

gen wird die Geltung des *contract law* abgelehnt, weil der gesteuerten Verwaltungseinheit die *capacity to contract* fehlt. Sie sind rechtlich nicht eigenständig, sondern ebenso wie der andere Vertragspartner Teil der Krone.²⁹³

Ein anderer Anwendungsbereich sind die in der vorliegenden Arbeit als *government contracts* bezeichneten Verträge zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Auch für diese werden eigenständige Lösungen verlangt, z.B. gesetzliche Vorgaben für Standardverträge.²⁹⁴

Die Kritik an einer rechtlichen Ausgestaltung eines *public law contract* knüpft insbesondere daran an, dass die Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Regelungen schwierig wäre. Die verschiedenen Fälle, die vom Anwendungsbereich erfasst sein könnten, weisen zudem so unterschiedliche Facetten auf, dass eine gemeinsame vereinheitlichende Lösung für die Gegner einer solchen Lösung nicht vorstellbar erscheint.²⁹⁵

b) Inhaltliche Ausgestaltung eines *public contract law*

Die rechtliche Verankerung von Grundsätzen, die auf diese Besonderheiten eingestellt sind, wäre Ziel für die inhaltliche Ausgestaltung eines *public contract law*. Dieses müsste die virulenten Probleme, die durch die Nichtanwendung von *contract law* entstehen, beseitigen. Es handelt sich dabei bislang um nicht mehr als „*a project for public lawyers*“.²⁹⁶ Es geht vor allem um die Frage der Verantwortlichkeit für die Maßnahmen, welche die durch *framework documents* geschaffenen Stellen ergreifen (*accountability*). Dadurch dass es kein Verfahren im Falle eines Vertragsbruchs gibt, ist die Einhaltung des Vertrages nicht abgesichert.²⁹⁷ Hinzu kommt, dass der von den Maßnahmen betroffene Dritte, z.B. der Bürger, der Leistungen einer *executive agency* beansprucht, auf die vertragliche Ebene nicht Einfluss nehmen und ihre Erfüllung der Vereinbarungen des *framework document* nicht gerichtlich überprüfen lassen kann.²⁹⁸

V. Vertragsähnliches Verwaltungshandeln

1. Begriff

Die der Arbeit zugrunde liegende Definition von Kooperation²⁹⁹ beschränkt die zu beschreibenden Handlungsformen nicht auf die normierten Typen kooperativen Han-

293 Cane, Administrative law, 2004, S. 310 schreibt: “They are not ordinary contracts because such agencies remain part of the Crown, which, in law, is a single indivisible entity.”

294 Turpin, Government procurement and contracts, 1989, S. 114; Craig, Administrative law, 2003, S. 126 f.

295 Vincent-Jones, MLR 2002 (65), S. 627.

296 Freedland, PL 1998, S. 307. Davies, Accountability: A public law analysis of government by contract, 2001, S. 185 ff entwirft dazu einen Lösungsansatz und stellt damit, wie sie selbst schreibt, “a challenging agenda for future research” auf.

297 Freedland, PL 1994, S. 102.

298 Collins, Government contracts, 2002, S. 305 f.

299 Vgl. erstes Kapitel A I 1 S. 48.

delns und nimmt weder eine Eingrenzung auf einseitige Entscheidungen mit kooperativen Elementen noch auf Verträge vor, die privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Regelungen folgen. Dies hat seinen Grund darin, dass sich Handlungsinstrumente finden lassen, die auf einer Willenseinigung zwischen mindestens zwei Parteien über einen ausgehandelten Inhalt beruhen und den beschriebenen Formen des Vertrags nach bürgerlichem oder öffentlichem Recht nur ähnlich sind. Es handelt sich um verschiedene Formen informalen kooperativen Verwaltungshandelns, deren wesentliches, sofort erkennbares Merkmal die Tatsache ist, dass das Ergebnis des Zusammenwirkens zwischen der Verwaltung und einem Bürger nicht in rechtlich bekannten und etablierten Formen, insbesondere nicht in Form eines Vertrages, verbindlich ist. Begrifflichkeiten wie Agreement³⁰⁰, Arrangement³⁰¹, Quasi-Vertrag³⁰², oder im englischen Recht *quasi-contract*³⁰³, *contract-like arrangement*³⁰⁴, *contract as symbol*³⁰⁵ bezeichnen Vereinbarungen dieser Art.

Die vertragsähnliche Vorgehensweise der Verwaltung kann durch den Gesetzgeber angeordnet sein oder sich schlicht daraus ergeben, dass die Voraussetzungen vertraglichen oder einseitigen Vorgehens nicht erfüllt sind.

2. Voraussetzungen

Die Situation, in der die Vereinbarung geschlossen wird, ist nicht vergleichbar mit anderen „echten“ Vertragsschlüssen zwischen Staat und Bürger. Anders als bei Verträgen zur Regelung der Leistungserbringung auf einem freien Markt oder bei rein fiskalischen Geschäften, mit denen ein Bedarf der Verwaltung gedeckt wird, gestalten die Vereinbarungen die persönliche Beziehung zwischen dem Staat und dem einzelnen Bürger oder die Beziehung von Marktteilnehmern eines regulierten Marktes.³⁰⁶

Wesentliches Kriterium für vertragsähnliches Handeln ist, dass die Willenseinigung der Parteien keine Garantie gerichtlicher Durchsetzbarkeit begründen kann. Voraussetzung ist deshalb, dass es ein Kooperationsergebnis gibt, das in einem Aushandlungsprozess zwischen den Parteien entstanden ist. Das Ergebnis erlangt Bedeutung, weil sich die Parteien gebunden fühlen und dies z.B. durch Unterzeichnung eines Dokumentes auch nach außen kund tun.

300 Bulling, DÖV 1989, S. 280 f, 287.

301 Bulling, DÖV 1989, S. 280.

302 Eberhard, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient, AcP 171 (1971), S. 301.

303 Collins, Regulating contracts, 2002, S. 315.

304 Freedland/King, Client contractualism between the employment service and jobseekers in the UK, in: Sol/Westerveld, Contractualism in employment services, 2005, S. 123.

305 Davies, Accountability: A public law analysis of government by contract, 2001, S. 56.

306 Vincent-Jones, MLR 2005 (68), S. 891.

3. Zulässigkeit vertragsähnlicher Vorgehensweise der Verwaltung

Vertragsähnliches Handeln ist ausgeschlossen, wenn eine andere Handlungsform vorgeschrieben ist, z.B. bei der Zulassung zur Pflege der Abschluss eines Versorgungsvorganges gem. § 72 SGB XI. Daneben gibt es einige Fälle, in denen sich aus der rechtlichen Gestaltung der Beziehungen zwischen Staat und Leistungserbringer oder Bürger von einem vertragsähnlichen Handeln auszugehen ist. Auch die im zweiten Kapitel zu untersuchenden Instrumente der Arbeitsverwaltung, das *JSA* und die Eingliederungsvereinbarungen sind daraufhin zu prüfen, ob sie als vertragsähnliche Handlungsformen einzuordnen sind.

a) NHS-contract

*NHS-contracts*³⁰⁷ sind Vereinbarungen innerhalb des *National Health Service*. Zwei Institutionen des *National Health Service*, der Anbieter einer Gesundheitsleistung (*provider*) und ein Käufer (*purchaser*), der gegenüber dem einzelnen Patienten zur Erbringung der Leistung verpflichtet ist, schließen diese Vereinbarung.³⁰⁸

Sie unterliegen per Gesetz³⁰⁹ nicht dem *contract law* und werden deshalb auch nicht vor den *common law* Gerichten verhandelt, sondern in einem administrativen Verfahren entschieden, das detailliert im Gesetz geregelt ist.³¹⁰

Es handelt sich nicht um Vereinbarungen auf einem freien Markt, denn innerhalb des *National Health Service* herrscht nur auf der Seite des Angebots Wettbewerb, nicht auf der Seite der Nachfrage. Die Nachfrage nach Leistungen des Gesundheitssystems steht in ihrer Größenordnung, und v.a. im Hinblick auf die einsetzbaren finanziellen Mittel, fest und kann deshalb nur bedingt Druck auf die Angebotsseite machen. Man spricht deshalb von einem *quasi-market* bzw. einem *internal market*. Das Gesundheitssystem im Vereinigten Königreich hofft, dass sich auf dem *internal market* die Vorteile der konventionellen Marktwirtschaft, v.a. Kostensenkungspotenziale durch Wettbewerb, mit den Vorteilen von bürokratischer Abwicklung von Vorgängen verbinden und auf diese Weise die jeweiligen Nachteile so weit wie möglich vermieden werden.³¹¹

307 National Health Service and Community Care Act 1990 sec. 4.

308 Hughes, MLR 1991 (54), S. 90 ff.

309 National Health Service & Community Care Act 1990 sec. 4 subs. 3, dazu Hughes/McHale/Griffiths, Settling contract disputes in the National Health Service, in: Flynn/William, Contracting for health, 1997, S. 99 ff; Davies, Accountability: A public law analysis of government by contract, 2001, S. 28 ff.

310 Dazu Hughes/McHale/Griffiths, Settling contract disputes in the National Health Service, in: Flynn/William, Contracting for health, 1997, S. 99 ff; McHale /Hughes/Griffiths, Conceptualizing contractual disputes in the National Health Service Internal Market, in: Deakin/Michie, Contracts, cooperation and competition, 1997, S. 195 ff.

311 Freedland, PL 1999, S. 306.

b) Disciplinary contract

Disciplinary contracts sind Vereinbarungen zwischen Einzelnem und Staat, bei denen die steuernde Wirkung von Kooperation im Vordergrund steht und die rechtliche Durchsetzbarkeit ebenfalls ausgeschlossen ist.

Es finden sich drei Anwendungsbeispiele: Vereinbarungen zwischen Schule, Eltern und einzelem Schüler (*home-school-agreements*³¹²), Übereinkünfte zwischen Gefängnisinsasse und Gefängnisverwaltung und der *youth offender contract* zwischen jugendlichen Straftätern und Beratungsstellen für jugendliche Straftäter³¹³.

Diesen Beispielen ist gemeinsam, dass es sich um bereits vor der Vereinbarung bestehende besondere „Gewaltverhältnisse“ (im untechnischen Sinn) handelt, bei denen der Einzelne dem Staat gegenüber eine typischerweise unterlegene oder anhängige Rolle einnimmt. Es soll zielgerichtet auf ein bestimmtes, in der Theorie oder im Gesetz ausgeformtes Ergebnis hin eine Verhaltensänderung beim Einzelnen erreicht werden. Den Weg zu dieser Verhaltensänderung will der Staat durch Einführung des Instruments „Vereinbarung“ steuern.³¹⁴ Dies gelingt dadurch, dass der Einzelne bei der Festlegung des Vorgehens einbezogen wird und er durch Unterzeichnung dazu gebracht wird, dass er die Ergebnisse auch als eigene betrachtet. Auf diese Verträge ist *common law* nicht anwendbar, denn der abschließenden staatlichen Stelle fehlt grundsätzlich der Rechtsbindungswille bzw. die Fähigkeit, den Staat zu verpflichten.

c) Leistungsabrede, § 12 SGB XII

§ 12 SGB XII regelt die Leistungsabrede, in der zwischen Sozialleistungsträger und Sozialhilfeempfänger das weitere Vorgehen des Sozialhilfebezugs vereinbart wird.

In der Gesetzesbegründung wird zum Zweck der Leistungsabsprache ausgeführt, dass damit eine kooperative Vorgehensweise der Sozialhilfeträger gesetzlich eingefordert wird.³¹⁵ Die erfolgreiche Überwindung der Notlage wie auch die Stärkung der Selbsthilfe zur aktiven Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft ist in vielfältiger Weise von der aktiven Mitwirkung der Leistungsberechtigten abhängig. Der Einzelne wird (informell) zur Mitwirkung angehalten und erwartet, dass er sich aufgrund seiner Unterschrift unter das Dokument „verpflichtet fühlt“. Ziel des Abschlusses der Leistungsabrede ist neben der aktiven Beteiligung des Leistungsempfängers auch die stärkere Selbststeuerung des Sozialhilfeträgers. Dieser wird zur Vorbereitung der Leistungsabrede das Vorgehen mit dem Leistungsberechtigten planen, Entwicklungschancen suchen und dabei die Ansprüche des Leistungsberechtigten verwirklichen müssen (Chancenverbesserung).

Um die einfache und flexible Handhabung dieser Vorschrift zu sichern, stellte der Gesetzgeber klar, dass es sich bei der Abrede nicht um einen öffentlich-rechtlichen Ver-

312 School Standards and Framework Act 1998 sec. 110.

313 Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 sec. 8.

314 *Freedland/King*, Client contractualism between the employment service and jobseekers in the UK, in: *Sol/Westerveld*, Contractualism in employment services, 2005, S. 123 f.

315 BT-Drucksache 15/1514, S. 56.

trag handelt.³¹⁶ Inhaltlich steht die Umsetzung der in § 11 SGB XII etablierten Beratungs- und Unterstützungspflicht des erfassten Personenkreises³¹⁷ im Vordergrund, für die der Rechtsgrund aber das Gesetz bleibt, nicht die Vereinbarung.³¹⁸

4. Inhaltliche Ausgestaltung und Wirkungen

Vertragsähnliches Verwaltungshandeln hat die inhaltlichen Vorgaben zu erfüllen, die aus der Verwaltungsaufgabe folgen oder die gesetzlich vorgegeben sind. Auch die möglichen Wirkungen vertragsähnlichen Verwaltungshandelns können aus gesetzlichen Vorgaben resultieren. Feststeht, dass Wirkungen des vertragsähnlichen Verwaltungshandelns nicht Folge übereinstimmender Willenserklärungen sind, sondern aus den Regeln, die diese Vorgehensweise der Verwaltung vorsehen, abzuleiten sind. Der Abschluss einer solchen Vereinbarung kann z.B. Voraussetzung für den Erhalt staatlicher Unterstützung beziehungsweise für weiteres staatliches Tätig werden sein. In diesem Fall übernimmt der Einzelne infolge seiner Zustimmung verstärkt Verantwortung für die staatliche Unterstützung.

Die Nichteinhaltung der Vereinbarung („*breach of contract*“) führt bei vertragsähnlichem Verwaltungshandeln nicht zur Anwendung von Privatrecht beziehungsweise *contract law*. Teilweise ist das ausdrücklich gesetzlich geregelt, z.B. im National Health Service & Community Care Act 1990 sec. 4 subs. 3, teilweise ist dieses Ergebnis durch Auslegung des Gesetzes³¹⁹ zu begründen. Ziel des Ausschlusses von Vertragsrecht/*contract law* ist u.a. die Vermeidung der bei der gerichtlichen Durchsetzung der Rechte entstehenden Kosten (*costs of litigation*).³²⁰

Die Handlungsform wird praktiziert, ohne dass ihre konkrete Ausgestaltung und Abwicklung abschließend geklärt, geschweige denn geregelt wäre. Gerade die Auswirkungen, die die oben beschriebene Schwebestellung auf den Einzelnen hat, werden im dritten Kapitel am Beispiel von Vereinbarungen zwischen Arbeitsverwaltung und Einzelnem analysiert.

316 BT-Drucksache 15/1514, S. 56.

317 Nur ein kleiner Personenkreis ist erfasst, denn der Gesamtplan (§§ 58, 68 Abs. 1 S. 2 SGB XII) geht für alle Personen vor, die Eingliederungshilfe erhalten. Es bleiben Personen, die Grundsicherung im Alter beziehen, § 44 Abs. 2 SGB XII i.V.m. § 12 SGB XII, und Personen, die noch nicht abschließend dem SGB XII oder SGB II zugeordnet sind. Dazu Baur, SozR akt 2006, S. 51 f.

318 Roscher, in: Münder, LPK-SGB XII, § 12 Rn. 3; Spellbrink, SozR akt 2006, S. 52 ff

319 Dazu Barker, MLR 1993 (56), S. 832 ff, insbesondere zu Fragen von *restitution* bei der Abwicklung von *NHS contracts*.

320 Collins, Regulating contracts, 2002, S. 316.

C. Systematisierungskriterien für kooperative Handlungsformen

Die Systematisierung kooperativer Handlungsformen erfolgt anhand einer Reihe von Kriterien und verfolgt das Ziel, die Vielfalt bereits bestehender oder neuartiger Handlungsformen zu ordnen. Dabei sind nicht nur streng rechtliche Kategorien maßgeblich. Es soll vielmehr die rechtliche Analyse im zweiten Kapitel vorbereitet und ein Raster für die Auswertung des Rechtsvergleiches im dritten Kapitel erstellt werden. Die Kriterien werden bei der Auswertung so miteinander kombiniert, dass ein vollständiges Bild von Ausgestaltung und Wirkungen des Verwaltungshandelns entsteht.

I. Beteiligungszeitpunkt

Abgrenzbar sind verschiedene Handlungsformen anhand des Zeitpunkts, der betrachtet wird und in dem Kooperation stattfindet.

Es kann danach differenziert werden, ob die Kooperation lediglich im Vorfeld einer einseitigen Entscheidung stattfindet oder direkt bei der Entscheidung als Mitentscheidung. Es sind auch kooperative Handlungsformen denkbar, die erst bei Vollzug beziehungsweise Abwicklung einer einseitigen Entscheidung Anwendung finden.

Der Zeitpunkt der Beteiligung ist relevant für die Frage, auf welche Weise die Beteiligung Wirkungen entfalten kann und wie intensiv die Einwirkung des Einzelnen die Verwaltung beeinflussen kann.

II. Beteiligte an der Kooperation: Leistungsempfänger - Leistungserbringer - Dritte

Mit diesem Kriterium wird beschrieben, ob und in welchem (sozialleistungs-)rechtlichen Verhältnis die Verwaltung kooperativ vorgeht.

Kooperieren Leistungsempfänger und Leistungsträger, handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Staat und einzelem Bürger, die die sozialrechtlichen Rechte und Pflichten von Staat und Bürger betrifft. Wird eine Vereinbarung zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer geschlossen, werden dadurch Rechte des Einzelnen möglicherweise auch mit gestaltet. Es können aber auch Vereinbarungen mit Dritten sein, die weder den Einzelnen noch den Leistungserbringer betreffen.

Die Beteiligung am kooperativen Prozess ist für die Frage wichtig, wer vom Verwaltungshandeln in Rechten berührt wird und deshalb unter Umständen außerhalb des kooperativen Prozesses zu beteiligen ist. Mit bedacht werden muss auch eine Einbeziehung der jeweiligen Interessen bei den Verhandlungen.