

steuert, den Plan entwirft und vorlegt. Diese „übergeordnete“ Rolle des Sozialarbeiters wird von ihm sogar teilweise erwartet, wenn der Klient Hilfe sucht und selbst nicht zu-rechtkommt.

III. Privatrechtlicher Vertrag

1. Begriff und Bindung an den Vertrag

Im englischen Recht versteht man unter einem Vertrag eine Vereinbarung, die rechtlich durchsetzbar ist oder jedenfalls rechtlich anerkannte Pflichten begründet.¹³⁴ Es findet sich auch häufig folgende Definition, die den Gedanken des Einverständnisses zwischen den Parteien betont, im Ergebnis aber dasselbe bedeutet: *A contract is a legally enforceable obligation between two or more people which is created by consent.*¹³⁵ Dabei ist die einvernehmliche Übernahme einer Verpflichtung nur wirksam, wenn für das Versprechen eine Gegenleistung (*consideration*) gewährt wird und wenn es sich um den Austausch von Versprechen handelt. Die bindende Wirkung des Vertrages ergibt sich nicht aus der Willensübereinstimmung allein, sondern erst aus dem Hinzutreten des Elementes der Gegenseitigkeit.¹³⁶ Abzugrenzen ist der Vertrag vom *agreement*, einer Vereinbarung, bei der die rechtliche Bindungswirkung fehlt.¹³⁷

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Legaldefinition des Vertrages. Es besteht aber Einigkeit über die ihn konstituierenden Elemente. Dazu gehört die Willensübereinstimmung zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten, die auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist.¹³⁸ Dieser sog. Rechtsbindungswille muss sich auch auf den Konsens über die rechtliche Verbindlichkeit der Abrede erstrecken.¹³⁹

Die Gegenseitigkeit der Leistungspflichten kennzeichnet weder im deutschen noch im englischen Recht den Begriff Vertrag. Es gibt neben dem gegenseitigen (*bilateral contract*) Vertrag auch einseitig verpflichtende (*unilateral contract*) und unvollkommen zweiseitige Verträge (*formal contract*). Dabei zeichnet den gegenseitigen Vertrag aus, dass (zumindest einzelne) Leistungspflichten im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen, was bedeutet, dass jede Partei die Pflicht nur übernommen hat, weil sie von der anderen Partei eine Gegenleistung erhalten wird („do ut des“ beziehungsweise Synallagma). Der einseitig verpflichtende Vertrag (z.B. die Schenkung gem. §§ 516 ff BGB) begründet nur Verpflichtungen einer Partei, während beim unvollkommen zwei-

134 So die Definition bei *Atiyah*, *An introduction to the law of contract*, 1995, S. 37; *Beatson*, *Anson's law of contract*, 2002, S. 2.

135 *Jewell*, *An introduction to English contract law*, 2002, S. 21.

136 *Henrich/Huber*, *Einführung in das englische Privatrecht*, 2003, S. 47.

137 *Bullinger*, *Vertrag und Verwaltungsakt*, 1962, S. 21.

138 *Palandt*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2009, Einf v § 145, Rn. 1; *Kramer*, in: *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, v § 145 Rn. 26; *Bork*, in: *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2003, Vorbem § 145 Rn. 1; *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 2, 1975, § 33, 2; *Larenz/Wolf*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2004, § 23 Rn. 9.

139 *Kramer*, in: *Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, 2006, v § 145 Rn. 26.

seitigen Vertrag (z.B. Leihe gem. §§ 598 ff BGB) die Verpflichtung zur Leistung nicht wegen der Gegenleistung eingegangen wird.¹⁴⁰

Die Bindung an den wirksamen Vertrag wird als Folge der Willensübereinstimmung betrachtet und tritt nur im Ausnahmefall nicht ein. Diesen Zusammenhang nennt das englische Recht *sanctity of contract*.¹⁴¹

Es besteht im englischen und deutschen Recht Übereinstimmung im Hinblick auf das Verständnis der Wirksamkeit eines privatrechtlichen Vertrages. Die Ähnlichkeit der beiden Rechtsordnungen, den privatrechtlichen Vertrag betreffend, lässt sich mit den gemeinsamen Wurzeln erklären. Sowohl das römische Recht als auch die Rechtsprechung englischer Gerichte prägten die frühe Phase der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und seiner Vorläufer. Besonders die Betonung des freien Willens des Einzelnen ist eine Gemeinsamkeit, die trotz anderer Weiterentwicklungen nie verloren ging.¹⁴² Dieser freie Wille ist gemeint, wenn von der rechtlichen Figur der Vertragsfreiheit die Rede ist.

2. Vertragsfreiheit

a) Historischer Hintergrund

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit (*freedom of contract*) entwickelte sich im 19. Jahrhundert in Deutschland und England und war Grundkategorie des Liberalismus.¹⁴³

Historisch betrachtet¹⁴⁴ diente die Idee von der Vertragsfreiheit dazu, bestehende Feudalbeziehungen zurückzudrängen und staatlichen Einfluss im Bereich der Vertragsfähigkeit auf ein Mindestmaß zu beschränken. Vertragsfreiheit steht auch für die Anerkennung des Einzelnen und seines freien Willens¹⁴⁵ und für die Erweiterung seiner Wahlmöglichkeiten.¹⁴⁶ Vertragsfreiheit im Sinn von „formaler Parität“ der Vertragspartner ist anerkannt, seit die grundsätzlich gleichberechtigte Mitgliedschaft jedes Bür-

140 Emmerich, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 2007, v § 320, Rn. 3 ff; *Brownsword*, Contract law, 2000, S. 3, 13 f.

141 Mitchell, The contracts of public authorities, 1954, S. 5 f.

142 Gordley, The philosophical origins of modern contract doctrine, 1992, S. 1 ff, 214 ff.

143 Sie gehört inzwischen zu den gemeinsamen Prinzipien des Privatrechts aller Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Dazu Hartkamp u.a., Towards a European Civil Code, 1998, S. 203 f; Kötz/Flessner, Europäisches Vertragsrecht, 1996, S. 6 f.

Das Prinzip von *freedom of contract* fand auch Anerkennung in Art. 1.1 der Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT), in Art. 1.102 der Principles of European Contract Law der Lando-Kommission (dazu Zimmermann, JZ 1995, S. 477 ff) und im UN-Kaufrecht (dazu Wasmer, Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht, 2004).

144 Aus vielen Collins, The law of contract, 2003, S. 22; Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 1 f; zur rechtshistorischen Forschung Abegg/Thatcher, GLJ 2004, S. 101 ff.

145 Diesen Gedanken formuliert Spieß, DVBl 1994, S. 1222 überspitzt so: „Selbstherrlichkeit und Willkür sind für privatautonome Lebensgestaltung kennzeichnend. Das Menschenbild, das der Privatautonomie vor Augen steht, ist das des frei und gleich gedachten, abstrakten Einzelmenschen, eines homo oeconomicus.“

146 Collins, The law of contract, 2003, S. 22; eingehend auch Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 5-9.

gers in der Rechtsgemeinschaft rechtlich verankert ist. Die „materielle“ Vertragsfreiheit¹⁴⁷ im Sinn von gleichen tatsächlichen Einwirkungschancen auf den Vertrag basiert auf der Idee eines fairen Marktes, wie er in der Realität wohl zu keiner Zeit gegeben war.¹⁴⁸ Vertragsfreiheit in diesem Sinne ist aufgrund tatsächlicher Entwicklungen (z.B. Standardverträge¹⁴⁹, Allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁵⁰) gefährdet. Auch gesetzgeberische Aktivitäten (z.B. Verbraucherschützende Regelungen¹⁵¹) und Gerichtsurteile (z.B. inhaltliche Kontrolle von Verträgen¹⁵²) wirken modifizierend.¹⁵³

b) Begriff und verfassungsrechtliche Garantie der Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit bedeutet, dass Rechtsbeziehungen zu anderen Personen durch private Vereinbarungen gestaltet werden können.¹⁵⁴ Sie hat nach herrschender Meinung zwei Elemente¹⁵⁵, die Abschlussfreiheit (*freedom to contract/party freedom*) und die Gestaltungs- oder auch Inhaltsfreiheit (*freedom of contract/term freedom*). Unter Abschlussfreiheit versteht man die Freiheit der Parteien, einen Vertrag abzuschließen oder dies nicht zu tun (sog. positive und negative Abschlussfreiheit). Gestaltungsfreiheit bedeutet, dass die Parteien in der inhaltlichen Gestaltung des Vertrags frei sind. Das Prinzip „pac-

147 Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 9.

148 Zweigert, „Rechtsgeschäft“ und „Vertrag“ heute, in: Caemmerer, FS Rheinwein, 1969, S. 503 f; Adomeit, NJW 1994, S. 2467 ff.

149 Trebilcock, The limits of freedom of contract, 1993, S. 119 f; Beatson, Anson's law of contract, 2002, S. 5 f.

150 Dazu ein Überblick bei Kötz/Flessner, Europäisches Vertragsrecht, 1996, S. 209-234; detailliert Roscher, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, 1974, S. 78 ff.

151 Zur deutschen und europaweiten Diskussion vgl. Nobel, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000, S. 30-50; 204-209; zur englischen Rechtslage Brownsword, Contract law, 2000, S. 47 ff; Beatson, Anson's law of contract, 2002, S. 5: Unfair Contract Terms Act 1977, in dem mit Hilfe einer *blacklist* eine Reihe von Ausschlussklauseln bei Verträgen für unwirksam erklärt wurden. In diese Richtung weisen auch der Sex Discrimination Act 1975, der Race Relations Act 1976 und die Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999.

152 Beginnend mit BVerfGE 81, 242 ff (Handelsvertreter); BVerfG, NJW 1994, S. 36 (Bürgschaften einkommens-, vermögensloser Familienangehöriger); vgl. für das englische Recht Hippel, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht, 1963, S. 40 ff.

153 Allgemein dazu Alexander, The limits of freedom of contract, in: Buckley, The fall and rise of freedom of contract, 1999, S. 103 ff; Posner, The decline of formality in contract law, in: Buckley, The fall and rise of freedom of contract, 1999, S. 61 ff; Brownsword, Contract law, 2000, S. 44 ff; so auch bereits früh Zweigert, „Rechtsgeschäft“ und „Vertrag“ heute, in: Caemmerer, FS Rheinwein, 1969, S. 503 f.

154 Di Fabio, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Nr. 101; Höfling, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, C Art. 2 Nr. 40; detailliert zu den unterschiedlichen Facetten des Begriffes Enderlein, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 71; für das englische Recht Harden, The contracting state, 1992, S. 3.

155 Teilweise wird die Auflösungsfreiheit als eigenständiges Element der Vertragsfreiheit genannt (z.B. Bettermann, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, 1952, S. 2), doch kann diese als Aspekt der Gestaltungsfreiheit aufgefasst werden. So auch Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 119.

ta sunt servanda“ gehört zu den wesentlichen Grundstrukturen des Vertragsrechts und bedeutet, dass der Inhalt der Verträge bindend ist.¹⁵⁶

Die Vertragsfreiheit ist damit eine besondere Ausprägung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beziehungsweise der Privatautonomie und insofern „Teil der zivilrechtlichen Entsprechung der allgemeinen Handlungsfreiheit“¹⁵⁷, die im deutschen Recht vorbehaltlich speziellerer Grundrechte¹⁵⁸ in Art. 2 Abs. 1 GG enthalten ist.¹⁵⁹ Im englischen Recht lässt sich eine verfassungsrechtliche Verankerung nicht ausmachen.¹⁶⁰ Die Handlungsfreiheit scheint dieser Formulierung nach nur im Privatrechtsverkehr Geltung zu haben¹⁶¹ und ist anerkannte Grundlage der Marktwirtschaft westlicher Prägung.¹⁶²

c) Kontrahierungszwang und gestörtes Verhandlungsgleichgewicht

Der Kontrahierungszwang (*compulsion to contract*) und das gestörte Verhandlungsgleichgewicht (*unequal bargaining power*) sind zwei Situationen, in denen das Prinzip Vertragsfreiheit beeinträchtigt scheint.

Die Abschlussfreiheit wird durch das Institut des Kontrahierungszwanges¹⁶³ beschränkt. Kontrahierungszwang bedeutet, dass eine Person verpflichtet ist, mit einer anderen Person einen Vertrag abzuschließen. Dieser Zwang kann gesetzlich angeordnet sein, wie z.B. bei der Versorgung mit Strom und Gas¹⁶⁴, oder sich als sog. „allgemeiner Kontrahierungszwang“ ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift aus allgemeinen Rechtsprinzipien¹⁶⁵ ergeben. Beiden Arten von Kontrahierungszwang ist gemeinsam, dass sie nur als zulässig angesehen werden, wenn eine Partei aus einer Monopol- oder marktbeherrschenden Stellung heraus ein höheres Verhandlungsgewicht hat als die andere. Mit Hilfe des Kontrahierungszwangs wird die stärkere Partei zum Schutz der

156 Zum deutschen Recht *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2009, Einf v § 145, Rn. 4a, *Kramer*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 2006, v § 145 Rn. 26, § 145 Rn. 19; zum englischen Recht *Brownsword*, Contract law, 2000, S. 36, 38, 43; *Harden*, The contracting state, 1992, S. 3.

157 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1 Nr. 101.

158 Dazu m.w.N. *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 133-140.

159 Seit BVerfGE 8, 249 ff in ständiger Rspr.; *Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 6, 2001, § 152 Rn. 56 ff; a.A. *Struck*, in: DuR 1988, S. 39 ff, der die Vertragsfreiheit nicht als Grundrecht ansehen will. Grundlegend *Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966; *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991.

160 *Beatson*, Anson's law of contract, 2002, S. 4.

161 *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 183-197 führt aus, dass die Vertragsfreiheit als unbenanntes Grundrecht von ihrer privatrechtlichen Wurzel verselbständigt ist und deshalb nicht von einer privatrechtlichen Ausformung abhängt.

162 Dazu detailliert *Spieß*, DVBl 1994, S. 1222 f.

163 Dazu bereits *Bydlinski*, Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), S. 1 ff; *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), S. 47 ff.

164 Z.B. für das englische Recht *Beatson*, Anson's law of contract, 2002, S. 6.

165 *Kramer*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 2006, v § 145 Rn. 13; a.A. aus § 826 BGB, weil sich der Schadensersatzanspruch im Wege der Naturalrestitution als Vertragsschluss realisiert; grundlegend *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920.

Schwächeren gebunden. Damit wird kein Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung des Vertrages ausgeübt.

Anders ist dies bei der Einschränkung der Gestaltungsfreiheit bei gestörtem Verhandlungsgleichgewicht¹⁶⁶ der Parteien zu sehen.¹⁶⁷

Gestaltungsfreiheit meint, dass die inhaltliche Freiheit der Vertragsparteien ihre Grenze nur an gesetzlichen Verboten oder der Sittenwidrigkeit sowie anderem zwingenden Recht findet, das aber einen weiten Spielraum bei den Vertragsparteien belässt.¹⁶⁸ Ferner ist Vertragsfreiheit (als sog. normativ konstituierte Freiheit) nur denkbar, wenn es eine staatliche Garantie der Durchsetzung der versprochenen Vertragsinhalte gibt. Ist nicht vorgesehen, dass die Inhalte auch verbindlich und durchsetzbar sind, fehlt der Vertragsfreiheit und damit auch der Gestaltungsfreiheit ein wesentliches Charakteristikum.¹⁶⁹ In England wird dieses Element der Vertragsfreiheit als *sanctity of contract* bezeichnet und damit betont, dass die ausgehandelten, in Ausübung freien Willens gefundenen Vertragsinhalte gerichtlich unantastbar sind, um die Freiheit des Einzelnen nicht über Gebühr einzuschränken.¹⁷⁰

Die Willensbetätigung in Ausübung der Gestaltungsfreiheit setzt voraus, dass das Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Vertragspartnern eine „Richtigkeitsgewähr“ in Bezug auf den Vertragsinhalt hervorbringt. Ein zwischen zwei ebenbürtigen Partnern ausgehandelter Vertrag birgt - so die Theorie - die Gewähr, dass Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Situationen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht und infolgedessen die Richtigkeitsgewähr gestört sind, entstehen dort, wo ein Vertragspartner aus faktischen (z.B. Informationsdefizit) oder wirtschaftlichen (z.B. Monopolstellung) Gründen weniger Verhandlungsmacht oder Verhandlungsspielraum hat als der andere. Typische Fälle sind das Arbeitsverhältnis¹⁷¹, das Verhältnis Unternehmer-Verbraucher¹⁷², aber auch Situationen, in denen allgemeine Geschäftsbedingungen eines Vertragsteils verwendet werden¹⁷³. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang auch Vertragssituationen, in denen die Annahme des Vertragsangebots unter der Prämisse *take it or leave it* steht.¹⁷⁴ Das bedeutet, dass ein Vertrags-

166 *Wellenhofer-Klein*, ZIP 1997, S. 775 schlägt insofern den Begriff „existenzielle Abhängigkeit“ vor, der sich aber nicht durchgesetzt hat und auch, wie sie selbst konstatiert, die allgemeine Unterlegenheit des Verbrauchers nicht erfasst. Diese stellt aber einen einzubeziehenden Anwendungsfall dar.

167 Betrachtet man das Problem gestörten Verhandlungsgleichgewichtes mit verfassungsrechtlichem Blick, ist zunächst zu klären, ob die inhaltliche Gestaltungsfreiheit innerhalb der Grenzen zwingenden Rechts besteht (so *Starck*, in: *Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1, Art. 2 Abs. 1 Rn. 136) oder ob zwingendes Recht eine Einschränkung der ansonsten bestehenden Freiheit darstellt (so *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 75).

168 *Kramer*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 2006, v § 145 Rn. 19.

169 *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 22.

170 *Brownsword*, Contract law, 2000, S. 37, 39 ff.

171 *Ferge*, EJSS 2000, S. 20 f; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 134 ff.

172 Dazu allgemein *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983.

173 Dazu ausführlich *Roscher*, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1974.

174 *Neumann*, VSSR 1993, S. 127 spricht von „Vereinbarungen auf Unterwerfung“.

partner den Vertragsinhalt bestimmt, ohne eine Verhandlung im Sinne des Wortes zuzulassen.¹⁷⁵

Für die Beseitigung dieser Defizite gibt es verschiedene Lösungsvarianten. Mögliche Extreme stellen die Ablehnung eines wirksamen und gerichtlich durchsetzbaren Vertrags oder die Ignorierung des gestörten Verhandlungsgleichgewichts dar. Dazwischen liegt die Variante einer regulierenden Tätigkeit des Staates z.B. durch Einführung von zwingenden, die schwächere Partei schützenden Regelungen im Vertragsrecht¹⁷⁶ oder durch eine gerichtliche Kontrollkompetenz¹⁷⁷ hinsichtlich des Inhalts des Vertrages zur Vermeidung von Benachteiligungen der schwächeren Partei.¹⁷⁸

Im englischen Recht wurde der Unfair Contract Terms Act 1977 eingeführt, durch den die oben beschriebenen Situationen eingeschränkten Verhandlungsgleichgewichts abgedeckt werden sollten. Eine *general doctrine of unequal bargaining power* hat sich nicht durchgesetzt, so dass andere Eingriffe in die Bindungswirkung geschlossener Verträge rechtlich nicht zulässig sind.¹⁷⁹

3. Die Verwaltung als Vertragspartner eines privatrechtlichen Vertrages

a) Verwaltungsprivatrecht im deutschen (Sozial-)Recht

Das Verwaltungsprivatrecht beschreibt im deutschen Recht die Möglichkeiten der (Sozial-)Verwaltung, sich privatrechtlicher Handlungsformen zu bedienen, und beantwortet die Frage, an welche Rechtssätze die Verwaltung in diesem Fall gebunden ist.¹⁸⁰ Der Bedarf an Handlungsformen des Privatrechts ist vor dem Hintergrund eines sich emanzipierenden Verwaltungsvertragsrechts zu sehen und weniger als „Flucht ins Privatrecht“, um öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entgehen.¹⁸¹

175 Trebilcock, The limits of freedom of contract, 1993, S. 119; Brownsword, Contract law, 2000, S. 61.

176 So z.B. Unfair contract Terms Act 1977 im englischen Recht, vgl. Fn. 151.

177 Wolf, JZ 1976, S. 42 f schlägt ein „subjektives Recht auf Vertragsschluss zu den Bedingungen des dispositiven Rechts“ vor, um die gerichtliche Kontrolle von Verträgen in Bezug auf Nebenbedingungen zu ersetzen. Problematisch erscheint dieser Vorschlag, weil er sich wegen der Beschränkung auf Nebenbedingungen nicht verallgemeinern lässt und nur greift, wenn dispositives Recht vorhanden ist. Der Vorschlag hat sich deshalb auch nicht durchgesetzt. Dazu Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 28-30.

178 Diese Berechtigung zur richterlichen Inhaltskontrolle verortet das Bundesverfassungsgericht in den Generalklauseln des BGB, insbesondere in § 242 BGB, und statuiert eine Pflicht zur Inhaltskontrolle bei Verträgen, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind. Dazu BVerfG, ZIP 1993, S. 1779; Spieß, DVBl 1994, S. 1222 ff; Wellenhofer-Klein, ZIP 1997, S. 774-781.

179 Dazu Brownsword, Contract law, 2000, S. 57 ff, 76, der die Entwicklung der Rechtsprechung ausführlich darstellt und bewertet.

180 Sehr detailliert zum Begriff Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 23-51.

181 So bereits Zezschwitz, NJW 1983, S. 1875 nach der Kodifizierung des verwaltungsrechtlichen Vertrages.

aa) Wahlfreiheit der Verwaltung

Gegenstand der Auswahlentscheidung der Verwaltung kann die Organisation des Verwaltungshandelns (z.B. Wahl der Benutzungsform¹⁸²) oder die Handlungsform selbst sein. Die Wahl der Organisationsform bleibt in der vorliegenden Arbeit außen vor. Zentral ist dagegen die sog. „Formenwahlfreiheit“¹⁸³, auch genannt das „Handlungsformenwahlrecht“¹⁸⁴.

Der Verwaltung steht kein Wahlrecht zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag zu, sondern grundsätzlich nur ein Wahlrecht bezüglich einseitiger oder vertraglicher Handlungsform, denn die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag hängt nach bislang herrschender Meinung nicht von der Beteiligung eines Verwaltungsträgers oder vom Willen der Vertragspartner, insbesondere der Verwaltung ab, sondern wird nach dem Vertragsgegenstand bestimmt (Gegenstandstheorie).¹⁸⁵ Da weder geklärt ist, was genau der Vertragsgegenstand ist, noch wann dieser dem öffentlichen Recht angehört, ist diese Abgrenzung ungenau. Sie ist aber immer noch der herrschende Ansatz in Rechtsprechung und Literatur. Folgt man der Gegenstandstheorie, ist es ausgeschlossen, dass ein Wahlrecht der Verwaltung besteht, da das Abgrenzungskriterium, Gegenstand des Vertrages, ein objektives ist, und somit auf den Willen der Vertragsparteien nicht abgestellt wird. Ohne Willensausübung ist aber die Annahme eines Wahlrechts nicht denkbar.¹⁸⁶

bb) Anwendungsbereich im Rahmen der Sozialverwaltung

Der Anwendungsbereich privatrechtlicher Verträge der Sozialverwaltung ist beschränkt. Ein ausdrückliches Verbot eines Handelns mit Hilfe privatrechtlicher Verträge ist nicht auffindbar, doch entsteht aus der rechtlichen Vorordnung vieler Anwendungsgebiete von Verträgen im Sozialrecht ein einheitliches Bild: In der Regel werden keine privatrechtlichen Verträge zwischen Bürger und Sozialverwaltung geschlossen.

Grund dafür ist, dass Sozialleistungsansprüche zwar unmittelbar auf Geld- oder Sachleistungen gerichtet sind, aber grundsätzlich in der Massenverwaltung auf der Grundlage eines Verwaltungsaktes erfüllt werden. Werden nun diese Sozialleistungen auf der Grundlage eines Vertrages erbracht, ist die Zuordnung zum öffentlichen Recht eindeutig. Gegenstand des Vertrages ist die Sozialleistung, die im Sozialrecht geregelt ist.

Problematisch ist die Zuordnung in den Fällen, in denen die Leistungserbringung durch Dritte (z.B. Verträge mit Personal-Service-Agenturen gem. § 37c Abs. 2 SGB III) erfolgt und das Verhältnis zwischen Leistungsträger und privatem Leistungserbringer

182 Grundlegend dazu *Fischedick*, Wahl der Benutzungsform, 1986, S. 7 ff.

183 Dazu m.w.N. *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 122 ff.

184 *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 2001, § 54 Rn. 91.

185 Z.B. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, S. 370 f; *Pickel/Marschner*, SGB X, Bd. 1, § 53 Rn. 14; *Engelmann*, in: *Wulffen*, SGB X, 2008, § 53 Rn. 7; dazu im Überblick m.w.N. *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 112 f.

186 So auch *Neumann*, DÖV 1992, S. 156; *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 665.

durch Verträge ausgestaltet wird. Hier ist zu prüfen, was der Vertragsgegenstand ist und ob dieser dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.¹⁸⁷

b) Government contracts im englischen Recht

aa) Begriff

Bei *government contracts* handelt es sich um Vereinbarungen, die zwischen der Krone¹⁸⁸ und einem Einzelnen, meist einem Unternehmen abgeschlossen werden, mit denen eine öffentliche Aufgabe erfüllt wird.¹⁸⁹

Die Krone kann sich wie jeder Private auf dem freien Markt betätigen und vertraglich binden. Sie hat dabei keine Sonderstellung rechtlicher Art.¹⁹⁰ Sie hat nach den Grundsätzen des *common law* rechtliche Handlungsfähigkeit, wenn der Vertrag sich innerhalb der Befugnisse des Staates bewegt und durch einen Beamten/Mitarbeiter (*crown servant*) innerhalb dessen Ermächtigung abgeschlossen wird.¹⁹¹ Auch andere Behörden beziehungsweise zum Handeln berechtigte Mitarbeiter können die Krone vertraglich binden, um ihre Aufgaben zu erfüllen oder die Aufgabenerfüllung zu vereinfachen. Ihre rechtliche Handlungsfähigkeit ergibt sich entweder aus dem Gesetz, durch das die Behörden begründet werden, oder aus Einzelermächtigungen.¹⁹²

Handelt es sich nicht um Verträge zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (fiskalische Geschäfte), ist das *contract law*, also das allgemeine Vertragsrecht ohne Besonderheiten anwendbar. Es liegen schlichte *common law contracts* vor.

Government contracts sind Verträge, die grundsätzlich auch dem *contract law* unterliegen.¹⁹³ Sie kommen durch zwei Willenserklärungen zustande, die freiwillig abgegeben worden sein müssen. Der Inhalt muss eindeutig bestimmt beziehungsweise bestimmbar und alle Aspekte der öffentlichen Aufgabe und deren Erfüllung müssen enthalten sein.¹⁹⁴ Es gibt bei ihnen aber Besonderheiten, die aus der direkten oder indirekten Beteiligung der Krone resultieren.

187 Hierzu detailliert *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 772-781.

188 Zum Begriff *Hogg*, Liability of the Crown, 1989, S. 9 f. "Although we now have a "constitutional monarchy", [...], the term "the Crown" has persisted as the name for the executive branch (but not the legislative branch) of government."

189 *Seddon*, Government contracts, 1999, S. 2 f; *Walsh* u.a., Contracts for public services, in: *Campbell/Vincent-Jones*, Contracts and economic organisation, 1996, S. 212, 218 f; *Pollard/Hughes*, Constitutional and administrative law, 1990, S. 57.

190 *Hogg*, Liability of the Crown, 1989, S. 159 f.

191 *Cane*, Administrative law, 2004, S. 295; im Einzelnen dazu *Hogg*, Liability of the Crown, 1989, S. 163-167 bzw. S. 168 f zum Handeln durch *crown servants*.

192 *Foulkes*, Administrative law, 1990, S. 414 f.;

193 Probleme von Verträgen, auf die das englische beziehungsweise europäische Vergaberecht Anwendung findet, werden in der vorliegenden Arbeit nicht behandelt. Dazu *Turpin*, Government procurement and contracts, 1989, S. 61 ff. Handelt es sich bei diesen Verträgen um solche, auf die Europarecht Anwendung findet, ist ein bestimmtes Verfahren einzuhalten, welches mit der European Community Service Directive 92/50/EEC [1992] OJL 209/1, die durch die Public Services Contracts Regulations 1993 (SI 1993/3228) in englisches Recht umgesetzt wurde, übereinstimmt.

194 *Selznick*, Law, society and industrial justice, 1969, S. 52-62; *Sainsbury/Kennedy*, Contracting welfare?, in: *Lunt/Coyle*, Welfare and policy, 1996, S. 117.

bb) Besonderheiten aufgrund der Beteiligung der Krone

(1) Doktrin der *ultra vires* und Local Government (Contracts) Act 1997

Das Handeln einer Behörde, deren Handlungsfähigkeit sich aus einem Gesetz ergibt, wird durch die Doktrin der *Ultra vires* bestimmt. Vereinfacht dargestellt bedeutet dies, dass jedes Handeln, insbesondere jeder Vertrag, der sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung hält, unwirksam ist.¹⁹⁵ Dies dient dem Schutz des Steuerzahlers vor ungesetzlichen (Zahlungs-)Verpflichtungen des Staates. Zum Schutz der privaten Vertragspartner, für die angesichts der Rechtsunsicherheit sonst Verträge mit öffentlichen Stellen zunehmend uninteressant sein könnten, sind im *Local Government (Contracts) Act 1997* Regelungen enthalten, die auch Verträge, die *ultra vires* sind, durchsetzbar (*enforceable*) machen, aber gleichzeitig vorsehen, dass die Handlungsfähigkeit der *public authority* im Wege von *judicial review* überprüft werden kann.¹⁹⁶

(2) Doctrine of executive necessity

Die Krone kann sich nicht darauf berufen, generell Verträge, die ihre Handlungsfreiheit zu stark einschränken, nicht erfüllen zu müssen.¹⁹⁷ Es kann jedoch Fälle geben, in denen die Nichteinhaltung eines Vertrages zur Aufrechterhaltung einer funktionierenden Verwaltung notwendig ist: Die *doctrine of executive necessity*¹⁹⁸ führt dazu, dass die Verwaltung nur dann folgenlos einen *government contract* nicht einhalten muss, wenn dagegen schwerwiegende Gründe sprechen.¹⁹⁹ Die Lehre entstammt der Entscheidung *Rederiaktiebolaget „Amphitrite“ v. The King*, in der ein Gericht entschied, dass der Staat einen Vertrag brechen darf, wenn sonst das Wohlergehen des Staates (*welfare of the State*), insbesondere in Kriegszeiten, in Gefahr wäre.²⁰⁰

Kritisiert wird an dieser Entscheidung, dass die Formulierung *welfare of the State* sehr weit ist, so dass Verträge mit dem Staat ein hohes Risiko der Nichteinhaltung durch den Staat beinhalten.²⁰¹ Allerdings ist die Krone weiterhin ein sicherer Vertragspartner, da in der großen Masse der Verträge die *doctrine of executive necessity* schlechthin irrelevant ist.²⁰² Die Gerichte gehen ferner davon aus, dass hinter der Nichteinhaltung des Vertrages eine politische Notwendigkeit stehen muss, nicht die bloße Unzufriedenheit mit dem Vertragspartner oder dem Vertragsinhalt.²⁰³

195 *Wade/Bradley*, Constitutional and administrative law, 1985, S. 687.

196 *Beatson*, Anson's law of contract, 2002, S. 212 f.

197 Crown proceedings Act 1947 sec. 1; dazu *Philips/Jackson*, Constitutional and administrative law, 2001, S. 737 f; *Cane*, Administrative law, 2004, S. 206-210.

198 *Foulkes*, Administrative law, 1990, S. 418 ff; *Philips/Jackson*, Constitutional and administrative law, 2001, S. 739 f.

199 *Seddon*, Government contracts, 1999, S. 169 ff.

200 *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. The King* [1920] 3 KB S. 500 [503].

201 *Mitchell*, The contracts of public authorities, 1954, S. 52-57.

202 *Turpin*, Government procurement and contracts, 1989, S. 87 ff; *Hogg*, Liability of the Crown, 1989, S. 169 ff; zu diesem Ergebnis kommt auch *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 374.

203 *Commissioners of Crown Lands v. Page* [1960] 2 QB S. 274 [291].

(3) Rule against fettering future executive action

Die *rule against fettering future executive action*²⁰⁴ besagt, dass sich die Verwaltung durch Verträge bei der Ausfüllung von Ermessensspielräumen nicht so stark binden darf, dass sie nicht mehr in Einklang mit ihren öffentlichen Aufgaben oder gesetzlich bestehenden Pflichten handeln kann (*incompatibility test*²⁰⁵). Die Rechtsfolgen einer Anwendung dieser Regel sind nicht abschließend geklärt. Verträge werden als (teilweise) unwirksam betrachtet²⁰⁶ oder als wirksam, aber nicht durchsetzbar²⁰⁷. Sie können auch schlechthin wirksam und durchsetzbar sein mit den Nachteilen, die für den Vertragspartner aus der Nichteinhaltung durch die Verwaltung resultieren, und eine Rückabwicklung wegen unrechtmäßiger Bereicherung (*unjust enrichment*) nach sich ziehen.²⁰⁸

cc) Judicial review

Judicial review ist das Verfahren, in welchem über die Rechtmäßigkeit (*lawfulness*) des Verwaltungshandelns entschieden wird.²⁰⁹ Überprüft werden können auch Verträge und andere Handlungen der Verwaltung, die in Ausübung einer *public function* vorgenommen werden.²¹⁰ Die Entscheidung trifft der *Administrative Court*, eine bestimmte Abteilung des *High Court*, die nur mit *judicial review* befasst ist.²¹¹ Die Besonderheiten dieses Verfahrens gegenüber *private law procedures* sind vielfältig und können nicht im Einzelnen dargestellt werden.²¹² Es handelt sich um eine gegenüber dem allgemeinen Verfahren eingeschränkte Rechtsschutzmöglichkeit aufgrund von kurzen Klagefristen und Antragsvoraussetzungen (z.B. *sufficient interest*, *issue of public law*, *availability of alternative remedies*, etc.)²¹³ Bei der Prüfung sind stets auch die Vorgaben des Human Rights Act zu beachten.²¹⁴ Wichtig ist, dass im *judicial review* das Gericht eine Entscheidung nur aufheben, aber nicht durch eine eigene ersetzen kann. Sie kann lediglich eine Anweisung aussprechen, dass die Behörde im Sinn des Gerichts entscheidet (*direc-*

204 Birkdale District Supply Co Ltd. v. Southport Corp [1926] AC S. 355 [364]; Stringer v. Minister of Housing and Local Government [1979] 1 WLR S. 1281; dazu *Feldman/Birks*, English public law, 2004, S. 742 ff; *Cane*, Administrative law, 2004, S. 206 ff; *Craig*, Administrative Law, 2003, S. 540 ff.

205 *Craig*, Administrative Law, 2003, S. 541-545.

206 *Feldman/Birks*, English public law, 2004, S. 742.

207 *Wade/Forsyth*, Administrative law, 2004, S. 336.

208 Dazu ein Überblick bei *Seddon*, Government contracts, 1999, S. 186.

209 Civil Procedure Rules Rule 54.1 lautet: "This Section of this Part contains rules about judicial review. In this Section a 'claim for judicial review' means a claim to review the lawfulness of an enactment or a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function."

210 *Arrowsmith*, LQR 1990, S. 277 ff.

211 Civil Procedure Rules 2.1 Practice Direction part 54, zu dessen Entstehung *Cane*, Administrative law, 2004, S. 29.

212 Einführend *Cane*, Administrative law, 2004, S. 28-32; weiterführend *Lewis*, Judicial remedies in public law, 1992; *Woolf/Jowell*, Judicial review of administrative action, 2005.

213 Dazu *Harlow/Rawlings*, Law and administration, 1997, S. 530 ff.

214 Vgl. *Klug/O'Brien*, PL 2002, S. 649 ff zu den ersten Gerichtsentscheidungen seit dem Inkrafttreten des HRA.

tion).²¹⁵ Ferner darf das Gericht im *judicial review* die Entscheidung nicht inhaltlich voll überprüfen, sondern nur über die Übereinstimmung mit dem Recht beziehungsweise Gesetz entscheiden (*lawfulness*).²¹⁶

dd) Unterscheidung von *private law* und *public law*

Die *common law courts* lehnten vor der gesetzlichen Einführung eines *Administrative Court* die Unterscheidung zwischen *public law* und *private law* ab und nahmen damit die Krone im Rahmen der *common law* Grundsätze gegen Klagen einzelner Bürger, insbesondere auf vertraglicher Grundlage in Schutz.²¹⁷ Die Unterscheidung zwischen *private law* und *public law* ist in England seit jeher Anlass für heftige Diskussionen.²¹⁸ Zu beantworten ist die Frage, ob das *public law* als „Sonderrecht des Staates“ anzusehen ist.

Nach englischer Rechtstradition und dem Verständnis des Verhältnisses Bürger-Staat steht ein „Sonderrecht des Staates“²¹⁹ im Sinne eines *public law* in der Gefahr, eine Verschlechterung der Position des einzelnen Bürgers heraufzubeschwören. Man befürchtet, dass ein öffentliches Recht der Krone (auch mit Hilfe besonderer Gerichte) über die bestehenden Sonderpositionen hinaus zusätzliche Befugnisse verschafft und sie in eine dem Bürger übergeordnete Position bringt.²²⁰

Diese Bedenken manifestieren sich vor allem, wenn besondere Gerichte für Klagen gegen die Krone geschaffen werden sollen. Seien nicht die gleichen Gerichte wie für Klagen von Bürgern gegeneinander zuständig, könne sich eine Verschiebung von Befugnissen des Gesetzgebers auf die Gerichte im „öffentlichen Bereich“ ergeben. Allgemein herrscht großes Misstrauen gegenüber der Befugnis besonderer Gerichte, das vom Parlament beschlossene *public law* durch ihre Rechtsprechung „in unrichtiger Weise“ zu verändern.²²¹ Spiegelbildlich zu diesem Misstrauen verhält sich das Vertrauen in die Effizienz parlamentarischer Kontrollen.²²² Rechte, die in anderen Rechtsordnungen der

215 Civil Procedure Rules Rule 54.19.

216 Civil Procedure Rules Rule 54.1.

217 *Arrowsmith*, LQR 1990 (106), S. 290 f.

218 *Finn*, Public function - private action, in: *Benn/Gaus*, Public and private in social life, 1983, S. 93 ff; *Samuel*, MLR 1983 (46), S. 558 ff; *Woolf*, PL 1986, S. 220 ff; *Taggart*, "The peculiarities of the English": Resisting the public/private law distinction, in: *Craig/Rawlings*, Law and administration in Europe, 2003, S. 107 ff; aus rechtshistorischer Perspektive *Allison*, A continental distinction in the common law, 2000.

219 Dabei bleibt der Begriff des Staates nach deutschem Verständnis im englischen System unklar. Dort nimmt die Krone (*the Crown*) am ehesten diesen besonderen Status ein. Deren Sonderstellung zeigt sich an verschiedenen Stellen im Verfahren vor den *common law* Gerichten. Z.B. kann gem. Crown Proceedings Act 1947 sec. 25 die Verurteilung der Krone zur Zahlung einer Geldsumme nicht zwangsvollstreckt werden. Stattdessen wird lediglich ein *certificate of the amount due* ausgestellt, weil die Zahlungspflicht der Krone aufgrund dieser Bescheinigung per Gesetz angeordnet ist. Vgl. für weitere Beispiele *Cane*, Administrative law, 2004, S. 267 f; *Loughlin*, The state, the crown and the law, in: *Sunkin/Payne*, The nature of the crown, 1999, S. 33.

220 *Dicey*, Introduction to the study of the law of the Constitution, 1941 (1889), S. 183 ff; dazu *Cane*, Public law and private, in: *Eekellaar*, Oxford essays in jurisprudence, 1987, S. 61-64.

221 *Yardley*, Principles of administrative law, 1986, S. 1.

222 *Mitchell*, PL 1965, S. 100.

Judikative zustehen, z.B. die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Rechtmäßigkeit, werden im englischen System als entbehrlich angesehen, weil die Spielräume des Parlamentes nicht angetastet werden sollen.²²³ Dies geschieht mit dem Ziel, Einflüsse der Judikative zu beschränken. Neben Verfahren vor Gerichten führte man *administrative tribunals* ein, die dem Bürger (verwaltungsintern) Rechtsschutz gewähren sollen.²²⁴

Die Kriterien für die Abgrenzung *public law-private law* sind vor dem Hintergrund der Regelung rule 54.1 Civil Procedure Rules zu betrachten, die die Formulierung „*exercise of a public function*“ enthält:

(1) Source of power approach

Zunächst prüfen die Gerichte, ob die Rechtsquelle für die Handlungsbefugnis dem *common law* entstammt oder als eine vom Parlament erlassene Rechtsnorm anzusehen ist (*statutory power*). Während jede Handlung, die auf *statutory law* basiert, diesem Ansatz folgend auch einen Rechtsstreit im öffentlichen Recht hervorruft, ist wegen der Verfügbarkeit von *private law remedies* bei jedem Vertrag mit dem Staat hingegen *judicial review* ausgeschlossen. Dieser rein formale Ansatz, der sogenannte *source of power approach*²²⁵, wurde deshalb von der Rechtsprechung²²⁶ und der Rechtswissenschaft²²⁷ weiter entwickelt, weil er für sich genommen einen zu großen, gerichtlich nicht kontrollierbaren Bereich von Verwaltungshandeln ausklammert, das vertragliche Handeln. Im Gegenzug schließt er zunehmend durch Gesetze geregelte, früher dem *common law* unterliegende Fragen ein (Gestaltung des Vertragsrechts mit Hilfe von *statutes*).

(2) Nature of the power approach

Nach dem sog. *nature of the power approach*²²⁸ gehören Rechtsstreitigkeiten in den Bereich des *public law*, wenn die handelnde Stelle staatliche Gewalt ausübt (*public power*). Dabei besteht bei gewissen Institutionen Einigkeit (wie z.B. Ministerien), bei anderen ist die Abgrenzung nicht eindeutig (z.B. Gewerkschaften oder selbstverwaltete Institutionen, weil sie von der Organisationsstruktur privatrechtlich organisiert sind, aber indirekt staatliche Gewalt/state authority ausüben).²²⁹ Hinzu kommt, dass nach diesem Ansatz eine Rechtsstreitigkeit, deren Gegenstand aus einem Vertrag entstanden

223 *Philips/Jackson*, Constitutional and administrative law, 2001, S. 7; *Pollard/Hughes*, Constitutional and administrative law, 1990, S. 399. Aus diesem Grund gehört das Parlament aufgrund der *doctrine of Parliamentary supremacy* auch nicht dazu, wenn von der Krone die Rede ist. Vgl. *Cane*, Administrative law, 2004, S. 268.

224 *Wiesner*, Administrative Tribunals in Großbritannien, 1974.

225 *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC S. 237; kritisch *Morris/Fredman*, PL 1994, S. 69 ff.

226 *Regina v. Panel on Take-overs and Mergers, Ex parte Datafin Plc. and Another* [1987] QB S. 815; [1987] 2 WLR S. 699 (CA), diskutiert bei *Hunt*, Constitutionalism and the contractualisation of government in the United Kingdom, in: *Taggart*, The province of administrative law, 1997, S. 28 ff.

227 *Beatson*, LQR 1987, S. 47 ff; *Craig*, Public law and control over private power, in: *Taggart*, The province of administrative law, 1997, S. 198 f.

228 *Regina v. Panel on Take-overs and Mergers, Ex parte Datafin Plc. and Another* [1987] WLR 1987 S. 699 (CA); *R. v Advertising Standards Authority Ex p. Insurance Services* [1990] COD 42.

229 *Beatson*, LQR 1987, S. 50 f; *Craig*, Public law and control over private power, in: *Taggart*, The province of administrative law, 1997, S. 200 ff.

ist, nie mit *judicial review* überprüft werden kann, weil es nicht nur eine handelnde Stelle gibt. Dies erscheint nicht angemessen.²³⁰

(3) Functional approach

Ein anderer Ansatz geht von der Funktion der Unterscheidung zwischen *public law* und *private law* aus (*functional approach*).²³¹ Sie führt die dogmatische Unterscheidung beziehungsweise Unterscheidbarkeit darauf zurück, dass die dem Staat obliegenden Aufgaben erfüllt werden müssen, egal, in welcher Rechtsform das passiert.²³² Im Grunde lehnt diese Ansicht die grundsätzliche Unterscheidbarkeit ab und fordert eine konkrete Einzelfallentscheidung mit dem Ziel, Theorien über die Zuordnung zu *public law* oder *private law* überflüssig zu machen.²³³

(4) Stellungnahme

Die Einordnung in die Kategorien *public/private* fällt offenbar auch der englischen Rechtswissenschaft schwer. Die Lösung des *functional approach* lässt pragmatisch die Suche nach einer allgemein passenden Theorie fallen und wählt keinen dogmatischen Zugang. Sie stellt damit sicher, dass die Besonderheiten jedes Falles gewürdigt werden können und nicht allein wegen theoretischer Überlegungen eine geeignete Zuordnung unterbleibt. Diese Lösung enthält deshalb einen Ansatz, der auch für das deutsche Recht erwogen werden sollte.

IV. Vertrag im öffentlichen Recht

1. Der verwaltungsrechtliche Vertrag im deutschen Recht

a) Hintergrund und historische Entwicklung bis zur gesetzlichen Regelung

Im Jahre 1866 entwickelte *Otto Mayer* eine Lehre zum verwaltungsrechtlichen Vertrag als allgemeiner Handlungsform.²³⁴ Er verstand den „verwaltungsrechtlichen Vertrag“²³⁵ zwischen Staat und Bürger als zwei Verwaltungsakte, einen, der nach Zustimmung des Bürgers diesem eine Leistungspflicht auferlegt („Verwaltungsakt auf Unterwerfung“²³⁶) und einen, der die Entschädigung für die Leistung gewährt. *Mayer* konnte

230 *Feldman/Birks*, English public law, 2004, S. 90 f.

231 *Harlow/Rawlings*, Law and administration, 1997, S. 29 ff; *Harlow*, MLR 1980 (43), S. 241 ff; *Oliver*, PL 1997, S. 630 ff.

232 Zur Abgrenzung der Anwendung des Human Rights Acts mittels des Kriteriums *public function* vgl. *Oliver*, PL 2000, S. 476 ff.

233 So auch *Freedland*, Government by contract, in: *Craig/Rawlings*, Law and administration in Europe, 2003, S. 123 f; *Cane*, Administrative law, 2004, S. 13.

234 *Mayer*, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1998 (1886); *ders.*, AöR 1888 (3), S. 42 ff.

235 Anders beurteilt *Otto Mayer* die vertragliche Gestaltung des Verhältnisses zwischen zwei Trägern öffentlicher Gewalt. Hier erkennt er verwaltungsrechtliche Verträge an. Als ebenso möglich erachtet er, den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages zwischen Staat und „Untertan, wenngleich als eng begrenzte Ausnahme.“ Vgl. *Dewitz*, Der Vertrag in der Lehre Otto Mayers, 2004, S. 16-29.

236 Dazu *Schiedermair*, Der Verwaltungsakt auf Unterwerfung, 1968.