

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.

sich einen Vertrag nur zwischen zwei gleich gestellten Partnern vorstellen, so dass ein Vertrag zwischen Staat und Untertan nicht denkbar war.

Daran entzündete sich die Kritik *Paul Labands*. Er war der Auffassung, dass ein Vertrag nicht zwei gleichgestellte Kontrahenten voraussetze. Zwar hatte auch *Laband* die Vorstellung, dass der Staat durch keinen höheren Befehl gebunden und keiner Herrschaftsmacht unterworfen sei. Er drehte dieses Argument um und begründete damit seine positive Haltung zum Vertrag zwischen Staat und Bürger. Der Staat sei gerade deshalb fähig, sich nach eigenem Belieben aller Rechtsformen zu bedienen. Deshalb könne er auch einen Vertrag auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts als Handlungsform wählen.²³⁷

Im weiteren Verlauf der Entwicklung während der Weimarer Republik und der Zeit des Nationalsozialismus wird der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis immer bedeutsamer.²³⁸ Vereinbarungen zwischen zwei Trägern öffentlicher Gewalt sind als verwaltungsrechtliche Verträge anerkannt und Verträge zwischen Staat und Bürgern werden vermehrt geschlossen. Es werden gesetzliche Regelungen ausgearbeitet.²³⁹ Problematisch bleibt die Frage, ob eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung für die Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages als erforderlich anzusehen ist. Dies geht einher mit dem Problem, wie weit das Ermessen der Verwaltung bei der inhaltlichen Gestaltung des Vertrags reicht und wie weit mit dem Vertrag vom „sachlich Richtigen“ abgewichen werden darf.²⁴⁰

Nach dem Zweiten Weltkrieg prägt die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz die dogmatische Beschäftigung mit dem verwaltungsrechtlichen Vertrag. Problematisch erschien, ob die Praxis, verwaltungsrechtliche Verträge abzuschließen, mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vereinbar sein würde.²⁴¹

Mit der gesetzlichen Regelung des „öffentlich-rechtlichen Vertrages“ im Verwaltungsverfahrensgesetz in den Jahren 1976/1977²⁴² tritt die Entwicklung des verwaltungsrechtlichen Vertrages in eine neue Phase. Es klärt sich unter anderem die Frage der Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages mit der gesetzlichen Regelung der Handlungsform in §§ 54 ff VwVfG und der Anerkennung als verfahrensbeendende

237 *Laband*, AöR 1887 (2), S. 149 ff.

238 *Pakeerut*, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages, 2000, S. 46 ff.

239 So enthält der Württembergische Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung von 1931 Regelungen über die Zulässigkeit, Voraussetzungen für den Vertragsschluss und für die Nichtigkeit des Vertrages. Dazu *Hofacker*, Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, 1931, S. 28 f.

240 Dazu *Pakeerut*, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages, 2000, S. 51 ff; im Einzelnen *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, S. 28 ff; *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920, S. 41 ff; *Burckhardt*, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, 1924, S. 42.

241 Dazu ausführlich *Pakeerut*, Die Entwicklung der Dogmatik des verwaltungsrechtlichen Vertrages, 2000, S. 61 ff; beispielhaft genannt seien *Imboden*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1955, S. 66 ff; *Kottke*, Subordinationsrechtlicher Vertrag, 1966, S. 37 f; *Bleckmann*, VerwArch 1972, S. 416 ff.

242 Am 1.1.1977 in Kraft getreten, Gesetz v. 25.5.1976 (BGBl. I, S. 1253); dazu *Spanner*, DVBl 1964, S. 845 ff; *Baring*, DVBl 1965, S. 180 ff.

Handlungsform neben dem Verwaltungsakt in § 9 VwVfG.²⁴³ Die weitestgehend wörtliche Übernahme dieser Regelungen in die §§ 53 ff SGB X²⁴⁴ führt diese Entwicklung fort.

b) Begriff

§ 54 S. 1 VwVfG und § 53 S. 1 SGB X definieren den verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht, sondern setzen ihn voraus. Sie sprechen von einem Vertrag, durch den ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben wird. Die Vertragsbegriffe des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Sozialrechts sind insoweit identisch.

Aus dem Anwendungsbereich der Vorschriften ergibt sich gem. § 1 Abs. 1 VwVfG beziehungsweise § 1 SGB X, dass es sich um Verträge einer Behörde beziehungsweise des dahinter stehenden Trägers öffentlicher Verwaltung²⁴⁵ handeln muss. Staatsverträge oder Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern sind somit nicht erfasst.²⁴⁶ Im Weiteren wird deshalb der Begriff des *verwaltungsrechtlichen Vertrags* gewählt, der als Gegenbegriff zum privatrechtlichen Vertrag geeignet scheint.

In Literatur und Rechtsprechung werden subordinationsrechtliche und koordinationsrechtliche Verträge unterschieden. Koordinationsrechtlich sind die Verträge, die zwischen grundsätzlich gleichgeordneten Vertragspartnern, insbesondere zwischen rechtsfähigen Trägern öffentlicher Verwaltung geschlossen werden. Subordinationsrechtlich sind dagegen Verträge zwischen Parteien, die in einem Über-Unterordnungsverhältnis zueinander stehen, also typischerweise Verträge zwischen Verwaltung und Bürger.²⁴⁷

Diese Unterscheidung wird hier modifiziert und stattdessen von einem „Vertrag im Sinn des § 54 S. 2 VwVfG“ gesprochen.²⁴⁸ Die Formulierung „insbesondere“ in § 54 S. 2 VwVfG, § 53 S. 2 SGB X bedeutet, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag nicht nur in Fällen, in denen auch ein Verwaltungsakt erlassen werden könnte, abgeschlossen werden kann.²⁴⁹ Da der verwaltungsrechtliche Vertrag als Mittel der kooperativen Einbeziehung und der Mitwirkung des Bürgers in dem Prozess staatlicher Herrschaftsausübung und als gegenseitig funktional austauschbar anzusehen ist, ist diese Begrifflich-

243 Maurer, Der Verwaltungsvertrag, in: Hill, Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 33; Krebs, VVDStRL, H. 52 (1993), S. 248 ff; Pitschas, Entwicklung der Handlungsformen im Verwaltungsrecht, in: Blümel/Pitschas, Reform des Verwaltungsverfahrenrechts, 1994, S. 230.

244 Neubekanntmachung des Sozialgesetzbuchs - Verwaltungsverfahren vom 18.8.1980 (BGBl. I, S. 1469).

245 Dazu Gurlit, Jura 2001, S. 663.

246 Dazu ausführlicher Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 18-20.

247 Zu diesen Begriffen Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, S. 373 ff; vgl. speziell zum subordinationsrechtlichen Vertrag Gent, Der subordinationsrechtliche Vertrag (§ 53 SGB X) als geeignete Handlungsform zur Erbringung von Sozialleistungen, 1987.

248 So auch Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 383.

249 Gusy, DVBl 1983, S. 1225.

keit passender.²⁵⁰ Hinzu kommt, dass der Abschluss jedes verwaltungsrechtlichen Vertrages als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe und damit in Ausübung öffentlicher Gewalt geschieht²⁵¹, sodass in der Bezeichnung *subordinationsrechtlicher Vertrag* die Abgrenzung zu den koordinationsrechtlichen Verträgen verschwimmt.

c) Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Der Wortlaut der § 54 S. 1 VwVfG, § 53 S. 1 SGB X spricht von einem Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und setzt damit die Abgrenzbarkeit von öffentlichem Recht und Privatrecht voraus. Die genaue Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht ist im Allgemeinen und im Besonderen bei der Anwendung der Vorschriften über den verwaltungsrechtlichen Vertrag umstritten.²⁵² Die Arbeit beschränkt sich auf zentrale Abgrenzungsansätze²⁵³ und folgt im Übrigen der Ansicht, dass die Abgrenzung nicht mit Hilfe einer einheitlichen Theorie, sondern aufgrund der jeweiligen Besonderheiten des Sachbereichs und damit unter Berücksichtigung der konkreten Sachlage erfolgen muss.²⁵⁴

aa) Interessentheorie

Die Interessentheorie geht auf eine Stelle in den Digesten zurück, in denen *ius publicum* und *ius privatum* unterschieden werden.²⁵⁵ Das Kriterium zur Abgrenzung ist das Interesse, dem der Rechtssatz, dessen Zuordnung geklärt werden soll, dient, also ob die Regelung im Interesse des einzelnen Bürgers oder des Gemeinwesens getroffen wurde. Dass diese Theorie später in Ansätzen in anderen Theorien aufgegriffen wurde²⁵⁶, aber nicht mehr in Reinform Anwendung findet, liegt daran, dass es Interessen gibt, die sowohl dem Bürger als auch dem Gemeinwesen zugeordnet werden können. Der Abgrenzungsansatz führt somit nicht zu eindeutigen Ergebnissen.

bb) Subordinationstheorie

Kriterium der Unterscheidung ist das Vorliegen eines Gleichordnungs- oder Unterordnungsverhältnisses zwischen den Beteiligten. Im Privatrecht stehen danach die Einzelnen grundsätzlich nebeneinander, während das öffentliche Recht nach dem zugrunde

250 Zur Frage der Beziehung des öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Staatsform vgl. *Waechter*, JZ 2006, S. 166 ff.

251 *Gusy*, DVBl 1983, S. 1225.

252 Zur Entwicklung des Begriffs *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 41 ff.

253 Weitere Abgrenzungstheorien finden sich im Überblick bei *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, S. 41 ff; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, S. 53-100; *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 330-344.

254 So auch *Ossenbühl*, NJW 2000, S. 2946.

255 Der berühmte Satz ist ein Zitat *Ulpian*s in 1,1,1 § 2 der Digesten und lautet: „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.“

256 Dazu im Einzelnen *Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985, S. 86 ff.

gelegten Staatsverständnis Verhältnisse zwischen verschiedenen Herrschaftssubjekten und deren Beziehungen zu den der Herrschaft Unterworfenen regelt.²⁵⁷

Die Formulierung „alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, das Demokratieprinzip gem. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, lässt Zweifel an der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung einer grundsätzlichen Subordination des Bürgers gegenüber dem Staat aufkommen.²⁵⁸ In „klassischen Bereichen“ der Eingriffsverwaltung, z.B. im Polizeirecht, mag das Subordinationsverhältnis vorhanden sein, doch ergibt sich daraus nicht, dass der Staat aus diesem Grund die Befugnis habe, durch Verwaltungsakt verbindliche Regelungen aufzuerlegen. Das Recht, durch Verwaltungsakt zu handeln, ist erst Rechtsfolge der Anwendung öffentlichen Rechts.²⁵⁹ Auch das einfachgesetzliche öffentliche Recht vermag die Subordinationstheorie nicht zu erklären. Besteht ein subjektiv-öffentliches Recht, gibt es seinem Inhaber eine Rechtsposition, die es ihm ermöglicht, diese gerichtlich geltend zu machen (Art. 19 Abs. 4 GG), sodass sie mit der eines privatrechtlich Berechtigten vergleichbar ist.²⁶⁰ Angesichts des heutigen Staatsverständnisses reicht die Subordinationstheorie nicht mehr als Begründung für die Abgrenzung aus.

cc) Subjektstheorie, Zuordnungstheorie (modifizierte Subjektstheorie)

Nach der Subjektstheorie gehören zum öffentlichen Recht die Rechtssätze, die die Ordnung von Verhältnissen zum Gegenstand haben, an denen ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist.²⁶¹ Dabei ist problematisch, dass der Staat nach deutscher Rechts tradition wie eine Privatperson handeln kann und dann das Privatrecht Anwendung findet. Die reine Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt ist als Abgrenzungsansatz deshalb nicht ausreichend. Die Zuordnungstheorie (modifizierte Subjektstheorie) berücksichtigt diesen Einwand und erkennt an, dass dem Staat auch das private Recht zur Verfügung steht.²⁶² Die Griffigkeit dieses formalen Abgrenzungskriteriums darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie keinen eigenständigen Erklärungswert besitzt und deshalb keine abschließende Lösung über die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht bietet.

dd) Sonderrechtslehre

Die Sonderrechtslehre greift ebenfalls den oben aufgeführten Einwand auf und definiert auf der Grundlage der Subjektstheorie das öffentliche Recht als Sonderrecht staatlicher Gewalt, das private Recht als das allgemeine Recht jedermanns. Das allgemeine Recht stehe auch dem Staat zu Verfügung, soweit nicht das öffentliche Recht als das Sonderrecht staatlicher Gewalt maßgeblich sei. In Abgrenzung zur (modifizierten) Sub-

257 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1914/1959, S. 384.

258 Schmidt, Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, 1985, S. 96 f.

259 Schmidt, Die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, 1985, S. 98 f.

260 Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, S. 40, 62, 75.

261 Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1914/2004, Bd. 1, S. 16.

262 Wolff, AöR 1950/51 (76), S. 205 ff.

jektstheorie stellt die Sonderrechtslehre darauf ab, dass der Staat als solcher und damit die öffentliche Gewalt selbst beteiligt ist.²⁶³

ee) Kelsens Idee vom Einheitsrechtssystem

Der rechtsvergleichende Ansatz der vorliegenden Arbeit rechtfertigt es, an dieser Stelle die Überlegungen *Hans Kelsens* darzustellen. Dieser folgte der Idee eines Einheitsrechtssystems, lehnte also die Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht vollständig ab.²⁶⁴ Er ordnete dem Staat das Moment der Überordnung nur in seiner Qualität als Wahrer der Rechtsordnung zu, nicht aber sofern er als Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten sein kann und damit der Rechtsordnung selbst unterworfen ist. Nach seinem Verständnis ist ein Vertrag zwischen Staat und Bürger nicht nach Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht oder Privatrecht zu unterscheiden. Er ist vielmehr wirksam, wenn die Wirkungen des Vertrages nicht allein durch die Willenserklärung des Staates gesetzt werden, sondern gleichzeitig die Willenserklärung des Einzelnen erfordern. Somit lässt sich eine Ähnlichkeit zu der Auffassung im englischen Recht feststellen, die die Abgrenzung zwischen *public law* und *private law* für überflüssig hält und grundsätzlich Verträge zwischen Krone und Bürger an denselben Maßstäben wie Verträge zwischen zwei Privatpersonen misst.²⁶⁵ Das von *Kelsen* propagierte Einheitsrechtssystem hat sich nicht durchgesetzt. Dennoch konnte *Kelsens* Ansatz der deutschen Rechtswissenschaft dazu dienen, ihre Ablehnung gegenüber verwaltungsrechtlichen Verträgen zu untermauern.²⁶⁶

d) Abgrenzung von verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag

Die eben dargestellte Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hat nicht nur aus dogmatischen Gründen zu erfolgen²⁶⁷. Sie ist erforderlich, um die im Vorfeld bei der Vertragsgestaltung²⁶⁸ anzuwendenden Verfahrens- und Formvorschriften auffinden und bei Streitigkeiten den richtigen Rechtsweg beschreiten zu können.²⁶⁹

Der Vertrag wird nach seinem Gegenstand unabhängig vom Willen der Vertragspartner dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zugeordnet (Gegenstandstheo-

263 *Bachof*, Über öffentliches Recht, in: *ders.*, FS Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 9 ff.

264 *Kelsen*, AöR 1913 (31), S. 53 ff, 190 ff.

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

266 Dazu *Maurer*, Der Verwaltungsvertrag, in: *Hill*, Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990, S. 21 f.

267 So auch *Eichenhofer*, SGB 2003, S. 365.

268 *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, S. 25.

269 *Krebs*, VVDStRL, H. 52 (1993), S. 260 f; *Renck*, JuS 2000, S. 1001 ff; *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2001, § 54 Rn. 177 ff; vgl. aus der privatrechtlichen Literatur zur Bedeutung der Abgrenzung nur *Kramer*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 2006, v § 145 Rn. 43; *Hübner*, Der öffentlichrechtliche Vertrag - ein Instrument zur Aushöhlung des Privatrechts?, in: *Hofmann/Meyer-Cording/Wiedermann*, FS *Pleyer*, 1986, S. 497 ff.

rie).²⁷⁰ Entscheidend ist, ob sich die Vereinbarung auf öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich geregelte Sachverhalte bezieht.²⁷¹ Die Gegenstandstheorie wird immer wieder in Zweifel gezogen und kritisiert, ein anderer überzeugenderer, gleichermaßen für den Einzelfall flexibler Ansatz ist aber nicht erkennbar.²⁷²

e) Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt

Die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt ist auf eine eindeutige Zuweisung ausgelegt, denn ein identischer Gegenstand kann nicht gleichzeitig Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag sein.²⁷³

Als Abgrenzungskriterium zwischen verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt dient beim verwaltungsrechtlichen Vertrag das Kriterium „Willenseinigung“, beim Verwaltungsakt „Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“. Dieser Voraussetzung entnimmt man die „einseitig verbindliche Regelung“, die ein Verwaltungsakt enthält. Dazu ist eine Bewertung der Gesamtumstände des Einzelfalles erforderlich²⁷⁴, die sich in der vorliegenden Arbeit nur in theoretischen Ausführungen erschöpfen kann.

Entscheidend ist die subjektive Willensrichtung der Beteiligten.²⁷⁵ Zur Feststellung der subjektiven Willensrichtung sind objektive Kriterien heranzuziehen, wie die Bezeichnung der Maßnahme, die äußere Form und mündliche oder schriftliche Äußerungen der Beteiligten während des Verwaltungsverfahrens.²⁷⁶ In unklaren Fällen gibt es keine Vermutung zugunsten eines Verwaltungsakts als Normalfall verwaltungsrechtlichen Handelns²⁷⁷, doch wird man in der Regel wegen des Fehlens einer wirksamen Willenserklärung keinen verwaltungsrechtlichen Vertrag annehmen können.²⁷⁸ Das bedeutet, Unklarheiten bezüglich der Handlungsform gehen stets zu Lasten der Verwaltung, da sie eine eindeutige Formenwahl treffen könnte.²⁷⁹

270 *Pickel/Marschner*, SGB X, Bd. 1, § 53 Rn. 14; *Engelmann*, in: *Wulffen*, SGB X, 2008, § 53 Rn. 7; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, S. 370 f; a.A. im Überblick bei *Grziwotz*, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, S. 24.

271 BGHZ 97, 312=BVerwGE 74, 368 [370] in ständiger Rspr.; m.w.N. *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrenrecht, 2001, § 54 Rn. 76; *Krasney*, in: *Kasseler Kommentar*, Bd. 2, SGB X, § 53 Rn. 3.

272 Kritik in jüngster Zeit von *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 713, aber auch *Renck*, JuS 2000, S. 1002.

273 *Ziekow/Siegel*, VerwArch 2003, S. 595 m.w.N. über die Rspr.

274 BVerwGE 60, 208 [210]; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 2008, § 54 Rn. 21.

275 *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 2001, § 54 Rn. 39; *Henneke*, in: *Knack*, VwVfG, 2000, § 54 Rn. 3.

276 *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 1995, § 68 I; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 185 f.

277 Dazu im Einzelnen *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 198 ff; a.A. *Kopp*, VwVfG, 2008, § 54 Rn. 15, der im Zweifel von einem Verwaltungsakt ausgeht.

278 *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 187; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, S. 366 f.

279 So auch *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 78.

f) Zulässigkeit der Handlungsform

aa) Handlungsformermächtigung

Aus § 54 VwVfG, § 53 SGB X ergibt sich, dass die Verwaltung grundsätzlich durch Vertrag handeln darf (Handlungsformermächtigung). Insoweit ist der Streit um die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge beigelegt.²⁸⁰ Diese allgemeine Ermächtigung der Verwaltung zu vertraglichem Handeln wird durch die normative Vorordnung des Abschlusses in Fachgesetzen konkretisiert und die Verwaltung auf diesen Ermessensspielraum aufmerksam gemacht.²⁸¹

bb) Gebundene Wahlfreiheit der Verwaltung

Ein Wahlrecht der Verwaltung besteht im Hinblick auf die Handlungsform (Verwaltungsakt oder vertragliches Handeln)²⁸², denn aus den Regelungen in §§ 9, 54 S. 2 VwVfG, §§ 8, 53 S. 1 SGB X kann keine Präferenz für eine Handlungsform abgeleitet werden.²⁸³ Bei der Ausübung des Wahlrechts handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, §§ 54 S. 1 VwVfG, 53 S. 1 SGB X.

Fraglich ist aber, wie die Auswahlentscheidung der Verwaltung gestaltet sein muss, um rechtmäßig zu sein. Es gelten die allgemeinen Regeln für die Ermessensausübung entsprechend §§ 40 VwVfG, 39 Abs. 1 SGB IV, im Besonderen die Ermessensfehlerlehre.²⁸⁴ Insbesondere muss die Verwaltung ihr Ermessen ausüben, also überhaupt eine Auswahlentscheidung treffen, sonst liegt ein Ermessensnichtgebrauch vor. Die Ermessenszwecke ergeben sich aus § 10 S. 2 VwVfG, wo es heißt, dass das Verwaltungungsverfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchgeführt werden muss.²⁸⁵

Die umstrittene Frage, ob der einzelne Bürger das subjektiv-öffentliche Recht inne hat, eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Handlungsform zu verlangen, hängt an der Beantwortung der Frage, welchen Interessen die Ermessensausübung der Verwaltung dient (Schutznormlehre).²⁸⁶ Die Ermessensausübung dient neben dem öffentlichen Interesse an einem behördlichen Entscheidungsspielraum dem Interesse des Einzelnen als aktivem Verwaltungssubjekt an einem verwaltungsrechtlichen Vertrag statt Erlass eines Verwaltungsakts.²⁸⁷ Somit werden durch die Ermessensausübung

280 Vgl. erstes Kapitel B IV 1a) S. 82.

281 Dazu *Klindt*, NVwZ 2003, S. 308.

282 Vgl. erstes Kapitel B III 3a) aa) S. 76.

283 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, S. 343 schreibt: „Einen Vorrang „Entscheiden vor Vereinbaren“ gibt es für die Verwaltung nicht.“ Dazu im Einzelnen *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 198 ff.

284 Allgemein *Bonk*, in: *Bonk/Stelkens/Sachs*, VwVfG, 2001, § 54 Rn. 14; *Erichsen/Ehlers*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, § 10 Rn. 60 ff; *Ziekow/Siegel*, VerwArch 2003, S. 603; *Klindt*, NVwZ 2003, S. 308.

285 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 2008, § 54 Rn. 15.

286 Dazu *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 2008, Einf Rn. 71.

287 *Schlette*, Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 203f; *Punke*, Verwaltungshandeln durch Vertrag, 1989, S. 94; *Krebs*, VVDStRL, H. 52 (1993), S. 248; a.A. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 2008, § 35 Rn. 16.

auch Interessen des einzelnen Bürgers geschützt. Er hat folglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die zu verwendende Handlungsform.

cc) Handlungsformverbote

Existieren „entgegenstehende Vorschriften“, liegt ein Handlungsformverbot respektive ein Vertragsformverbot vor. Entgegenstehende Vorschriften sind nicht nur ausdrückliche gesetzliche Verbote, sondern auch solche, die sich aus der Systematik des Gesetzes oder dem Sinn und Zweck der Regelung ergeben, z.B. durch ausdrücklichen oder sonst bewussten Ausschluss der Anwendbarkeit der §§ 54 ff VwVfG zugunsten einer Regelung des Gegenstandes durch Verwaltungsakt.²⁸⁸

Im Sozialverwaltungsrecht²⁸⁹ besteht ein Handlungsformverbot für „reine Normvollzugsverträge“. ²⁹⁰ § 53 Abs. 2 SGB X enthält eine wesentliche Einschränkung der Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags über Sozialleistungen. Dieser darf nur geschlossen werden, soweit die Erbringung der Leistung im Ermessen des Leistungsträgers steht. Das heißt, dass ein Handlungsverbot in Bezug auf die sozialen Leistungen errichtet ist, auf die der Berechtigte einen Anspruch hat.

2. Public law contract

a) Hintergrund und Kritik an der Idee eines public law contract

Bisher kennt das englische Recht keinen *public law contract*. Es kennt keinen Vertrag, der wegen der Beteiligung eines Verwaltungsträgers besonderen Regeln des *public law* unterliegen würde oder in einem eigenständigen Gesetz geregelt wäre. Bei der Diskussion um kooperative Handlungsformen der Verwaltung wird immer wieder vom Gesetzgeber gefordert, in dieser Richtung tätig zu werden.²⁹¹ Bisher wird den Besonderheiten von Vertragsschlüssen der Verwaltung innerhalb des *contract law* und den Grundsätzen von *judicial review* Rechnung getragen.²⁹²

Es gibt aber bestimmte Arten von Vereinbarungen, bei denen dies nicht möglich ist, weil sie keine Verträge im Sinne des *contract law* sind. Bei den Steuerungsaspekten von Kooperation wurden bereits verwaltungsinterne Vereinbarungen angesprochen, die als *public service agreements* oder als *framework documents* bezeichnet werden und Beziehungen zwischen verschiedenen Verwaltungseinheiten regeln. Für diese Vereinbarun-

288 Bonk, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 2001, § 54 Rn. 102-104; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, S. 385.

289 Gem. § 2 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG gelten die §§ 54 ff VwVfG für Verfahren nach dem Sozialgesetzbuch nicht, sondern ausschließlich die §§ 53 ff SGB X.

290 *Bauer*, Anpassungsflexibilität im öffentlich-rechtlichen Vertrag, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 265.

291 So *Harden*, The contracting state, 1992, S. 75 ff; *Craig*, Administrative law, 2003, S. 126; *Freedland*, Government by contract re-examined, in: *Craig/Rawlings*, Law and administration in Europe, 2003, S. 133 ff.

292 Vgl. erstes Kapitel B III 3b) S. 77; *McLean*, OJLS 2004, S. 129 ff bezweifelt, dass den Besonderheiten damit ausreichend Rechnung getragen ist.

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.