

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

284

ANDREAS ABEGG

Der Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten

Grundzüge einer historisch und theoretisch
angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher
und privatrechtlicher Verwaltungsverträge

Schulthess § 2009

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Gesetzesverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI
Einleitung und Annäherung an die Begriffe	1
I. Vertrag und Verfügung – Die Qualifikation der Rechtsform	7
A. Abgrenzung von anderen Rechtsfragen	7
1. Abgrenzung der Frage der Rechtsform von der Frage der Rechtsnatur	7
a) Historische Pfadabhängigkeiten der Unterscheidung	7
b) Reihenfolge der Behandlung von Rechtsform und Rechtsnatur	9
2. Abgrenzung der Frage der Rechtsform von den Fragen der Zulässigkeit und Gültigkeit	11
3. Abgrenzung der Frage der Rechtsform von der Frage der Vertragstypenqualifikation	13
4. Abgrenzung der Frage der Rechtsform von der Frage des Parteiwillens	14
5. Abgrenzung der Frage der Rechtsform von der Frage des Normanwendungsbereichs gemäss Gesetz und Verordnung	15
B. Kriterien zur Abgrenzung von Verfügung und Vertrag	17
1. Kein Vorrang der Willenserklärung der Verwaltung	17
2. Rechtsfolgewirkungen	18
3. Abgrenzung zur Verfügung	23
a) Abgrenzungstheorien	23
b) Konstitutive Willensübereinkunft	24
c) Bedarf nach weiteren Abgrenzungskriterien	30
i) Zweiseitigkeit	31
ii) Kooperationsbedürftigkeit	34
4. Abgrenzung zu informalen Behördenakten	40
II. Öffentliches Recht und Privatrecht – Die Zuweisung der Rechtsnatur	45
A. Abgrenzungen zu anderen Rechtsfragen	45
1. Abgrenzung der Frage der Rechtsnatur von der Frage der Rechtsform	45
2. Abgrenzung der Frage der Rechtsnatur von den Fragen der Zulässigkeit und Gültigkeit	46

3.	Abgrenzung der Frage der Rechtsnatur von der Frage des Parteiwillens	46
4.	Abgrenzung der Frage der Rechtsnatur von der Frage des Normanwendungsbereichs	47
B.	Zuweisungskriterien	54
1.	Vorbemerkungen	54
a)	Zuweisung der Rechtsnatur nach dem Inhalt des Vertrags	54
b)	Kein Vorrang der Willenserklärung der Verwaltung	57
2.	Rechtsfolgewirkungen	58
3.	Zuweisungstheorien unter Anleitung eines historischen Modells	64
a)	Ausgangspunkt: Kontingenz der Zuweisungskriterien	64
b)	Fragestellung eines historischen Modells: Verwaltungsrecht als Sonderrecht des Staates	66
c)	Polizeistaat und Abgrenzung nach Subordination	67
d)	Interventionistischer Wohlfahrtsstaat und funktionale Abgrenzung	70
e)	Kontingenz des Staates und Pluralismus der Abgrenzungselemente	73
i)	Wiederaufnahme der Subordinationstheorie	73
ii)	Neuausrichtung der funktionalen Methode als projektbezogene funktionale Methode	75
iii)	Neuausrichtung der Subordinationstheorie	79
III.	Willensäußerung und Verfügung als prozessuale Anknüpfungspunkte im materiellen Recht	89
A.	Fragestellung	89
B.	Bestehende Variationen	92
1.	Französische und deutsche Lösungsvariationen	92
2.	Schweizerische Lehre, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Überblick	97
C.	Legitimationstheorie als alternative Sicht auf die leitenden Prinzipien	102
D.	Interpretation bestehender gesetzlicher Regelungen im Lichte der Legitimationstheorie	110
1.	Anstellung des Staatspersonals	110
2.	Beschaffungswesen	120
3.	Subvention	123
4.	Konzession	125
E.	Gesetzlich nicht geregelte Fälle	126
1.	Problemstellung	126

2.	System der Abgrenzung von vertraglicher Willenserklärung und Verfügung	128
3.	Legitimationsdefizite und die Forderung nach legitimierenden Verfahren	131
IV.	Der Abschluss des Verwaltungsvertrags	133
A.	Zuständigkeit und Vertretungsmacht	133
1.	Rechtsfrage, Abgrenzungen und weiteres Vorgehen	133
2.	Zuständigkeit der Verwaltung zum Vertragsabschluss	137
a)	Begriffe der Zuständigkeit und Zulässigkeit	137
b)	Evolution des Zuständigkeits- und Zulässigkeitsbegriffs	139
i)	Überwindung des Polizeistaats	139
ii)	Interventionistischer Wohlfahrtsstaat	142
iii)	Aktuelle Verschiebungen im Zuständigkeits- und Zulässigkeitsbegriff	145
c)	Zwischenfazit: Organisatorische und legitimatorische Funktion des Zuständigkeitsbegriffs	149
d)	Reaktionen auf die neueren Entwicklungen	151
e)	Synthese: Abbau der Zuständigkeits- und Zulässigkeitssschranke	154
i)	Ausgangspunkt	154
ii)	Keine freie Wahl der Rechtsform	154
iii)	Pflichtgemäßes Ermessen in der Wahl der Kommunikationsform	155
iv)	Von der Zulässigkeits- zur Inhaltskontrolle	157
v)	Dogmatische Konsequenzen	160
3.	Rechtsfolgen fehlender Zuständigkeit	165
a)	Privatrechtliche Verwaltungsverträge	165
i)	Wechselseitige Bezüge der beiden Konzepte Zulässigkeit und Vertretungsmacht	165
ii)	Grenzen der privatrechtlichen Verweise auf das öffentliche Recht	167
iii)	Zuständigkeit und Zustandekommen des Vertrags	168
iv)	Öffentlichrechtliche Rechtskontrolle der Zuständigkeit und ihre Auswirkungen auf das Privatrecht	171
b)	Rechtsfolgen unzulässiger öffentlichrechtlicher Verwaltungsverträge	172
i)	Anfechtungstheorie und Vertragstheorie	172
ii)	Zuständigkeit und Zustandekommen des Vertrags	176
iii)	Rechtsfolgen im Einzelnen	177

XIV

B.	Willensfreiheit, Vertragsfreiheit und deren Absicherung gegenüber der Verwaltung	181
1.	Nuancen von Freiheit im Rahmen von Verwaltungsverträgen	181
a)	Vertragsfreiheit des Privaten im Rahmen der Verwaltungsverträge	181
b)	Vertragsfreiheit der Verwaltung?	185
2.	Rechtliche Absicherungen gegenüber der Verwaltung	187
a)	Absicherung der Willens- und Vertragsinhaltsfreiheit im Rahmen privatrechtlicher Verwaltungsverträge	187
i)	Vereinigung zweier Bedrohungslagen und die Reaktionen des Privatrechts	187
ii)	Anwendung der Grundrechte gegenüber der Verwaltung als privatrechtlichem Vertragspartner?	190
b)	Rolle der Willens- und Vertragsfreiheit im Rahmen öffentlichrechtlicher Verwaltungsverträge	193
3.	Reflexive Legitimationskompensation	199
V.	Themenübersicht	207
A.	Perspektive eines Gesellschaftsvertragsrechts	207
B.	Abgrenzung nach Rechtsform (Vertrag und Verfügung) und nach Rechtsnatur (privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Verwaltungsvertrag)	208
C.	Willensäußerung und Verfügung als prozessuale Anknüpfungspunkte im materiellen Recht	208
D.	Ausgewählte Themen zum Abschluss des Verwaltungsvertrags	209
	Sachregister	211
	Gesetzesregister	217