

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1444

**Vertragsgestaltung bei
komplexen Verträgen des Staates
mit Privaten**

Von

Wolfgang Abromeit



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG ABROMEIT

Vertragsgestaltung bei
komplexen Verträgen des Staates
mit Privaten

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1444

Vertragsgestaltung bei komplexen Verträgen des Staates mit Privaten

Von

Wolfgang Abromeit



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Potsdam
hat diese Arbeit im Jahr 2018
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-15802-7 (Print)
ISBN 978-3-428-55802-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Faszination an komplexen Verträgen des Staates hat viele Ursachen. Sie beruht vor allem auch auf der sich ständig entwickelnden Materie und dem Gegenstand des Vertrags, der zwischen Innovationsfähigkeit und Rechtssicherheit, Stabilität und Anpassungsfähigkeit, legitimen Geheimhaltungsinteressen und Transparenzerwartungen sein Leben entfaltet, das häufig mehrere Jahrzehnte währt. Diese Spannungsfelder theoretisch aufzuarbeiten, eine Orientierung darin zu finden und darzustellen, bot eine besondere Herausforderung und einen großen Reiz. Ausgehend von den Ergebnissen der wissenschaftlichen Überlegungen zum Gewährleistungsstaat war das Forschungsziel der Arbeit ursprünglich, einen Vorschlag für eine verbindliche gesetzliche Regelung eines Verwaltungskooperationsrechts zu liefern. Dieser Ansatz wurde inspiriert und ausgelöst durch die Auseinandersetzung mit dem Gesetzgebungsvorhaben zum Kooperationsvertragsrecht, das im Jahre 2001 im Kennzeichen der Initiative der Rot/Grünen-Regierung unter dem Namen „Moderner Staat/Moderne Verwaltung“ angestoßen wurde. Bisher ist es jedoch trotz bemerkenswerter Anstrengungen, wohl teils aufgrund europäischen Umsetzungsdrucks vorrangiger Reformen, teils wegen Wechsel der Regierung, jedenfalls nicht zuletzt auch aufgrund der der komplexen Materie inhärenten Schwierigkeiten und der sich daran entfachenden ungelösten Kontroversen, bis heute nicht verabschiedet. Im Laufe der tiefer gehenden Auseinandersetzung mit der Thematik traten andere, dringendere, der gesetzlichen Regulierung vorausliegende und diese verdrängende Probleme in den Vordergrund. Ausschlaggebend für eine gelungene Kooperation des Staates mit Privaten bei komplexen Vorhaben ist aufgrund der hohen Bedeutung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls nämlich weniger die gesetzliche Verordnung, als vielmehr die vertragliche Regelung der die Kooperation regelnden Rechtsverhältnisse. In den Fokus der Überlegungen rückten daher die Rahmenbedingungen und Strukturen dieser Vertragsgestaltung. Damit soll keinesfalls ausgeschlossen werden, dass auch Regelungsbedarf auf gesetzlicher Ebene besteht. Bevor in diese Richtung jedoch tragfähige Überlegungen angestellt werden können, bedarf die Vertragsgestaltung einer systematisierenden Aufarbeitung und Analyse des Status Quo. Dieser Schritt ist notwendig, damit die Verwaltung einerseits die vorhandenen Potentiale in diesem Bereich ausschöpft und andererseits der konkrete Regelungsbedarf überhaupt erst aufgedeckt werden kann.

An dieser Stelle will diese Untersuchung anknüpfen und so einen Beitrag für die Weiterentwicklung der Vertragsgestaltungslehre – die gerade auf dem Gebiet der komplexen Kooperationsverträge als notwendig gesehen wird – leisten.

Das praktische Verdienst dieser Untersuchung liegt vor allem darin, dass dem für die Vertragsgestaltung verantwortlichen Team neben der bereits üblichen Ver-

wendung von Musterverträgen eine abstrakte Orientierung über den Einzelfall hinaus an die Hand gegeben wird. In wissenschaftlicher Hinsicht ist ein erneuter Anstoß der Diskussion über Vertragsgestaltung, natürlich vor allem auf dem Gebiet des Verwaltungsvertrages, aber auch ganz allgemein bis hin zu ihrer Rolle in der juristischen Ausbildung, erhofft. Insofern wurde ein Ansatz verfolgt, der von denjenigen, die sich mit der Vertragsgestaltung beschäftigen, schon lange gefordert wird. Nicht der Vertrag als pathologisches Objekt und Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung ist Forschungsgegenstand, sondern die Möglichkeiten der Vertragsgestaltung.

Inspiration für diese Arbeit war die von meinem Doktorvater Prof. Dr. Hartmut Bauer begleitete Auseinandersetzung mit (Verwaltungs-)Verträgen. Sein Interesse, die Freiräume, die er mir geschaffen hat, seine Anregungen und Nachfragen haben die Arbeit so erst ermöglicht. Ihm sei an dieser Stelle herzlich für alles gedankt! Abgesehen davon entsteht so eine Arbeit nie im freien Raum, sondern ist auf Dialog und Miteinander angewiesen. Besonders hervorzuheben sind hier meine Kollegen Adrian Fuks, Michael Meier, Lydia Hajasch und Friedrich Markmann, auf deren kollegiale Zusammenarbeit ich mich immer verlassen konnte. Unter anderem technische Hinweise und Literaturhinweise haben die Arbeit bereichert. Allen studentischen Kollegen danke ich für die Hilfe bei der Literaturbeschaffung. Henry Stieglmeier bin ich für die Hinweise und den Dialog zu den Streitbeilegungsmechanismen zu Dank verpflichtet. Nicht zuletzt möchte ich auch meinen Geschwistern, meinen Eltern und meinem Onkel für den unverzichtbaren Rückhalt danken.

Der Arbeitskreis für Wirtschaft und Recht (AKWR) hat die Arbeit mit einem Druckkostenzuschuss unterstützt, wofür ich mich ebenfalls sehr bedanke.

Wolfgang Abromeit

Inhaltsübersicht

Erster Teil

	Erkenntnisinteresse und Methode	27
§ 1	Entwicklung des Forschungsgegenstands	28
	I. Kooperationsverträge als Bestandteil gesetzlicher Fortentwicklung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG)	29
	II. Charakterisierung der Kooperationsverträge als Verwaltungsverträge	32
	III. Ziele der Untersuchung	34
§ 2	Gegenstand und Methode einer Untersuchung über Vertragsgestaltung	36
	I. Grundlegende Überlegungen zum Vertrag	37
	II. Methode einer abstrakten Betrachtung der Vertragsgestaltung	41

Zweiter Teil

	Problembestimmung	53
§ 3	Der komplexe Vertrag: Kontext und Rahmenbedingungen	53
	I. „Staat“ als Vertragspartner des komplexen Vertrages	54
	II. „Privater“ als Vertragspartner des komplexen Vertrages	55
	III. Kooperationsbereich	56
§ 4	Public Private Partnership/Öffentlich-Private Partnerschaften – Einfluss von Begriff, Konzepten und Verfahren	69
	I. Terminologische Probleme des Begriffs Public Private Partnership	69
	II. Übertragbarkeit der Erkenntnisse zu ÖPP/PPP auf komplexe Verträge	72
	III. ÖPP/PPP als Konzept: Prozess bzw. Verfahren der Aufgabenerfüllung	73
	IV. Zusammenfassung	76
§ 5	Rekonstruktion des komplexen Vertrags aus den Erfolgsbedingungen der Kooperation	77
	I. Motive des Staates	78
	II. Motive des Privaten	88
	III. Rekonstruktion der Kernelemente des komplexen Vertrags aus den Erfolgsvoraussetzungen der Kooperation und Rückschlüsse auf die Kooperationsgegenstände	88

IV. Probleme komplexer Kooperationen	92
V. Exkurs: Vertragsgestaltung durch öffentliche Auftraggeber unter dem Regime des Vergaberechts	96
VI. Zusammenfassung	106

Dritter Teil

**Systematische Lösungsansätze
zu den Kernproblemen der komplexen Kooperation** 107

§ 6 Neue Institutionenökonomik	107
I. Transaktionskostentheorie	110
II. Prinzipal-Agenten-Theorie	125
III. Zusammenfassung	134
§ 7 Risikoverteilung in der Vertragsgestaltung bei komplexen Kooperationen	135
I. Risiko: Risikobegriff und Risikoeinstellung	137
II. Risikomanagement, Optionen und Prinzipien der vertraglichen Risikobeherrschung und -verteilung	140
III. Kategorisierung und Verteilung der relevanten Risiken	145
IV. Grundmodelle der Risikoverteilung und Auswirkungen auf Schuldenbremsen	168
V. Zusammenfassung der systematisierenden Überlegungen	175

Vierter Teil

Vertragliche Gestaltungsoptionen für komplexe Kooperationen 176

§ 8 Grundstrukturen und Entwicklung der Vertragsgestaltung bei komplexen Kooperationen	177
I. Konzeption des Vertrags	178
II. Grundstrukturen der Vertragsgestaltung	179
III. Gliederung des Vertrags und allgemeine Regelungen	180
IV. Exkurs: Die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an der Projektgesellschaft	186
§ 9 Die leistungsorientierten Regelungen	190
I. Die Leistungsbestimmungen im Zusammenhang mit Planung und Bau	191
II. Die Leistungsbestimmungen für die Betriebsphase	198
III. Anpassungsklauseln aufgrund veränderter Anforderungen	210

§ 10 Durchführungsbezogene allgemeine Regelungen	218
I. Informationsmechanismen	218
II. Kommunikations- und Schlichtungsregeln	225
§ 11 Kündigungsregelungen	247
I. Kündigungsgründe	249
II. Verfahren/Form	253
III. Folgen	254

Fünfter Teil

Fazit	256
§ 12 Zusammenfassung in Thesen und Schluss	256
I. Zusammenfassung in Thesen	256
II. Schluss	265
Literatur- und Quellenverzeichnis	267
Ausgewertete Verträge	299
Sachwortverzeichnis	302

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

	Erkenntnisinteresse und Methode	27
§ 1	Entwicklung des Forschungsgegenstands	28
I.	Kooperationsverträge als Bestandteil gesetzlicher Fortentwicklung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG)	29
II.	Charakterisierung der Kooperationsverträge als Verwaltungsverträge	32
III.	Ziele der Untersuchung	34
§ 2	Gegenstand und Methode einer Untersuchung über Vertragsgestaltung	36
I.	Grundlegende Überlegungen zum Vertrag	37
1.	Geltungsgrund des Vertrages	38
2.	Verhältnis von Gesetz und Vertrag	39
3.	Unterscheidung von Vertragsschluss und Vertragsinhalt	39
4.	Recht und komplexer Vertrag als Einheit von primären und sekundären Normen	40
5.	Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes vor diesem Hintergrund	40
II.	Methode einer abstrakten Betrachtung der Vertragsgestaltung	41
1.	Methodik der Vertragsgestaltung	42
a)	Informationsermittlung	42
b)	Vertragskonzeption	43
c)	Vertragsgestaltung im engeren Sinne	44
2.	Dogmatische Methode	45
a)	Dekontextualisierung	47
b)	Systematisierung	48
c)	(Re-)Konkretisierung	48
3.	Aufbau der Untersuchung	49
a)	Problemdefinition über Informationsermittlung und Dekontextualisierung der Information	50
b)	Systematisierende Vertragskonzeption	50
c)	Vertragliche Gestaltungsoptionen für komplexe Kooperationen	51

Zweiter Teil

	Problembestimmung	53
§ 3	Der komplexe Vertrag: Kontext und Rahmenbedingungen	53
	I. „Staat“ als Vertragspartner des komplexen Vertrages	54
	II. „Privater“ als Vertragspartner des komplexen Vertrages	55
	III. Kooperationsbereich	56
	1. Daseinsvorsorge	57
	2. Finanzwissenschaftliche Annäherung	59
	a) Öffentliche Güter	60
	b) Natürliche Monopole	61
	c) Relevanz der Konzepte	61
	3. Infrastruktur	62
	4. Öffentliche Aufgaben	63
	5. Normative Anforderungen komplexer Verträge wegen Bezug zur öffentlichen Aufgabe	65
	a) Qualitative Kriterien	66
	b) Prozedurale und formelle Anforderungen an die Gestaltung der Kooperation	67
	6. Zusammenfassung	68
§ 4	Public Private Partnership/Öffentlich-Private Partnerschaften – Einfluss von Begriff, Konzepten und Verfahren	69
	I. Terminologische Probleme des Begriffs Public Private Partnership	69
	II. Übertragbarkeit der Erkenntnisse zu ÖPP/PPP auf komplexe Verträge	72
	III. ÖPP/PPP als Konzept: Prozess bzw. Verfahren der Aufgabenerfüllung	73
	1. Phase: Projektidentifizierung	74
	2. Phase: Projektspezifizierung	74
	3. Phase: Formalisierung	75
	4. Phase: Implementierung	75
	5. Phase: Beendigung	75
	IV. Zusammenfassung	76
§ 5	Rekonstruktion des komplexen Vertrags aus den Erfolgsbedingungen der Kooperation	77
	I. Motive des Staates	78
	1. Effizienzvorteile als dominierendes Motiv	78
	2. Umgehung von Haushaltsbindungen als verdecktes Motiv	80
	3. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung als Bedingung einer Kooperation	82
	a) Bedarfsfeststellung und Eignungstest	84

b) Beschaffungsvariantenvergleich	85
c) Wirtschaftlichkeitsnachweis	86
d) Auswirkungen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung auf Vertragsgestaltung sowie nach Vertragsschluss	87
II. Motive des Privaten	88
III. Rekonstruktion der Kernelemente des komplexen Vertrags aus den Erfolgsvoraussetzungen der Kooperation und Rückschlüsse auf die Kooperationsgegenstände	88
1. Elemente der komplexen Kooperation	89
2. Auswirkungen auf die Entscheidung über eine Kooperation und die Vertragsgestaltung	91
IV. Probleme komplexer Kooperationen	92
1. Berichte der Landesrechnungshöfe und des Bundesrechnungshofs	92
2. Problemkategorien	93
a) Transaktionskosten	94
b) Angemessene Risikoverteilung und Risikokosten	95
c) Finanzierungskosten	95
V. Exkurs: Vertragsgestaltung durch öffentliche Auftraggeber unter dem Regime des Vergaberechts	96
1. Wahl des Verfahrens	97
2. Stufenweise vertragliche Problemreduktion im wettbewerblichen Dialog ..	99
a) Auswahlphase	100
b) Die Dialogphase	104
c) Die Angebotsphase	105
VI. Zusammenfassung	106

Dritter Teil

**Systematische Lösungsansätze
zu den Kernproblemen der komplexen Kooperation** 107

§ 6 Neue Institutionenökonomik	107
I. Transaktionskostentheorie	110
1. Annahmen	111
2. Charakteristika der Transaktion	112
3. Grundlegende Organisationsstrukturen	113
4. Exkurs: Die Entscheidung für oder gegen das Eingehen einer komplexen Kooperation im Lichte der Transaktionskostentheorie	116
5. Applikation der Transaktionskostentheorie auf komplexe Kooperationen ..	117
a) Anpassungsregeln (1. Stufe)	121

b) Streitbeilegungsregeln (2. Stufe)	122
c) Kündigungsregeln	123
II. Prinzipal-Agenten-Theorie	125
1. Annahmen und grundlegende Erkenntnisse	126
a) Verborgene Eigenschaften (hidden characteristics)	127
b) Verborgene Absichten (hidden intentions)	128
c) Verborgenes Verhalten (hidden action)	128
d) Verborgene Informationen (hidden information)	128
2. Applikation der Prinzipal-Agenten-Theorie auf komplexe Kooperationen	130
a) Anreizmechanismen	130
b) Steuerungsmechanismen	132
c) Informationssysteme	132
III. Zusammenfassung	134
§ 7 Risikoverteilung in der Vertragsgestaltung bei komplexen Kooperationen	135
I. Risiko: Risikobegriff und Risikoeinstellung	137
1. Bestimmung des Risikobegriffs im Sinne der Untersuchung	137
2. Einstellungen der Akteure zu Risiko und Risikokosten	138
II. Risikomanagement, Optionen und Prinzipien der vertraglichen Risikobeherr- schung und -verteilung	140
1. Risikomanagement	140
2. Möglichkeiten der vertraglichen Risikoverteilung	141
3. Prinzipien der vertraglichen Risikoverteilung	143
III. Kategorisierung und Verteilung der relevanten Risiken	145
1. Projektrisiken	146
a) Planungsrisiken	147
aa) Risiken fehlerhafter Ausschreibung und Planänderungsrisiken ...	147
bb) Planungsrisiken (i. e. S.)	148
cc) Genehmigungsrisiken	148
b) Baurisiken	149
aa) Technische und organisatorische Bauausführungsrisiken	149
bb) Baugrundrisiken	150
cc) Protest- und Vandalismusrisiko	151
dd) Finanzierungsrisiko (Bau)	151
c) Betriebsrisiken	153
aa) Verfügbarkeitsrisiko	153
bb) Technologierisiken	153
cc) Wartungs- und Instandhaltungsrisiko	154

dd) Leistungsänderungsrisiko	154
ee) Refinanzierungsrisiken	155
ff) Nutzerverhaltensrisiken	155
gg) Material- und Rohstoffbeschaffungsrisiken	156
d) Verwertungsrisiken	157
2. Globale Risiken	158
a) Inflationsrisiko	158
b) Gesetzesänderungen	159
c) Steuerliche Risiken	159
d) Höhere Gewalt	160
3. Kooperationsrisiken	161
a) Vergaberisiko	161
b) Vertragsrisiko	162
c) Nachunternehmerrisiken	162
d) Insolvenzrisiko	163
aa) Haftung	164
bb) Restrukturierung	165
e) Unmoralisches Verhalten durch den Vertragspartner	166
4. Risikotabelle	167
IV. Grundmodelle der Risikoverteilung und Auswirkungen auf Schuldenbremsen	168
1. Grundmodelle der Risikoverteilung als Vertragsmodelle	168
a) Erwerbermodell/Inhabermodell	169
b) Leasingmodell	170
c) Mietmodell	170
d) Konzessionsmodell	171
2. Risikoverteilung und Auswirkungen auf Schuldenbremsen	171
V. Zusammenfassung der systematisierenden Überlegungen	175

Vierter Teil

	Vertragliche Gestaltungsoptionen für komplexe Kooperationen	176
§ 8	Grundstrukturen und Entwicklung der Vertragsgestaltung bei komplexen Kooperationen	177
I.	Konzeption des Vertrags	178
II.	Grundstrukturen der Vertragsgestaltung	179
III.	Gliederung des Vertrags und allgemeine Regelungen	180
1.	Gliederung der Vertragsgestaltung	180
2.	Allgemeine Regelungen	182

a)	Bestimmung des Vertragsgegenstands	182
b)	Begriffsbestimmungen	183
c)	Vertragsbestandteile	183
d)	Auslegungsregelungen	185
IV.	Exkurs: Die Beteiligung des öffentlichen Auftraggebers an der Projektgesellschaft	186
§ 9	Die leistungsorientierten Regelungen	190
I.	Die Leistungsbestimmungen im Zusammenhang mit Planung und Bau	191
1.	Bestimmung des Leistungsumfangs	191
2.	Bauvergütung	196
a)	Pauschalpreisregelungen	196
b)	Zielpreisregelungen	197
II.	Die Leistungsbestimmungen für die Betriebsphase	198
1.	Vertragliche Leistungspflichten bei Facility Management-Verträgen	200
2.	Service-Level-Agreements	202
3.	Vergütungsregelung	206
a)	Anpassungsklauseln	207
b)	Verfügungsbeschränkungen bei Instandhaltungs- und Rücklagenkonto ..	209
c)	Modernisierungsklauseln	210
III.	Anpassungsklauseln aufgrund veränderter Anforderungen	210
1.	Änderungen aufgrund eines bestimmten Ereignisses/Normänderungen ..	213
2.	Änderungen aufgrund der Anordnung durch den Auftraggeber	214
3.	Mechanismen zur Anpassung der Vergütung	215
§ 10	Durchführungsbezogene allgemeine Regelungen	218
I.	Informationsmechanismen	218
1.	Vertragliche Informationsrechte und Berichtspflichten	218
2.	Building Information Modeling (BIM) in der Vertragsgestaltung	220
3.	Exkurs: „Smart Contracts“ – Vertragsmanagement bei komplexen Kooperationen mit Software	224
II.	Kommunikations- und Schlichtungsregeln	225
1.	Systematisierung von Streitbelegungsmechanismen	226
a)	1. Stufe: Verhandlungen der Kooperationspartner	228
b)	2. Stufe: Einschaltung eines Dritten	230
aa)	Mediation	231
bb)	Vertragsarbitrage	233
c)	3. Stufe: Verbindliche Entscheidung durch ein Gericht oder Schiedsgericht	238

2. Praktische Handhabung und Regelungsmöglichkeiten	242
a) Eskalationsklauseln	243
b) Regelungsbeispiele in Musterverträgen und tatsächlich umgesetzten Verträgen	244
§ 11 Kündigungsregelungen	247
I. Kündigungsgründe	249
1. Allgemeine Gründe	250
2. Kündigung wegen Schlechterfüllung	251
3. Finanzprobleme	251
4. Kündigung wegen mangelhafter Gestaltung der Nachunternehmerverträge	253
II. Verfahren/Form	253
III. Folgen	254

Fünfter Teil

Fazit	256
§ 12 Zusammenfassung in Thesen und Schluss	256
I. Zusammenfassung in Thesen	256
II. Schluss	265
Literatur- und Quellenverzeichnis	267
Ausgewertete Verträge	299
Sachwortverzeichnis	302

Abkürzungsverzeichnis

Ergänzend wird auf Kirchner (Begr.), Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Aufl. 2015, verwiesen.

a. F.	alte Fassung
ABl	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Absch.	Abschnitt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADR	Alternative Dispute Resolution
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ÄndG	Änderungsgesetz
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht; Ausführungsgesetz
AIA	Auftraggeber-Informationen-Anforderungen
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich
AmtsBl	Amtsblatt
Anh.	Anhang
AO	Abgabenordnung; Adjudikationsordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Abwicklungsplan
Arg., arg.	Argument; argumentum
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AVV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift(en)
BAnz	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
BauNVO	Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke
BauR	Zeitschrift für das Baurecht
Bay	Bayern; bayerisch
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs-Berater
Bbg	Brandenburg; brandenburgisch
Bd.	Band
BE	Berichterstatter
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar

BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer, begründet
Beil.	Beilage
ber.	berichtigt
bes.	besonders
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
betr.	betreffend
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Teil I/II)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
BIM	Building Information Modeling
BIM-BVB	Ergänzende BIM-Vertragsbedingungen
Bln.	Berlin; berliner
BMF	Bundesminister(ium) der Finanzen
BMI	Bundesminister(ium) des Innern
BMJ	Bundesminister(ium) der Justiz
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (bis 2013)
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (seit 2013)
BRat	Bundesrat
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BReg	Bundesregierung
Brem	Bremen; bremisch
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-RA	Bundestags-Rechtsausschuss
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg; baden-württembergisch
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAFM	Computer Aided Facility Management
CR	Computer und Recht
d.E.	des Entwurfs
d.h.	das heißt
DAB	Dispute Adjudication Board
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DBGT	Deutschen Baugerichtstages e. V.
Def.	Definition
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Dig.	Digesten

DIN	Deutsche Industrie-Norm, Deutsches Institut für Normung
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRB	Dispute Resolution Board
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
Drs.	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
E	Entscheidungen (aus der amtlichen Sammlung des jeweiligen Gerichts); Entwurf
e. V.	eingetragener Verein
EG	Einführungsgesetz, Europäische Gemeinschaft, europarechtlich relevanter Teil der Regelung (bei Verdingungsordnungen)
ehem.	ehemalige(r)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
endg.	endgültig
entspr.	entsprechend
ETB	einheitliche technische Baubestimmungen
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union; Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
europ.	europäisch
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgend
ff.	folgende
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils bzw. International Federation of Consulting Engineers ist der bedeutendste internationale Dachverband von nationalen Verbänden beratender Ingenieure im Bauwesen
FM	Facility Management
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
FuS	Zeitschrift für Familienunternehmen und Strategie
G	Gesetz
G. b. R.	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GB1	Gesetzblatt
geänd.	geändert
gem.	gemäß
GesE	Gesetzentwurf
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMP	Guaranteed Maximum Price
GO	Gemeindeordnung; Gutachtensordnung
grds.	grundsätzlich
Grundz.	Grundzüge
GS	Gedächtnisschrift; Gedenkschrift; Gesetzessammlung; Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
Hess	Hessen; hessisch
HGB	Handelsgesetzbuch
HGRG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz)
HM Treasury	Britisches Finanz- und Wirtschaftsministerium
Hmb	Hamburg; hamburgisch
HOAI	Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in dem Sinne
i. E.	im Einzelnen
i. e. S.	im engeren Sinne
i. H. v.	in Höhe von
i. S.	im Sinne; in Sachen
i. S. d.	im Sinne des (der)
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
ICC	International Chamber of Commerce
IFC	Industry Foundation Classes (gemeinsames herstellerneutrales Austauschformat im Rahmen von BIM)
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IoT	Internet of Things (Sammelbegriff für Technologien einer globalen Infrastruktur der Informationsgesellschaften, die es ermöglicht, physische und virtuelle Gegenstände miteinander zu vernetzen)
IR	InfrastrukturRecht
IT	Informationstechnik (Oberbegriff für die Informations- und Datenverarbeitung)
JA	Juristische Arbeitsblätter

jew.	jeweilig; jeweils
JM	Justizminister
JMBI	Justiz-Ministerial-Blatt
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (bis 1938, neue Folge ab 1951)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
Kgr.	Königreich
KO	Kommunalordnung
KV	Kostenverzeichnis
LCIA	London Court of International Arbitration
LG	Landgericht
lit.	litera
Lit.-Verz.	Literaturverzeichnis
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LS	Landessatzung; Leitsatz
LSA	Land Sachsen-Anhalt; sachsen-anhaltinisch
LT	Landtag
LT-Drs.	Landtags-Drucksache
m.	mit
m. E.	mit Einschränkungen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	mit Wirkung vom
MBI.	Ministerialblatt
ME	Musterentwurf
Mio.	Million(en)
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
Mrd.	Milliarde(n)
MüKo	Münchener Kommentar
MV	Mecklenburg-Vorpommern; mecklenburg-vorpommersch
n. F.	neue Fassung, neue Folge
N. N.	nomen nescio (Name unbekannt); nomen nominandum (Name zu benennen)
n.v.	nicht veröffentlicht
Nachw.	Nachweise
Nds	Niedersachsen; niedersächsisch
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report – Zivilrecht
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen; nordrhein-westfälisch
NuR	Natur und Recht

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-Beilage	Beilage zur Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report – Verwaltungsrecht
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Bau und Vergaberecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.ä.	oder ähnlich
o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
ÖPP	Öffentlich Private Partnerschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
PPP	Public Private Partnership
PrKG	Preisklauselgesetz
PSC	Public Sector Comparator
RefE	Referentenentwurf
Reg.	Regierung; Register
RegE	Regierungsentwurf
ReNEUAL	Research Network on EU Administrative Law
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RVO	Rechtsverordnung; Reichsversicherungsordnung
s.(a.)	siehe (auch)
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
Saarl	Saarland; saarländisch
Sächs	Sachsen; sächsisch
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
SCC	Schiedsgerichtsinstitut der Stockholmer Handelskammer
SchGO	Schiedsgutachtensordnung
SchiedsVZ	Die Zeitschrift für Schiedsverfahren
SH	Schleswig-Holstein; schleswig-holsteinisch
SL	Streitlösungsordnung
SLA	Service-Level-Agreement
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz der EU
SOBau	Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten der Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht im DeutschenAnwaltVerein
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
StrG	(Landes-)Straßengesetz
TA	Technische Anleitung
Thür	Thüringen, thüringisch
TK	Telekommunikation

Tz.	Textziffer
u.	unten
u. a.	und andere; unter anderem; unter anderen
u.s.w.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
umstr.	umstritten
unstr.	unstreitig
unveröff.	unveröffentlicht
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
v.	vom; von
v. a.	vor allem
Var.	Variante
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VDE	Verband Deutscher Elektrotechniker
VDI	Verein Deutscher Ingenieure
VereinsG	Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz)
Verf.	Verfassung; Verfasser
VerfG	Verfassungsgericht
VergabeR	Zeitschrift für Vergaberecht
VerglO	Vergleichsordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof; Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VgV	(Landes-)Vergabeverordnung
VO	Verordnung
VOB/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B
VOBl	Verordnungsblatt
VOL/A	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A
Vorb.	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau (bis 1973: Staats- und Kommunalverwaltung)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WSU	Wirtschaftlichkeitsuntersuchung
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung; Zollgesetz
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZKM	Zeitschrift für Konflikt-Management
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (bis 1984: Film und Recht)

„Les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorisé.“

(ex) Art. 1134 Code Civil.¹

(Rechtmäßig geschlossene Verträge gelten gleich Gesetzen unter denjenigen, die sie geschlossen haben. Nur mit wechselseitiger Einwilligung oder aus gesetzlichen Gründen können sie widerrufen werden. Übersetzung der deutschen Fassung des Code Napoléon für das Großherzogtum Baden.)²

Erster Teil

Erkenntnisinteresse und Methode

Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist in freiheitlichen Demokratien alltäglich.³ Das gilt einerseits grundsätzlich, aber auch die langfristige vertragliche Kooperation des Staates mit Privaten ist Verwaltungsrealität.⁴ Trotz dieser eindeutigen Sachlage ist gerade dieser Erfüllungsmodus von Aufgaben mit Gemeinwohlbezug alles andere als unproblematisch oder unumstritten. Es gibt sogar wenige Bereiche, in denen ähnlich „trockene“ Fragen eine derart emotional geführte Diskussion erfahren. Dies mag im Kern daran liegen, dass hier anhand von Einzelfragen wirtschafts- und verteilungspolitische Grundkonflikte fortgeführt werden und Grundüberzeugungen aufeinanderprallen, die von der Verfassung offen gelassen werden und vor deren Brisanz die konkreten entscheidungserheblichen Faktoren in den Hintergrund treten. Allerdings soll es in dieser Untersuchung nicht grundsätzlich um die Entscheidung gehen, ob ein

¹ Dieses Gesetz, geschaffen durch Loi 1804-02-07 vom 17.02.1804, war Art. 1134 des droit civil, seine Elemente sind nunmehr durch L'ordonnance n° 2016-131 seit dem 10.02.2016 verteilt auf drei Article: Art. 1103 – Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits; Art. 1193 – Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise; Art. 1104 – Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public (oben nicht mit zitiert).

² *Ulrich Stelkens*, Vertragsverfahren als Gegenstand von Buch IV des ReNEUAL-Musterentwurfs, in: Jens-Peter Schneider/Klaus Rennert/Nikolaus Marsch (Hrsg.), ReNEUAL Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht, 2016, S. 165 ff. (169).

³ *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL, 62 (2003), S. 268 ff. (268).

⁴ Nach der Projektdatenbank PPP und der Partnerschaften Deutschland AG gab es am 31.12.2017 insgesamt 214 Projekte mit PPP Charakter im Hochbau und Bereich der Straßen, die ein Gesamt-investitionsvolumen von über 11 Mrd. € umfassen (Hochbau: 193 Projekte, 6,271 Mrd. €; Straße: 4,833 Mrd. €, 21 Projekte), <https://www.ppp-projektdatenbank.de/<03.02.2018>>; Partnerschaft Deutschland, Überblick zu ÖPP-Projekten im Hoch- und Tiefbau in Deutschland Überblick zu ÖPP-Projekten im Hoch- und Tiefbau in Deutschland, 2018; vgl. Deutscher Bundestag, Drucksache 17/13749, 2013.

Privater in die Aufgabenerfüllung einbezogen werden *sollte* oder nicht. Für die Klärung dieser Frage sind weniger rechtliche als vielmehr wirtschaftliche und vor allem politische Faktoren relevant.⁵ Die Untersuchung setzt schwerpunktmäßig erst nach dieser Entscheidung an und versucht, der beschlossenen Kooperation zu einer erfolgreichen Umsetzung zu verhelfen, indem sie den Kooperationsvertrag als das zentrale Werkzeug zur Regulierung der Zusammenarbeit versteht und ihn weiter entwickelt. In der Vertragsgestaltung wird, ähnlich wie in der Betriebswirtschaftslehre, nicht die Legitimität der Zielsetzung hinterfragt, sondern versucht, das Ziel bestmöglich zu erreichen.⁶ Denn der Vertrag ist nicht erst im Streitfall der erste Bezugspunkt, sondern auch das wesentliche Instrument, um produktive Verfahrensweisen anzuordnen und konstruktive Einstellungen und Handlungen der Kooperationspartner zu fördern.⁷ Der Untersuchung über die Vertragsgestaltung bei komplexen Kooperationen des Staats mit Privaten vorangestellt sind als Einleitung gedankliche Entwicklungen, die das Interesse an der Analyse dieses Themas schärfen (§ 1). Darauf folgen einige eher abstrakte theoretische Überlegungen zum übergeordneten Gegenstand der Untersuchung, dem Vertrag, sowie die Herleitung einer Methode zur abstrahierenden Untersuchung von Vertragsgestaltung (§ 2).

§ 1 Entwicklung des Forschungsgegenstands

Ursprünglich war das Forschungsziel dieser Arbeit, unter Einbeziehung der wissenschaftlichen Überlegungen zum Gewährleistungsstaat einen Vorschlag für eine verbindliche gesetzliche Regelung eines Verwaltungskooperationsrechts zu erarbeiten. Allerdings hat sich das Forschungsinteresse während der Beschäftigung mit der Thematik gewandelt.

⁵ *Martin Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des siebenundsechzigsten deutschen Juristentages, 2008, D 1 ff. (D 10 f.); *Rolf Stober*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung?, NJW 2008, S. 2301 ff. (2308).

⁶ *Carsten Kunkel*, Vertragsgestaltung, 2016, S. 43; *Gerald Rittershaus/Christoph Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 2. Aufl. 2003, S. 66.

⁷ *Hartmut Bauer*, Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 89 ff. (93); *ders.*, § 36 Verwaltungsverträge, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 1255 ff., Rn. 45; *Joachim Becker*, Rechtsrahmen für Public Private Partnership – Regelungsbedarf für neue Kooperationsformen zwischen Verwaltung und Privaten?, ZRP 2002, S. 303 ff. (306); *John G. Perry*, The New Engineering Contract, Eng, Const and Arch Man, 2 1995, pp. 197 (197).

I. Kooperationsverträge als Bestandteil gesetzlicher Fortentwicklung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG)

Inspiziert wurde das ursprüngliche Vorhaben durch die Auseinandersetzung mit einem Gesetzgebungsvorhaben zum Kooperationsvertragsrecht, das im Jahre 1999 im Kennzeichen der Initiative der damals rot-grünen Regierung mit den Namen „Moderner Staat/Moderne Verwaltung“ stand und mit folgender Erklärung große Erwartungen schürte: „Die Bundesregierung wird rechtliche Rahmenbedingungen für kooperative Vertragsverhältnisse schaffen. Der Verwaltung steht für die Kooperation mit Privaten derzeit nur der öffentlich-rechtliche Vertrag in seiner überkommenen Form zur Verfügung. Für eine weiterführende Zusammenarbeit im Sinne des aktivierenden Staates und die Gestaltung einer neuen Verantwortungsteilung ist dies nicht mehr ausreichend. Deshalb werden für die Ausgestaltung von Kooperationsbeziehungen taugliche Vertragstypen und Vertragsklauseln im Verwaltungsverfahrenrecht verankert.“⁸ Die Gesetzgebungsinitiative wurde wissenschaftlich ausführlich begleitet.⁹ Ausgehend von wissenschaftlichen Gutachten¹⁰, die als so genannte „große Lösungen“ umfangreiche Regelungen über Mindestinhalte und Eingriffsbefugnisse zum Inhalt hatten, wurde das Vorhaben auf eine Nennung des Kooperationsvertrags und einen begleitenden § 54 a VwVfG reduziert, nachdem Bedenken über eine Überfrachtung des VwVfG laut wurden.¹¹

⁸

⁹ *Tonio Gas*, Die gesetzliche Normierung des öffentlich-privaten Kooperationsvertrages, Die Verwaltung, 45 (2012), S. 43 ff.; *Schmitz*, DVBl 2005, S. 17 ff.; *Christof Häfner*, Aspekte einer Normierung von Public Private Partnerships (PPP), LKV 2005, S. 340 ff.; *Max Reicherzer*, Reform des öffentlich-rechtlichen Vertrags, ZRP 2004, S. 112 ff.; *ders.*, Die gesetzliche Verankerung von Public-Private-Partnerships, DÖV 2005, S. 603 ff.; *Kurt Kieth*e, Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, NZG 2006, S. 45 ff.; *Heinz Joachim Bonk*, Fortentwicklung des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter besonderer Berücksichtigung der Public Private Partnerships, DVBl 2004, S. 141 ff.; *Tobias Manz*, Die Normierung des öffentlich-rechtlichen Kooperationsvertrages, 2011; *Bernward Wollenschläger*, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, 2006, S. 191 ff.; *Nina Stöcker*, Entwicklung des Verwaltungskooperationsvertrages unter Berücksichtigung des Vergaberechts, 2010.

¹⁰ Im Auftrag eines wissenschaftlichen Beirats des Innenministeriums legten *Gunnar Folke Schuppert*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts – Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership, 2001 und *Jan Ziekow*, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse im Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001; zwei Gutachten mit Gesetzgebungsentwürfen aus (*Schuppert*) verwaltungs- und (*Ziekow*) rechtswissenschaftlicher Perspektive zu einem Verwaltungskooperationsrecht vor.

¹¹ Die eben genannten Gutachten planten eine Einbeziehung von Mindestvoraussetzungen an Klauseln und Eingriffsrechten in das VwVfG, die z. B. bei Schuppert auch Gesellschafts-