

**Thomas Elbel\***

# **Rechtsweg bei Lieferungs- und Leistungsverträgen zwischen Beschaffungsbehörden und ihren Bedarfsträgern**

*Aufgabentheorie; Bedarfsträger; Beschaffungsbehörden; Lieferungs- und Leistungsverträge; Rechtsweg; Sonderrechtstheorie; Subjektstheorie; Vorbehaltslehre; zwischenbehördliche Beschaffungsvereinbarung*

*Der Artikel untersucht die Frage, ob hinsichtlich der Entscheidung in Streitigkeiten über eine Vereinbarung, die eine rechtlich verselbstständigte Beschaffungsbehörde mit einer Bedarfsträgerin zum Zwecke der Beschaffung von Lieferungen und Leistungen schließt, der Verwaltungs- oder der Zivilrechtsweg eröffnet ist, sofern diese Vereinbarung zivilrechtliche Elemente aufweist und ihr Abschluss nicht unmittelbar auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Norm erfolgt.*

## **I. Einleitung**

### **1. Konkreter Ausgangsfall**

Konkreter Anlass für die Abfassung dieses Artikels ist ein Rechtsstreit zwischen dem Berliner Studentenwerk und dem IT-Dienstleistungszentrum von Berlin (ITDZ). Beide Parteien sind Anstalten öffentlichen Rechts in Gewährträgerschaft des Landes Berlin. Das ITDZ hat unter anderem die Aufgabe der Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen auf dem Gebiet der Informationstechnik bzw. der Erbringung solcher Dienstleistungen durch eigene Fachkräfte für die Behörden des Landes Berlin.<sup>1</sup> Das Studentenwerk ist gemäß § 40 Abs. 2 BAföG Amt für Ausbildungsförderung der Studierenden der Berliner Hochschulen und erteilt in dieser Funktion Förderbescheide. Mit Ausdruck, Kurvertierung und Versendung dieser Förderbescheide beauftragte das Studentenwerk das Druckzentrum des ITDZ. Die hierzu erforderlichen Datensätze wurden durch ein vom Studentenwerk administriertes EDV-Verfahren erstellt und an das ITDZ übermittelt. Mit einer beim Verwaltungsgericht Berlin eingereichten Klage begehrte das Studentenwerk die (negative) Feststellung, dass dem ITDZ von Seiten des Studentenwerkes keine Vergütung für die erbrachten Leistungen zustehe, soweit diese sich nicht auf das Studenten-BAföG, sondern auf das BAföG für Berufsschüler bezog, da für deren Bescheidung nicht

---

\* Der Verfasser ist zur Zeit der Abfassung als Gastprofessor für öffentliches Recht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin tätig.

1 Vgl. § 2 ITDZG v. 19. November 2004, GVBl Bln, S. 460.

das Studentenwerk, sondern ausgewählte Bezirksverwaltungen des Landes Berlin zuständig waren. Gegen den seine Zuständigkeit feststellenden Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin,<sup>2</sup> legte das ITDZ Beschwerde beim OVG Berlin-Brandenburg mit der Begründung ein, das der Klage zugrundeliegende Rechtsverhältnis der Parteien sei zivilrechtlicher Natur. Das OVG wies die Beschwerde zurück,<sup>3</sup> wobei es seine rechtliche Einordnung des Sachverhaltes im Wesentlichen auf die einschlägige Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte stützte, auf die ich an späterer Stelle eingehen werde.

## 2. Abstrakte Problematik

Abstrakt betrachtet entsteht die Frage des richtigen Rechtsweges hier aus der folgenden Konstellation: Eine Behörde erbringt einer anderen entgeltliche Leistungen auf der Grundlage einer gegenseitigen Absprache. Ich will diese Konstellation nachfolgend als „zwischenbehördliche Beschaffungsvereinbarung“ bezeichnen. Sie ist in zweierlei Hinsicht atypisch für den staatlichen Bereich:

- Zum einen ist die übliche Form staatlichen Handelns das Handeln im so genannten Über- und Unterordnungsverhältnis. Allerdings ist schon lange anerkannt, dass Behörden ihre Beziehungen zu Dritten zuweilen im so genannten Gleichordnungsverhältnis gestalten.<sup>4</sup> In diesem Sinne kann also auch der Abschluss einer Vereinbarung mögliche Spielart staatlichen Handelns sein.
- Die wesentliche Besonderheit liegt damit vor allem in der Beteiligung der öffentlichen Hand auf beiden Seiten der Vereinbarung.

Die Anzahl solcher zwischenbehördlicher Beschaffungsvereinbarungen hat in Deutschland insbesondere auf der kommunalen Ebene seit den 1990er Jahren stark zugenommen. Hintergrund dieser Entwicklung ist die Rezeption des „Neuen Steuerungsmodells“ (NSM) der Kommunalen Gemeinschaftsstelle (KGSt) durch die hiesigen Verwaltungsträger.<sup>5</sup> Das NSM bezweckt vor allem eine Steigerung der Kosteneffizienz und Bürgerfreundlichkeit des Verwaltungshandelns. Hierzu werden die Binnenstruktur, das Selbstverständnis sowie die Leistungsbeziehungen der Behörden zu Bürgern und anderen Behörden ihren privatwirtschaftlichen Korrelaten angenähert. Die leistende Behörde wird so zum „Servicebereich“, der mit seinen „Kunden“ also den Bürgern oder eben anderen Behörden „Servicevereinbarungen“ oder „-kontrakte“ also formalisierte Leistungsabreden über die Lieferung von „Produkten“ also die Erledigung im fachlichen Zuständigkeitsbereich der Behörde liegender, außenwirksamer Aufgaben schließt.

Starke Verwendung hat das NSM insbesondere bei der Gestaltung der Binnenstruktur des behördlichen Beschaffungswesens gefunden. Kennzeichnend für die Orientierung am NSM ist eine Verselbstständigung dieser Funktion in drei aufeinander aufbauenden Stufen: Erstens die Zentralisierung, zweitens die haushaltsmäßige und schließlich drittens

2 VG Berlin v. 29. August 2007 (unveröffentlicht; Az.: VG 1 A 49.07).

3 OVG Berlin-Brandenburg v. 23. September 2008, veröffentlicht in NVwZ-RR 2009, S. 182f.

4 OVG Berlin-Brandenburg, a. a. O., S. 182.

5 KGSt, Das Neue Steuerungsmodell: Begründung, Konturen, Umsetzung, Bericht 5/1993, S. 7ff.

die rechtliche Verselbstständigung bis hin zu Public-Private-Partnership-Konstrukten oder Vollprivatisierungen. Insbesondere Beschaffungsbehörden im Sinne der zweiten und dritten Kategorie orientieren Form und Inhalt der Leistungsabreden mit ihren Bedarfsträgern zumeist an den für den jeweiligen Leistungstyp einschlägigen Vertragsmustern des Zivilrechtsverkehrs.<sup>6</sup>

Bedeutsam wird das Problem der Bestimmung des Rechtsweges - nebenbei gesagt - nur unter der Prämisse, dass es sich bei diesen Leistungsabreden überhaupt um *justiziable* Vereinbarungen, also nicht um so genannte Insichgeschäfte handelt. Meiner in einer anderen Untersuchung geäußerten Ansicht zufolge ist die sowohl hinreichende wie auch notwendige Bedingung dieser Justiziabilität, dass Beschaffungsbehörde und Bedarfsträgerin zueinander selbstständige Rechtspersönlichkeiten besitzen. Dies ist wiederum der Fall, wenn die Beschaffungsbehörde im Sinne des soeben beschriebenen Drei-Stufen-Modells rechtlich verselbstständigt wurde (Elbel 2008, S. 434ff.), wie das ITDZ im Ausgangsfall.

### 3. Generelle Maßgeblichkeit der Teckal-Rechtsprechung des EuGH

Eine wirtschaftsrechtliche Grenze finden Konstrukte auf der oben beschriebenen dritten Stufe der Verselbstständigung der Beschaffungsfunktion übrigens in dem vom EuGH erstmalig in der Rechtssache „Teckal“<sup>7</sup> entwickelten vergaberechtlichen Konzept des „Inhouse-Geschäfts“<sup>8</sup>: Die Bedarfsträgerin kann die Beschaffungsbehörde nur dann ohne Beachtung der Regeln des Vergaberechts, also ohne formelle Ausschreibung beauftragen, wenn die Bedarfsträgerin die Beschaffungsbehörde „wie eine eigene Dienststelle“ kontrolliert und Letztere ihrerseits „im Wesentlichen“ nur für die Bedarfsträgerin tätig ist. Laut Entscheidung des OLG Celle soll die Voraussetzung der Wesentlichkeit schon dann *nicht* mehr erfüllt sein, wenn die Beschaffungsbehörde „nur“ 92,5 Prozent ihrer Umsätze aus Geschäften mit den sie kontrollierenden Bedarfsträgern tätigt.<sup>9</sup>

Die „Teckal“-Rechtsprechung des EuGH ist damit quasi Teil der Existenzgrundlage der Beschaffungsbehörden geworden, da sie diesen gegenüber der privatwirtschaftlich beherrschten Konkurrenz einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil gewährt.<sup>10</sup> Geht man nämlich von der Prämisse aus, dass die Bedarfsträger keinerlei Verpflichtung trifft, bei der Beschaffungsbehörde zu ordern, zu der solch ein Inhouse-Verhältnis besteht,<sup>11</sup> wenn also auf Seiten der Bedarfsträger Wahlfreiheit herrscht, so ist aber die Option der Beschaffung bei der Beschaffungsbehörde idealiter die günstigere, da dem Bedarfsträger

6 Hierfür und für den vorangegangenen Absatz findet sich ein ausführlicherer Überblick m. w. N. bei: Elbel 2008, S. 432ff.

7 EuGH v. 18. November 1999, Slg. 1999, S. 8121ff.

8 Überblick bei Marx (1. Aufl., § 1a, Rdn. 28).

9 Beschluss vom 14. September 2006 (Az.: 13 Verg 2/06), abgedruckt in: WuW 2006, S. 1213 ff.

10 Hinzu kommen je nach rechtlicher Konstruktion der Beschaffungsbehörde meist noch mangelnde Insolvenzfähigkeit und Umsatzsteuerbefreiung.

11 Die Überprüfung dieser Prämisse bedürfte indes wissenschaftlicher Begutachtung, z. B. im Hinblick auf die Vorgabe von § 7 Abs. 1 S. 1 BHO und der entsprechenden Regelungen der Landeshaushaltsordnungen.

hierbei die Kosten der Durchführung eines eigenen Ausschreibungsverfahrens erspart bleiben. Zwar wird die Beschaffungsbehörde diesbezüglich ihrerseits einen gewissen Aufschlag auf die von ihr in der Ausschreibung erzielten Preise vornehmen. Es liegt allerdings in ihrer Natur als zentralisiertes Beschaffungsorgan und dem damit einhergehenden Bündelungseffekt, dass diese Aufwände niedriger ausfallen, als bei einer Ausschreibung durch den Bedarfsträger selbst.

Vor diesem Hintergrund besteht ein typisches Tätigkeitssegment der Beschaffungsbehörden zumeist in der selbstständigen Durchführung von Ausschreibungen mit dem Zweck des Weitervertriebs der hierdurch erworbenen Leistungen an einzelne oder im Regelfall mehrere Bedarfsträger (so genannte Sammelausschreibung). Die betreffenden Vereinbarungen zwischen Bedarfsträgern und Beschaffungsbehörde werden dabei in aller Regel den durch die vorangegangene Ausschreibung erzielten Vertrag soweit wie möglich spiegeln oder gar im Wege der Abtretung gemäß § 398 BGB vollständig oder teilweise durchreichen, um Diskrepanzen in der Struktur der Obliegenheiten zu vermeiden. Daher wird auch die zwischenbehördliche Beschaffungsvereinbarung zwischen Beschaffungsbehörde und Bedarfsträger stark von zivilrechtlichen Regelungen und Handelssitten geprägt sein.

## **II. Bestimmung des Rechtswegs**

### **1. Maßgeblichkeit des durch die Vereinbarung geregelten Rechtsverhältnisses**

Die hier untersuchten zwischenbehördlichen Beschaffungsvereinbarungen sind also Abreden zwischen zwei Behörden mit meist typisch zivilrechtlichen Elementen. Es könnte sich dabei mithin prima vista um zivilrechtliche Verträge handeln, mit dem Ergebnis, dass gemäß § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet wäre. Allerdings gibt es ausweislich des § 54 VwVfG des Bundes und der Länder auch öffentlich-rechtliche Verträge, für die durch § 40 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Für eine öffentlich-rechtliche Einordnung spricht die Tatsache der Beteiligung staatlicher Einrichtungen auf beiden Seiten der Vereinbarung sowie die hoheitliche Aufgabe, die regelmäßig die Grundlage des Beschaffungsbedürfnisses bildet. Es kommt daher bei Streitigkeiten über zwischenbehördliche Beschaffungsvereinbarungen sowohl der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 VwGO, als auch der Zivilrechtsweg gemäß § 13 GVG in Frage, je nachdem, ob es sich dabei um öffentlich- oder zivilrechtliche Verträge handelt. Zur Bestimmung des Rechtsweges ist deshalb auf die rechtliche Natur der Vereinbarung abzustellen.

Gemäß § 54 S. 1 VwVfG ist ein Vertrag dann öffentlich-rechtlich, wenn er ein „Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ regelt. Es ist unstreitig, dass ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in diesem Sinne jedenfalls immer dann vorliegt, wenn er gemäß § 54 S. 2 VwVfG einen Verwaltungsakt ersetzt, oder wenn er auf einer sonstigen, öffentlich-rechtlichen Norm beruht, die den Abschluss eines Vertrages ausdrücklich vorsieht (Kopp-Schenke, 15. Aufl., § 40 VwGO, Rdn. 23; Kopp-Ramsauer, 9. Aufl., § 54

VwVfG, Rdn. 33) (so genannter Gesetzesakzessorischer Vertrag;<sup>12</sup> Beispiel ist die Pflicht der Bundesdruckerei zur Herstellung der Personalausweise im Auftrag der Gemeinden, die unmittelbar aus dem Gesetz folgt;<sup>13</sup> desgleichen die Verpflichtung der Berliner Wasserbetriebe zur Regenentwässerung des öffentlichen Straßenraums gemäß § 2 Abs. 6 Berliner Betriebesgesetz<sup>14</sup> i.V.m. § 18a Abs. 2 WHG<sup>15</sup>). Ähnliches gilt, wenn der Vertrag auf ein bereits bestehendes, als öffentlich-rechtlich anerkanntes Pflichtenverhältnis zwischen den Parteien einwirkt (Lange 1983, S. 313ff.).<sup>16</sup> Ist keiner dieser Fälle gegeben, so ist die Zuordnung mit ähnlichen Schwierigkeiten behaftet, wie die Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht im Allgemeinen. Die Problematik der Abgrenzung öffentlich- und privatrechtlicher Verträge hat eine Reihe von Theorien hervorgebracht, deren Inhalte und Wirkungen im Folgenden dargestellt werden sollen.

## 2. Abgrenzung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verträgen

### a) (Strenge) Subjektstheorie

Im Ausgangsfall hatte das Verwaltungsgericht die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges u. a. auf die beidseitige Beteiligung von Behörden gestützt. Diese Ansicht wurzelt in der (häufig mit dem zusätzlichen Attribut „strenge“ bezeichneten) Subjektstheorie, derzufolge schlechthin alles staatliche Handeln – ob nun vertraglich oder einseitig – öffentlich-rechtlich sei. Ein Rechtsverhältnis sei also schon dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn auf mindestens einer Seite ein Träger staatlicher Gewalt beteiligt sei (Bierling 1883, S. 84; Leuthold 1884, S. 351). Damit wären alle Abreden – an denen eine Behörde auf mindestens einer Seite beteiligt ist – dem öffentlichen Recht zuzuordnen und zwar völlig unabhängig von ihrem Zweck und Gegenstand. Dem steht die heute herrschende Meinung entgegen, dass es einen mitunter als Verwaltungsprivatrecht bezeichneten Teil staatlichen Handelns gibt, der den Normen des Zivilrechts unterworfen sein soll (Kopp-Schenke, 15. Aufl., § 40 VwGO, Rdn. 12; Pestalozza 1973, S. 181); ebenso wie im Übrigen der Bereich der so genannten Fiskalverwaltung (Kopp-Schenke, 15. Aufl., § 40 VwGO, Rdn. 25). Außerdem würde die strikte Anwendung dieser Theorie dem Staat die

12 Zum Begriff siehe: (Ehlers 1984, S. 194).

13 BVerwG v. 21. Februar 1995, BVerwGE 98, S. 18 [20]; Zwar ist das diesbezügliche Schuldverhältnis laut Ansicht des BVerwG ein gesetzliches, allerdings gilt dies m. E. nur in abstrakter Hinsicht. Zur Auslösung eines im Hinblick auf die Identität der Bestellergemeinde, die Gesamtbestellmenge und die genauen Lieferkonditionen (Einfach oder Express) konkretisierten Schuldverhältnisses bedarf es nämlich immer noch der Beauftragung durch Übermittlung eines „Bestellscheins“, wie auch aus den Tatsachenfeststellungen des BVerwG (S. 20) hervorgeht. Dieser dem Einzelabruf aus einem Bezugs- bzw. Dauerlieferungsvertrag vergleichbare Bestellschein ist indes nichts anderes als eine (in diesem Fall öffentlich-rechtliche) Willenserklärung, die gem. § 151 BGB durch stillschweigende Ausführung der Bestellung durch die Bundesdruckerei angenommen und dadurch zur zweiseitigen Vereinbarung wird. Im zivilrechtlichen Handelsverkehr findet sich ein vergleichbares Konstrukt im Zusammenhang mit den Universaldienstverpflichtungen der Telekom AG aus den §§ 19 Abs. 2 u. 3 TKG und 9 Abs. 3 TKV.

14 BerlBG v. 14. Juli 2006, GVBl 2006, S. 827.

15 VG Berlin, Urt. v. 12. Februar 2007 (unveröffentlicht; Az.: 34 A 31.04).

16 Lange folgend: (Scherzberg 1992, S. 205ff.).

Möglichkeit eröffnen, den Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts als Spielfeld staatlichen Handelns beliebig zu erweitern. Die Subjektstheorie ist also von der Realität überholt worden, und damit als Einordnungskriterium für behördliche Abreden mit privatrechtlichem Gepräge unbrauchbar. Sicherlich mag die (ein- oder beidseitige) Beteiligung von Behörden immer noch eine gewisse Indizwirkung für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges entfalten; sie lässt aber keinesfalls den zwingenden Schluss darauf zu,<sup>17</sup> wie im Übrigen auch das OVG Berlin-Brandenburg in der Beschwerdeentscheidung zum Ausgangsfall einräumt.<sup>18</sup> Das OVG verhält sich insoweit inkonsequent, wenn es an späterer Stelle den bewussten Verzicht des Gesetzgebers auf die Errichtung des ITDZ in privatrechtlicher Form als Indiz für einen auf die Zuordnung des Vertrages zum Privatrecht gerichteten Willen desselben wertet.<sup>19</sup> Motive dieser Vorschrift sind laut der vom OVG unter Bezug genommenen Gesetzesbegründung die Vermeidung der Umsatzsteuerpflicht, Erhaltung der beamtenrechtlichen Dienstherrenfähigkeit und die Ermöglichung der Zuweisung weiterer, d. h. anderer als der im ITDZG ohnehin geregelten hoheitlichen Aufgaben ohne das Erfordernis eines Gesetzes.<sup>20</sup>

## b) Gegenstandstheorie bzw. Vorordnungslehre

Der gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte wendet zur Einordnung von Verträgen die Gegenstandstheorie (synonym auch als Bezugstheorie bezeichnet) an. Ihr zufolge kommt es zur Bestimmung der Rechtsnatur eines Vertrages auf dessen Gegenstand und Zweck an (und damit jedenfalls gerade nicht auf die Identität der Vertragspartner, wie im Falle der Subjektstheorie<sup>21</sup>). Die Rechtsnatur des Vertrages bestimme sich danach, „ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen ist“.<sup>22</sup> Der Rechtswegbeschluss des Verwaltungsgerichts Berlin im Ausgangsfall gründete auch auf diese Theorie, indem er feststellte, dass das Studentenwerk als Bedarfsträger durch die Leistung des ITDZ die Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe absichere, da die Leistung dem Studentenwerk zur Erfüllung seiner Pflicht aus § 50 Abs. 1 S. 1 BAföG (schriftliche Erteilung der Förderbescheide) diene. Der reinen Gegenstandslehre wird zu Recht ihre Vagheit vorgeworfen, da sie das Problem lediglich verlagert. Statt des Vertrages selbst stellt sie dessen Gegenstand in den Fokus der Untersuchung, ohne aber zugleich Kriterien für dessen Identifizierung zu liefern<sup>23</sup>.

Im Laufe der Zeit hat das Bundesverwaltungsgericht vor diesem Hintergrund die Gegenstandstheorie zur sogenannten *Vorordnungslehre* ausgebaut: Ein öffentlich-rechtlicher

17 Kopp-Schenke, 15. Aufl., § 40 VwGO, Rdn. 13; Lange 1983, S. 314, mit Hinweis auf die Gegenmeinung; ausdrücklich auch mit Bezug auf Verträge bei beidseitiger Behördenbeteiligung: Maurer, 16. Aufl., § 14, Rdn. 10.

18 a. a. O., S. 183 unter Bezug auf BVerwG in: NJW 1994, S. 956.

19 a. a. O., vorletzter Absatz.

20 Drs. des Abgeordnetenhauses von Berlin Nr. 15/3080 vom 18. August 2004, S. 8.

21 Schlette (2000, S. 113).

22 BVerwGE 22, S. 138 [140]; BGHZ 32, S. 214, 215f.; weitere Nachweise bei Schlette (2000), S. 112.

23 ähnlich: Schlette (2000), a. a. O.

Vertrag läge vor, wenn der Vertrag in Vollzug einer gesetzlichen Regelung geschlossen würde, die dem öffentlichen Recht angehört oder auf öffentlich-rechtlich geregelte Sachverhalte eingewirkt werden soll.<sup>24</sup> Allgemein soll ein Vertrag darüber hinaus auch dann öffentlich-rechtlich sein, wenn er „einen Sachverhalt (...) betrifft, der durch öffentlich-rechtliche Normen geordnet ist“.<sup>25</sup>

Das OVG Berlin-Brandenburg stellt mit ausdrücklichem Bezug auf die Vorordnungslehre auf die in § 2 ITDZG geregelte Aufgabenstellung des ITDZ als Beschaffungsbehörde ab. Dabei stützt es sich insbesondere auf die Formulierung des Absatzes 3 dieser Vorschrift, derzufolge die Stellen des Landes Berlin Leistungen des ITDZ *unmittelbar* in Anspruch nehmen können, ohne dass es eines besonderen Vergabeverfahrens bedarf. In den Begriff der Unmittelbarkeit liest das OVG dabei die Bedeutung hinein, dass dem ITDZ bei Annahme solcher Leistungsanfragen seiner Bedarfsträger kein „Mitsprache- oder gar Ablehnungsrecht“ zustehe, was dann eine Einordnung der Leistungsverträge als öffentlich-rechtlich nahelege.<sup>26</sup>

Die zitierte Vorschrift trägt diese Deutung nicht. Vielmehr entpuppt sie sich bei näherer Untersuchung der Gesetzesbegründung<sup>27</sup> lediglich als (untauglicher) Versuch der gesetzlichen Festschreibung der eingangs erwähnten „Teckal“-Rechtsprechung des EuGH. Außerdem ist nicht einsichtig, warum die Verhandelbarkeit vertraglicher Regelungen überhaupt eine Relevanz für deren rechtliche Einordnung haben soll.

Die vom OVG als weiterer Beleg angeführte, allgemeine Einbindung in die durch Verwaltungsvorschriften festgelegte Binnenorganisation der Berliner Verwaltung in Bezug auf den IT-Einsatz ist kaum stichhaltiger. Die Einschränkung des Handlungsspielraums einer Beschaffungsbehörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegenüber ihren Bedarfsträgern durch Verwaltungsvorschriften, legt die Beschaffungsbehörde nicht zwingend auf die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages fest. Auch ist die Ansicht, selbstständige Beschaffungsbehörden hätten bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zu ihren Bedarfsträgern generell keinen Verhandlungsspielraum, schon deswegen falsch, weil der Gesetzgeber m. E. durch die Verselbstständigung implizit zum Ausdruck bringt, dass der Interessenkonflikt als die Wurzel aller Verhandlungen hier gerade gewollt ist, andernfalls er die Beschaffungsbehörde im Verbund der Einheitskörperschaft belassen hätte, wo die Rechtsbeziehung der Parteien dann durch einseitige, innerbehördliche Anweisung geregelt werden könnte.

Die Anwendung der Gegenstandstheorie durch das VG Berlin und der auf ihr beruhenden Vorordnungslehre durch das OVG offenbaren zugleich die Schwäche dieser Ansätze, nämlich die Unbestimmtheit des von ihnen als alleinigem Anknüpfungspunkt verwandten Begriffs des Vertragsgegenstands. Das Verwaltungsgericht erblickte den Gegenstand des Vertrages in der Erfüllung der dem Studentenwerk durch das BAföG gesetzten, hoheitlichen Aufgabe. Würde man aber den Begriff des Vertragsgegenstandes in dieser Weise als

24 GmS-OBG v. 10. April 1986, BVerwGE 74, S. 368, 370.

25 GmS-OBG a. a. O.

26 OVG Berlin-Brandenburg a. a. O., S. 183.

27 Drs. des Abgeordnetenhauses von Berlin Nr. 15/3080 vom 18. August 2004, S. 9.

alleinigen Anknüpfungspunkt der rechtlichen Einordnung des Vertrages nutzen, wäre wiederum keinerlei Raum für privatrechtliche Tätigkeit des Staates. Da alles staatliche Handeln in letzter Konsequenz auf die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben gerichtet ist, müsste auf dem Boden einer solchen Anwendung der Gegenstandstheorie jeder behördliche Vertrag, auch der nahezu sprichwörtliche Kohlekauf des Finanzamts (Kopp-Ramsauer, 9. Aufl., § 54 VwVfG, Rdn. 39), als öffentlich-rechtlich gelten.

Es ist aber genauso weithin anerkannt, dass auch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – ähnlich wie die bereits erörterte Beteiligung öffentlicher Stellen – für die Einordnung eines Vertrages lediglich indizierenden Charakter hat (Kopp-Schenke, 15. Aufl., § 40 VwGO, Rdn. 12). Zutreffend spricht Schlette in seiner Kritik der Vorordnungslehre insoweit vom *dünnen Sediment* der hoheitlichen Aufgabe, der letztlich jedem Handeln öffentlicher Stellen zugrunde liegt, der aber für sich genommen, eine Einordnung der konkreten Handlung zum *ius publicum* noch nicht zu tragen vermag. (Schlette 2000, S. 118)

#### d) Zwischenfazit

Mögen die bis hierhin erläuterten Theorien auch keine befriedigenden Ergebnisse liefern, so benennen sie doch die zwei denkbaren, objektiven<sup>28</sup> Ansatzpunkte für die behandelte Einordnung von Verträgen. Dies sind

- die öffentlich- bzw. zivilrechtliche Identität der Vertragsparteien und
- der Vertragsgegenstand bzw. -zweck.

Gemeinsam ist den nachfolgend beschriebenen Theorien, dass sie auf einer Mischung dieser beiden Kriterien basieren.

#### e) Sonderrechtstheorie bzw. modifizierte Subjektstheorie

Die von Hans Julius Wolff begründete Sonderrechtstheorie (Wolff 1950, S.208) geht explizit von der oben als (strenge) Subjektstheorie bezeichneten Lehre aus. Sie wird daher auch als modifizierte Subjektstheorie (Kopp-Schenke, 15. Aufl., § 40, VwGO, Rdn. 11) andernorts hingegen als Vorbehaltslehre (Ehlers 2006, § 40, Rdn. 311) bezeichnet und ist die derzeit bei der generellen, d. h. nicht ausschließlich vertragsbezogenen Abgrenzung von öffentlichem und Privatrecht vorherrschende Lehre.<sup>29</sup> Sie geht zunächst davon aus, dass öffentliches Recht Sonderrecht des Staates ist (Wolff 1950, S. 208). In ihrer ursprünglichen, heute als formell (Scherzberg 1992, S. 206) bezeichneten Variante rechnet sie staatliche Tätigkeit immer dann dem öffentlichen Recht zu, wenn sie einer Norm (oder einem allgemeinen Rechtsgrundsatz) entspränge, die auf mindestens einer Seite einen Träger öffentlicher Gewalt zu dieser Tätigkeit *exklusiv* berechtigt und verpflichtet

28 Renck erklärt das subjektive Kriterium des Behördenwillens für maßgeblich (Renck 2000, S. 1001 [1002]). Diese Meinung ist allerdings in der von Renck vertretenen Breite abzulehnen, da sie der vielbeschworenen „Flucht ins Privatrecht“ (Pestalozza 1973, S. 181) Tür und Tor öffnen würde. Die h. M. wendet sie allenfalls in bestimmten Fallgruppen an (Schmidt 2007, S. 322).

29 Kopp/Schenke, 15. Aufl., § 40 VwGO, m. w. N. aus Rechtsprechung und Literatur in den dortigen Fußn. 32 f.



(Wolff 1950, S. 209). Demgegenüber will die neuere materiell-rechtliche Ausprägung dieser Lehre den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Streitigkeit nicht bereits an der Erforderlichkeit der Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt erkennen, sondern nur dann, wenn dieser Träger in seiner Eigenschaft „als solcher“ also gerade aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Identität beteiligt ist.<sup>30</sup>

Die *Vorbehaltslehre*<sup>31</sup> wendet die Sonderrechtstheorie in ihrer materiellen Variante auch auf die Abgrenzung öffentlich- und zivilrechtlicher Verträge an und modifiziert sie vor diesem Hintergrund wie folgt: „Ein Vertrag gestaltet notwendigerweise Rechtsbeziehungen gerade zu einem Träger öffentlicher Gewalt, wenn nach der Rechtsordnung mindestens ein Zuordnungssubjekt des Gegenstandes der vertraglich geregelten Rechtsbeziehungen nur ein Träger öffentlicher Gewalt sein kann“ (Lange 1983, S. 316). Da sich der Streit um die Einordnung eines Vertrages, anders als im Falle sonstigen staatlichen Handelns, nicht auf eine Norm bezieht, sondern auf den Gegenstand einer Vereinbarung, ist es in der Tat konsequent als Bezugspunkt der Theorie nicht auf die Norm, sondern – wie auch die Gegenstandstheorie – auf den Vertragsgegenstand zu rekurrieren. Allerdings importiert die Sonderrechtstheorie damit eben auch die begriffliche Unschärfe, die sie eigentlich gerade vermeiden will. Bezogen auf den Ausgangsfall möchte man fragen: Was ist denn im Sinne dieser Lehre der Gegenstand der Abrede der Parteien? Die Bescheidung der Studenten durch das ITDZ gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 BAföG im Auftrag des Studentenwerks? Da die Vorschrift eindeutig ein staatliches Sonderrecht normiert, wäre der Vertrag dann wohl öffentlich-rechtlich zu nennen. Oder besteht der Abredegegenstand lediglich in der Erbringung einer Werkleistung bzw. der Zahlung der Werkvergütung; womit der Vertrag wohl zivilrechtlich wäre und der Rechtsstreit vor die ordentlichen Gerichte gehören würde? Beide Ansichten würden von den zur Sonderrechtstheorie vorgebrachten Formulierungen getragen, da auch diese – ähnlich wie die Gegenstandstheorie – keinen Anhaltspunkt dafür hergibt, wie der Gegenstand des Vertrages zu bestimmen ist bzw. welcher Art die Verknüpfung zwischen dem von einer Behörde geschlossenen Vertrag und des von ihr damit (notwendigerweise immer) verfolgten hoheitlichen Zwecks sein muss. Gleiches gilt für die ebenfalls aus der Sonderrechtstheorie hervorgegangene *Normfiktionslehre*, der zufolge ein Vertrag dann öffentlich-rechtlich ist, wenn er nach Umformung in einen Rechtssatz als Norm des öffentlichen Rechts gelten kann, da sie zur Bestimmung der Natur der hypothetischen Rechtsnorm wiederum die Sonderrechtstheorie zur Anwendung bringen will. (Bettermann 1966, S. 445-447)<sup>32</sup> Damit aber bringt sie gegenüber der reinen Anwendung der Sonderrechtstheorie keinen Gewinn.<sup>33</sup>

30 Übersicht wiederum bei Scherzberg, a. a. O.

31 Namensprägung bei Scherzberg, a. a. O.

32 Namensprägung wiederum bei Scherzberg (1992, S. 207).

33 So auch Ehlers (1984), S. 198 und Scherzberg, a. a. O.

## f) Aufgabentheorie

Die Aufgabentheorie von Barbey verfolgt zunächst einen ähnlichen Ansatz wie die Gegenstandstheorie, indem sie an die hoheitliche Aufgabe als Zweck des Vertrages anknüpft (Barbey 1978, S. 77 ff.). Allerdings betont sie das finale Element der Beziehung zwischen Vertrag und hoheitlicher Aufgabe und spricht daher eher vom Vertragszweck als dem Vertragsgegenstand. Dies ist in der Tat zutreffender, da der Begriff des Vertragszwecks auch ferne, eigentlich außerhalb der Regelungen des Vertrages selbst liegende Ziele mit einschließen kann<sup>34</sup> und es damit möglich ist, die Perspektive auf das ultimative Ziel des Vertrages zu richten, also z. B. bezogen auf den Ausgangsfall: die Erfüllung der Pflichten aus § 50 Abs. 1 S. 1 BAföG.

Der entscheidende Unterschied zur Gegenstandstheorie besteht dann jedoch darin, dass Barbey als zusätzliches Element die Unmittelbarkeit als Bindeglied zwischen vertraglichem Zweck und hoheitlicher Aufgabe verlangt. Nur wenn der Vertrag also *unmittelbar* auf die Erfüllung einer *hoheitlichen* Aufgabe gerichtet sei, sei er ebenfalls dem öffentlichen Recht zuzurechnen. Unmittelbarkeit in diesem Sinne liege dann vor, wenn die vom öffentlich-rechtlichen Rechtsträger durch den Vertrag wahrgenommenen hoheitlichen Aufgaben gerade gegenüber dem Vertragspartner bestehen. Erfolgt „(...) die Herstellung einer Rechtsbeziehung zu dem jeweiligen konkreten Partner in dem Sinne zufällig, dass die gestellte Aufgabe ebenso gut durch die Herstellung einer Rechtsbeziehung zu einem anderen Partner gelöst werden kann – so entbehrt die Unterstellung dieser Rechtsbeziehung unter das öffentliche Recht des rechtfertigenden Grundes (...)“ (Schlette 2000, S. 90). Zusammenfassend könnte man sagen, der Vertrag sei im Sinne der Aufgabentheorie öffentlich-rechtlich, wenn einer der Vertragspartner das Objekt der vom Vertrag bezweckten Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe ist. Ich will daher im Folgenden diesen Vertragspartner als das *Aufgabenobjekt* bezeichnen.

Erst die Anwendung der Aufgabentheorie ermöglicht im Ausgangsfall ein präzises Ergebnis: Die Aufgabe des Drucks, der Kuvertierung und Versendung der BAföG-Bescheide hätte nämlich auch durch einen – möglicherweise privatrechtlich organisierten – Dritten erbracht werden können. Anders ausgedrückt: Die Wahl gerade des ITDZ als Vertragspartner war keine zwingende Voraussetzung der Erfüllung der vertraglich bezweckten hoheitlichen Aufgabe, also der BAföG-Bescheidung. Das ITDZ ist also gerade nicht im obigen Sinne das Aufgabenobjekt.

Stillschweigend setzt die Aufgabentheorie im Übrigen auch die von der Vorbehaltslehre durchaus zu Recht postulierte Sonderbeziehung zwischen der vertraglich bezweckten Aufgabenerfüllung und dem auf einer Seite beteiligten Träger hoheitlicher Gewalt voraus<sup>35</sup>. Der Vertrag ist daher letztlich nur dann öffentlich-rechtlich, wenn neben der soeben beschriebenen primären Voraussetzung der Aufgabentheorie, die Erledigung der hoheitlichen Aufgabe, welche der Vertrag letztlich bezweckt, in die verwahrungsverfah-

<sup>34</sup> Dies erkennt auch Schlette (2000, S. 118), Fußn. 13, der daraus indes den – in der Logik seiner Untersuchung treffenden – Schluss zieht, dem Begriff des Vertragszwecks komme im Rahmen der Gegenstandstheorie keine eigenständige Bedeutung zu.

<sup>35</sup> Dies lässt sich aus der Formulierung bei Ehlers (2006, § 40, Rdn. 317) folgern.

rensrechtliche Zuständigkeit eines Trägers hoheitlicher Gewalt fällt und dieser gerade in Wahrnehmung dieser Funktion Vertragspartner ist. Im Sinne der oben geprägten Terminologie kann der Hoheitsträger, der diese Voraussetzung der Vorbehaltslehre erfüllt, als *Aufgabensubjekt* bezeichnet werden.

Ließe man diese von der Vorbehaltslehre formulierte Voraussetzung außer Acht, so wären damit auch solche Verträge in den öffentlichen Rechtskreis einbezogen, bei denen nur das Aufgabenobjekt Vertragspartner ist, nicht aber das öffentlich-rechtliche Aufgabensubjekt. Folge wäre, dass z. B. ein, die Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe bezweckender, zwischen einem Bürger und einer für die Verwaltung handelnden Privatrechtsperson bestehender Vertrag auch dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre, wenn dieser Verwaltungsmittler weder als Beliehener<sup>36</sup> noch als unselbstständiger Verwaltungshelfer qualifiziert werden kann. Das ist aber von der Rechtsprechung abgelehnt worden, die solche Verträge – im Sinne der hier vertretenen Lehre zu Recht – dem Privatrecht zugeordnet hat. So ist etwa das Verhältnis zwischen einem privatrechtlich verfassten Kreditinstitut, das im Rahmen eines staatlichen Wirtschaftsförderungsprogramms Förderbeträge *im eigenen Namen* ausreicht, und dem Förderungsempfänger zivilrechtlicher Natur.<sup>37</sup> Gleiches gilt für die nicht auf Verleihung beruhende Vergabe öffentlich-rechtlicher Zuwendungen durch eine privatrechtliche Stiftung<sup>38</sup>.

Im Folgenden will ich die bis hierher gewonnenen Erkenntnisse zusammenfassen: Ein Vertrag zwischen einer Behörde und einem Dritten ist meiner Theorie zufolge (mit der oben geschilderten Ausnahme gesetzesakzessorischer Verträge) nur dann öffentlich-rechtlich, wenn die folgenden drei Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- Der Abschluss des Vertrages bezweckt mittelbar oder unmittelbar die Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe.
- Eine der Vertragsparteien ist ein Träger hoheitlicher Gewalt, in dessen Zuständigkeit die Erledigung dieser hoheitlichen Aufgabe fällt und der sich gerade in Wahrnehmung dieser Funktion an dem Vertrag beteiligt (das Aufgabensubjekt).
- Die andere Vertragspartei gehört dem Personenkreis an, an dem die im Vertragszweck liegende hoheitliche Aufgabe zu erfüllen ist (das Aufgabenobjekt) und sie ist ebenfalls gerade in Wahrnehmung dieser Funktion an dem Vertrag beteiligt.

In einem Satz: *Ein Vertrag ist öffentlich-rechtlich, wenn er von einem Träger hoheitlicher Gewalt zur Erfüllung einer in seinem Zuständigkeitsbereich liegenden hoheitlichen Aufgabe an der anderen Vertragspartei geschlossen wird.*

Im Folgenden möchte ich ausgehend von der Grundsituation des „normalen“ Vertrages eine graphische Darstellung der Ansatzpunkte aller vier Lehren versuchen, um zu verdeutlichen, wie sie aufeinander aufbauen bzw. sich sinnvoll ergänzen:

36 Vom Vertrag mit dem Bürger getrennt zu betrachten ist indes die so genannte Delegationsvereinbarung vermittelt welcher die Verwaltung die eigentlich ihr obliegende Aufgabe auf den Beliehenen, Verwaltungshelfer oder sonstigen Verwaltungsmittler überträgt. Vgl. hierzu Kopp-Schenke (15. Aufl., § 40 VwGO, Rdn. 9) sowie Ehlers (1984, S. 449); hingegen zum Begriff der Beliehenen, Verwaltungshelfer und sonstigen Verwaltungsmittler bzw. zu deren gegenseitiger Abgrenzung: Kopp-Schenke (15. Aufl., § 40 VwGO, Rdn. 14 ff.).

37 BGH v. 7. Dezember 1999, NJW 2000, 1042f.

38 BVerwG v. 6. März 1990, DVBl 1990, 712 f.

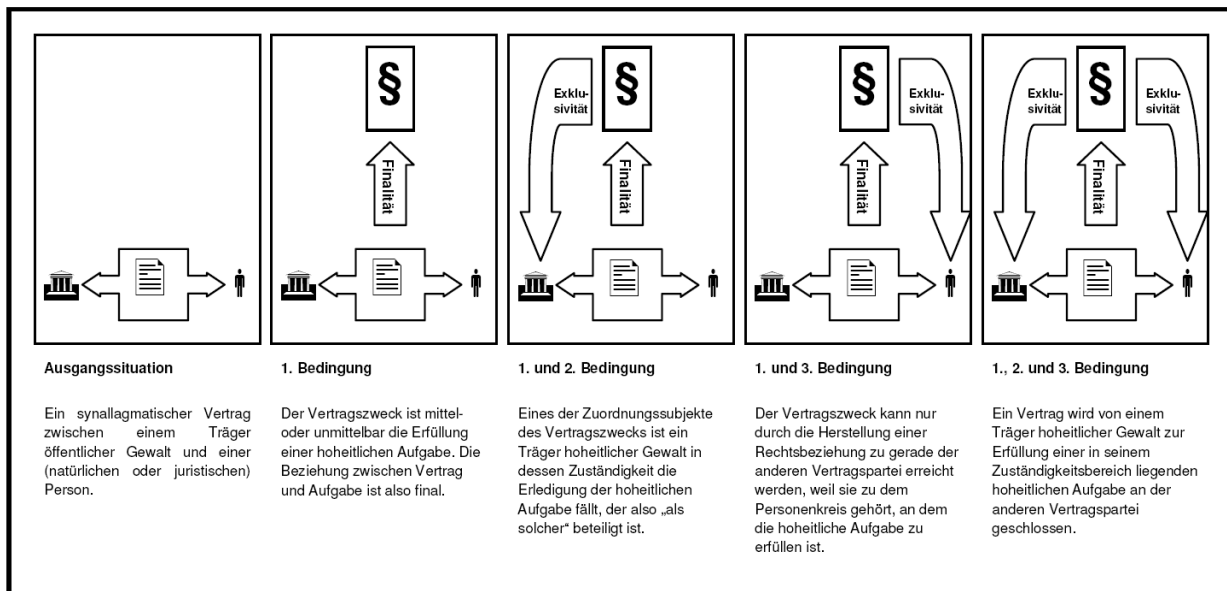


Abb. 1: Graphischer Vergleich der Ansatzpunkte der dargestellten Theorien zur Abgrenzung der öffentlichrechtlichen von den privatrechtlichen Verträgen

Quelle: Eigene Darstellung

Hieraus folgt für den abstrakt ins Auge gefassten Ausgangsfall eines Vertrages zwischen hoheitlichem Bedarfsträger und Beschaffungsbehörde das Folgende: Der Beschaffungsvertrag ist regelmäßig privatrechtlicher Natur, da die Beschaffungsbehörde nicht dem Personenkreis angehört, an dem die hoheitliche Aufgabe, deren Erledigung der Vertrag letztlich ermöglichen soll, zu erfüllen ist. Die Wahl des Vertragspartners ist aus Sicht des Bedarfsträgers willkürlich. Er könnte den betreffenden Auftrag in Ansehung seiner hoheitlichen Aufgabe genauso gut einer Privatrechtsperson erteilen.

Ergänzend ist insoweit zu vermerken, dass es unsinnig wäre, die vom Vertrag bezweckte hoheitliche Aufgabe in der Beschaffung zu erblicken, da diese gegenüber der hoheitlichen Aufgabe des die Beschaffung in Anspruch nehmenden Bedarfsträgers nur untergeordnete, respektiv dienende Funktion hat. Genau diesen Fehler scheint allerdings implizit das OVG Berlin-Brandenburg zu begehen, wenn es – wie oben beschrieben – zur Einordnung des Vertrages, anders als noch die Vorinstanz, auf die Aufgaben des ITDZ gemäß ITDZG und nicht auf die des Studentenwerks gemäß BAföG abstellt.

Im Übrigen ändert selbst die vom VG Berlin angeführte Existenz gesetzlicher Beschränkungen der Delegation hoheitlicher Aufgaben an Private nichts an der grundsätzlichen Richtigkeit der oben beschriebenen Kriterien der Zuordnung eines Vertrages, der die Erfüllung dieser Aufgaben bezweckt. Z. B. lässt sich auch aus der behördlichen Pflicht zur Anwendung besonderer Geheimhaltungs- oder Datenschutzvorschriften kein zwingender Rückschluss auf den Charakter des Vertrages ziehen, der die Verarbeitung davon betroffener Daten und Informationen durch Dritte bezweckt.<sup>39</sup> Im Ausgangsfall unterstreicht der auf BAföG-Daten anwendbare § 80 SGB X gerade die Möglichkeit der Leistungs-

<sup>39</sup> So auch Ehlers (1984, S. 203), dort: Fußn. 170.

erbringung durch Private, indem er die Verarbeitung von (auch BAföG-Daten umfassenden) Sozialdaten durch diese zwar beschränkt, aber eben nicht gänzlich verbietet.

### 3. Weitere Gedanken zur Abgrenzung

Im Folgenden sollen am Beispiel des Ausgangsfalles noch ein paar weitere Gedanken entwickelt werden, die das Ergebnis der grundsätzlichen Zuordnung von zwischenbehördlichen Beschaffungsverträgen zum Privatrecht stützen.

#### a) Amtshilfe

Das VG Berlin hatte im Ausgangsfall die Amtshilfenvorschriften der §§ 4 ff. VwVfG als weiteres Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Leistungsbeziehung zwischen ITDZ und Studentenwerk angeführt. Da die vom ITDZ erbrachten Leistungen dem Studentenwerk bei der Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgabe dienen, stelle die Leistungsbeziehung eine Amtshilfe im Sinne des § 4 VwVfG dar. Das durch § 4 Abs. 2 Berliner Verwaltungsreform-Grundsätze-Gesetz<sup>40</sup> vorgeschriebene, arbeitsteilige Vorgehen der Berliner Behörden normiere praktisch einen besonderen Fall von Amtshilfe. Dem Verwaltungsgericht ist zuzugeben, dass die Qualifikation einer behördlichen Handlung als Amtshilfe grundsätzlich dazu führen muss, dass ein Rechtsstreit über diese Handlung öffentlich-rechtlich ist.

Allerdings ist die für vertragliche Leistungsbeziehungen typische, plangemäße Erbringung von Leistungen inkongruent mit den Tatbestandsvoraussetzungen der Amtshilfe. Amtshilfe sind nämlich nur solche Hilfstätigkeiten, die aus besonderem Anlass im Einzelfall gewährt werden. Regelmäßige, dauernde oder wiederkehrende Tätigkeiten fallen nicht unter den Begriff der Amtshilfe (Kopp-Ramsauer 2005, § 4 VwVfG, Rdn. 13). Die vorliegend untersuchten Leistungsvereinbarungen werden aber weder aus besonderem Anlass noch im Einzelfall erteilt, da sie im Sinne der oben dargestellten Konzepte des NSM ja gerade den regelmäßigen Fall der Tätigkeit der Beschaffungsbehörde darstellen. Es ist also festzustellen, dass zwischenbehördliche Beschaffungsvereinbarungen mit Sicherheit gerade keine Amtshilfe im Sinne der §§ 4 ff. VwVfG sind. Daher kann aus diesen Vorschriften auch nicht gefolgert werden, es handele sich dabei um öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen. Dasselbe gilt allerdings auch umgekehrt: Die Tatsache, dass eine Leistung von Behörde zu Behörde keine Amtshilfe ist, führt nicht automatisch zur Einordnung als privatrechtliche Leistungsbeziehung. Vielmehr lassen sich gerade nach dem eben Gesagten auch öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen zwischen Behörden denken, die nicht zugleich Amtshilfe sind, nämlich dann, wenn sie nicht aus besonderem Anlass oder im Einzelfall zustande kommen. (So sind z. B. die oben beschriebenen, gesetzesakzessorischen oder einen Verwaltungsakt ersetzenden Verträge auf jeden

---

40 VGG v. 17. Mai 1999, GVBl Bln 1999, S. 171, in der Fassung v. 21. Dezember 2005, GVBl Bln 2005, S. 10.

Fall als öffentlich-rechtlich einzuordnen, obwohl es sich dabei nicht um Amtshilfe handelt.) Die Vorschriften über die Amtshilfe vermögen daher keinerlei Beitrag zur Einordnung einer zwischenbehördlichen Beschaffungsvereinbarung zum öffentlichen oder Privatrecht zu leisten, da der Begriff der Amtshilfe und der Begriff des Vertrages sich gegenseitig ausschließen.

## **b) Verpflichtung auf betriebswirtschaftliches Verhalten als Errichtungsmotiv**

Einfluss auf die Einordnung der Leistungsbeziehung könnte indes die wirtschaftliche Ausrichtung der Beschaffungsbehörde haben. So war z. B. das ITDZ im Ausgangsfall gemäß § 8 Abs. 1 ITDZG<sup>41</sup> bei der Führung seiner Geschäfte zur Einhaltung „kaufmännischer Grundsätze“ verpflichtet. Der Terminus ist gesetzlich nicht definiert, findet aber z. B. Anwendung in der Auslegung der Vorstandspflichten gemäß § 93 AktG. Demnach beinhaltet der Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nach h. M. eben auch die Verpflichtung zur Einhaltung besagter kaufmännischer Grundsätze. Die Einführung dieser Grundsätze in die behördliche Tätigkeit ist ein weiteres Konzept des NSM und hat daher schon seit längerem eine zunehmende Tendenz.<sup>42</sup> Sie bezweckt primär die Umstellung der Kameralistik mit ihrer auf Einnahmen und Ausgaben gerichteten Betrachtungsweise auf die betriebswirtschaftliche Buchführung (Doppik), d. h. die Umstellung dieser Betrachtungsweise auf Aufwendungen und Erträge. Im Zuge dessen verpflichtet sie die betroffenen Verwaltungsträger darüber hinaus auch zu betriebswirtschaftlichem Verhalten. Meines Erachtens ist die Möglichkeit der privatrechtlichen Gestaltung von Kundenbeziehungen eine notwendige Voraussetzung solch betriebswirtschaftlichen Verhaltens.

So finden sich z. B. in der Begründung zum ITDZG Stellen, die darauf hindeuten, dass betriebswirtschaftliches Verhalten aus der Sicht des Gesetzgebers auch den Abschluss von Verträgen privatrechtlichen Charakters mit den Kunden der Anstalt beinhaltet. In der Einzelbegründung zu § 2 Abs. 3 (in dem die Vergaberechtsfreiheit der Beauftragung des ITDZ durch die Stellen des Landes Berlin festgelegt wird) heißt es etwa: „Absatz 3 gibt der beauftragenden Stelle darüber hinaus die Möglichkeit, im Einzelfall bei Bedarf fachliche Weisungen zu erteilen. Dies kann im Einzelfall zur Gewährleistung der ordnungsgemäßen Erfüllung hoheitlicher Aufgaben erforderlich sein, auch wenn die Leistungsbeziehung grundsätzlich vertraglich definiert ist.“<sup>43</sup> Etwas deutlicher wird insoweit die allgemeine Begründung zur Umwandlung des vormaligen Landesbetriebes in eine Anstalt

41 Ähnlich z. B. auch § 11 des Staatsvertrages zwischen Schleswig-Holstein und Hamburg vom 27. August 2003, GVBl Schl.-H. 2003, S. 57, HmbGVBl 2003, S. 590, in der sich aus dem Staatsvertrag zur Änderung des Dataport-Staatsvertrages zwischen Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein, Hamburg und Bremen vom 18./20./24. Oktober 2005 ergebenden Fassung, GVBl Meckl.-Vorp. 2005, S. 620, GVBl Schl.-H. 2005, S. 574, HmbGVBl 2005, S. 485, GBl HB 2005, S. 615; sowie auch § 14a LOG NRW, GVBl NRW 1962, S. 421, zuletzt geändert durch Artikel 10 d. 2. ModernG v. 9. Mai 2000, GVBl NRW, S. 462.

42 So für LHO-Betriebe z. B. Meinert (2006, S. 48 ff.) (Ziffer 3.1.1.1.4) und König (1999, S. 322 [327]), jeweils mit weiteren Beispielen.

43 Drs. des Abgeordnetenhauses von Berlin Nr. 15/3080 vom 18. August 2004, S. 9.

öffentlichen Rechts: „Zwischen dem LHO-Betrieb und den Dienststellen der Berliner Verwaltung können keine rechtlich durchsetzbaren Verträge mit verbindlichen Haftungs- und Pönal-Klauseln abgeschlossen werden, da LHO-Betrieb und Dienststellen Bestandteil derselben Rechtsperson sind“.<sup>44</sup> Ziel des Gesetzgebers war also offensichtlich, die neue Körperschaft mit der Möglichkeit zum Abschluss von Verträgen mit Stellen des Landes Berlin auszustatten, die typisch zivilrechtliche Elemente aufweisen und „rechtlich durchsetzbar“ sind.

Folgte man nun der Argumentation der beiden Instanzen im Ausgangsfall, so wäre dem ITDZ der ihm vom Gesetzgeber offensichtlich vorbestimmte Weg verschlossen. Denn die Konsequenz der von den Gerichten angewandten Gegenstandstheorie bzw. Vorordnungslehre wäre letztlich, dass praktisch alle Leistungsbeziehungen, welche das ITDZ mit Stellen des Landes Berlin (oder dritten öffentlich-rechtlichen Körperschaften und deren Organen) eingeht, als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren wären, da man unterstellen darf, dass diese Leistungsbeziehungen den leistungsberechtigten Kunden des ITDZ in schlechterdings allen Fällen der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dienen. Damit bliebe dem ITDZ die Handlungsform des Zivilrechts auf seinem hauptsächlichen Geschäftsfeld versagt. Dem Gesetzgeber ist aber zuzustimmen, wenn er aus der Verpflichtung auf die Einhaltung kaufmännischer Grundsätze generell die Möglichkeit zur Eingehung zivilrechtlicher Leistungsverpflichtungen deduziert. Denn nur das Zivilrecht bietet der betriebswirtschaftlich tätigen Behörde die Möglichkeit, ihrem Anstaltsauftrag nach kaufmännischen Grundsätzen, d. h. „wie ein sorgfältiger Kaufmann“ nachzukommen, da sie – wie oben bereits bemerkt – in der Lage sein muss, die maßgeblichen Lieferbedingungen der eigenen Lieferanten in den Verträgen mit ihren behördlichen Kunden zu spiegeln.

Dem könnte man nun entgegenhalten, dass ja auch die Einordnung der Leistungsbeziehung als öffentlich-rechtlicher Vertrag die Anwendung zivilrechtlicher Normen nicht ausschließt, sondern deren Anwendung vielmehr durch § 62 S. 2 VwVfG sogar ausdrücklich zugelassen ist. Auf dieser Basis ließe sich argumentieren, dass dem Willen des Gesetzgebers genügt würde, wenn man die Kundenvereinbarungen des ITDZ im Ausgangsfall als öffentlich-rechtlichen Vertrag ansieht, auf den zivilrechtliche Regelungen nach Bedarf Anwendung finden. Die streitbefindliche Leistungsbeziehung der Parteien könnte in diesem Sinne ein öffentlich-rechtlicher Werkvertrag sein. Eine solche Ansicht erkennt jedoch, dass ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gemäß § 54 VwVfG nur dort vorliegt, wo „ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ geregelt wird. Dass dies hier aber gerade nicht der Fall ist, wurde schon gezeigt. Es ist dann aber auch nicht möglich, eine an sich privatrechtliche Vereinbarung mit Hinweis auf § 62 S. 2 VwVfG in einen öffentlich-rechtlichen Vertrag umzudeuten.

---

44 a. a. O., S. 8.

### c) **Zivilrechtliche Leistungsbeziehung und Verwaltungsverfahrens- und -prozessrecht**

Ein weiteres Argument für die Zuordnung zwischenbehördlicher Beschaffungsverträge zum Zivilrecht kann vor dem Hintergrund der regelmäßigen Verpflichtung der beauftragten Behörde auf die Anwendung „kaufmännischer Grundsätze“ auch aus prozessualen Erwägungen geschöpft werden. Wie bereits aufgezeigt, war dem Gesetzgeber im Falle des ITDZ daran gelegen, dasselbe durch Errichtung als rechtsfähige Anstalt in die Lage zum Abschluss von Verträgen zu setzen, die „rechtlich durchsetzbar“ sein sollen. Würde man indes eine Leistungsbeziehung, wie die des ITDZ zu seinen behördlichen Kunden als öffentlich-rechtlich einordnen, so wäre die betreffende Beschaffungsbehörde zur Durchsetzung ihrer Ansprüche nicht nur in diesem Fall, sondern – im Sinne der Argumentation des Verwaltungsgerichts Berlin – hinsichtlich schlechterdings aller ihrer Kundenverträge auf die Instrumente der VwGO verwiesen, während die ZPO unanwendbar bliebe. Dies hätte z. B. zur Folge, dass die mit einem entgeltlichen Auftrag betraute Behörde ihre säumigen Kunden aus dem Kreise der öffentlichen Hand nicht durch Einleitung des Mahnverfahrens (§§ 688 ff. ZPO) in Zugzwang bringen könnte.<sup>45</sup>

Im Ausgangsfall, wo neben dem Studentenwerk auch die BAföG-Ämter der Berliner Bezirke als Schuldner des Vergütungsanspruchs des ITDZ in Frage kamen, hätte dem ITDZ auf dem Boden der ZPO zudem das Instrument der Streitverkündung (§§ 72 ff. ZPO) zu Gebote gestanden, um das Prozessgericht eines Rechtsstreits gegen die Berliner Bezirke an die Sachverhaltsfeststellungen des Verfahrens gegen das Studentenwerk zu binden. Die VwGO kennt ein solches Institut nicht. Dem ITDZ würde also im Verwaltungsprozess das theoretische Risiko drohen, in beiden Rechtsstreitigkeiten zu unterliegen, wenn die beiden Spruchkörper zu unterschiedlichen Tatsachenfeststellungen gelängen. Auch an diesen zwei Beispielen lässt sich erkennen, dass eine gesetzliche Verpflichtung der behördlichen Auftragnehmerin auf die Einhaltung kaufmännischer Grundsätze und damit wohl die Verwendung zivilrechtlicher Vertragstypen und typisch privatrechtlicher Klauseln, bei gleichzeitiger Versagung des Zivilrechtswegs und des Konfliktinstrumentariums des Zivilprozessrechts, eine asymmetrische Situation erzeugt. So wäre das ITDZ gegenüber privatrechtlichen Konkurrenzunternehmen wesentlich benachteiligt.

Umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass der Sinn der von ihren zivilrechtlichen Korrelaten abweichenden Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag wesentlich im Schutz des Bürgers als typischem Vertragspartner besteht (Schlette 2000, S. 16 f.). Sie tragen seiner strukturellen Unterlegenheit Rechnung. Der Regelungszweck der §§ 54 ff. VwVfG erfordert daher gerade keine Anwendung dieser Vorschriften auf einen zivilrechtlich geprägten Austauschvertrag zwischen zwei Behörden.

<sup>45</sup> Weitere Unterschiede im Kampfinstrumentarium aufzeigend: Schlette (2000, S. 116).



### III. Gesamtergebnis

Der Beschaffungsvertrag zwischen Bedarfsträgerbehörde und Beschaffungsbehörde ist regelmäßig privatrechtlicher Natur. Dies folgt aus einer kombinierten Anwendung der Gegenstands- und der Aufgabentheorie sowie der Vorbehaltslehre auf diese Konstellation. Für die Zuordnung zwischenbehördlicher Beschaffungsverträge zum Zivilrecht sprechen im Übrigen regelmäßig auch gesetzgeberische Motive bei der Einrichtung zentraler Beschaffungsorgane, wenn diese nämlich den neu geschaffenen Behörden die Einhaltung betriebswirtschaftlicher Grundsätze auferlegen.

#### Abstract

*Thomas Elbel; Legal recourse regarding contracts between a public procurement agency and its public customer entities*

*Contracts on goods and services; inter-agency procurement contract; legal recourse; public customer entities; public procurement agencies; theory of function; theory of parties' identity; theory of previous order; theory of special privilege; theory of the subject matter of the contract*

*In the conventional setup of a German government agency the function of procurement was usually carried out by the legal entity requiring the services or goods to be procured. The implementation of a public reform concept called the "Neues Steuerungsmodell" (New Governance Model) by a majority of German municipal administrations changed this situation in three distinctive steps. Its adaptation of private sector business methodologies first leads to a centralization of the function of procurement then followed by the budgetary and ultimately the legal spin-off of the procuring entity. The independent public procurement agencies resulting from this process would lean on civil contract law principles when formally redesigning the legal relations with their public customer entities.*

*This article seeks to answer the question of proper legal recourse with regard to disputes arising from such "inter-agency procurement contracts". Whilst the public nature of the government tasks provided for by the act of procurement and of the entities involved seems to indicate the administrative courts' jurisdiction, the use of civil law contract principles on the other hand rather suggests jurisdiction of the ordinary courts of law. Based on the major theories on distinction of civil law contracts from their public law counterparts a procurement contract entered into by two public entities is public in nature only if it complies with the following three requirements: (i) The ultimate purpose of the contract is the discharge of a governmental task. (ii) One of the parties is a government agency responsible for the discharge of such task and it is entering into the contract on the basis of this capacity. (iii) The other party belongs to the group of addressees of*

*the governmental task and has been chosen by the obliged party on the basis of this capacity.*

*With respect to the issue at hand it can then be stated that the application of this rule to “inter-agency procurement contracts” clearly reveals their civil nature, since the demanding agency may in most cases legitimately satisfy its demand by contracting private entities hence not fulfilling the third of the above requirements. Moreover the fact that the procurement agencies’ incorporation statutes typically provide for the obligation to adhere to the principals of commercial business additionally underscores this result.*

## Literaturverzeichnis

- Barbey, Günther (1978), Wahrnehmung staatlicher Aufgaben in privatrechtlichen Handlungs- und Entscheidungsformen, in: WiVerw, Heft 2, S. 77-94.
- Bettermann, Karl-August (1966), Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21.12.1964, in: JZ, Heft 13, S. 445-447.
- Bierling, Ernst Rudolf (1883), Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, 2. Teil, Gotha.
- Ehlers, Dirk (1984), Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin.
- Ehlers, Dirk (2006), in: Friedrich Schoch, Eberhard Schmidt-Assmann und Rainer Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Stand: April 2006, München.
- Elbel, Thomas (2008), Wann sind Rechtsstreitigkeiten über Leistungsbeziehungen zwischen Beschaffungsbehörden und ihren Bedarfsträgern Insichprozesse? in: DVBl, Heft 7, S. 432-437.
- Kommunale Gemeinschaftsstelle (1993), Das Neue Steuerungsmodell: Begründung, Konturen, Umsetzung, Bericht Nr. 5.
- König, Michael (1999), Die Privatisierung im Landesorganisationsrecht, in: DÖV, Heft 8, S. 322-329.
- Kopp, Ferdinand und Wolf-Rüdiger Schenke (2007), Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., München.
- Kopp, Ferdinand und Ulrich Ramsauer (2005), Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl., München.
- Lange, Klaus (1983), Die Abgrenzung des öffentlichrechtlichen Vertrages vom privatrechtlichen Vertrag, in: NVwZ, Heft 6, S. 313-323.
- Leuthold, Carl Edwin (1884), Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte, in: Hirths Annalen des deutschen Reichs, Jahrgang 1884, S. 321-443.
- Marx, Fridhelm (2007), in: Hans-Peter Kulartz, Fridhelm Marx, Norbert Portz und Hans-Joachim Prieß, Kommentar zur VOL/A, Neuwied.
- Maurer, Hartmut (2006), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., München.
- Meinert, Markus (2006), Grenzen und Chancen der Organisationsform „Landesbetrieb nach § 26 LHO“, Potsdam.
- Mommson, Theodor und Paul Krüger (1908), Corpus Iuris Civilis, Vol. 1, 11. Aufl., Berlin.
- Pestalozza, Christian Graf von (1973), Formenmissbrauch des Staates, München.
- Scherzberg, Arno (1992), Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS, Heft 3, S. 205-215.
- Schlette Volker (2000), Die Verwaltung als Vertragspartner, Tübingen.
- Renck, Ludwig (2000), Der Rechtsweg im gerichtlichen Verfahrensrecht – Vertragshandeln und Realakte, in: JuS, Heft 10, S. 1001-1006.
- Schmidt, Rolf (2007), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Grasberg.
- Wolff, Hans Julius (1950/51), Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: AöR, Bd. 76, Jahrgang 1950/51, S. 205-218.