Schriften zum Vergaberecht 46

Alexandra Saager

Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe

Nomos

Schriften zum Vergaberecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi,
Ludwig-Maximilians-Universität München
Prof. Dr. Hermann Pünder, LL.M. (Iowa),
Bucerius Law School Hamburg

Band 46

Alexandra Saager

Der Verwaltungsakt als Handlungsform der Auftrags- und Konzessionsvergabe

Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4423-7 (Print)
ISBN 978-3-8452-8640-2 (ePDF)

1. Auflage 2017
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Sie entstand zu einem großen Teil während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht IV. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Frühsommer 2017 berücksichtigt werden.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. *Martin Burgi*, der mich zu dieser Arbeit inspirierte und sie auch betreute. Durch seine wertvollen Hinweise und Anregungen hat er wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Herrn Professor Dr. *Jörg Ennuschat* danke ich für die zeitnahe Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner bedanke ich mich bei den Herausgebern Professoren Dres. *Martin Burgi* und *Hermann Pünder*, LL.M (Iowa) für die Aufnahme der vorliegenden Arbeit in die Reihe »Schriften zum Vergaberecht«.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich vor allem meiner Schwester Frau *Stefanie Saager*, die mich bei dem Korrekturlesen und Formatieren der vorliegenden Arbeit unterstützte. Gleich meinen Eltern, Frau *Gisela Saager* und Herr *Michael Saager*, hat sie mich durch viele Höhen und auch Tiefen meiner Ausbildung begleitet. Mit unglaublicher Geduld haben sie mich stets motiviert und vieles ertragen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Mülheim an der Ruhr, im Juli 2017 Alexandra Saager

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 13

Einleitung 23

A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung 23
B. Gang der Untersuchung 24

1. Teil: Normativer Kontext 26

A. Typologie 26
I. Handlungsformenlehre 28
1. Funktionen 28
2. Entstehung und Entwicklung 34
3. Akteure 35
4. Wahlfreiheit? 36
II. Der privatrechtliche Vertrag 44
III. Der Verwaltungsvertrag des § 54 VwVfG 51
1. Typus 51
2. Abgrenzung öffentlich-rechtlicher Vertrag und privatrechtlicher Vertrag 57
3. Vor- und Nachteile des öffentlichen Rechts und des Privatrechts 60
IV. Der Verwaltungsakt des VwVfG 66
1. Begriff 66
2. Erscheinungsformen des Verwaltungsaktes 68
3. Nähe von Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichem Vertrag 69
4. Formenmix 71
B. Einsatzgebiet: Beschaffungswesen 74
I. Ausgestaltung 75
1. Nebenbestimmungen 75
a) Grundsätze 75
b) Arten von Nebenbestimmungen 77
aa) Befristung, § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG 77
bb) Bedingung, § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG 78
cc) Widerrufsvorbehalt, § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG 78
dd) Auflage, § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG 78
ee) Auflagenvorbehalt, § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG 80

2. Nachträgliche Vereinbarungen 80
3. Schlussfolgerung 82
II. Problemkreis: Vorbehalt des Gesetzes 84
1. Grundsatz 84
2. Verwaltungsaktbefugnis 85
3. Situation bei der Auftragsvergabe 88
4. Schlussfolgerung 92

2. Teil: Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Verwaltungsakten 93

A. Situation bei der Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte 93
I. Wortsemantik 94
II. Systematische Auslegung 95
III. Historische Auslegung 97
IV. Teleologische Auslegung 99
V. Europarechtskonforme Auslegung 100
1. Allgemeine Bedeutung 101
2. Konkrete Anwendung 102
a) Vertragsbegriff des EuGH 102
b) Schlussfolgerung und Diskurs 105
3. Zwischenergebnis 111
VI. Auslegungs-Konkurrenzen 111
1. Grundsatz 112
2. Europarechtlicher Kontext 112
VII. Kein Formenmissbrauch 115
VIII. Ergebnis 116
B. Situation unterhalb der Schwellenwerte 117
I. Regelungen auf nationaler Ebene: Haushaltsvergaberecht 117
II. Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) 120
III. Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Vergabeverfahren 122
1. Art. 3 Abs. 1 GG 123
2. Art. 12 GG 124
3. Zwischenergebnis 125
IV. Unionsrechtliche Anforderungen an das Vergabeverfahren 126
V. Übertragung auf Vergaben durch Verwaltungsakt 126
VI. Restriktionen durch das VwVfG 131
C. Konzessionen 132
I. Rechtslage und Zweiteilung 132
II. Vergabe von Konzessionen durch Verwaltungsakt 136

1. Erscheinungsformen 136
2. Anwendbares Recht 138
a) Situation oberhalb des Schwellenwertes 139
b) Zwischenergebnis 140
c) Situation unterhalb des Schwellenwertes 140
d) Zwischenergebnis 142
3. Ergebnis 142
D. Öffentlicher Personennahverkehr 142
I. Bedeutung 143
II. Rechtsgrundlagen 143
III. Abgrenzung zum GWB-Vergaberecht und Begriffsverständnis der VO 1370/2007 144
IV. Beschaffung durch Verwaltungsakt 150

3. Teil: Rechtsfolgen 152

A. Situation bei der Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte 152
I. Rechtslage 152
1. Verfahrensrecht 152
a) Verfahrensstruktur 153
b) Verfahrensarten 154
c) Beendigung des Verfahrens 156
2. Fehler im Vergabeverfahren 156
a) Primärrechtsschutz 156
b) Sekundärrechtsschutz 160
3. Fehler bei der Vertragsdurchführung 163
a) Kündigung 164
b) Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit 166
c) VOB/B und VOL/B 167
II. Rechtslage bei Vergaben durch Verwaltungsakt 169
1. Verfahrensrecht 169
a) Strukturelle Unterschiede der potentiellen Verfahrensrechte 169
b) Konkurrenzverhältnis 170
2. Fehler im Vergabeverfahren 172
a) Rechtsweg 172
b) Primärrechtsschutz 174
c) Sekundärrechtsschutz 175
aa) Schadensersatzanspruch nach den Regeln der culpa in contrahendo 176
bb) Deliktische Schadensersatzansprüche 178

3. Fehler bei der Durchführung 182
a) Kündigung 182
b) Auftragsänderungen 184
c) VOB/B, VOL/B und Rechtswegfragen 185

B. Situation unterhalb der Schwellenwerte 188
I. Rechtslage 188
1. Fehler im Vergabeverfahren 189
a) Primärrechtsschutz 189
aa) Bundesebene 189
bb) Landesebene 197
b) Sekundärrechtsschutz 198
2. Fehler bei der Durchführung 199
3. Bewertung 200
II. Rechtslage bei Vergaben durch Verwaltungsakt 201
1. Fehler im Vergabeverfahren 201
a) Rechtsweg 205
b) Statthafte Klageart 206
c) Klagebefugnis 206
d) Widerspruchsverfahren 209
e) Klagefrist 212
f) Begründetheit 212
g) Einstweiliger Rechtsschutz 215
h) Bewertung 217
2. Fehler bei der Durchführung 217
a) »Leistungsstörung« 218
b) »Kündigung« 220
c) Fazit 221

C. Konzessionen 222
I. Konzessionen im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts 222
1. Verfahrensrecht 222
2. Rechtsschutz 223
3. Rechtslage bei der Vergabe durch Verwaltungsakt 224
II. Konzessionen außerhalb des GWB-Vergaberechts 224
1. Verfahrensrecht 224
2. Rechtsschutz im Bereich Baukonzessionen 225
3. Rechtsschutz im Bereich Dienstleistungskonzessionen 226
a) Primärrechtsschutz? 226
b) Subjektive Rechte 232
c) Rechtsweg 233
d) Einstweiliger Rechtsschutz 234
4. Rechtslage bei der Vergabe durch Verwaltungsakt 236

a) Baukonzessionen 236
b) Dienstleistungskonzessionen 237
D. Öffentlicher Personennahverkehr 240
I. Rechtslage 240
II. Bewertung 244

4. Teil: Fazit und Ergebnisse 246

Literaturverzeichnis 253

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378, ber. 1994 I S. 2439), zuletzt geändert durch Art. 8 G zur Anpassung des Umwelt-RechtsbehelfsG und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 29.05.2017 (BGBl. I S. 1298)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 09.05.2008 (Abl. EU Nr. C 115/47), zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndBeschl. 2012/419/EU vom 11.07.2012 (ABl. Nr. L 204 S. 131)
a. F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung i. d. F. der Bekanntmachung vom 01.10.2002 (BGBl. I S. 3866, ber. I 2003 S. 61), zuletzt geändert durch Art. 9 Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.06.2017 (BGBl. I S. 1822)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAnz AT	Amtlicher Teil des Bundesanzeigers
BauGB	Baugesetzbuch i. d. F. der Bekanntmachung vom 23.09.2004 (BGBl. I S. 2414), Art. 6 G zur Anpassung des Umwelt-RechtsbehelfsG und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 29.05.2017 (BGBl. I S. 1298)
BauO NW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 01.03.2000 (GV. NRW. S. 256), zuletzt geändert durch § 90 Abs. 1 LandesbauO vom 15.12.2016 (GV. NRW. S. 1162)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)

Bd.	Band
ber.	berichtigt
Beschl. v.	Beschluss vom
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch i. d. F. der Bekanntmachung vom 02.01.2002 (BGBl. I, S. 42, ber. S. 2929 und BGBl. I 2003, S. 738), zuletzt geändert durch Art. 6 FinanzaufsichtsrechtergänzungsG vom 06.06.2017 (BGBl. I S. 1495)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung vom 19.08.1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 10 G zur Neuorganisation der Zollverwaltung vom 03.12.2015 (BGBl. I S. 2178)
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT- Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c. i. c.	culpa in contrahendo
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DV	Deutsche Verwaltung (Zeitschrift)
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (gültig bis 30. November 2009)

Einf. v.	Einführung vor
Einl. z.	Einleitung zu
EL	Ergänzungslieferung
endg	endgültig
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) vom 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, ber. S. 3621), zuletzt geändert durch Art. 3 G zur Umsetzung der RL (EU) 2016/1148 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union vom 23.06.2017 (BGBl. I S. 1885)
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht (vormals Gericht erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 13.12.2007 (ABl. EU Nr. C 306/1; ber. ABl. EU 2008 Nr. C 111/56, ABl. EU 2009 Nr. C 290/1, ABl. EU 2011 Nr. C 378/3), zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-Beitrittsakte 2013 vom 09.12.2011 (ABl. 2012 Nr. L 112 S. 21)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f. / ff.	folgende (Seite[n])
FGO	Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.03.2001 (BGBl. I S. 442, ber. S. 2262, I 2002 S. 679), zuletzt geändert durch Art. 8 Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11.10.2016 (BGBl. I S. 2222)
Fn.	Fußnote
G	Gesetz
GaststättenG	Gaststättengesetz, i. d. F. der Bekanntmachung vom 20.11.1998 (BGBl. I S. 3418), zuletzt geändert durch Art. 14 Branntweinmonopolverwaltung-Auflösungsgesetz vom 10.03.2017 (BGBl. I S. 420)

GebG NRW	Gebührengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen i. d. F. der Bekanntmachung vom 23.08.1999 (GV. NRW. S. 524), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG vom 08.12.2015 (GV. NRW. S. 836)
GemHVO NRW	Verordnung über das Haushaltswesen der Gemeinden im Land Nordrhein-Westfalen vom 16.11.2004 (GV. NRW. S. 644, ber. 2005 S. 15), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 5 G zur Neuregelung des Brandschutzes, der Hilfeleistung und des Katastrophenschutzes vom 17.12.2015 (GV. NRW. S. 886)
GewArch	Gewerbearchiv – Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949 (BGBl. I, S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG (Art. 91b) vom 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438)
ggf.	gegebenenfalls
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I, S. 1750; ber. S. 3245), zuletzt geändert durch Art. 1 Neuntes G zur Änd. des G gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017 (BGBl. I S. 1416)
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder vom 19.08.1969 (BGBl.I S. 1273), zuletzt geändert durch Art.1 G zur innerstaatlichen Umsetzung des Fiskalvertrags vom 15.07.2013 (BGBl. I S. 2398)
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. S.	in diesem Sinn
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinn
insbes.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung (Zeitschrift)
KonzVgV	Konzessionsvergabeverordnung
KommJur	Zeitschrift Kommunaljurist (Zeitschrift)

KrWG	Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen v. 24.02.2012 (BGBl. I S. 212), zuletzt geändert durch Art. 4 G zur Umsetzung der RL über Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse vom 04.04.2016 (BGBl. I S. 569)
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz vom 27.09.1994 (BGBl. I, S. 2705) (außer Kraft)
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
LHO-NW	Landeshaushaltsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.04.1999 (GV. NRW. S. 158), zuletzt geändert durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Landeshaushaltsordnung - Umsetzung der grundgesetzlichen Schuldenregel in das nordrhein-westfälische Landesrecht vom 07.04.2017 (GV. NRW. S. 442)
lit.	littera (lat.)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
Ls.	Leitsätze
m. Anm. v.	mit Anmerkung von
m. Anm. z.	mit Anmerkungen zu
MBl. NRW	Ministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
Mrd.	Milliarden
m. V. a.	mit Verweis auf
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MwSt.	Mehrwertsteuer
Nachdr. d. Ausg.	Nachdruck der Ausgabe
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift. Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht. Rechtsprechungsreport
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

OLG	Oberlandesgericht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPNVG NRW	Gesetz über den öffentlichen Personennahverkehr in Nordrhein-Westfalen vom 07.03.1995 (GV. NW. S. 196), zuletzt geändert durch Art. 1 8. ÖPNV-ÄndG vom 15.12.2016 (GV. NRW. S. 1157)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten i. d. F. der Bekanntmachung vom 19.02.1987 (BGBl. I S. 602), zuletzt geändert durch Art. 5 G zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017 (BGBl. I S. 872)
PBefG	Personenbeförderungsgesetz i. d. F. der Bekanntmachung vom 08.08.1990 (BGBl. I, S. 1690), zuletzt geändert durch Art. 5 G zur Stärkung des Wettbewerbs im Eisenbahnbereich vom 29.08.2016 (BGBl. I S. 2082)
PolG NW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen i. d. F. der Bekanntmachung vom 25.07.2003 (GV. NRW. S. 441), zuletzt geändert durch Art. 1 Viertes ÄndG vom 06.12.2016 (GV. NRW. S. 1061)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Reg Begr	Regierungsbegründung
RegE	Regierungsentwurf
RegG	Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs vom 27.12.1993 (BGBl. I S. 2378), zuletzt geändert durch Art. 19 Abs. 23 Bundesteilhabegesetz vom 23.12.2016 (BGBl. I S. 3234)
RMKR	Richtlinie 2007/66/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge
Rn.	Randnummer
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Satz oder Seite
SektVO	Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und

	der Energieversorgung, vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624, 657)
SGB II	Sozialgesetzbuch Zweites Buch i. d. F. der Bekanntmachung vom 13.05.2011 (BGBl. I S. 850, ber. S. 2094), zuletzt geändert durch Art. 158 G zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29.03.2017 (BGBl. I S. 626)
SGB X	Sozialgesetzbuch Zehntes Buch i. d. F. der Bekanntmachung vom 18.01.2001 (BGBl. I S. 130), zuletzt geändert durch Art. 11 G zur Umsetzung der Vierten EU-GeldwäscheRL, zur Ausführung der EU-GeldtransferVO und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23.06.2017 (BGBl. I S. 1822)
SGG	Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.09.1975 (BGBl. I S. 2535), zuletzt geändert durch Art. 5 Neuntes G zur Änd. des G gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017 (BGBl. I S. 1416)
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte/r
SPNV	Schienenpersonennahverkehr
TierNebG	Tierische Nebenprodukte-Beseitigungsgesetz vom 25.01.2004 (BGBl. I S. 82), zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Änd. des Tierische Nebenprodukte-BeseitigungsG und zur Änd. des BVL-G vom 04.08.2016 (BGBl. I S. 1966)
TVgG NRW	Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen - TVgG - NRW) vom 31.01.2017 (GV. NRW. S. 273)
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
umfgr	umfangreichen
Überbl. v.	Überblick vor
Urt. v.	Urteil vom
u. s. w.	und so weiter
UVgO	Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-

	Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung) vom 02.02.2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1, ber. Nr. 170208 S. 1)
UVgO-E	Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung
VA	Verwaltungsakt
VergabeR	Vergaberecht (Zeitschrift)
VergK	Vergabekammer
Verw.	Die Verwaltung (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz), vom 26.08.1998 (BGBl. I S. 2512), zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 25.04.2007 (BGBl. I S. 594) (außer Kraft - galt bis: 04.05.2007)
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624)
VKL	Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parla-ments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. Nr. L 134 S. 114, ber. ABl. Nr. L 351 S. 44), zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2015/2342 vom 15.12.2015 (ABl. Nr. L 330 S. 18); aufgehoben m. W. v. 18.04.2016 durch Art. 91 EU-Öffentliche-AuftragsvergabeRL v. 26.02.2014 (ABl. Nr. L 94 S. 65)
VRL	EU-Vergaberichtlinie; Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, (ABl. Nr. L 94 S. 65), geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2015/2170 vom 24.11.2015 (ABl. Nr. L 307 S. 5)
VO	Verordnung
VO 1370	Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. 2007 Nr. L 315 S. 1), geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2016/2338 vom 14.12.2016 (ABl. Nr. L 354 S. 22)
Vorb.	Vorbemerkung

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung i. d. F. der Bekanntmachung vom 19.03.1991 (BGBl. I, S. 686), zuletzt geändert durch Art. 5 G zur Anpassung des Umwelt-RechtsbehelfsG und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 29.05.2017 (BGBl. I S. 1298)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz i. d. F. der Bekanntmachung vom 23.01.2003 (BGBl. I, S. 102), zuletzt geändert durch Art. 5 G zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29.03.2017 (BGBl. I S. 626)
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) vom 27.04.1953 (BGBl. I S. 157), zuletzt geändert durch Art. 3 G zur Einbeziehung der Bundespolizei in den Anwendungsbereich des BundesgebührenG vom 10.03.2017 (BGBl. I S. 417)
WiVerw	Gewerbearchiv Beilage; Wirtschaft und Verwaltung Themenhefte
z. B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZPO	Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl. I S. 3202, ber. 2006 S. 431 und 2007 S. 1781), zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Änd. von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts vom 11.06.2017 (BGBl. I S. 1607)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Einleitung

A. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Das Vergaberecht mit seinem komplizierten Aufbau ist von hoher praktischer Bedeutung. Die Literatur in diesem eher jungen Fachgebiet hat einen beachtlichen Umfang erreicht und wächst rasant weiter an. Eine große Anzahl an Kommentaren, Handbüchern, Aufsätzen, Dissertationen, Lehr- und Fachbüchern sowie Urteilsanmerkungen ist bisher erschienen. Sie befassen sich mit den zentralen Fragestellungen, scheuen aber auch nicht den Weg in die Peripherie. Ihr Ziel und somit auch das der vorliegenden Arbeit ist es, den Anwendern, mithin vor allem den Vergabestellen und den an öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen, den Umgang mit den einschlägigen Vorschriften zu erleichtern und auftretende Probleme auf der Grundlage des geltenden Rechts zu lösen, aber auch Denkanstöße für eine mögliche Weiterentwicklung vor dem Hintergrund einer stets geforderten Flexibilisierung zu geben.

Eine spezielle Erscheinung ist die Vergabe mittels Verwaltungsakt, die bisher nur wenig Beachtung in der Literatur gefunden hat.[1] Das mag daran liegen, dass in der Praxis gängiges Handlungsinstrument der Vertrag ist, unabhängig davon, ob er öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtsnatur ist. Aber auch den Verwaltungsakt haben einige Vergabestellen im Vergabebereich für sich »wiederentdeckt«.[2] Daher muss sich auch die Rechtsprechung hier und dort damit beschäftigen. Nicht ohne Probleme, wie es anmutet. Er scheint ein ungebetener Gast zu sein, der in diesem Rechtsgebiet jenseits der ausdrücklichen Normierungen[3] nichts zu suchen

---

1 Vgl. etwa *Burgi*, NVwZ 2002, S. 57 (62), *Koenig/Steiner*, ZESAR 2003, S. 150 (151); *Fruhmann*, ZVB 2008, S. 73 (74 ff.); *Lange*, Sozialrecht und Vergaberecht, S. 136 ff.

2 Siehe z. B. OVG Münster, Urt. v. 27.03.2007 – 20 A 1717/05, nachfolgend BVerwG, Beschl. v. 18.10.2007 – 7 B 33.07; zur Beauftragung von Rettungsdienstleistungen durch Verwaltungsakt (mit Nebenbestimmungen): OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.06.2010 - 11 ME 583/09 = NVwZ 2010, 1252. Eine weitere Erscheinungsform ist die Vergabe von Konzessionen durch Verwaltungsakt; siehe dazu die Beispiele im 2. Teil unter C. II. 1.

3 Z. B. § 168 Abs. 3 S. 1 GWB.

hat. Die vorliegende Untersuchung will aufzeigen, dass der Beschaffungsverwaltungsakt auch im Vergaberecht seine Daseinsberechtigung hat und dass unter dem geltenden Recht eine Handhabung dieses Phänomens durchaus möglich ist. Dabei geht es um mehr als nur die Frage nach der Anwendbarkeit; vielmehr soll der Bereich sowohl vor als auch nach der Vergabeentscheidung einbezogen werden. Als problematisch erweist sich, dass es sich beim Vergaberecht um ein uneinheitliches, wenn nicht gar zersplittertes Rechtsregime handelt. Regelungen lassen sich in höchst unterschiedlichen Rechtsquellen finden, was sich letztlich auf deren Rechtsqualität und Wirkungsreichweite auswirkt. Die verschiedenen Verordnungen, Richtlinien, Gesetze und Verwaltungsvorschriften können internationaler, europäischer oder nationaler Provenienz sein.[4] Von Vorteil wird sich allerdings erweisen, dass der Verwaltungsakt eine »feste Größe« des Verwaltungsrechts ist: Die tradierte Form ist im Laufe der Jahrzehnte entwickelt worden und kann auf eine umfangreiche Dogmatik und auch Kasuistik zurückblicken. Gerade dieser Standort des Beschaffungsverwaltungsaktes an einer Schnittstelle des Allgemeinen Verwaltungsrechts zum Vergaberecht ermöglicht eine rechtssichere Anwendung.

Damit handelt es sich keineswegs um eine Praxis, die verboten werden sollte. Dazu besteht, wie sich zeigen wird, kein Anlass. Neue Gestaltungsmöglichkeiten können Vergaben in Einzelfällen effizienter und übersichtlicher machen. Es könnte daher sein, dass sich der Verwaltungsakt vom »Eindringling« zum Neobiot des Vergaberechts entwickelt.

B. Gang der Untersuchung

Im Folgenden soll die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Verwaltungsakt in verschiedenen vergaberechtlichen Bereichen untersucht werden. Die Untersuchung untergliedert sich in vier Teile. Teil 1 stellt den normativen Kontext dar. Dogmatische Überlegungen bilden hier die Basis für alle weiteren Ausführungen. Gegenstand von Teil 2 und zugleich Herzstück dieser Arbeit ist die Frage nach der Anwendbarkeit des Vergaberechts bei Verwaltungsakten. Dabei liegt der Fokus zunächst auf Vergaben im An-

4 Vgl. *Pache*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 55 BHO Rn. 10.

wendungsbereich des GWB-Vergaberechts,[5] also auf Vergaben, die wertmäßig bestimmte Schwellenwerte überschreiten und infolgedessen europaweit ausgeschrieben werden müssen. Anschließend richtet sich der Blick auf den Unterschwellenbereich, der immerhin fast 90% aller Vergaben umfasst und sich vor allem dadurch auszeichnet, dass hier in erster Linie nur nationales Recht gilt.[6] Abrundend widmet sich die Untersuchung auch zwei besonderen vergaberechtlichen Teilbereichen, die ebenfalls auf ihren Umgang mit dem Beschaffungsverwaltungsakt überprüft werden sollen: der Vergabe von Konzessionen und der Vergabe im ÖPNV.

Teil 3 wendet sich sodann der Rechtsfolgenseite zu und analysiert, wie mit dem Beschaffungsverwaltungsakt in den verschiedenen vergaberechtlichen Bereichen auch nach der Vergabeentscheidung umgegangen werden kann und folgt dabei der Untergliederung, wie sie in Teil 2 vorgenommen wurde.

Der letzte Teil fasst die Ergebnisse der Untersuchung zusammen, wirft einen Blick auf die Vor- und Nachteile des Instituts und gibt eine abschließende Bewertung ab.

---

5 Zu diesem Begriffsverständnis in Abgrenzung zur Bezeichnung »Kartellvergaberecht« vgl. *Burgi*, Vergaberecht, § 2 Rn. 7 ff.

6 Mindestanforderungen an das Verfahren können sich freilich auch aus dem europäischen Primärrecht ergeben, siehe dazu 2. Teil B. IV.

1. Teil: Normativer Kontext

A. Typologie

Der Verwaltung stehen zur Bewältigung ihrer mannigfaltigen Aufgaben verschiedene Handlungsinstrumente zur Verfügung. Das ist auch auf dem Gebiet der Beschaffung[7] der Fall. Die staatliche Verwaltung erbringt in vielen Fällen die Leistung nicht mehr selbst, sondern schreibt sie aus. Je nach Ausgestaltung kann das die einzig verbleibende Verwaltungstätig sein. Anschließend wird nur noch der Private tätig und tritt allein dem Bürger gegenüber in Erscheinung; die Verwaltung zieht sich dann weitestgehend zurück.[8] In anderen Fällen sucht sich die Verwaltung lediglich Helfer bei der Vorbereitung oder Durchführung von Tätigkeiten.[9] Daraus resultieren ein wichtiger Wirtschaftsfaktor und ein enormes Betätigungsfeld für Unternehmen. Das Beschaffungswesen und im engeren Sinne be-

---

7 Beschaffung meint in diesem Zusammenhang den Einkauf von Gütern, Bauleistungen und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand gegen Entgelt. Nicht dagegen sind Vorgänge erfasst, die kraft staatlicher Hoheit erfolgen wie z. B. Enteignungen. Auch hier beschafft der Staat Güter und deckt seinen Bedarf, allerdings nicht als Besteller bzw. Nachfrager am Markt sondern mittels konkreten hoheitlichen Zugriffs. Beiden gemein ist jedoch der dahinterstehende Zweck der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, mithin der Verwirklichung des Gemeinwohls. Das Mittel ist nur ein völlig anderes. Ferner kann der Staat natürlich auch im Wege der Eigenproduktion Güter und Dienstleistungen beschaffen; so gibt es beispielsweise öffentliche Einrichtungen wie Rathäuser, die ihren benötigten Strom mittels einer Photovoltaikanlage selbst erzeugen. Auch dieser Vorgang soll im Weiteren außer Betracht bleiben. Im Übrigen unterfallen beide Modi nicht dem Vergaberecht, welches auch bei diesen Vorüberlegungen als Bezugspunkt nicht völlig aus den Augen verloren werden soll.

8 Das ist im Bereich der Dienstleistungskonzessionen der Fall. Allerdings erfolgt der Rückzug hier nur auf Zeit und ggf. widerruflich, vgl. *Burgi*, DVBl. 2003, S. 949 (951).

9 Hier verbleibt zumindest die Gewährleistungsverantwortung bei der Verwaltung, die die Leistungserbringung durch den Verwaltungshelfer zu kontrollieren und zu steuern hat; vgl. *Burgi*, ZSE 1/2007, S. 46 (47 f.).