

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Band 26

Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen

Von

Dr. Willy Spannowsky



Duncker & Humblot · Berlin

WILLY SPANNOWSKY

**Grenzen des Verwaltungshandelns
durch Verträge und Absprachen**

**Tübinger Schriften
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Herausgegeben von

Wolfgang Graf Vitzthum

in Gemeinschaft mit

**Martin Heckel, Ferdinand Kirchhof
Hans von Mangoldt, Thomas Oppermann
Günter Püttner, Michael Ronellenfitsch**

sämtlich in Tübingen

Band 26

Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen

Von

Dr. Willy Spannowsky



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Spannowsky, Willy:

Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und
Absprachen / von Willy Spannowsky. – Berlin : Duncker und
Humblot, 1994

(Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht ; Bd. 26)

Zugl.: Tübingen, Univ., Habil.-Schr., 1993/94

ISBN 3-428-08246-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Druckvorlage: W. März, Tübingen

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0935-6061

ISBN 3-428-08246-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
gemäß der ANSI-Norm für Bibliotheken

Für Tanja und Michael

Vorwort

Wenn man die Existenzberechtigung von Verwaltungsverträgen und -absprachen akzeptiert, fangen die dogmatischen und rechtsstaatlichen Probleme erst an. Dann muß man sich mit den kritischen Problemzonen und den Mißbrauchsgefahren auseinandersetzen, die mit diesem Handlungsinstrumentarium zusammenhängen. Diese müssen beleuchtet und analysiert werden. Schließlich müssen die Grenzen des Verwaltungshandelns fixiert und die Grundlagen für die Problembewältigung und die Gefahrenverhinderung rechtssystematisch aufbereitet und fortentwickelt werden. All dies ist Thema und Ziel dieser Habilitationsschrift, die von der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im Wintersemester 1993/94 angenommen wurde.

Mit der Idee für ein solches Thema allein ist es nicht getan — man braucht auch die Gelegenheit für ihre Umsetzung. Diese Gelegenheit hat mir mein verehrter Lehrer, Prof. Dr. *Günter Püttner*, gegeben. Er hat meine Arbeit mit wichtigen Impulsen gefördert und aufmerksam begleitet. Dafür danke ich ihm herzlich.

Für seine wertvollen Anregungen und seine rasche Begutachtung danke ich ebenso dem Zweitgutachter, Prof. Dr. *Michael Ronellenfisch*.

Da es sich bei dem gewählten Thema um eine komplexe und „pulsierende“ Querschnittsmaterie handelt, deren Entwicklung nicht zum Stillstand kommt, war ich sehr froh, daß Prof. Dr. *Wolfgang Graf Vitzthum* mir die Aufnahme und rasche Veröffentlichung dieser Arbeit in der von ihm herausgegebenen Schriftenreihe ermöglicht hat. Ihm gilt zudem mein Dank sowohl für Denkanstöße im Entstehungsprozeß der Arbeit als auch für seine Unterstützung im Zuge der Veröffentlichung.

Tübingen/Trier, im Juni 1994

Willy Spannowsky

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Problematik und Fragestellung	21
I. Entwicklung und Wandel des Verwaltungsverfahrens	21
II. Der Zusammenhang zwischen Legitimation und Kontrollierbarkeit des Verwaltungshandelns	22
III. Der Zusammenhang zwischen Mißbrauchskontrolle und Legitimation des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen	23
IV. Die Erforschung der Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen — die Hauptaufgabe zur Fortentwicklung der Dogmatik des Verwaltungsvertrags	24
V. Die Problemzonen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen	29
1. Wahlfreiheit der Verwaltung?	29
2. Der öffentlich-rechtliche Vertrag — ein normativ-polysynthetisches Rechtsinstitut	30
3. Dogmatische Defizite des öffentlichen Vertragsrechts	32
4. Die Gefahren des Mißbrauchs von Verwaltungsverträgen und -absprachen	34
VI. Das Verwaltungsvertragsrecht im Rechtsvergleich	41
VII. Gibt es Ansätze für ein Verwaltungsvertragsrecht der Europäischen Union?	42
VIII. Die Fragestellungen	43
B. Begrifflichkeiten und Abgrenzungsfragen	45
I. Vertrag und Absprache	45
II. Vereinbarung, Verständigung und Vertrag	45
III. Vertrag und Zusage	46
IV. Öffentlich-rechtlicher Vertrag, verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verwaltungsvertrag	47
V. Subordinations- und koordinationsrechtlicher Vertrag	48
C. Ziele und Risiken des konsensualen Verwaltungshandelns	48

I. Ziele und Funktionen des konsensualen Verwaltungshandelns	49
II. Risiken und Gefahren des konsensualen Verwaltungshandelns	51
III. Die Funktion des Rechts als Mittel zur Risikobeherrschung und zum Schutz vor Machtmißbrauch	52
D. Dogmatischer Ansatz und Gang der Untersuchung	55

Kapitel 1

Die konsensualen Handlungsformen der Verwaltung	59
A. Die Handlungsformen der Verwaltung	59
I. Die Handlungsformen aufgrund der dualistischen Struktur der deutschen Rechtsordnung	61
1. Öffentlich-rechtliche Handlungsformen	62
2. Privatrechtliche Handlungsformen	64
II. Die Formen des Verwaltungshandelns innerhalb der verschiedenen Phasen des Verwaltungsverfahrens	64
B. Die Formen konsensualen Verwaltungshandelns	66
I. Der Vertrag	68
II. Die Absprache	69
III. Der nach Mitwirkung des Verfahrensbeteiligten erlassene Verwaltungsakt	70
C. Das Problem der nachträglichen Unterscheidung der Erscheinungsformen des Verwaltungshandelns	71
I. Die Schwierigkeit bei der Abgrenzung eines subordinationsrechtlichen Vertrags von einem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt	71
II. Die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags von einer Absprache	78
D. Das Problem der Verknüpfung eines Verwaltungsakts mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder einer Absprache	80
Zwischenergebnis	82

Kapitel 2

Die Grenzen der Verwaltung bei der Wahl zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Rechtsformen	84
A. Die Lehre von der Wahlfreiheit der Verwaltung	86

B. Die Lehren von der fehlenden Disponibilität des Staates über seine Privatrechtssubjektivität	89
I. Die Lehre vom öffentlichen Recht als zwingendem Sonderrecht des Staates	89
II. Die Lehre von der fehlenden Privatrechtsfähigkeit des Staates	92
III. Die aus der Ultra-Vires-Lehre abgeleitete beschränkte Privatrechtssubjek- tivität des Staates	93
C. Die Lehren von der beschränkten Formenwahlfreiheit	94
I. Die Kompetenztheorie	94
II. Die Normfiktionstheorie	96
III. Die Hoheitstheorie	96
IV. Die Aufgabentheorie	97
D. Die theorienprägenden Wertvorstellungen	98
E. Die Bandbreite der rechtstheoretisch gestützten Abgrenzungsergebnisse . .	100
F. Determinanten der Wahl zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Rechtsformen	102
I. Ablehnung der allgemeinen Wahlfreiheit	102
II. Schranken der Wahlfreiheit der Verwaltung	103
III. Wahl der Rechtsform in Zweifelsfällen vor verfassungsrechtlichem Hin- tergrund	106
Zwischenergebnis	110

Kapitel 3

**Die Abgrenzung zwischen
privat- und öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen** 111

A. Die Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichen Verträgen . .	111
I. Die Gegenstandstheorie	113
II. Die rechtliche Einordnung von Verträgen in Zweifelsfällen	114
B. Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichen Absprachen	119
Zwischenergebnis	121

Kapitel 4

**Freiheit der Wahl der Handlungsebene
und des Handlungsinstrumentariums?**

	122
A. Die Wahl zwischen der formalen und der informalen Handlungsebene . .	122
I. Das Prinzip der Freiheit der Wahl der Handlungsebene	122
II. Verfahrensrechtliche Schranken für die Freiheit der Wahl der informalen Handlungsebene	128
III. Verfassungsrechtliche Schranken für die Freiheit der Wahl der informalen Handlungsebene	130
1. Verfahrensgestaltung und verfassungsrechtliche Gestaltungsdirektiven . .	130
2. Rechtsstaatliche Formerfordernisse und informale Handlungsformen . .	133
3. Die schrankensetzende Bedeutung des Demokratieprinzips für die Wahl der informalen Handlungsebene	134
4. Das Willkürverbot und das Kriterium der Gerechtigkeit als Schranke gegen die mißbräuchliche Wahl der Handlungsebene	136
5. Das Effizienzkriterium und seine schrankensetzende Bedeutung für die Wahl der Handlungsebene	136
IV. Legitimation eines etwaigen in der Wahl der Abspracheform liegenden Rechtsverstoßes durch „Kompensation“?	143
B. Die Wahl der Vertragsform und der Form der Absprache anstelle einseitig-hoheitlicher Handlungsformen und deren Schranken	144
I. Die Wahl des Vertrags als Ersatz für einseitig-hoheitliches Handeln des Staates und deren rechtliche Schranken	144
1. Der einzelaktsvertretende Vertrag	144
2. Der normersetzende und normabwendende Vertrag	148
3. Der planersetzende, planabwendende und planvorbereitende Vertrag . .	152
II. Die Wahl der Absprache als Ersatz für einseitig-hoheitliches Handeln des Staates und deren rechtliche Schranken	153
1. Die einzelaktsvertretende Absprache	154
2. Die normersetzende, normabwendende und normvorbereitende Absprache	155
3. Die planersetzende, planabwendende und planvorbereitende Absprache	156
C. Die Grenzen der Freiheit der Verwaltung bei der Erweiterung ihres Handlungsarsenals	156
Zwischenergebnis	157

Kapitel 5

**Der rechtliche Rahmen für das
Verwaltungshandeln durch privatrechtliche Verträge** 162

A. Die generelle Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften und Grundsätze auf privatrechtliche Verträge der Verwaltung 164

B. Die Überlagerung der zivilrechtlichen Kontrollmaßstäbe durch öffentlich-rechtliche Vorschriften und Grundsätze 164

C. Beispiele bereichsspezifisch ausgebildeter privatrechtlicher Verträge der Verwaltung 168

 I. Konzessionsverträge 168

 II. Privatrechtliche Verträge im Rahmen grenzüberschreitender interkommunaler Zusammenarbeit 180

 III. Vergabe von Bau- und Lieferaufträgen im öffentlichen Auftrags- und Beschaffungswesen 185

Zwischenergebnis 192

Kapitel 6

**Der rechtliche Rahmen für das Verwaltungshandeln
durch öffentlich-rechtliche Verträge** 194

A. Die Grundtypen öffentlich-rechtlicher Verträge 195

 I. Die koordinations- und subordinationsrechtlichen Verträge 200

 II. Die Verpflichtungs- und Verfügungsverträge 205

 III. Einseitig und zweiseitig verpflichtende Verträge 207

 IV. Öffentlich-rechtliche Verträge mit und ohne Sanktion 208

 V. Gesetzlich vertypte öffentlich-rechtliche Verträge mit speziellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und Fehlerfolgen 211

 1. Vergleichsverträge 211

 2. Prozeßvergleiche 215

 3. Austauschverträge 217

 4. Gemischte Verträge 221

B. Gestaltungsvielfalt im öffentlichen Vertragsrecht 224

C. Das Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge — eine Querschnittsmaterie	229
D. Die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts als Regelungsrastrer für die Gestaltung der öffentlich-rechtlichen Verträge	232
I. Vertragsvorschriften des BGB - anerkannte Ergänzungsmaterie für die Lückenfüllung oder nur Grundmodell zur Bewältigung von Anwendungsproblemen?	235
1. Die Geltung des Abstraktionsprinzips im öffentlichen Vertragsrecht	237
2. Das Trennungsprinzip und die Kombination vertraglicher Regelungen mit einem Verwaltungsakt	239
3. Ansprüche im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis nach dem Vorbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs	242
II. Beispiele bürgerlich-rechtlich geprägter Gestaltungsformen	245
1. Abstrakte und kausale Schuldanerkenntnisse in öffentlich-rechtlichen Verträgen	245
2. Vereinbarung von Vertragsstrafen	252
3. Vereinbarung von Verzugszinsen	253
4. Schiedsklauseln und Schiedsabreden	256
III. Das die Einhaltung der Grenzen des Verwaltungshandelns durch öffentlich-rechtliche Verträge sichernde zivilrechtlich geprägte Haftungssystem	260
1. Die Folgen einer mißbräuchlichen Wahl des Handlungsmittels	261
2. Die Folgen der Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags	262
Zwischenergebnis	266

Kapitel 7

Die für die Gestaltung und Inhaltskontrolle von Verwaltungsverträgen geltenden Grundprinzipien

A. Gibt es einen Grundsatz der Vertragsfreiheit der Verwaltung?	272
B. Die Dispositionsbefugnis der Verwaltung als Voraussetzung der Vertragsgestaltungsfreiheit	277
C. Das Prinzip der Vertragsbindung (pacta sunt servanda) und die Bestandskraft von Verwaltungsverträgen	279
I. Bedeutung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“	279
II. Die Unterscheidung zwischen wirksamen gesetzesabweichenden und nichtigen Verträgen	281

III. Der Anwendungsbereich der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage im öffentlichen Vertragsrecht	284
IV. Die Bedeutung des Grundsatzes der Vertragsbindung als Fundamentalprinzip des Verwaltungsvertragsrechts und die Notwendigkeit der Einschränkung des Bindungsgrades im öffentlichen Interesse	287
D. Die Einwilligung als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwirkung auf den Rechtskreis des privaten Vertragspartners der Verwaltung — der Grundsatz „volenti non fit iniuria“	290
Zwischenergebnis	293

Kapitel 8

Die Mißbrauchsschranken des Verwaltungsvertragsrechts 295

A. Die Bestandskraft öffentlich-rechtlicher Verwaltungsverträge und die Funktion des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Schranke	297
I. Reichweite der Schrankenfunktion	297
II. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit und sein Konflikt mit Prinzipien des Vertragsrechts	300
III. Konfliktlösung durch verfassungskonforme Auslegung der Nichtigkeitsstatbestände?	305
B. Die Bestandskraft zivilrechtlicher Verwaltungsverträge und die Funktion des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Schranke . . .	315
C. Die Funktion der Einwirkungs- und Kontrollpflichten der öffentlichen Hand als Schranke zur Verhinderung mißbräuchlicher Gestaltungen von Kooperationsverträgen der Verwaltung	317
D. Das Willkürverbot und das Postulat der Gerechtigkeit als Maximen und Schranken der Vertragsgestaltung	321
I. Das Verbot gleichheitswidriger Vertragsgestaltung	321
II. Die Grenze des Institutsmißbrauchs	322
III. Das Gebot der Systemkonformität der Behördenleistung	324
IV. Grenzen der Verfahrensgerechtigkeit und des Drittschutzes bei drittbelastenden Effekten	325
E. Die Funktion der Aufgabenzuweisungsnorm und der Handlungsermächtigung als die Dispositionsbefugnis begrenzende Zuständigkeitsbestimmungen	330

F. Die Funktion gesetzlicher Zweckvorgaben als bindende Direktiven für die Vertragsgestaltung	332
G. Gesetzliche Wertungen aus anderen Regelungsmaterien als systemübergreifende Maßstäbe der Inhaltskontrolle	333
H. Das Koppelungsverbot als das rechtsstaatliche Gebot der Gerechtigkeit flankierende Mißbrauchsschranke	339
I. Das rechtsstaatliche Koppelungsverbot und seine einfach-gesetzlichen Ausprägungen	339
II. Das Koppelungsverbot in der einfach-gesetzlichen Ausprägung des § 56 VwVfG	341
III. Der Inhalt des Koppelungsverbots	342
I. Der Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit und seine einfach-gesetzlichen Ausprägungen als das rechtsstaatliche Gebot der Gerechtigkeit flankierende Mißbrauchsschranke	347
Zwischenergebnis	348

Kapitel 9

Die sachspezifische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots im Rahmen wichtiger Vertragstypen (veranschaulicht anhand der Vertragstypen des Baurechts) 352

A. Die Bedeutung des öffentlichen Baurechts für die dogmatische Entwicklung des Verwaltungsrechts	353
B. Die sachspezifische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots im Baurecht	359
I. Der Erschließungsvertrag	359
1. Die vertragstypischen Charakteristika	359
2. Die vertragstypische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots	368
II. Der Vorausleistungsvertrag	373
1. Die vertragstypischen Charakteristika	373
2. Die vertragstypische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots	373
III. Der Folgelastenvertrag	374
1. Die vertragstypischen Charakteristika	374

2. Die vertragstypische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots	376
IV. Der Ablösungsvertrag	377
1. Die vertragstypischen Charakteristika	377
2. Die vertragstypische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots	380
V. Der Einheimischenmodellvertrag	381
1. Die vertragstypischen Charakteristika	381
2. Die vertragstypische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots	383
VI. Der Vorhabenträgervertrag	384
1. Die vertragstypischen Charakteristika	384
2. Die vertragstypische Bedeutung des Koppelungs- und des Übermaßverbots	387
Zwischenergebnis	389

Kapitel 10

Das Spannungsverhältnis zwischen den Mißbrauchsschranken und dem Prinzip der Freiwilligkeit der vertraglichen Pflichtenübernahme 393

A. Praktische Beispielfälle zur Veranschaulichung der kritischen Problemzone	394
B. Das Kriterium der Freiwilligkeit als Legitimationsgrund für die Pflichtenerweiterung?	407
I. Die Funktion der Grundrechte als Schutz vor Selbstgefährdung und Selbstschädigung	408
II. Die Freiwilligkeit der Pflichtenübernahme und das rechtsstaatliche Koppelungs- und Übermaßverbot	416
III. Konsens als Indiz für die „Freiwilligkeit“ des Handelns privater Vertragspartner der Verwaltung?	417
IV. Die Freiwilligkeit der Pflichtenübernahme und die durch die Kompetenzordnung gezogenen Grenzen	423
Zwischenergebnis	425

Kapitel 11

**Der verwaltungstypologische Rahmen der Gestaltungsfreiheit
der Verwaltung im Verwaltungsvertragsrecht** 427

A.	Hoheitsverwaltung	428
	I. Steuerrechtliche Verträge	428
	II. Ordnungsrechtliche Verträge	433
B.	Leistungsverwaltung	439
	I. Benutzungsverträge für kommunale Einrichtungen und Anlagen	439
	II. Subventionsverträge	441
	III. Sozialrechtliche Verträge nach den §§ 53 ff. SGB X	444
C.	Fiskalverwaltung	445
	Zwischenergebnis	447

Kapitel 12

**Der rechtliche Rahmen für
das Verwaltungshandeln durch Absprachen** 449

A.	Die grundsätzlich entsprechende Anwendbarkeit der zum verwaltungsrechtlichen Vertrag entwickelten Rechtsgrundsätze und ihre absprachenspezifischen Modifikationen	450
B.	Die Folgen der Rechtswidrigkeit von Absprachen und das ihre Einhaltung sichernde Anspruchssystem	452
	Zwischenergebnis	454

Kapitel 13

**Die verwaltungsinterne Kontrolle
durch die Rechts- und Fachaufsichtsbehörden** 456

A.	Verwaltungsverträge unter aufsichtsbehördlicher Kontrolle	457
B.	Absprachen der Verwaltung unter aufsichtsbehördlicher Kontrolle	461
C.	Verträge und Absprachen der Aufsichtsbehörden mit den zu beaufsichtigenden Verwaltungsträgern	462
	Zwischenergebnis	464

Kapitel 14

**Das Handeln der Verwaltung durch Verträge
in rechtsvergleichender Sicht und im Rahmen des
Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union**

	466
A. Der Vertrag als Handlungsmittel in der früheren DDR	468
I. Die Kommunalverträge in der ehemaligen DDR	469
II. Die Wirtschaftsverträge in der ehemaligen DDR	472
Zwischenergebnis	473
B. Der Vertrag als Handlungsmittel der Verwaltung in Frankreich	473
I. Abgrenzung von privatrechtlichen Verträgen und öffentlich-rechtlichen Verträgen der Verwaltung	473
II. Vertragstypen des „contrat administratif“	476
III. Die Reichweite des Einflusses Privater auf die Gestaltung des „contrat administratif“	478
IV. Die Vorrangstellung der Verwaltung im öffentlichen Interesse	479
V. Der Rechtsschutz des Vertragspartners der Verwaltung	481
Zwischenergebnis	482
C. Der Vertrag als Handlungsmittel der Verwaltung in England	485
I. Abgrenzung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verwal- tungsverträgen?	485
II. Die Verwaltungsverträge	488
III. Die Reichweite des Einflusses Privater auf die Gestaltung von Verwal- tungsverträgen	488
Zwischenergebnis	490
D. Der Vertrag als Handlungsmittel der Europäischen Union zur Vollzie- hung von Gemeinschaftsrecht	490
I. Die Zulässigkeit von Verwaltungsverträgen nach dem Gemeinschaftsrecht	491
II. Maßstäbe für die Inhaltskontrolle von gemeinschaftsrechtlichen Verwal- tungsverträgen	494
III. Die Zuständigkeit des EuGH für die Überprüfung von Verwaltungsver- trägen auf ihre Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht	497
IV. Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen privat- und öffentlich-recht- lichen Verträgen im Gemeinschaftsrecht?	497
Zwischenergebnis	499

Kapitel 15	
Ausblick und Ansätze für eine Fortentwicklung des Verwaltungsvertragswesens	
	501
A. Wege zur Überwindung bzw. Reduzierung der Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Verträgen und zwischen konsensualen Handlungsformen	501
B. Wege zur Eindämmung der Verstöße gegen die Mißbrauchsschranken im Vorfeld des Vertragsschlusses	504
I. Eindämmung von Mißbräuchen im Verwaltungsvertragsrecht durch den Einsatz von neutralen Konfliktmittlern bzw. Ombudsmännern	504
II. Einschaltung von Schiedsrichtern und Schiedsgerichten	506
III. Eindämmung von Mißbräuchen im Verwaltungsvertragsrecht durch die Anforderung von Rechts- und Schiedsgutachten zur Konfliktbewältigung .	506
IV. Eindämmung von Mißbräuchen im Verwaltungsvertragsrecht durch die Intensivierung der Rechts- und Fachaufsicht	507
C. Erarbeitung einer Vertragstypologie zur Herausbildung einer Dogmatik des Verwaltungsvertragsrechts?	507
Zusammenfassung	508
 Literaturverzeichnis	
	524
 Personenregister	
	557
 Sachregister	
	558
 Vorschriftenregister	
	587

Abkürzungen richten sich nach *Hildebert Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Aufl. Berlin / New York 1993.

Einleitung

A. Problematik und Fragestellung

I. Entwicklung und Wandel des Verwaltungsverfahrens

Bis 1976 war das Verwaltungsverfahren in der Bundesrepublik – anders als zum Beispiel in *Österreich* durch die umfassende Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts von 1925 – „nur rudimentär“ und auf verschiedene Gesetze verstreut geregelt¹. Mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und mit den im wesentlichen gleichlautenden Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder wurde wie in Österreich² das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht einheitlich positivrechtlich normiert. In der Bundesrepublik Deutschland benutzten die Gesetzgeber von Bund und Ländern die Gelegenheit der Kodifizierung des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts zugleich dazu, den lang andauernden Streit über die *Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags* zwischen der Verwaltung und Bürgern³ im Sinne seiner Anerkennung als generell zulässige Handlungsform der Verwaltung zu entscheiden. Entschärft wurde mit der allgemeinen gesetzlichen Ermächtigung zu verwaltungsvertraglichem Handeln durch die Verwaltungsverfahrensgesetze von Bund und Ländern auch der Streit⁴ darüber, ob öffentlich-rechtliche

¹ So ausdrücklich *Wolf/Bachof*, Verwaltungsrecht III, § 156, S. 323. Als Hauptquellen des Verwaltungsverfahrens wurden 1925 in Österreich das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG), das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG), das Verwaltungsstrafgesetz (VStG) und das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG) geschaffen. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts *Herrnritt*, Das Verwaltungsverfahren, S. 8 ff.; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 554 ff.

² In der Schweiz wurden die Grundsätze für das Verwaltungsverfahren ähnlich wie in der Bundesrepublik erst relativ spät (1968 für die Bundesbehörden) durch das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vereinheitlicht; vgl. dazu *Gygi*, Verwaltungsrecht, S. 125; *Fleiner-Gerster*, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, S. 193 ff.; *Häfelin/Müller*, Grundriß des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 276 ff. m.w.N.

³ Vgl. zur Entwicklung und zur Diskussion über die Grundlagen einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags sowie den damit zusammenhängenden Streitfragen *Stern*, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags, *VerwArch.* 49 (1958), S. 106 ff.

⁴ Für die Notwendigkeit einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung *Loening*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 245 f.; *Fleiner*, Institutionen des

Verträge auch ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig sind. Durch die prinzipielle Anerkennung des kooperativen Verwaltungshandelns durch öffentlich-rechtliche Verträge zwischen der Verwaltung und Bürgern gingen die zuständigen deutschen Gesetzgeber weiter als der österreichische Gesetzgeber in seinen vergleichbaren Kodifikationen und stießen zugleich das Tor auf für einen grundlegenden *Wandel des modernen Verwaltungsverfahrens*.

Das moderne Verwaltungsverfahren zeichnet sich durch eine verstärkte „Interaktion“ und einen „Wandel der Begegnungsmuster“ zwischen Verwaltung und Bürgern aus. Der Weg der staatlichen Entscheidungsfindung führt zunehmend über eine Zwischenstufe der „gemeinsamen, kommunikativen und kooperativen Konsensfindung“⁵. Dies kann kaum mehr bezweifelt werden, ist vielmehr ein empirischer Befund, der die Verwaltungswirklichkeit prägt. Angesichts dessen steht heute – wie Pitschas richtig erkannt hat⁶ – die Frage nach der Legitimation des gewandelten staatlichen Entscheidungsverfahrens, nach der Verantwortung der Verwaltung für die Aufgabenerfüllung und nach der *Kontrollierbarkeit der Verwaltung* im Mittelpunkt des rechtswissenschaftlichen Interesses.

II. Der Zusammenhang zwischen Legitimation und Kontrollierbarkeit des Verwaltungshandelns

Dem Verwaltungshandeln wächst rechtsstaatlich-demokratische Legitimation zu, wenn der gesetzgeberische Handlungsauftrag pflicht- und kompetenzgerecht erfüllt worden ist⁷. Die Verwaltung trägt die Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung des gesetzgeberischen Handlungsauftrags und die Einhaltung der von der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung geforderten Art und Weise der Erfüllung. Im demokratischen Rechtsstaat muß die *Legitimation staatlichen Handelns* auf das Volk zurückführbar sein. Damit die Legitimationskette zum Volk nicht abreißt und kontrollfreie Räume im

Deutschen Verwaltungsrechts, S. 209 ff.; *Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 442; *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 30; a.A. *Apelt*, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920, S. 6 ff.; *Buddeberg*, Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, AöR 47 (1925), S. 85 ff.; *Stern*, VerwArch. 49 (1958), S. 106 ff. (108).

⁵ *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, Vorwort und S. 219.

⁶ Vgl. dazu eingehend *Pitschas* (Anm. 5), 5. Kapitel, S. 201 ff., sowie 6. und 7. Kapitel, S. 235 ff.

⁷ Vgl. hinsichtlich der Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und der daraus resultierenden Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen *Spannowsky*, DVBl. 1992, S. 1072 ff.

Bereich des hoheitlichen Handelns des Staates nicht entstehen, sind die Verwaltung, die Justiz und der Gesetzgeber gehalten, das Verwaltungshandeln durch die Schaffung eines geeigneten Prüfungsmaßstabs und dessen fortwährender Konkretisierung kontrollierbar zu machen (*Verantwortung für die Rechts- und Zweckkonkretisierung*)⁸. Nur wenn ausreichende *Kontrollmöglichkeiten* zur Verhinderung von Machtmißbräuchen und zum Schutz der Grundrechte bestehen, haben die Verwaltungskontrolleure ihrer *Konkretisierungsverantwortung* genügt; nur dann kann auch der Verwaltungsträger „zur Verantwortung gezogen“, ein etwaiges Handlungsdefizit ausgeglichen und das Verwaltungshandeln durch korrigierende Einflußnahme demokratischer Legitimation zugeführt werden⁹.

III. Der Zusammenhang zwischen Mißbrauchskontrolle und Legitimation des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen

Die Frage nach den Grenzen des konsensualen Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, deren zunehmendes Auftreten Ausdruck für den Wandel der Beziehung zwischen Verwaltung und Bürger ist, steht in unauflösbarem Zusammenhang mit der Problematik der Legitimation des konsensualen Verwaltungshandelns. Denn Verträge und Absprachen sind Verfahrensergebnisse des konsensualen Willensbildungsprozesses zwischen Verwaltung und Bürger. Sie müssen unter dem Aspekt der Legitimation staatlichen Handelns zugleich den aus den materiellen Verfassungsaussagen abzuleitenden Verfahrensanforderungen sowie inhaltlichen Entscheidungsdirektiven genügen. Die *rechtsstaatliche Bewährung* der konsensualen Handlungsformen der Verträge und Absprachen hängt letztlich davon ab, ob und inwieweit es gelingt, ihre Tauglichkeit zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben sicherzustellen und das im Aushandlungsprozeß zwischen Verwaltung und Privaten gesteigerte Risiko ihres mißbräuchlichen Einsatzes auszuschließen.

⁸ Ebenso *Pitschas* (Anm. 5), S. 262 f.; *Scholz*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren*, VVDStRL 34 (1976), S. 145 ff. (170, 174 f.); *Zimmer*, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, S. 158 ff.

⁹ Vgl. zum unauflösbaren Zusammenhang zwischen Verantwortung und Kontrolle *Pitschas* (Anm. 5), S. 394 f., der zutreffend resümiert, es gebe keine Verantwortung ohne Kontrolle und keine Kontrolle ohne Verantwortung, sowie *Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen*, S. 43 ff.; *Scheuner*, *Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung*, S. 379 ff., und *Püttner*, *Verantwortlichkeit und Kontrollpflicht*, S. 435 ff. m.w.N.