

FERDINAND WOLLENSCHLÄGER

Verteilungsverfahren

Jus Publicum

196

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 196



Ferdinand Wollenschläger

Verteilungsverfahren

Die staatliche Verteilung knapper Güter:
verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen,
Verfahren im Fachrecht,
bereichsspezifische verwaltungsrechtliche
Typen- und Systembildung

Mohr Siebeck

Ferdinand Wollenschläger, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in München und Oxford; 2006 Promotion; 2010 Habilitation; Akademischer Rat a.Z. am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie der LMU München; im Sommersemester 2010 Lehrstuhlvertretung an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151277-3
ISBN 978-3-16-150484-6
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Dem Gedenken an meinen Vater

Michael Wollenschläger

(11.3.1946–30.12.2008)

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2009/2010 als Habilitationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich in dieser für die Drucklegung aktualisierten Fassung auf dem Stand von Anfang Mai 2010.

Danken möchte ich allen voran meinem Habilitationsvater und akademischem Lehrer, Prof. Dr. Peter M. Huber, der diese Arbeit wie auch meinen wissenschaftlichen Werdegang nicht nur stets aktiv mit Rat und Tat unterstützt hat und unterstützt, sondern mir auch die hierzu unerlässlichen Freiräume großzügig gewährt hat. Besonders zu Dank verpflichtet bin ich ihm auch für die trotz der zeitlichen Belastung durch das Amt des Innenministers des Freistaates Thüringen zügige Begutachtung meiner Arbeit.

Prof. Dr. Rudolf Streinz möchte ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und hilfreiche Hinweise für die Überarbeitung der Habilitationsschrift danken. Mit Rat und Tat stand mir auch Prof. Dr. Stefan Koriath, das dritte Mitglied meines Fachmentorats, zur Seite, dem hierfür mein Dank gilt.

Dr. Franz-Peter Gillig und Ilse König haben die Arbeit seitens des Verlages Mohr Siebeck zuverlässig betreut.

Manche Anregung verdankt die Arbeit meinen Kollegen Dr. Dr. Ino Augsburg, Dr. Kai Engelbrecht und Dr. Sebastian Unger. Wertvoll war auch die Möglichkeit, mein Habilitationsprojekt beim ersten Symposium der Hohbühl-Stiftung unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Reiner Schmidt im Herbst 2007 vorstellen zu dürfen. Die Mühen des Korrekturlesens auf sich genommen haben meine Mutter Sibylle, Florian Erdle und Kerstin Bold, der auch für wertvolle Unterstützung in Zeiten der Habilitation im Übrigen gedankt sei. Meine studentischen Mitarbeiter Bernd Herrmann und Ionut Radulescu schließlich haben die Kontrolle des Umbruchs übernommen.

Überschattet hat die Arbeit an meiner Habilitationsschrift der frühe Tod meines Vaters Michael, dem ich viel zu verdanken habe. Seinem Gedenken sei diese Arbeit gewidmet.

München, im August 2010

Ferdinand Wollenschläger

Inhaltsübersicht

Einführung und Grundlagen	1
I. Das Verteilungsverfahren als Untersuchungsgegenstand	2
II. Die Entwicklung einer Verfahrenslehre als Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft	6
III. Die verwaltungsverfahrenrechtliche Typenlehre als zweite Ebene der verwaltungsverfahrenrechtlichen Systembildung	8
IV. Perspektiven der Typenbildung und ihr Niederschlag im Gang der Untersuchung	13
V. Erkenntnisinteresse	16
VI. Die Referenzgebiete und ihre Auswahl	21
1. Teil: Der Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	29
A. Der verfassungsrechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	31
I. Grundrechtliche Direktiven	32
II. Rechtsstaatsprinzip	100
B. Der unionsrechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	102
I. Bereichsübergreifende Vorgaben des Primärrechts	103
II. Verteilungsprinzipien in europäisierten Verteilungsverfahren	152
C. Der einfach-rechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	167
I. Das Vergaberecht als bereichsübergreifendes Verteilungsregime?	167
II. Die diskriminierungsfreie Verteilung knapper Güter als Anforderung des nationalen Kartell- und Wettbewerbsrechts	183
III. Haushaltsrecht	191
IV. Vorvertragliche Pflichten i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB	192
2. Teil: Referenzgebiete	193
A. Zum Analyseraster	195
B. Öffentliche Auftragsvergabe	197
I. Die Verteilungssituation	198
II. Regelungsstrukturen des Vergaberechts	205
III. Ablauf des Vergabeverfahrens	208
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	244
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	247

VI. Fehlerfolgenregime	248
VII. Rechtsschutzsystem	263
C. Vergabe öffentlicher Ämter	272
I. Die Verteilungssituation	272
II. Regelungsstrukturen der Ämtervergabe	278
III. Das Auswahlverfahren	279
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	302
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	305
VI. Fehlerfolgenregime	306
VII. Rechtsschutzsystem	318
D. Zugang zu öffentlichen Einrichtungen	324
I. Die Verteilungssituation	324
II. Regelungsstrukturen	327
III. Das Auswahlverfahren	328
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	343
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	344
VI. Fehlerfolgenregime	345
VII. Rechtsschutzsystem	349
E. Hochschulzulassung	354
I. Die Verteilungssituation	354
II. Regelungsstrukturen	361
III. Das Auswahlverfahren	362
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	366
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	366
VI. Fehlerfolgenregime	368
VII. Rechtsschutzsystem	370
F. Die Konzessionsvergabe im Personenbeförderungsrecht	379
I. Die Verteilungssituation	380
II. Regelungsstrukturen	386
III. Das Auswahlverfahren	389
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	407
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	409
VI. Fehlerfolgenregime	409
VII. Rechtsschutzsystem	412
G. Frequenzvergabe im Telekommunikationsrecht	418
I. Die Verteilungssituation	419
II. Regelungsstrukturen	429
III. Das Vergabeverfahren	429
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	440
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	440
VI. Fehlerfolgenregime	440
VII. Rechtsschutzsystem	441

H. Frequenzvergabe im Rundfunkrecht	446
I. Die Verteilungssituation	446
II. Regelungsstrukturen der Frequenzvergabe	450
III. Das Auswahlverfahren	450
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	458
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	459
VI. Fehlerfolgenregime	459
VII. Rechtsschutzsystem	460
I. Veräußerungsverfahren	466
I. Die Verteilungssituation	466
II. Regelungsstrukturen	470
III. Das Auswahlverfahren	471
IV. Fehlerfolgenregime	484
V. Rechtsschutzsystem	494
J. Vergabeverfahren im Sozial-, Medizin- und Gesundheitsrecht	504
I. Krankenhausplanung	510
II. Selektivverträge im Bereich der gesetzlichen Kranken- versicherung	523
 3. Teil: Das Verteilungsverfahren als Verfahrenstyp	 531
A. Strukturprägende Rahmenvorgaben	533
B. Das Verteilungsverfahren	536
I. Verfahrensphasen	536
II. Anlassunabhängige Verfahren	590
III. Verfahrensrechtliche Spezifika des Verteilungsverfahrens	592
IV. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	598
V. Fehlerfolgenregime	600
VI. Rechtsschutz	633
C. Das Verteilungsverfahren als bereichsspezifische Fortentwicklung des Standardverfahrens	662
I. Die Spezifika des Verteilungs- gegenüber dem Standard- verfahren des VwVfG	662
II. Faktoren für die Herausbildung des Verteilungsverfahrens	665
Zusammenfassung und Ausblick	668
I. Zusammenfassung	668
II. Ausblick: Verteilungsverfahren und der Verfahrensgedanke im deutschen Verwaltungsrecht	687
 Literaturverzeichnis	 697
Register	745

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einführung und Grundlagen	1
I. Das Verteilungsverfahren als Untersuchungsgegenstand	2
II. Die Entwicklung einer Verfahrenslehre als Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft	6
III. Die verwaltungsverfahrenrechtliche Typenlehre als zweite Ebene der verwaltungsverfahrenrechtlichen Systembildung	8
IV. Perspektiven der Typenbildung und ihr Niederschlag im Gang der Untersuchung	13
V. Erkenntnisinteresse	16
VI. Die Referenzgebiete und ihre Auswahl	21
1. Verteilungsverfahren im Besonderen Verwaltungsrecht	21
a) Wirtschaftsverwaltungsrecht	21
b) Bildungswesen	22
c) Zugang zu öffentlichen Ämtern	23
d) Vergaberecht	23
e) (Netz-)Regulierungsrecht	23
f) Privatisierungsfolgenrecht	24
g) Umwelt- und Planungsrecht	24
h) Rundfunkrecht	25
i) Sozial-, Gesundheits- und Medizinrecht	25
j) Luftverkehrsrecht	26
2. Zur Auswahl der Referenzgebiete	26

1. Teil

Der Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit

A. Der verfassungsrechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	31
I. Grundrechtliche Direktiven	32
1. Die Maßgeblichkeit der Grundrechte für jedwede staatliche Verteilungstätigkeit: die Fiskalgeltung der Grundrechte	32
2. Die staatliche Verteilungstätigkeit im Spiegel der Grundrechtsfunktionen	34
a) Gleichheitsrechte	34
aa) Der Selbststand des allgemeinen Gleichheitssatzes	34
bb) Der allgemeine Gleichheitssatz als Maßstab für Verteilungs- kriterien und -verfahren	35
(1) Anforderungen an die Verteilungskriterien	36
(2) Anforderungen an das Verteilungsverfahren	38
cc) Das Recht auf chancengleiche Teilnahme am Vergabeverfahren	40
b) Freiheitsrechte	46
aa) Abwehrrechte	49
(1) Die orthodoxe Lehre: das funktionale und strukturelle Defizit des Abwehrrechts für die Verarbeitung von Verteilungskonflikten	49
(2) Abwehrrechtliche Rekonstruktion von Verteilungs- konflikten?	51
(3) Staatliche Verknappung als Eingriff	54
(4) Der verbleibende Anwendungsbereich der Abwehrrechte bei der staatlichen Güterverteilung	57
(a) Die Eingriffsqualität verteiler Staatstätigkeit als Scheidepunkt ihrer abwehrrechtlichen Verarbeitung	58
(b) Die Eingriffsqualität verteiler Staatstätigkeit	62
(aa) Verteilung und Lenkung	62
(bb) Intensive Grundrechtsbetroffenheit als Konsequenz staatlicher Verteilung	64
(c) Die abwehrrechtliche Relevanz der Verteilungs- situation	66
bb) Teilhabe- und Leistungsrechte	67
(1) Teilhaberechte	69
(a) Gewährleistungsgehalt	69
(aa) Anspruch auf Berücksichtigung bei der staatlichen Verteilungsentscheidung	70
(bb) Teilhabe und Institutionengestaltung	70
(b) Grundrechtstheoretische Verortung des Teilhabe- rechts: eine gleichheitsrechtliche Rekonstruktion und ihre Grenzen	72
(c) Zum Anwendungsbereich der Teilhaberechte: die Teilhabesituation	75

(2) Leistungsrechte	78
cc) Verfahrensdimension	82
dd) Schutzpflichten	86
c) Rechtsschutzgarantie	87
3. Die Teilnahme an Verteilungsverfahren als Problem des Grundrechtsverzichts	92
4. Das Problem der gerechten Verteilung in der Zeit	94
a) Befristung	94
b) Privilegierung von Altsassen bei der Neuzuteilung	94
5. Der Spielraum der verteilenden Verwaltung	96
II. Rechtsstaatsprinzip	100
B. Der unionsrechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	102
I. Bereichsübergreifende Vorgaben des Primärrechts	103
1. Der unionsgrundrechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	103
a) Der Geltungsanspruch des unionalen Grundrechtsschutzes	104
b) Der unionsgrundrechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	107
c) Exkurs: die EMRK als weitere Grundrechtsebene im Europäischen Rechtsraum	109
2. Das grundfreiheitliche Verteilungsregime	114
a) Konturen eines marktfreiheitlichen Verteilungsregimes	115
aa) Zum Anwendungsbereich des marktfreiheitlichen Verteilungsregimes	115
bb) Das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Moments	116
c) Die Anforderungen des marktfreiheitlichen Verteilungs- regimes	120
(1) Der Gewährleistungsgehalt der Marktfreiheiten	120
(a) Die Marktfreiheiten als Diskriminierungsverbote	121
(b) Die Marktfreiheiten als Beschränkungsverbote	122
(2) Staatliche Verknappung im Lichte der Marktfreiheiten	124
(3) Die materielle Komponente des marktfreiheitlichen Verteilungsregimes: Anforderungen an die Verteilungs- kriterien	125
(4) Die prozedurale Komponente des marktfreiheitlichen Verteilungsregimes: Anforderungen an das Verteilungs- verfahren	126
(a) Transparenz- und Ausschreibungspflichten	127
(b) Gleichbehandlung und Chancengleichheit im Vergabeverfahren	129
(5) Rechtsschutz	131
b) Exkurs: Verteilung jenseits des Marktes	133

3. Das beihilfenrechtliche Gebot eines bedingungsfreien, transparenten und objektiven Vergabeverfahrens	134
a) Die Genese des Bietverfahrens in der Praxis der Europäischen Kommission	137
aa) Der XXIII. Wettbewerbsbericht der Europäischen Kommission	138
bb) Die Mitteilung der Europäischen Kommission zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand	139
b) Das Bietverfahren in der Rechtsprechung des EuGH	139
c) Anforderungen an das Bietverfahren	140
aa) Die Bedingungs- respektive Diskriminierungsfreiheit der Vergabekriterien	141
bb) Transparenzgebot	143
cc) Vergabe im Wettbewerb und Gleichbehandlung der Bieter	145
dd) Exkurs: De-minimis-Ausnahme	146
4. Die diskriminierungsfreie Verteilung als Anforderung des europäischen Wettbewerbs- und Kartellrechts	146
a) Der Staat als Unternehmer bei der Güterverteilung	146
b) Marktbeherrschende Stellung	148
c) Die Pflicht zur wettbewerblichen Güterverteilung qua kartellrechtlicher Missbrauchstatbestände	150
II. Verteilungsprinzipien in europäisierten Verteilungsverfahren ...	152
1. Das koordinierte EU-Vergaberecht als Prototyp des Verteilungsverfahrens	154
2. Vorgaben für die Dienstleistungserbringung	156
a) Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG	156
b) Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Kommunikation	160
c) Port-Package	162
d) Verkehrsdienstleistungen	163
e) Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen der Gemeinschaft	165
f) Slotvergabe	166
C. Der einfach-rechtliche Rahmen staatlicher Verteilungstätigkeit	167
I. Das Vergaberecht als bereichsübergreifendes Verteilungsregime?	167
1. Veräußerung von Gesellschaftsanteilen	169
2. Grundstücksveräußerungen	174
3. Fazit	181
II. Die diskriminierungsfreie Verteilung knapper Güter als Anforderung des nationalen Kartell- und Wettbewerbsrechts ...	183
1. Der Staat als Unternehmer	183
2. Marktbeherrschende Stellung	184

3. Die Pflicht zur wettbewerblichen Güterverteilung qua kartellrechtlicher Missbrauchstatbestände	187
4. Lauterkeitsrechtliche Anforderungen	190
III. Haushaltsrecht	191
IV. Vorvertragliche Pflichten i.S.d. § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB ...	192

2. Teil

Referenzgebiete

A. Zum Analyseraster	195
B. Öffentliche Auftragsvergabe	197
I. Die Verteilungssituation	198
1. Verfassungsrechtliche Perspektive	198
a) Das Vergabeverfahren im Lichte der Freiheitsrechte (Art. 12 Abs. 1 GG)	198
aa) Die abwehrrechtliche Relevanz des Vergabeverfahrens	199
bb) Die leistungsrechtliche Relevanz des Vergabeverfahrens	200
cc) Die teilhaberechtliche Relevanz des Vergabeverfahrens	200
(1) Die Eröffnung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe	200
(2) Die Auftragsvergabe als Teilhabesituation	202
b) Das Vergabeverfahren im Lichte des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)	203
2. Unionsrechtliche Perspektive	204
3. Einfach-rechtliche Verteilungsgrundsätze	205
II. Regelungsstrukturen des Vergaberechts	205
1. Kartellvergaberecht	206
2. Haushaltsvergaberecht	207
III. Ablauf des Vergabeverfahrens	208
1. Verfahrensarten	208
2. Der Ablauf des Vergabeverfahrens am Beispiel des offenen Verfahrens	209
a) Konzeptphase	209
aa) Bestimmung des Gegenstands der Beschaffung	209
bb) Festlegung der Auswahlkriterien	211
(1) Eignungskriterien	211
(2) Zuschlagskriterien	211
(3) Weitere Vergabekriterien	214

cc) Wahl der Verfahrensart	217
dd) Verbindlichkeit des Vergabekonzepts	218
b) Ausschreibungsphase	218
c) Bewerbungsphase	219
d) Entscheidungsfindungsphase	220
aa) Ermittlung auszuschließender Angebote	220
bb) Beurteilung der Eignung der Bieter	221
cc) Ausschluss von Angeboten mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis	222
dd) Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots	222
e) Vergabeentscheidung	227
aa) Vorabinformation der unterlegenen Bieter über den beabsichtigten Vertragsschluss	227
bb) Darstellung der positiven Vergabeentscheidung	228
(1) Die zivilrechtliche Natur des Beschaffungsvertrages	228
(2) Die Auswahlentscheidung	229
(a) Herkömmliche Deutung; Verwaltungsinternum	229
(b) Kontroverse im Unterschwellenbereich	230
(c) Die Auswahlentscheidung im Kartellvergaberecht	232
f) Abschluss ohne Entscheidung; Aufhebung der Ausschreibung	237
3. Grundstruktur der weiteren Vergabeverfahren	240
a) Nicht offene Verfahren	240
b) Verhandlungsverfahren	240
c) Wettbewerblicher Dialog	241
4. Die Präqualifikation als anlassunabhängiges Verfahren	242
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	244
1. Dokumentationspflichten	244
2. Neutralitätssicherung	245
a) Verbot der selektiven Bekanntmachung (§ 12a Abs. 2 Nr. 5 VOB/A 2009)	245
b) Behandlung von Rückfragen (§ 12 Abs. 7 VOB/A 2009)	245
c) Nachverhandlungsverbot (§ 15 VOB/A 2009)	245
d) Manipulations- und Vertraulichkeitsschutz (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2009)	246
e) Ausgeschlossene Personen, § 16 VgV	246
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	247
VI. Fehlerfolgenregime	248
1. Beachtlichkeit von Fehlern	248
a) Die Grundnorm des § 97 Abs. 7 GWB	248
b) Einzelne Verfahrensfehler	249
aa) Rechtswidrige Verfahrenseinstellung (§§ 17, 17a VOB/A 2009)	249
bb) Fehlender oder nicht ordnungsgemäßer Vergabevermerk, § 20 VOB/A 2009	250
2. Die „Stabilität“ der Vergabeentscheidung	251

a) Grundsatz	251
b) Die Vorabinformationspflicht als Korrelat	253
c) Durchbrechungen	255
aa) Vergabespezifische Unwirksamkeitsgründe	256
(1) Verstöße gegen die Informationspflicht und Missachtung des Zuschlagsverbots	256
(2) De-facto-Vergabe	257
(a) Rechtslage unter Geltung des § 13 VgV a.F.	257
(b) Die Regelung des § 101b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB ...	259
bb) Unwirksamkeit nach allgemeinen Regeln	260
(1) Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB)	260
(2) Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)	261
cc) Aufhebung des Vertrags	261
VII. Rechtsschutzsystem	263
1. Die Akzentverschiebung vom Sekundär- zum Primärrechts- schutz	264
2. Das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem	265
3. Rechtsschutzverfahren	265
a) Angreifbare Entscheidungen	265
b) Antragsberechtigung	266
c) Erfolgsvoraussetzungen	268
4. Sekundärrechtsschutz	268
C. Vergabe öffentlicher Ämter	272
I. Die Verteilungssituation	272
1. Verfassungsrechtliche Perspektive	272
a) Das Auswahlverfahren im Lichte der Freiheitsrechte (Art. 12 Abs. 1 GG)	272
b) Das Auswahlverfahren im Lichte des Gleichheitssatzes	275
2. Unionsrechtliche Perspektive	277
II. Regelungsstrukturen der Ämtervergabe	278
III. Das Auswahlverfahren	279
1. Der Ablauf des Auswahlverfahrens	279
a) Konzeptphase	279
aa) Schaffung von öffentlichen Ämtern	279
bb) Festlegung der Auswahlkriterien	280
cc) Verbindlichkeit des Anforderungsprofils	286
b) Ausschreibungsphase	288
c) Bewerbungsphase	290
d) Entscheidungsfindungsphase	291
e) Vergabeentscheidung	294
f) Abschluss ohne Entscheidung; Abbruch der Stellenbesetzung	298

2. Annex: Anlassunabhängiges Verfahren (Vorauswahlverfahren)	300
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	302
1. Dokumentationspflichten	302
2. Neutralitätssicherung	304
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	305
VI. Fehlerfolgenregime	306
1. Beachtlichkeit von Fehlern: der Bewerbungsverfahrens- anspruch	306
2. Die „Stabilität“ der Vergabeentscheidung	307
a) Grundsatz der Stabilität der Ernennung	307
b) Die Vorabinformations- und Wartepflicht als Korrelat der Entscheidungsstabilität	312
c) Durchbrechungen	313
aa) Beamtenrecht: Fortbestand des Ernennungsanspruchs	314
bb) Notarrecht: keine Aufgabe der Ämterstabilität	315
cc) Dennoch: Anfechtbarkeit	316
VII. Rechtsschutzsystem	318
1. Primärrechtsschutz	318
a) Das Zusammenspiel von Hauptsache- und Eilrechtsschutz	318
b) Besonderheiten des Rechtsschutzverfahrens	320
2. Sekundärrechtsschutz	320
a) Ersatzansprüche	321
b) Folgenbeseitigungsanspruch	323
D. Zugang zu öffentlichen Einrichtungen	324
I. Die Verteilungssituation	324
1. Verfassungsrechtliche Perspektive	324
a) Das Vergabeverfahren im Lichte der Freiheitsrechte, Art. 12 Abs. 1 GG	324
b) Das Vergabeverfahren im Lichte des Gleichheitssatzes	326
2. Unionsrechtliche Perspektive	326
3. Einfach-rechtliche Verteilungsgrundsätze	327
II. Regelungsstrukturen	327
III. Das Auswahlverfahren	328
1. Der Ablauf des Auswahlverfahrens	328
a) Konzeptphase	328
aa) Zuschnitt der öffentlichen Einrichtung	329
bb) Festlegung der Auswahlkriterien	331

(1) Der gesetzliche Rahmen für die Auswahlentscheidung . . .	331
(2) Die Auswahlkriterien im Einzelnen	331
(3) Konzeptpflicht	335
cc) Verbindlichkeit des Auswahlkonzepts	338
b) Ausschreibungsphase	339
c) Bewerbungsphase	339
d) Entscheidungsfindungsphase	340
e) Vergabeentscheidung	341
f) Abschluss ohne Entscheidung: Absage der Veranstaltung	343
2. Wartelisten im Rahmen rollierender Systeme als anlass- unabhängige Verfahren	343
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	343
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	344
VI. Fehlerfolgenregime	345
1. Keine Stabilität qua verfahrensrechtlicher Unabhängigkeit . . .	345
2. Keine Stabilität qua materiell-rechtlicher Unanfechtbarkeit . . .	346
VII. Rechtsschutzsystem	349
1. Primärrechtsschutz im Zwei-Stufen-Modell	349
2. Überlegungen zum Primärrechtsschutz im Einstufenmodell . .	351
E. Hochschulzulassung	354
I. Die Verteilungssituation	354
1. Verfassungsrechtliche Perspektive	354
a) Der Hochschulzugang im Lichte der Freiheitsrechte (Art. 12 Abs. 1 GG)	354
b) Das Vergabeverfahren im Lichte des Gleichheitssatzes	355
aa) Die grundrechtlichen Direktiven für die Knappheit: die Kapazitätsbestimmung	356
bb) Die grundrechtlichen Direktiven für Vergabekriterien und -verfahren	357
cc) Der grundrechtliche Zugangsanspruch	359
2. Unionsrechtliche Perspektive	360
II. Regelungsstrukturen	361
III. Das Auswahlverfahren	362
1. Konzeptphase	363
2. Ausschreibungsphase	364
3. Bewerbungsphase	364
4. Entscheidungsfindungsphase	365
5. Vergabeentscheidung	366

IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	366
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	366
VI. Fehlerfolgenregime	368
VII. Rechtsschutzsystem	370
1. Primärrechtsschutz im regulären zentralen Vergabeverfahren ..	371
2. Rechtsschutz im Rahmen der außerkapazitären Vergabe	373
a) Verteilung nur unter den Antragstellern im einstweiligen Rechtsschutz	374
b) Rangunabhängigkeit der Antragsberechtigung	375
c) Zeitpunkt der Verteilung	375
d) Vergabekriterien	377
e) Verteilungskompetenz: Verwaltungsgericht oder Hochschule? ...	377
f) Die besondere Bedeutung des Eilrechtsschutzes	378
F. Die Konzessionsvergabe im Personenbeförderungsrecht	379
I. Die Verteilungssituation	380
1. Verfassungsrechtliche Perspektive	380
a) Das Vergabeverfahren im Lichte der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	380
aa) Die freiheitsrechtliche Relevanz der Knappheitssituation ...	380
bb) Die freiheitsrechtliche Relevanz der Vergabekriterien	383
b) Das Vergabeverfahren im Lichte des Gleichheitssatzes	383
2. Unionsrechtliche Perspektive	385
II. Regelungsstrukturen	386
III. Das Auswahlverfahren	389
1. Der Ablauf des Auswahlverfahrens	389
a) Konzeptphase	389
aa) Taxenverkehr	390
(1) Bestimmung der Kapazitätsgrenze	390
(2) Aufteilung der Genehmigungen innerhalb der Bewerbergruppen der Alt- und Neuunternehmer	392
bb) Linienverkehr	394
(1) Der Nahverkehrsplan als Vergabekonzept im Bereich des kommerziellen Verkehrs	394
(2) Die Entwicklung eines Vergabekonzepts bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen	395
b) Ausschreibungsphase	396
c) Bewerbungsphase	398
d) Anhörungsverfahren	398
e) Entscheidungsfindungsphase	399

aa) Taxen- und kommerzieller Linienverkehr	399
bb) Vergabe gemeinwirtschaftlicher Verkehrsleistungen	403
f) Vergabeentscheidung	404
g) Abschluss ohne Entscheidung	406
2. Die Vormerkliste als anlassunabhängiges Verfahren	407
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	407
1. Neutralität bei der Informationserteilung	408
2. Bindung an abgegebene Anträge	408
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	409
VI. Fehlerfolgenregime	409
1. Der Anspruch auf eine fehlerfreie Vergabeentscheidung	410
2. Keine besondere Stabilität der Vergabeentscheidung	412
VII. Rechtsschutzsystem	412
1. Primärrechtsschutz im Wege eines kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsantrags	413
2. Prüfprogramm des kombinierten Anfechtungs- und Verpflichtungsantrags	414
3. Einstweiliger Rechtsschutz	417
G. Frequenzvergabe im Telekommunikationsrecht	418
I. Die Verteilungssituation	419
1. Der verfassungsrechtliche Rahmen	419
a) Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Vergabe- kriterien	420
b) Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Vergabeverfahren	427
c) Der Gesetzesvorbehalt in der Frequenzordnung	427
2. Der unionsrechtliche Rahmen	428
3. Der einfach-rechtliche Rahmen	428
II. Regelungsstrukturen	429
III. Das Vergabeverfahren	429
1. Konzeptphase	430
a) Aufstellung des Frequenzbereichszuweisungsplans	430
b) Aufstellung des Frequenznutzungsplans	430
c) Ermittlung der Knappheit: Entscheidung für die Durchführung eines Verteilungsverfahrens	432
d) Festlegung der Modalitäten der Frequenzvergabe	435
2. Ausschreibungsphase	437
3. Bewerbungsphase	437

4. Entscheidungsfindungsphase	437
a) Versteigerungsverfahren	438
b) Auswahlverfahren	438
5. Vergabeentscheidung	439
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	440
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	440
VI. Fehlerfolgenregime	440
VII. Rechtsschutzsystem	441
1. Primärrechtsschutz im Hauptsacheverfahren	441
a) Grundsätzliches	441
b) Zeitpunkt des Rechtsschutzes im gestuften Auswahlverfahren (§ 44a VwGO)	442
2. Primärrechtsschutz im Eilverfahren	445
H. Frequenzvergabe im Rundfunkrecht	446
I. Die Verteilungssituation	446
1. Der verfassungsrechtliche Rahmen	446
2. Der unionsrechtliche Rahmen	449
II. Regelungsstrukturen der Frequenzvergabe	450
III. Das Auswahlverfahren	450
1. Die Vergabe von Übertragungskapazitäten für bundesweite Versorgungsbedarfe nach dem RStV	451
2. Frequenzvergabe für lokale und regionale Rundfunk- programme	455
IV. Verfahrensrechtliche Spezifika	458
V. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	459
VI. Fehlerfolgenregime	459
VII. Rechtsschutzsystem	460
1. Primärrechtsschutz	460
2. Sekundärrechtsschutz	464
I. Veräußerungsverfahren	466
I. Die Verteilungssituation	466
1. Verfassungsrechtliche Perspektive	466
2. Unionsrechtliche Perspektive	469
3. Einfach-rechtliche Verteilungsgrundsätze	470

II. Regelungsstrukturen	470
III. Das Auswahlverfahren	471
1. Insertionsverfahren der Bundesanstalt für Immobilien-	
aufgaben	472
2. Grundstücksveräußerungsverfahren der Landeshauptstadt	
München	473
3. Strukturierte Bietverfahren bei Beteiligungsveräußerungen ..	474
4. Verfahrensrechtliche Herausforderungen des Veräußerungs-	
verfahrens	475
a) Verfahrenspflichten	475
aa) Die Perspektive des Haushaltsrechts	475
bb) Verfassungs-, unions- und einfach-rechtlich vorgegebene	
Verfahrenspflichten	476
b) Zivil- oder öffentlich-rechtliche Deutung des Veräußerungs-	
verfahrens	480
aa) Qualifikationsfrage	480
bb) Rechtliche Zulässigkeit der zivilrechtlichen Konstruktion ...	483
IV. Fehlerfolgenregime	484
1. Keine Beschränkung auf offensichtliche und schwerwiegende	
Verstöße	485
2. Fehlerfolgen im einstufig-zivilrechtlichen Modell	486
a) Verfahrensvorschriften als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB	486
b) § 138 BGB	488
c) Unwirksamkeit des Vertrags gemäß § 58 VwVfG analog	489
d) Die Stabilität der Veräußerung	490
3. Relevanz von Verstößen gegen das Haushaltsrecht	492
V. Rechtsschutzsystem	494
1. Primärrechtsschutz	494
2. Sekundärrechtsschutz	498
a) Anspruchsgrundlagen	498
aa) Culpa in contrahendo	498
bb) Deliktische Ansprüche, insbesondere § 823 Abs. 2 BGB	500
cc) Wettbewerbsrecht	501
b) Der Schadensnachweis als Achillesverse des Sekundär-	
rechtsschutzes	501
3. Sonderprobleme	502
a) De-facto-Veräußerung	502
b) Beweisfragen und Akteneinsicht	503

J. Vergabeverfahren im Sozial-, Medizin- und Gesundheitsrecht	504
I. Krankenhausplanung	510
1. Der unions-, verfassungs- und einfach-rechtliche Rahmen	510
2. Das Auswahlverfahren	512
a) Aufstellung des Krankenhausplans	512
b) Feststellung der Aufnahme	516
3. Rechtsschutz	518
II. Selektivverträge im Bereich der gesetzlichen Kranken- versicherung	523
1. Anwendungsfälle und ihre rechtliche Ausgestaltung	523
2. Ausweg Vergaberecht?	525
3. Unions-, verfassungs- und einfach-rechtliche Rahmenvorgaben	528

3. Teil

Das Verteilungsverfahren als Verfahrenstyp

A. Strukturprägende Rahmenvorgaben	533
B. Das Verteilungsverfahren	536
I. Verfahrensphasen	536
1. Konzeptphase	536
a) Konzeptpflicht	538
b) Rechtsnatur des Konzepts	541
aa) Handlungsbefugnis zur Konzeptgestaltung	542
bb) Wahl der Handlungsform	544
(1) Konzeptgestaltung durch Verwaltungsakt	544
(2) Normative Handlungsformen und Verwaltungs- vorschriften	546
c) Verbindlichkeit des Konzepts	547
d) Annex: Verbindlichkeit und Kontrolle der Konzept- Verwaltungsvorschrift	549
2. Ausschreibungsphase	550
3. Bewerbungsphase	551
4. Entscheidungsfindungsphase	552
a) Verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenvorgaben für das Entscheidungsprogramm	553
b) Die Kriterien im Einzelnen	554
aa) Kategorisierung	554
bb) Materiell-wertende Kriterien	555

(1) Altsassenprivilegien	556
(2) Versteigerung	557
cc) Formale Kriterien	558
(1) Prioritätsgrundsatz	560
(2) Anciennitätsprinzip	562
(3) Formale Quotenbildung: pro Kopf oder pro rata	562
(4) Losentscheid	563
(5) Rotation	563
c) Entscheidungsspielräume der Verwaltung	564
aa) Die Frage nach administrativen Beurteilungsspielräumen als Sitz des Problems	564
bb) Allgemeine Voraussetzungen für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen	565
cc) Beurteilungsspielräume im Kontext von Auswahl- entscheidungen	567
dd) Die beschränkte Tragweite behördlicher Entscheidungs- spielräume vor dem Hintergrund der Konzeptpflicht	570
5. Entscheidungsformung	570
a) Die Struktur des Darstellungsprozesses und die Handlungs- formen der verteilenden Verwaltung	571
aa) Einstufiger Darstellungsprozess	572
bb) Zweistufiger Darstellungsprozess	572
cc) Einstufiger Darstellungsprozess mit Mitteilungspflicht	574
dd) Die materiell- und verfahrensrechtliche Einheit der Verteilungsentscheidung	575
ee) Rechtliche und verwaltungspraktische Determinanten für eine Stufung des Darstellungsprozesses	580
(1) Rechtliche Aspekte	581
(2) Verwaltungspraktische Aspekte	581
(3) Stufung im Einzelfall	582
ff) Rechtsnatur des Auswahlprozesses	583
b) Begründung	584
c) Befristung	586
d) Bekanntgabe der Entscheidung	586
6. Abschluss ohne Entscheidung – die Einstellung des Vergabeverfahrens	587
II. Anlassunabhängige Verfahren	590
III. Verfahrensrechtliche Spezifika des Verteilungsverfahrens	592
1. Dokumentationspflichten	592
2. Neutralitätssicherung	594
IV. Verfahrenssubjekte (Beteiligte)	598
V. Fehlerfolgenregime	600

1. Das Gebot einer ausgewogenen Fehlerfolgenlehre	601
a) Grundsatz	601
b) Differenzierung zwischen Verstößen gegen das materielle und prozedurale Entscheidungsprogramm	603
2. Handlungsformspezifische Ausdifferenzierung der Fehlerfolgen	609
a) Verwaltungsakte	609
aa) Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts ..	609
bb) Das Erfordernis der Rechtsverletzung	610
(1) Verstoß gegen individualschützende Vergabevorschriften ..	610
(2) Die Verletzung des Teilhabeanspruchs	612
cc) Der Ausschluss des Aufhebungsanspruchs gemäß § 46 VwVfG	614
dd) Heilung, § 45 VwVfG	616
b) Vertragliches Verwaltungshandeln	617
aa) Drittschutz beim öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäß § 58 Abs. 1 VwVfG	618
bb) Drittschutz beim Abschluss zivilrechtlicher Verträge	619
3. Entscheidungsstabilität	621
a) Die formelle Bestandskraft von Verteilungsakten	621
b) Der Stabilitätsgrundsatz	622
aa) Die Begründung des Stabilitätsdogmas	623
bb) Die Rechtfertigung der Entscheidungsstabilität	625
(1) Entscheidungsstabilität bei präventivem (Primär-) Rechtsschutz	625
(2) Entscheidungsstabilität bei Folgenbeseitigung in späteren Verteilungsverfahren	628
(3) Entscheidungsstabilität bei Beschränkung auf Sekundär- rechtsschutz	629
c) Rügeobliegenheiten und Präklusionsvorschriften	629
d) Durchbrechung der Bestandskraft: nachträgliche Aufhebungs- und Kündigungspflichten	630
4. Die Behandlung einzelner Verfahrensverstöße	630
a) Unterlassene Durchführung eines Verteilungsverfahrens	630
b) Dokumentationsmängel	632
c) Frustration des Rechtsschutzes durch fehlende Bekanntgabe und Stabilität	632
VI. Rechtsschutz	633
1. Primärrechtsschutz	634
a) Rechtsschutzmodelle in Verteilungsverfahren	634
aa) Die klassische Konkurrentenverdrängungsklage im Kontext von Zuteilungsentscheidungen durch Verwaltungsakt	635

(1) Rechtsschutzform: zur statthaften Klageart	635
(a) Bipolare Entscheidungsstruktur	635
(b) Multipolare Entscheidungsstruktur	642
(2) Erfolgsvoraussetzungen und prozessuale Besonderheiten ..	643
bb) Einstufige Verteilung durch Vertrag	645
(1) Rechtsweg	645
(2) Rechtsschutzform	646
cc) Kompensatorischer präventiver Eilrechtsschutz	647
dd) Nachträglicher prospektiver Rechtsschutz	648
ee) Das kartellvergaberechtliche Nachprüfungsverfahren	649
b) Einstweiliger Rechtsschutz	651
aa) Eilrechtsschutz im Rahmen der „klassischen“ Konkurrenten- verdrängungsklage	651
bb) Eilrechtsschutz im Kontext von vertraglichen Verteilungs- vorgängen	653
c) Zeitpunkt des Rechtsschutzes	654
2. Sekundärrechtsschutz	656
a) Anspruchsgrundlagen	656
b) Voraussetzungen des Ersatzanspruchs	657
aa) Verschuldenszurechnung	657
bb) Kollegialgerichtsregel	658
cc) Das Kausalitätsproblem und seine Bewältigung	658
C. Das Verteilungsverfahren als bereichsspezifische Fortentwicklung des Standardverfahrens	662
I. Die Spezifika des Verteilungs- gegenüber dem Standard- verfahren des VwVfG	662
II. Faktoren für die Herausbildung des Verteilungsverfahrens	665
Zusammenfassung und Ausblick	668
I. Zusammenfassung	668
1. Das Verteilungsverfahren als Verfahrenstyp – zum Anliegen einer verwaltungsverfahrenrechtlichen Typenbildung	668
2. Rahmen- und Fachrechtsanalyse als Grundlagen der Typenbildung	670
a) Der verfassungs-, unions- und einfach-rechtliche Rahmen der staatlichen Verteilungstätigkeit	670
aa) Der verfassungsrechtliche Rahmen der staatlichen Verteilungstätigkeit	670
bb) Der unionsrechtliche Rahmen der staatlichen Verteilungs- tätigkeit	674
cc) Der einfach-rechtliche Rahmen der staatlichen Verteilungs- tätigkeit	676
b) Die Grundstrukturen ausgewählter Verteilungsverfahren	677