV 2007, 842 ff mit ausf. Nachw. zum Meinungsstand

<sup>401</sup> BVerfGE 116, 135 ff; BVerwG, DÖV 2007, 842 ff; VGH BW, DÖV 1999, 79 f; Bonk in S/B/S, VwVfG § 54 Rn. 51; Ennuschat/Ulrich, NJW 2007, 2224; Pietzcker, ZfBR 2007, 131 ff; krit. Burgi, NVwZ 2007, 737; a.A. Faber DÖV 1995, 493, 412 f; Hermes, JZ 1997, 909, 912 ff; Huber, JZ 2000, 87 ff; Malmendier, DVBl 2000, 968; Puhl, VVDStRL 60 (2001) 480, 484; s.a. Englisch, VerwArch 98 (2007), 426 ff.

<sup>402</sup> Siehe Puhl, VVDStRL 60 (2001) S. 473; krit. Wollenschläger, DVBl 2007, 597 Fn. 78.

jeweils zu prüfen, ob damit auch subjektive Rechte wie bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte eingeräumt werden sollen<sup>403</sup>.

164

Probleme bereitet der Umstand, dass jede öffentliche Vergabe - unabhängig von deren Höhe - dem Grundsatz der **Wahrung der Wettbewerbsgleichheit** aller Bieter verpflichtet ist. Dennoch hat das BVerfG<sup>404</sup> die unterschiedliche rechtliche Behandlung der Bieter je nach Auftragshöhe, insbesondere das Fehlen einer dem § 13 VgV vergleichbaren Regelung bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte, gebilligt und den darin liegenden regelmäßigen Verweis des übergangenen Bieters auf einen Sekundärrechtsschutz für verfassungsrechtlich gerechtfertigt erklärt: Art. 19 Abs. 4 GG beziehe sich nicht auf die Fiskalverwaltung und sei deshalb nicht einschlägig. Der **allgemeine Justizgewährungsanspruch** i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verlange **nicht**, dass der Gesetzgeber in jedem Fall **Primärrechtsschutz** gewährleiste.

165

Der Entscheidung ist im Ergebnis **zuzustimmen**<sup>405</sup>. Die begrenzte einfach-gesetzliche Ausgestaltung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich hält sich noch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob man Art. 19 Abs. 4 GG<sup>406</sup> oder den allgemeinen Justizgewährungsanspruch für einschlägig hält: Beide Garantien sind abhängig vom Vorliegen und Inhalt des geltend gemachten Rechts wie auch dem gesetzgeberischen Ausgleich der Konfliktlage zwischen den davon betroffenen Rechtsgütern. Sie sperren sich damit nicht generell gegen eine sachbereichsbezogene Einschränkung des Primärrechtsschutzes bei kollidierenden Rechtsgütern.

166

Tatsächlich weist **Art. 3 Abs. 1 GG** einen spezifischen, sich von den Freiheitsrechten abhebenden Garantiegehalt auf, der - bezogen auf das Vergabeverfahren - mit dem Recht des Bieters auf Wettbewerbsgleichheit lediglich ein **relationales** Grundrecht bereit hält, das auf Verfahren wie auf abschließende Entscheidung einwirkt, nicht aber auf ein auf einen bestimmten Inhalt fixiert ist, und das insoweit eine bloß formale Struktur aufweist<sup>407</sup>.

Art. 3 Abs.1 GG kann im vorliegenden Zusammenhang auch **nicht** - wie in sonstigen Fällen<sup>408</sup> - auf eine auf eine **durch die Freiheitsrechte**, etwa durch Art. 12 GG<sup>409</sup>, **gesteuerte Maßstabildung** zurückgreifen: Art. 3 Abs. 1 GG reagiert nicht auf einen Eingriff in einen bestimmten Freiheitsraum (als

---

<sup>403</sup> Vgl. NdsOVG, NVwZ-RR 2006, 843, 845.

<sup>404</sup> BVerfGE 116, 135, 150 ff.

<sup>405</sup> Vgl. Nachw. in Fn. 395 sowie Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung S. 317 ff, 323 ff.

<sup>406</sup> So Huber, in: vM/K/S, GG, Art. 19 IV Rn. 426; Englisch, VerwArch 98 (2001), 117 f; Pünder, VerwArch 94 (2003) 53 ff; Storr, in: Ruthig./ders., Öffentliches Wirtschaftsrecht § 10 Rn. 1081 mwN. S.a. Niestedt/Hölzl, NZBauR 2006, 3682, die auf den Umstand verweisen, der Staat fungiere bei der Güternachfrage zugleich als Mitspieler, Schiedsrichter und Regelgeber (hierzu bereits Wallerath [Fn. 399] S. 317 f). Damit ist freilich über Art und Umfang des Rechtsschutzes noch nicht abschließend entschieden; s. Wallerath, ebda, S. 326 f sowie nachfolg. im Text. Wie das BVerfG ablehnend Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, GG Art. 19 IV Rn. 65; Schenke, in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 19 Rn. 192.

<sup>407</sup> Vgl. Heun, in: Dreier, GG Art. 3 Rn. 16; Kirchhoff, in: HStR V, § 124 Rn. 275; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 5; Starck, in: vM/K/S, GG, Art.3 I Rn. 10; Wallerath (Fn. 399) S. 325 f

<sup>408</sup> Dazu BVerfGE 62, 256, 274; 89, 69, 89 f; 112, 268, 280.

<sup>409</sup> Das BVerfGE (E 116, 135, 152 f) betont, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrages den Schutzbereich der Berufsfreiheit des erfolglosen Bewerbers nicht berührt; s.a. Grzeszick, DÖV 2003, 654. Anders allerdings BVerfG, VergabeR 2007, 42 ff zu Tariftreuekauseln.

solchen) oder die Vorenthaltung einer bestimmten „Leistung“<sup>410</sup>, sondern auf eine Ungleichbehandlung im Verfahren wie bei der Auswahl der Bieter<sup>411</sup>. Demgemäß fordert er nicht etwa die Erteilung eines staatlichen Auftrages, sondern lediglich eine prozedurale Behandlung, die für alle Bieter gleiche Chancen sichert, sowie ein entsprechendes Abwägungsprogramm

167

Zum anderen geht es um ein **mehrpoliges Rechtsverhältnis**, das eine besondere Struktur aufweist: Neben den Interessen des übergangenen Bieters sind diejenigen der Vergabestelle, namentlich das der zeitgerechten Sicherstellung der Primäraufgaben durch diese<sup>412</sup>, wie die Interessen der anderen Bieter, u.U. auch - bei komplexen Projekten - die sonstiger Auftragnehmer, berührt. Sie verlangen eine schnelle und von ihrem Aufwand her dem Auftragswert angemessene Entscheidung.

Die regelmäßige Ersetzung des Primärrechtsschutzes durch einen sekundären, auf **Schadensersatz** gerichteten Rechtsschutz entspricht unter solchen Bedingungen - mit dem BVerfG - dem Gestaltungsspielraum, den das Grundgesetz dem Gesetzgeber einräumt. Das schließt einen ggfls. **über das negative Interesse hinaus** zielenden Schadensersatzanspruch ein<sup>413</sup>. Überdies besteht die Möglichkeit **einstweiligen Rechtsschutzes** (nach §§ 935, 940 ZPO)<sup>414</sup>, die ihrerseits den Besonderheiten der Entscheidungsstruktur Rechnung zu tragen hat.

## Rechtsprechung und Schrifttum

BVerfGE 79, 174 - Planungsrechtliches Abwägungsgebot; BVerfGE 105, 252 - mit Glykol versetzter Wein; BVerfGE 105, 279 - Jugendsekten; BVerfGE 108, 370 - Postdienstleistungen; BVerfGE 109, 279 - akustische Wohnraumüberwachung; BVerfGE 113, 348 - Polizeiliche Telekommunikationsüberwachung; BVerfGE 116, 135 ff - Rechtsschutz bei unterschwelliger Vergabe; BVerwGE 34, 301 (Planungshoheit, Plangenehmigung); BVerwGE 45,309, 312 ff (Flachglas - planerisches Abwägungsgebot); BVerwGE, 49, 125 - Erschließungsvertrag; BVerwGE 52, 183 - Ausbildungskosten; BVerwGE 67, 300 - Akteneinsichtsrecht nach Ernennung eines Konkurrenten; BVerwGE 89, 14 ff - Auskunftsanspruch; BVerwG, NJW 1995, 1977 f - Zusicherung einer verkehrsrechtlichen Regelung; BVerwGE 89, 345 - Durchsetzung vertraglicher Pflichten; BVerwGE 98, 58 - Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung; BVerwGE 111, 162 - „Hinkender Austauschvertrag“, Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch; BVerwGE 119, 25 - Planrechtfertigung; BVerwGE 120, 188 - Anspruch auf Richtigstellung; BVerwGE 120, 263, 267 - Anordnung einer Netzzusammenschaltung; BVerwG, MMR 2004, 347 - Zugangsanspruch eines Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen; BVerwG, DVBl 2007, 763 - Kein subjektives Recht auf Feinstaub-Aktionsplan; BVerwG, DÖV 2007, 842 - Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten bei öffentlichen Aufträgen; ebenso NdsOVG, NVwZ-RR 2006, 843; VGH BW, NJW 1991, 2723 - Folgenlastenvereinbarung; OVG NW, NVwZ-RR 2006, 842 - Verwaltungsrechtsweg bei öffentlichen Aufträgen.

## Zu informationellem Verwaltungshandeln, Zusage, öffentlich-rechtlichem Vertrag und Plan

*Albers, Marion*, Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: H-R/S-A/V,

---

<sup>410</sup> S.a. Burgi NVwZ 2007, 741 Fn. 54.

<sup>411</sup> Die „de-facto Vergabe“ führt deshalb hier - anders als bei der Vergabe nach dem GWB (vgl. Rn. 156) - auch nicht zur Nichtigkeit der Vertrages; s.a. Pietzcker, NJW 2005, 2883; Wallerath (Fn. 400) S. 325 f.

<sup>412</sup> Siehe oben § 2 Rn. 14 f sowie vorsteh. Rn. 144

<sup>413</sup> Nachw. in Fn. 378

<sup>414</sup> Hierzu OLG Stuttgart, NZBau 2002, 395; OVG BlnBdg, DVBl.2006, 1250; NdsOVG, NVwZ-RR 2006, 843; Englisch, VerwArch 98 (2007), 439 f; Pietzcker, NJW 2005, 2884. Einstweiligen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten wollen gewähren: OVG NW, NVwZ-RR 2006, 842; OVG RhPf, DÖV 2007, 39; Sächs OVG, NZBau 2006, 393.

Grundlagen II, 2008, § 22; *Bauer, Hartmut*, Verwaltungsverträge, in: H-R/S-A/V, Grundlagen II, 2008, § 36; *Britz, Gabriele*, Elektronische Verwaltung, in: H-R/S-A/V (Hg.), Grundlagen II, 2008, § 26; *Britz, Gabriele/ Eifert, Martin/ Groß Thomas*, Verwaltungsinformation und Informationsrichtigkeit - Pflichten und Ansprüche nach dem Informationsfreiheitsgesetz, DÖV 2007, 717; *Collin, Peter*, Das Recht der binnenadministrativen Informations-beziehungen, Habil. (Greifswald), 2009; *Di Fabio, Udo*, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 1997, 1, 7 ff; *Gurlit, Elke*, Verwaltungsvertrag, 2000; *dies.*, Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen, in: Erichsen/Ehlers (Hg), VerwR, 4. Teil. (§§ 27 ff); *Guckelberger, Anette*, Behördliche Zusicherungen und Zusagen, DÖV 2004, 357; *Gusy, Christoph*, Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: H-R/ S-A/V, Grundlagen II § 23; *ders.*, Verwaltung durch Information, NJW 2000, 977; *Hermes, Georg*, Schlichtes Verwaltungshandeln, in: H-R/ S-A/V, Grundlagen II, 2008, § 39; *Holznapel, Bernd*, Informationsbeziehungen in und zwischen Behörden, H-R/S-A/V, Grundlagen II, 2008, § 24; *Ibler, Martin*, Zerstören die neuen Informationszugangsgesetze die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrecht?, in: Festschrift für Brohm, 2002, S. 405 ff; *Köck, Wolfgang*, Pläne, in: H-R/S-A/V, Grundlagen II, 2008, § 37; *König, Klaus/Dose, Nicolas* (Hg.), Instrumente und Formen staatlichen Handelns, 1992; *Krause, Peter*, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974; *Kugelman, Dieter*, Die informatorische Rechtsstellung des Bürgers, 2001; *Reimer, Franz*, Mehrseitige Verwaltungsverträge, VerwArch 94 (2003) 543 ff; *Remmert, Barbara*, Schlichtes Verwaltungshandeln, in: Erichsen/Ehlers (Hg), VerwR, 5. Teil (§§ 35, 36); *Robbers, Gerhard*, Schlichtes Verwaltungshandeln, DÖV 1987, 272; *Röhl, Hans Christian*, Verwaltung und Privatrecht - Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch 1995 (Bd. 86), S. 531; *Schlette, Volker*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000; *Schoch, Friedrich*, Informationszugangsfreiheit im Verwaltungsrecht, in: Liber amicorum - H.U. Erichsen zum 70. Geburtstag, 2004, S. 247; *Schulte, Martin*, Schlichtes Verwaltungshandeln - Verfassungs- und verwaltungsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts, Tübingen 1995; *Schulze-Fielitz, Helmuth*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: H-R/S-A/V, Grundlagen I, § 12; *Sensburg, Patrick Ernst*, Der kommunale Verwaltungskontrakt, 2004; *Siems, Ulrike*, Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns, 1999; *Spannowsky, Willi*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994; *Vesting Thomas*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: H-R/S-A/V, Grundlagen II, § 20; *Wallerath, Maximilian*, Kontraktmanagement und Zielvereinbarungen als Instrumente der Verwaltungsmodernisierung, in: DÖV 1997, 57; *Waechter, Kai*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag, JZ 2006, 166; *Ziekow, Jan/Siegel, Thorsten*, Entwicklung und Perspektiven des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch 94 (2003), 593 ff; 95 (2004), 133 ff, 281 ff, 573 ff.

### **Zur Regulierung**

*Bulla, Simon*, in: Schmidt/Reiner/Vollmöller, Thosa, Kompendium des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 3. Aufl. 2007, § 11; *Von Danwitz, Thomas*, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, 997; *Eifert, Martin*, Regulierungsstrategien, in: H-R/S-A/V (Hg.), Grundlagen I § 19; *Franzius, Claudio*, Der „Gewährleistungsstaat“ - Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 42 (2003) 493; *Hecker, Jan*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, 2007; *Masing, Johannes*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, DV 36 (2003), 1; *ders.*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend neu geregelt werden?, Gutachten D für den 66. Deutschen Juristentag, 2006; *Ruthig, Josef*, in: *ders./Storr, Stefan*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, § 6; *Thoma, Anselm Christian*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008; *Trute, Hans-Heinrich/Broemel, Roland*, Die Regulierung des Zugangs in den Netzwirtschaften, ZHR 170 (2006) 706; *Schoch, Friedrich*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, 241; *Stober, Rolf*, Zum Leitbild eines modernen Regulierungsverwaltungsrechts, in: Festschrift für R. Scholz, 2007, S. 943 ff; *Waechter, Kay*, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, 2008.

### **Zur staatlichen Güternachfrage am Markt**

*Boesen, Arnold*, Der Rechtsschutz des Bieters bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NJW 1997, 345;

*Byok, Jan/Jaeger, Wolfgang*, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005; *Meinrad Dreher*, Die Neugestaltung des Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1997, 343; *Englisch, Joachim*, Effektiver Primärrechtsschutz bei Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 98 (2007), 410; *Faber, Angela*, Drittschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, DÖV 1995, 403; *Gallwas, Brigitta*, Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge - ein Überblick, GewArch 2000, 401; *Kunert, Franz Josef*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, 1977; *Otting, Olav*, Einführung in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, JA 1998, S. 505; *Pietzcker, Jost*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978; *ders.*, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162 (1998) S. 427; *ders.*, Gerichtsschutz im Unterschwellenbereich, ZfBR 2007, 131; *Pache, Eckhard*, Der Staat als Kunde DVBl 2001, S.1781; *Puhl, Thomas*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001) S. 456; *Pünder, Hermann*, Zu den Vorgaben des grundgesetzlichen Gleichheitssatzes für die Vergabe öffentlicher Aufträge, VerwArch 94 (2003), 38; *Schneevogl, Kai-Uwe/ Horn, Lutz*, Das Vergaberechtsänderungsgesetz, NVwZ 1998, S. 1242; *Schnieders, Ralf*, Die kleine Vergabe, DVBl 2007, 287; *Storr, Stefan*, in: Ruthig./ders., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, § 10; *Vetter, Andreas*, Das Recht der Vergabe öffentlicher Aufträge 1999 und 2000, NVwZ 2001, 745; *Wallerath, Maximilian*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988.