

5

RENÉ A. RHINOW Dr. iur., Professor  
Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag  
Zur Problematik der administrativen Handlungsformen

Sonderdruck aus  
Privatrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht  
Grenzen und Grenzüberschreitungen  
Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985  
Verlag Helbing & Lichtenhahn  
Basel 1985

## Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag

Zur Problematik der administrativen Handlungsformen

RENÉ A. RHINOW

### 1. Zur gegenwärtigen Lage

1.1. Es hiesse Wasser in den Rhein – oder Läcklerli nach Basel – tragen, wollte man den Beweis führen, dass die Verwaltung über ein vielfältiges Arsenal von Handlungsformen und Verfahren verfügt. Obwohl Lehrbücher älteren wie jüngeren Datums den Erlass einseitig-hoheitlicher Verfügungen gegenüber Privaten als die eigentliche, der rechtlichen Stellung der Verwaltung angepasste Vorgehensweise qualifizieren, erscheint doch unbestritten, dass Rechtsverhältnisse zwischen der Exekutivgewalt und Subjekten des Privatrechts auch vertraglich begründet werden können – sei es durch Verwaltungsvertrag oder durch privatrechtlichen Kontrakt. Daneben bedient sich die Administration verschiedener Erlassformen (Rechtsverordnungen, Verwaltungsrichtlinien, dogmatisch schwer einzuordnender «Zwischengebilde» der Steuerung (wie Programme, Pläne), öffentlich- und privatrechtlicher Organisationsformen sowie anderer Äusserungsmöglichkeiten oder Verrichtungen (Realakte), die in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzen sind, hier jedoch ausgeklammert werden sollen. Für die Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten oder Pflichten steht die erwähnte Dreieitigkeit von Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlichem Kontrakt im Vordergrund.

Dabei erstaunt aber, wie wenig das gegenseitige Verhältnis dieser drei Formen geklärt ist, wie oft Doktrin und Praxis Mühe bekunden, Abgrenzungsfragen schlüssig und widerspruchsfrei zu beantworten. Die Vermutung liegt nahe, dass Lehre und Rechtsprechung (auch) in diesem Bereich den Wandel vom «klassischen», teilweise verfassungsautonomen Verwaltungsrecht, das weitgehend polizei- und steuerrechtlich geprägt und auf den (eingreifenden) Verwaltungsakt ausgerichtet war, zum differenzierten und verschachtelten *Rechtsgebäude einer Ordnungs-, Leistungs-, Lenkungs-, Abgaben- und Bedarfsverwaltung*<sup>1</sup> im modernen, verfassungsdurchdrungenen Sozialstaat noch nicht bewältigt haben. Die auftauchenden Probleme beschlagen denn auch in aller Regel den Handlungsbereich der selbstwirtschaftenden, dirigierenden, die Wirtschaft fördernden und beaufsichtigenden, Sozialleistun-

<sup>1</sup> So die überzeugende Gliederung der Verwaltung nach ihren Aufgaben oder Zwecksetzungen durch HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 1983, Rdnr. 15–19.

gen oder Subventionen ausrichtenden, Aufträge und Arbeiten an Private vergebenden Verwaltung. Hier drohen tradierte Unterscheidungen ihren Sinngehalt einzubüssen, ringt die Praxis im konkreten Anwendungsfall um das zweckmässige Vorgehen und – im Streitfall – um das richtige «Verständnis» und sieht sich der Gesetzgeber einer ihm wenig hilfreichen Doktrin gegenüber, wenn (wenn!) er sich (ex ante) Gedanken über die rechtssatzmässige Konstruktion der von der Verwaltung einzugehenden Rechtsverhältnisse macht.

1.2. Zweifellos: Die Hauptform des Verwaltungsinstrumentariums, die *Verfügung*, scheint ein eindeutig bestimmbares Institut darzustellen. Sie wird – von anderen, hier nicht interessierenden Merkmalen abgesehen – vor allem durch ihre öffentlichrechtliche Natur, ihre Einseitigkeit und ihre Verbindlichkeit gekennzeichnet. Die Verwaltung begründet ein Rechtsverhältnis durch Verfügung, wenn sie auf die Einwilligung des privaten Adressaten nicht angewiesen ist, wenn sie – im Rahmen des Gesetzes – die nähere Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses selbstverantwortlich und unabhängig von einem «konstitutiven» Zustimmungsbedarf der anderen Partei(en) des Rechtsverhältnisses vornimmt. Das klassische Modell des Verwaltungsakts stellt nach wie vor die in die Rechtsstellung des Privaten eingreifende Verfügung dar, weil Einseitigkeit hier bedeutet, dass es auf einen zustimmenden, «eingriffsbejahenden» Willen des betroffenen Privaten nicht ankommt.

Auf diesen Verwaltungsakt ist in der Schweiz nicht nur das Schwergewicht wissenschaftlichen Bemühens gelegt worden, sondern es richtet sich auch die positivrechtliche Regelung des Verfahrens, das zum Erlass der Verfügung führt, und der streitigen Rechtspflege danach aus; die «Fesselung» der Administrativbehörden gelingt nur zulänglich, wenn und soweit die zweite Gewalt Verfügungen erlässt. Greift sie zu anderen Handlungsformen, so brechen Lücken auf und entstehen z. T. schwerwiegende Geltungs- und Rechtsschutzprobleme.

Erscheint es deshalb nicht befremdlich, dass bislang weitgehend offen blieb, unter welchen Voraussetzungen die Behörde überhaupt verpflichtet ist, das Instrument der Verfügung zu benutzen? Besteht nicht ein eigentümlicher Widerspruch zwischen dem hohen Stand des an den Verfügungsbegriff gekoppelten Verfahrens- und Prozessrechts, wie er sich etwa in den bundesrechtlichen Verfahrensgesetzen (OG, VwVG) widerspiegelt, und der weitgehenden Freiheit der Verwaltungsinstanzen, auf das verfassungsmässige Vorgehen zu verzichten und dem Bürger vor allem rechtsgeschäftlich (aber auch etwa mittels generell-abstrakter Regelungen) gegenüberzutreten?

1.3. Die grundsätzliche Zulässigkeit des *Verwaltungsvertrages* darf heute als anerkannt gelten<sup>2</sup>. Freilich: Wo der Gesetzgeber das vertragliche Vorgehen ausdrücklich

2 Vgl. – statt vieler – ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, S. 444 ff.; RENÉ A. RHINOW, *Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht*, ZBl 80, 1979, S. 1 ff., 11.

verboten un  
Leistungen  
bundesgeri  
Einrichtung  
Grunde ger  
vertrages z  
Faktoren d  
beider Par  
«Aushande  
der Zustim  
wechselseit  
allein die K  
des Vertrag  
ren<sup>4</sup>. Darau

Das Ve  
geregelt wi  
(einem ode  
Kantonen  
eingerichte  
öffentlichre  
offen; im V  
konformen  
Regelung.  
che Vertrags  
Subvention  
– der Konz

1.4. Es ble  
überlieferte  
nung sogar  
(Bedarfsde  
Grundstück  
Rüstungsg  
Wettbewer

3 BGE 105 I

4 So schon H  
übrigen RE  
Basel/Stutt  
tungsrechts

5 Es bleibt d  
hiezue etwa

verbietet und wo zudem ohne gesetzliche Grundlage Rechte Privater begrenzt oder Leistungen gekürzt werden sollen, ist der Abschluss von Verwaltungsverträgen nach bundesgerichtlicher Praxis<sup>3</sup> untersagt. Trotz der prinzipiellen Akzeptanz dieser Einrichtung im öffentlichen Recht sind aber viele Rechtsprobleme ungeklärt; ja im Grunde genommen ist nicht einmal das «Wesen», die Rechtsnatur des Verwaltungsvertrages zum gesicherten Gemeingut geworden. Noch heute ist oft strittig, welche Faktoren den Verwaltungsvertrag von der Verfügung unterscheiden: die Autonomie beider Parteien, sich vertraglich binden zu wollen oder eben nicht; das freie «Aushandeln» des Vertragsinhaltes; die sog. Gleichheit beider Parteien in concreto; der Zustimmungsbedarf zum Inhalt der Regelung auf der Seite des Privaten oder die wechselseitigen Rechtswirkungen des Beschlossenen. Meiner Auffassung nach kann allein die Kombination der beiden letzten Faktoren zu brauchbaren und dem Wesen des Vertrages als Grundform rechtlichen Handelns angemessenen Lösungen führen<sup>4</sup>. Darauf wird zurückzukommen sein.

Das Verfahren, das behördlicherseits zum Vertragsschluss führt, ist ebensowenig geregelt wie der Rechtsschutz Dritter, die im Abschluss einer Vereinbarung mit (einem oder mehreren) Privaten einen (Grund-) Rechtsverstoss erblicken. In einigen Kantonen besteht nach wie vor keine Verwaltungsgerichtsbarkeit, und auch wo sie eingerichtet ist, erstreckt sie sich z. T. nicht auf die Beurteilung von Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen<sup>5</sup>. Aber auch materiellrechtlich sind viele Fragen offen; im Vordergrund steht namentlich die Problematik der ursprünglich gesetzeskonformen, aber infolge Rechtsänderung gesetzeswidrig gewordenen vertraglichen Regelung. Es kommt hinzu, dass das öffentliche Vertragsrecht bislang kaum eigentliche Vertragstypen ausgebildet hat, mit Ausnahme vielleicht des Enteignungs- und Subventionsvertrages sowie – doch beginnen, ja häufen sich hier bereits die Probleme – der Konzession.

1.4. Es bleibt der *privatrechtliche Vertrag*, dessen Verwendung der Verwaltung nach überlieferter Lehre in bestimmten Gebieten offensteht und nach gewisser Lehrmeinung sogar vorgeschrieben sein soll: einmal im Bereiche der sog. Hilfsgeschäfte (Bedarfsdeckung), die vom vielzitierten Kauf der benötigten Bleistifte bis zum Grundstückserwerb für öffentliche Zwecke, ja letztlich bis zum milliardenschweren Rüstungsgeschäft reichen, sodann bei der wirtschaftenden Beteiligung am privaten Wettbewerb und bei der Verwaltung des Finanzvermögens. Hier, in der sog.

3 BGE 105 Ia 207, 210 (*Zehnder*).

4 So schon HENRI ZWAHLEN, *Le contrat de droit administratif*, ZSR 77, 1958, S. 461aff., 517aff. Vgl. im übrigen RENÉ A. RHINOW, *Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung*, Basel/Stuttgart 1971, S. 186ff.; DERSELBE (zit. Anm. 2), S. 13; BLAISE KNAPP, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Basel/Frankfurt a.M. 1983, N. 744.

5 Es bleibt dann oft nur die «Notlösung» der Klage ans Bundesgericht gemäss Art. 42 OG übrig (vgl. hierzu etwa BGE 107 Ib 157ff.; 108 II 334; 109 II 76).

(echten) Fiskalverwaltung, wo nur mittelbar öffentliche Zwecke verfolgt werden, erscheint der Staat als eigentliches Privatrechtssubjekt; er begibt sich auf den Boden der Gleichwertigkeit mit Privaten und darf (soll) Verträge schliessen wie jeder andere Private auch. Doch nicht genug: Auch in der unmittelbaren Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, namentlich in der Ausgestaltung von Leistungs- und Benutzungsverhältnissen, soll der Verwaltung der Abschluss ziviler Kontrakte gestattet sein<sup>6</sup>, wobei hier allerdings die Grenzen der Zulässigkeit (noch?) keine klaren Konturen aufweisen. Nach ANDRÉ GRISEL etwa ist der Verwaltung das privatrechtliche Vorgehen grundsätzlich erlaubt, wenn es auf keine ex- oder impliziten Hindernisse stösst. Doch in Wirklichkeit könne sich die Verwaltung selten dem Regime des öffentlichen Rechts völlig entziehen; «à défaut de texte exprès, elle ne peut être soumise que dans une mesure restreinte au droit privé comme tel»<sup>7</sup>.

Das privatrechtliche Verwaltungshandeln ist zunehmenden Anfechtungen ausgesetzt. Abgesehen von der Grundproblematik seiner Zulässigkeit stellen sich auch hier Fragen materiell- und verfahrensrechtlicher Natur. Kann eine rein privatrechtliche Administration überhaupt verfassungsrechtlich erlaubt sein, oder erweist sich nicht vielmehr jegliches Staatshandeln, ungeachtet seiner Rechtsform, als verfassungs- und gesetzesabhängig und damit öffentlichrechtlich gebunden oder überlagert? Wie kann und muss der Rechtsschutz ausgestaltet sein, damit sich Betroffene (Private, deren Gesuche zum Vertragsschluss ganz oder teilweise abgewiesen werden, und vor allem Dritte, die nicht Vertragspartner sind, wie z. B. Konkurrenten) gegen ein rechtswidriges Paktieren der Verwaltung zur Wehr setzen können? Ist es erträglich, dass die Wahl des zivilistischen anstelle des publizistischen Kontrakts den Rechtsweg völlig verändert (Ziviljustiz)?

1.5. Die materiell- und formellrechtlichen Schwierigkeiten, die sich um das Nebeneinander von Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlichem Kontrakt ranken, haben zu zwei Konstruktionen geführt, die den Besonderheiten des vertraglichen und privatrechtlichen Verwaltungshandelns die Spitze brechen und dessen Einbettung in das öffentliche Recht gewährleisten sollen. Mit der sog. *Zweistufen-theorie* wird versucht, das vertragliche Vorgehen in zwei Teilschritte zu zerlegen: Auf einer ersten Stufe verfügt die Verwaltung über das Ob (und mit wem) des Kontrahierens; in dieser Phase werden auch die wesentlichen Aspekte des zu schliessenden Vertrages beschlossen. Auf der zweiten Stufe erst erfolgt der eigentliche privatrechtliche (u. U. auch öffentlichrechtliche) Vertragsschluss mit dem Private

6 Illustrativ erscheint etwa die Beurteilung der Rechtsbeziehungen zwischen einem öffentlichen Dienst und dessen «Benützern». Vgl. aus der jüngeren Praxis etwa BGE 105 II 234 sowie GRISEL (zit. Anm. 2), S. 231 ff.; MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 139.

7 GRISEL (zit. Anm. 2), S. 116.

ten, de  
scheide  
enthält  
vom A  
Verwer  
derseits  
(verwal  
der sch  
sehr fr  
rechtlic  
Submis  
wollen  
struktu  
verharr  
zum V  
Vertrag  
Die  
Zweist  
eines I  
materie  
innerha  
des beh  
cher A  
der Wa  
Verfolg  
Vorsch  
tungspr  
Privatr  
die ber  
und glo  
führt s  
delns,  
che Pf  
wäre. Z  
der ble

8 Nach  
unbe  
9 Vgl.  
10 Vgl.

ten, der gleichsam den «Vollzug» des bereits erfolgten einseitigen Grundsatzentscheides darstellt und zusätzlich die näheren Modalitäten der Geschäftsabwicklung enthält. Die Zweistufentheorie ist weitgehend ein Produkt der deutschen Lehre, das vom Anliegen getragen ist, beim vertraglichen Verwaltungshandeln einerseits die Verwendung ausgebildeter Rechtsformen des Privatrechts zu ermöglichen und andererseits die Rückbindung an die öffentlichrechtlichen Rechtsgrundlagen und den (verwaltungsinternen wie) verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz sicherzustellen. In der schweizerischen Lehre ist die Zweistufentheorie im allgemeinen bislang kaum auf sehr fruchtbaren Boden gefallen<sup>8</sup>; immerhin hat sie in abgewandelter Form positivrechtliche Anerkennung gefunden<sup>9</sup>, und es mehren sich die Stimmen, die ihr im Submissionswesen, bei der Vergabe staatlicher Aufträge, zur Anwendung verhelfen wollen<sup>10</sup>. Die Problematik einer (nicht klar gesetzlich abgestützten) Zweistufenkonstruktion liegt darin, dass das Verhältnis von Verfügung und Vertrag oft im Dunklen verharret: Bleiben beide nebeneinander bestehen? Wird der Verfügungsinhalt auch zum Vertragsinhalt? Was soll durch Verfügung vorentschieden, was «nur» dem Vertrag überlassen werden?

Die Figur des sog. *Verwaltungsprivatrechts* verfolgt ähnliche Zwecke wie die Zweistufentheorie, beschlägt jedoch weniger den konstruktiven Teil der Begründung eines Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Privaten, sondern das anwendbare materielle Recht. Diese Theorie geht davon aus, dass es dem Gemeinwesen – innerhalb gewisser Grenzen – erlaubt sei, auch ausserhalb der «klassischen» Gebiete des behördlichen Privatrechtshandelns, also bei der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben, zivilistische Kontrakte abzuschliessen. Als Korrelat dieser Freiheit in der Wahl der Rechtsform wird nun das Postulat erhoben, die Verwaltung sei bei der Verfolgung öffentlicher Zwecke in jedem Fall an bestehende öffentlichrechtliche Vorschriften, namentlich an die Grundrechte gebunden. Der Begriff des «Verwaltungsprivatrechts» signalisiert die öffentlichrechtliche Überlagerung des gewählten Privatrechts und damit die eigenartige Vermengung beider «Rechtsgebiete»; er will die bereits von FRITZ FLEINER diagnostizierte «Flucht ins Privatrecht» domestizieren und gleichzeitig legitimieren. Die Problematik dieser Figur ist eine doppelte: Einmal führt sie tendenziell zu einer trügerischen Akzeptanz des privatrechtlichen Handelns, während jedenfalls für die unmittelbare Verwaltungstätigkeit eine grundsätzliche Pflicht zur Verwendung öffentlichrechtlicher Handlungsformen zu fordern wäre. Zum andern scheint sie zu bestätigen, dass ausserhalb dieses Bereiches, also bei der bloss mittelbaren Zweckerfüllung, die Verwaltung öffentlichrechtlicher Schran-

8 Nach KNAPP (zit. Anm. 4), S. 18, ist die Zweistufentheorie im schweizerischen Recht «sozusagen unbekannt». Weitere Hinweise bei RHINOW, Subvention (zit. Anm. 4), S. 197 ff.

9 Vgl. hinten Ziff. 4.2. (Subventionen).

10 Vgl. hinten Ziff. 4.3. ff.

ken enthoben wäre. Dies kann jedoch keinesfalls richtig sein; die Exekutivgewalt ist integral und in allen ihren Handlungen den Grundrechten und den übrigen Teilen der Verfassung sowie der einschlägigen Gesetzgebung unterstellt, auch wenn sie sich des privatrechtlichen Instrumentariums bedient<sup>11</sup>. Das Bundesgericht hat dies im später<sup>12</sup> noch näher zu beleuchtenden Entscheid *Schweiz. Treuhänderverband* erstmals klar zum Ausdruck gebracht:

«Schliesslich ist festzuhalten, dass die Nationalbank selbstverständlich (sic! der Autor) auch dort, wo sie als Aktiengesellschaft privatrechtlich handelnd auftritt, an ihren öffentlichen Auftrag im weitesten Sinne gebunden bleibt, was zur Folge hat, dass sie in ihren privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten hat. Sie darf auch als Subjekt des Privatrechts insbesondere nicht rechtsungleich oder willkürlich Rechte erteilen oder Pflichten auferlegen»<sup>13</sup>.

Anerkennt man aber die integrale öffentlichrechtliche Einbindung, so erweist sich jegliches privatrechtliches Verwaltungshandeln als «Verwaltungsprivatrecht», und die Hervorhebung einer besonderen Kategorie mit diesem Namen erübrigt sich<sup>13a</sup>.

1.6. Der Dreiheit der hier skizzierten Rechtsformen entspricht eigentümlicherweise eine Dreiheit der Grundprobleme. Bei näherem Zusehen entpuppt sich nämlich die Rechtsformenfrage als eine Überlagerung und Vermengung dreier unbewältigter Grundschwierigkeiten der modernen (Verwaltungs-)Rechtslehre: der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht, dem gegenseitigen Verhältnis von Verwaltungsakt und Vertrag sowie der Bestimmung der Rechtsform nach ihrem «Wesen» oder nach Rechtsschutzbedürfnissen.

Die folgenden Überlegungen versuchen, einige Aspekte dieser Problemverflechtung anhand ausgewählter jüngerer Entscheidungen des Bundesgerichts zur Darstellung zu bringen<sup>14</sup>.

11 PETER SALADIN, Grundrechtsprobleme, in: BERND-CHRISTIAN FUNK (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, Separatum (ohne nähere Angaben), S. 59ff., 72ff.

12 Hinten Ziff. 2.3.

13 BGE 109 Ib 155. Damit wird mit kühnem Federstrich als «selbstverständlich» erklärt, was bislang alles andere als unumstritten war. Vgl. hierzu etwa PAUL R. MÜLLER, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zürich/St. Gallen 1970, S. 313ff. (mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

13<sup>a</sup> Vgl. zum Verwaltungsprivatrecht den Aufsatz von KURT EICHENBERGER in dieser Festgabe, S. 75ff.

14 Im vorliegenden Aufsatz kann aus räumlichen Gründen nicht auf das deutsche Recht eingegangen werden. Vgl. etwa die neueren Hinweise auf die in vielen Punkten ähnlichen Problemstellungen bei DIRK EHLERS, Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1983; DERSELBE, Rechtsstaatliche und prozesuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1983, S. 422ff.; WILFRIED BRAUN, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsakt und verwaltungsprivatrechtlichem Rechtsgeschäft, Juristen-Zeitung (JZ) 1983, S. 841ff.; JOST PIETZCKER, Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1982, S. 61ff.; WILHELM HENKE, Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts, JZ 1984, S. 441ff.; CHRISTOPH GUSY, Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern, DVBl 1983, S. 1222ff.; DERSELBE, Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das öffentliche Recht, Die öffentliche Verwaltung (DöV) 1984, S. 872ff.

2.1. D  
der Th  
desger  
wieder  
konkr  
zweife  
lungsb  
nen. I  
rialen»  
indess  
und k  
Grund  
grund  
zungs

2.2. D  
zweisch  
öffent  
«Hoh  
musst  
«schli  
mit B  
men,  
worin  
öffent  
logisc  
tungs  
seits  
zuläng  
kein e  
Norm  
anwa  
Verw  
unter  
ordnu

15 Vgl.  
16 Vgl.

## 2. Öffentliches Recht und Privatrecht

2.1. Dass die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht trotz oder wegen der Theorienvielfalt immer wieder Schwierigkeiten bereitet, ist bekannt. Das Bundesgericht behilft sich mit einem sybillinischen Eklektizismus, indem es immer wieder erklärt, es prüfe in jedem Einzelfall, welches Abgrenzungskriterium den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht werde<sup>15</sup>. Es trägt auf diese Weise der zweifellos richtigen Erkenntnis Rechnung, dass der Unterscheidung je nach Regelungsbedürfnissen und Rechtsfolgen unterschiedliche Funktionen zukommen können. Im Klartext bedeutet dies aber auch, dass Sinn und Rechtfertigung der «kategorialen» Unterscheidung letztlich alles andere als evident erscheinen. Die Tragik liegt indessen darin, dass diese Differenzierung tiefe Wurzeln im Recht geschlagen hat und kraft Überlieferung in einem Ausmass vorgegeben ist, dass ihr wohl im Grundsatz Unabänderlichkeit zu attestieren ist und jegliche Reflexion über ihre grundsätzliche Rechtfertigung im sozialen Rechtsstaat rasch zu praktischen Abgrenzungsstudien gerinnen muss.

2.2. Die Probleme beginnen beim Begrifflichen. Die klassische Lehre unterscheidet zwischen *Hoheitsverwaltung* und *Fiskalverwaltung*. Erstere soll definitionsgemäss öffentlichrechtliche, letztere privatrechtliche Verwaltung sein. Doch was bedeutet «Hoheitlichkeit»? Spätestens mit der Anerkennung öffentlichrechtlicher Verträge musste eine Differenzierung der Hoheitsverwaltung in eine obrigkeitliche und eine «schlicht-hoheitliche» Administration vorgenommen werden, je nachdem, ob diese mit Befehl und Zwang operiert oder sich anderer, «verträglicherer» Handlungsformen, wie eben z. B. des Verwaltungsvertrages, bedient<sup>16</sup>. Damit wird aber unklar, worin das Wesen der Hoheitlichkeit bestehen soll. Für die Charakterisierung des öffentlichen Rechts ist jedenfalls nichts gewonnen, im Gegenteil: Die Gefahr tautologischer Begriffsableitungen wird zur fassbaren Gegebenheit. Hoheitliche Verwaltungstätigkeit erscheint als Unterfall des öffentlichrechtlichen Handelns, das seinerseits nicht mehr mit den Attributen des Zwangs und der einseitigen Anordnung zulänglich erklärt werden kann. Umgekehrt ist für das Privatrecht «Freiheitlichkeit» kein exklusives Merkmal mehr, um so weniger, als öffentlich- und privatrechtliche Normen vielfach «austauschbar» erscheinen, die zwingenden Privatrechtsnormen anwachsen und sich oft nur noch in ihrer Durchsetzungsweise (Zivilrichter statt Verwaltungsvollzug und öffentliche Rechtspflege) von Verwaltungsrechtssätzen unterscheiden. Damit entfällt auch das Begriffspaar der Unterordnung und Gleichordnung als durchgängiges Unterscheidungskriterium zur Abgrenzung von öffentli-

<sup>15</sup> Vgl. zuletzt BGE 109 Ib 149.

<sup>16</sup> Vgl. etwa GRISEL (zit. Anm. 2), S. 115; MAURER (zit. Anm. 1), S. 23 ff.

chem und privatem Recht. Überhaupt kann sich das Subordinationskriterium sinnvollerweise weder auf die Rechtsstellung der Verwaltung als solche noch auf ihren faktischen Machtvorsprung, sondern allein auf die rechtlichen Handlungsbefugnisse in concreto beziehen. Faktische Ungleichheiten sind auch für das Privatrecht typisch, und jeder Träger öffentlicher Gewalt ist dem privaten Rechtssubjekt letztlich übergeordnet, weil er zumindest potentiell stets über Zwangsmittel verfügt oder verfügen könnte. Die Vorstellung eines Unterordnungsverhältnisses ist offensichtlich stark auf die Eingriffsverwaltung zugeschnitten und will nicht auf die Leistungsverwaltung passen; der Renten- oder Stipendienbezüger muss nicht mit Befehlsgewalt zur Hinnahme der staatlichen Geldleistung angehalten, der Subventionsbewerber darf nicht mit Zwang zum Subventionsempfänger gestempelt werden.

2.3. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht gipfeln in der *Qualifikation eines Vertrages*, der von einem Träger öffentlicher Aufgaben mit einem Privaten abgeschlossen worden ist. Da das Wesen des Vertrages zweifellos in der Gleichwertigkeit der übereinstimmenden Willensäußerungen zu sehen ist, fällt das Moment der Unterordnung ausser Betracht. Trotzdem zieht das Bundesgericht dieses Element immer wieder heran, um das öffentliche Recht zu kennzeichnen<sup>17</sup>. Das Gericht «übergeht» dabei die Figur des Verwaltungsvertrages, denn es stellt direkt das «hoheitliche» öffentliche Recht dem «nichthoheitlichen» privatrechtlichen Kontrakt gegenüber.

Exemplarisch kann auf die bundesgerichtliche Praxis zur Rechtsnatur der *Beziehungen zwischen einem öffentlichen Dienst und dessen Benützern* verwiesen werden<sup>18</sup>. In einem jüngeren Entscheid *Landschaft und Gemeinde Davos* heisst es: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 76 II 104/105) ist diese Beziehung dann öffentlichrechtlicher Natur, wenn durch sie ein besonderes Gewaltverhältnis begründet wird, kraft dessen die Anstalt dem Benützer gegenüber mit obrigkeitlicher Gewalt ausgestattet ist, was in jedem Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung der Benützungsbefugnisse zu entscheiden ist. Als Gesichtspunkte gelten dabei insbesondere die unmittelbare Verfolgung öffentlicher Zwecke, im Vergleich zu denen die Absicht auf Erzielung eines Gewinnes von untergeordneter Bedeutung erscheint, sowie die einseitige, unabänderliche Regelung der Anstaltsbenützung durch Gesetz oder Verwaltungsverordnung, im Gegensatz zur freien Bestimmbarkeit der gegenseitigen Beziehungen der Beteiligten auf dem Boden der Gleichberechtigung. Bei einem Elektrizitätswerk kommt es vor allem darauf an, wie zwischen der Anstalt und den Bezüger die Bedingungen für die Stromlieferungen festgelegt werden. Erfolgt dies einseitig durch die Anstalt in zum vornherein feststehenden Bestimmungen in der Weise, dass beim Vorliegen der gleichen Umstände ohne weiteres die gleichen Bedingungen gelten, dann ist ein Verhältnis öffentlichrechtlicher Natur anzunehmen. Wo aber die Benützungsbefugnisse es gestattet, wesentliche Einzelheiten des Bezuges, insbesondere das Entgelt, durch besondere Vereinbarung zwischen der Anstalt und dem Bezüger von Fall zu Fall verschieden zu gestalten, wobei die Einigung durch Unterhandlungen mit gegenseitigem Vor- und Nachgeben herbeigeführt wird, hat man es mit Vertragsverhältnissen des Privatrechts zu tun»<sup>19</sup>.

17 Vgl. etwa BGE 100 II 210f.; 102 II 57.

18 Vgl. etwa IMBODEN/RHINOW (zit. Anm. 6), Nr. 139.

19 BGE 105 II 234ff., 236f.

In diesen  
Vereinbarung»  
Vertrag darstel  
Im bereits  
Sorgfaltspflich  
ungsverhältni  
Vertragspartei  
Verwaltungsze

Allein,  
Verwaltung  
Akt Pflicht  
weil es jegl  
fest, so erw  
dung als ko  
schliesst ab  
den Begrür  
nisses kann  
werden, so  
Vertrag. M  
Gerichtsprä  
im Vertrag  
cher Natur  
oder Mater  
etwa bei Er  
entfällt auc  
Verwaltung  
ten im Rah  
lichrechtlic  
kein Raum

2.4. Die au  
rung. Entspr  
ches Recht  
sondern es  
untersuche  
durch einse

20 BGE 105  
21 BGE 109  
22 Vgl. etwa  
101 Ib 306  
23 MAX IMBO

In diesem Urteil wird aber etwas später auf die Möglichkeit hingewiesen, dass diese «besondere Vereinbarung», die nach «Unterhandlungen» geschlossen wird, allenfalls auch einen öffentlichrechtlichen Vertrag darstellen könnte<sup>20</sup>.

Im bereits zitierten Fall *Schweiz. Treuhänder-Verband* heisst es, bei der zur Diskussion stehenden Sorgfaltpflichtvereinbarung (VSB) fehle es «an einem das öffentliche Recht kennzeichnenden Unterordnungsverhältnis der Banken zur Nationalbank, da es letzterer nicht möglich war, mittels der VSB den Vertragsparteien durch einseitige Willensäußerung Pflichten aufzuerlegen und diese nötigenfalls mit Verwaltungszwang durchzusetzen...»<sup>21</sup>.

Allein, in diesem Manko liegt ja gerade das Bedürfnis nach Abschluss von Verwaltungsverträgen begründet. Wo die Verwaltung dem Bürger durch einseitigen Akt Pflichten auferlegen kann, wird sie auf das vertragliche Prozedere verzichten, weil es jeglichen Sinnes entbehrt. Hält man an der Idee des Verwaltungsvertrages fest, so erweist sich die kontraktuelle Zustimmung des Privaten zur Pflichtbegründung als konstituierend – nicht anders als im Privatrecht! Ein vertraglicher Konsens schliesst aber jegliches «Unterordnungs-Denken» a priori aus – zumindest wenn man den Begründungsakt anvisiert. Von der Abwesenheit eines Subordinationsverhältnisses kann deshalb nicht auf ein privatrechtliches Rechtsverhältnis geschlossen werden, sondern höchstens – doch auch dies nur sehr eingeschränkt – auf einen Vertrag. Mit Recht stehen deshalb herrschende Lehre und überwiegende (Bundes-) Gerichtspraxis auf dem Standpunkt, dass das dominierende Abgrenzungsmerkmal im *Vertragsgegenstand* zu erblicken sei<sup>22</sup>. Ein Vertrag ist danach öffentlichrechtlicher Natur, wenn er die unmittelbare Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft oder Materien enthält, die an sich vom öffentlichen Recht geregelt werden, wie dies etwa bei Erschliessungs-, Enteignungs- und Subventionsverträgen der Fall ist. Damit entfällt auch von dieser Warte aus das Bedürfnis nach der Figur eines *besonderen* Verwaltungsprivatrechts; erweisen sich Verträge zwischen Gemeinwesen und Privaten im Rahmen der unmittelbaren Verfolgung öffentlicher Zwecke stets als öffentlichrechtlich – anderslautende Bestimmungen *de lege lata* vorbehalten –, so bleibt kein Raum für den Abschluss privatrechtlicher Rechtsgeschäfte.

**2.4.** Die aufgezeigten Unstimmigkeiten rufen nach einer *methodischen Neuorientierung*. Entsprechend der von MAX IMBODEN aufgestellten These<sup>23</sup> kann nicht öffentliches Recht als solches dem privatrechtlichen Vertrag gegenübergestellt werden, sondern es sind immer zwei Teilschritte erforderlich: In einer ersten Phase ist zu untersuchen, ob ein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und einem Privaten durch einseitigen Rechtsakt der Exekutive oder durch vertraglichen Konsens begrün-

20 BGE 105 II 139f.

21 BGE 109 Ib 153; vgl. meine kritischen Bemerkungen zu diesem Entscheid in «recht» 1985, S. 57ff.

22 Vgl. etwa GRISEL (zit. Anm. 2), S. 446, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung sowie BGE 109 II 79; 101 Ib 306; 101 II 368; KNAPP (zit. Anm. 4), S. 185.

23 MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Basel 1958, S. 121ff.

det wurde. Im ersten Fall steht die Massgeblichkeit des öffentlichen Rechts ausser Frage. Beim vertraglichen Begründungsakt ist demgegenüber in einer zweiten Phase die Rechtsnatur zu prüfen und das Verhältnis dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuweisen. «Werden entsprechend überkommener Denkgewohnheit die zu systematisierenden Erscheinungen zunächst danach qualifiziert, ob sie dem öffentlichen Recht oder dem privaten Recht zugehören, dann kommt die Kategorie des öffentlichrechtlichen Vertrages zwangsläufig zu kurz; die Merkmale rechtsgeschäftlicher Gestaltung werden dann leicht und unbesehen als Kriterien für die privatrechtliche Natur einer Rechtsbeziehung genommen»<sup>24</sup>. Diese Mahnung IMBODENS hat ihre Gültigkeit bis heute ungeschmälert behalten; sie könnte als Kommentar dem vorne auszugsweise zitierten Urteil des Bundesgerichts beigelegt werden.

2.5. Mühe bereitet die Eingliederung von Verträgen ins öffentliche Recht, wenn sich das Gemeinwesen herkömmlicher Vertragstypen bedient, die im *Privatrecht ausgebildet* und normiert worden sind. Die Vorstellung öffentlichrechtlicher Kauf- oder Werkverträge etwa erscheint vielfach befremdlich und überflüssig, weil ja das Privatrecht (OR) die entsprechenden Formen bereithält. Indessen ist diese Sicht der Dinge stark verkürzt, ja letztlich falsch, weil der Gebrauch von Handlungsformen durch die Verwaltung nicht primär vom verfügbaren Arsenal zivilistischer Rechtsinstitute, sondern von Zulässigkeitskriterien, Zweckmässigkeitsüberlegungen und Rechtsschutzanliegen abhängen muss. Nichts spricht *grundsätzlich* dagegen, einen Kaufvertrag zwischen dem Staat und einem Privaten als öffentlichrechtlich zu qualifizieren, auch wenn sein zivilrechtliches Pendant im OR geregelt ist. Die Auffassung MAX IMBODENS, der klassische Bereich administrativer Hilfstätigkeit sei als bundesrechtlich auferlegtes Reservat des Privatrechts zu betrachten, ja stelle ein staatliches Leitprinzip dar<sup>25</sup>, überzeugt nicht. Gewiss ist der Gebrauch öffentlichrechtlicher Formen an das Vorliegen hinreichender öffentlicher Interessen gebunden; doch die Frage nach der Existenz solcher Interessen müsste zuerst einmal als solche erkannt und aufgeworfen werden. Hiezu erscheint es unausweichlich, vom nicht hinterfragten Dogma der Privatrechtsförmigkeit der mittelbar öffentliche Aufgaben erfüllenden Verwaltung abzurücken.

Ein Beispiel aus der bundesgerichtlichen Praxis<sup>26</sup> mag die Problematik beleuchten: Die Eidgenössische Landestopographie erteilte der Schad + Frey AG für die Herstellung einer Landeskarte eine einmalige «Bewilligung» zur Reproduktion und Veröffentlichung eines Ausschnittes aus einem Übersichtsplan. Dafür verlangte sie die Entrichtung von «Gebühren» in beträchtlicher Höhe. Streitig waren in der Folge u. a. die Rechtsnatur der Beziehungen zwischen den Parteien und dementsprechend der einzuschlagende Rechtsweg (Einforderung der privaten Gegenleistung durch privatrechtliche Klage oder

24 IMBODEN (zit. Anm. 23), S. 121.

25 IMBODEN (zit. Anm. 23), S. 58 f.

26 BGE 103 Ib 324 ff. (Schad + Frey AG).

durch anfechtb  
Gesetz kein H  
durch den Abs  
gen gestatten  
Übertragung er  
dukt» der Kart  
die Folgerung  
rechtliche (vert  
Geschäftsabwic  
paralleler Fälle  
«Es kann der  
privatrechtliche  
ergab sich, dass  
werden konnte  
Behörden aber  
«nicht als ger  
privatrechtliche

An dies  
Bundesgerie  
Wettbewer  
der Kartenh  
Dies bedeut  
dass diese P  
herausgearb  
Fällen ange  
Umständen  
formität), d  
Verwaltung  
vermag als  
von der V  
Konzeptes

27 Diese Fest  
Eidgenosse  
den Auftra  
Zivilbevölk  
gesetzliche  
28 BGE 103 I  
29 BGE 103 I  
30 Dies ist un  
23. Septem  
chen hat (V  
31 Die Bunde  
Bundesrate  
«nach den  
organisiere

durch anfechtbare Verfügung?). Das Bundesgericht stellte zunächst zweierlei fest: Erstens könne dem Gesetz kein Hinweis darüber entnommen werden, ob der Bund die Reproduktion von Landeskarten durch den Abschluss von privatrechtlichen Verträgen oder aufgrund von öffentlichrechtlichen Verfügungen gestatten soll. Und zweitens stelle die Versorgung der Bevölkerung mit Landeskarten und die Übertragung entsprechender Urheberrechte keine eigenständige Bundesaufgabe, sondern ein «Nebenprodukt» der Kartenherstellung für den Eigengebrauch des Bundes dar<sup>27</sup>. Das Bundesgericht leitete daraus die Folgerung ab, der Bundesrat könne nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob eine öffentlichrechtliche (verfügungsmässige) oder eine privatrechtliche Regelung zu treffen sei. Die privatrechtliche Geschäftsabwicklung sei zwar zulässig, doch würden Gründe der Verwaltungsökonomie (Vielzahl paralleler Fälle) und der rechtsgleichen Behandlung auch für das öffentlichrechtliche Vorgehen sprechen. «Es kann der Behörde daher grundsätzlich nicht verwehrt sein, die Abwicklung solcher, eigentlich privatrechtlicher Geschäfte ins öffentliche Recht zu verlegen»<sup>28</sup>. Als pikante Konsequenz dieser These ergab sich, dass das Fehlen einer formell-gesetzlichen Grundlage für die Gebührenerhebung nicht gerügt werden konnte, da beim privatrechtlichen Handeln eine solche auch nicht verlangt würde. Haben die Behörden aber die Wahl zwischen öffentlich- oder privatrechtlichen Handlungsformen, erscheine es «nicht als gerechtfertigt, dem Privaten einen wesentlich höheren Schutz zu gewähren als bei einer privatrechtlichen Abwicklung des Geschäftes»<sup>29</sup>.

An diesem Urteil ist in unserer Optik vor allem bemerkenswert, dass das Bundesgericht in einem Bereich der klassischen Fiskalverwaltung, der fiskalischen Wettbewerbswirtschaft (der Bund verfügt nicht über ein Monopol auf dem Gebiet der Kartenherstellung), der Behörde eine freie Wahl der Rechtsformen zugesteht. Dies bedeutet einen Bruch mit den vorne skizzierten tradierten Anschauungen, ohne dass diese Praxisänderung als solche gekennzeichnet und in der Urteilsbegründung herausgearbeitet worden wäre<sup>30</sup>. Doch im Resultat überzeugt die These, dass auch in Fällen angestammter Fiskalverwaltung das öffentlichrechtliche Handeln unter Umständen den Geboten der Rechtmässigkeit (insbesondere der Grundrechtskonformität), der Zweckmässigkeit der Geschäftsabwicklung, der Leistungsfähigkeit der Verwaltung<sup>31</sup> und – vor allem – der Rechtsschutzoptimierung besser zu entsprechen vermag als der privatrechtliche Vertrag. Ja es wäre noch weitergehend zu fragen, ob von der Vorstellung einer Wahlfreiheit der Verwaltung nicht zugunsten eines Konzeptes abzurücken wäre, das grundsätzlich zur Verwendung publizistischer

27 Diese Feststellung verträgt sich kaum mit Art. 182 der Militärorganisation der Schweizerischen Eidgenossenschaft (in der Fassung vor der Revision vom 4. Oktober 1974, SR 510.10), der dem Bund den Auftrag erteilt, u. a. die Erstellung und Abgabe von Karten für die Zwecke der Armee und der Zivilbevölkerung zu besorgen. Ob «Nebenprodukt» oder nicht – es handelte sich doch um eine gesetzliche Aufgabe des Bundes!

28 BGE 103 Ib 331 f.

29 BGE 103 Ib 332.

30 Dies ist um so erstaunlicher, als ein Gutachten der Justizabteilung (heute: Bundesamt für Justiz) vom 23. September 1963 sich ausdrücklich für die privatrechtliche Natur dieser sog. Gebühren ausgesprochen hat (Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden [VEB] 31, 1962/63, Nr. 17).

31 Die Bundesverwaltung ist gemäss Art. 44 des BG über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung (Verwaltungsorganisationsgesetz [VwOG], SR 172.010) «nach den Grundsätzen einer rechtmässigen, zweckmässigen und leistungsfähigen Verwaltung zu organisieren und zu leiten».

Handlungsformen<sup>32</sup> verpflichtet und das «Ausweichen» auf privatrechtliche Verträge rechtfertigungsbedürftig macht<sup>33</sup>.

Als verhängnisvoll ist allerdings die bundesgerichtliche Folgerung zu beurteilen, die öffentlichrechtlichen Massstäbe, insbesondere das Legalitätsprinzip, würden in dem Ausmass zurückgedrängt, in welchem das privatrechtliche Vorgehen der Verwaltung «Freiheit» verschafft hätte. Diese Vorstellung eines dispensierenden «Privatrechtsbonus» ist rechtsstaatlich unhaltbar; es würde in letzter Konsequenz bedeuten, dass die Verwaltung überall dort, wo sie ein privatrechtliches Vorgehen als möglich erachtet, unter Berufung auf ihre potentielle «Privatrechtsautonomie» auch dann die Verfassungsschranken überspringen dürfte, wo sie sich für die Wahl öffentlichrechtlicher Gestaltungsmittel entschliesst. Demgegenüber ist vielmehr zu fordern, dass die verfassungsrechtlichen Einbindungen, vor allem etwa Grundrechte und Legalitätsprinzip, ungeachtet der verwendeten Rechtsform, wohl aber allenfalls differenziert nach Art und Struktur des Verwaltungshandelns, zum Tragen kommen<sup>34</sup>.

2.6. Schliesslich kann sich das Problem stellen, ob derselbe Vertrag in Bestimmungen öffentlichrechtlicher und solche privatrechtlicher Natur zu zerfallen vermöge.

Die Frage wurde vom Bundesgericht im Fall *Commune de Villars-sur-Glâne* bejaht<sup>35</sup>. Eine Gemeinde verkaufte einer privaten Unternehmung Land und sicherte ihr im Kaufvertrag aus Gründen der Wirtschaftsförderung die Wasserlieferung zu Vorzugsbedingungen zu. Die Übereinkunft bezüglich Wasserlieferung samt Wasserpreis wurde als Verwaltungsvertrag, der eigentliche Verkauf aber als privatrechtlicher Vertrag qualifiziert, mit der prozessualen Folge, dass beim Streit über den Wasserpreis das Bundesgericht das Erfordernis der Zivilrechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 41 OG vermisste. Im Fall *Hofmann*<sup>36</sup> wurden zwischen einer Gemeinde und einem Wirtschaftsunternehmen zwei verschiedene Verträge geschlossen, ein privatrechtlicher Tauschvertrag über ein Industrieareal und eine öffentlichrechtliche Vereinbarung über dessen Erschliessung und die zu entrichtenden Einkaufsgebühren in die Kanalisation.

32 Auch hier wird gar nicht untersucht, ob die Rechtsbeziehungen zum Privaten durch Verwaltungsvertrag begründet werden könnten. Im Urteil findet sich der bezeichnende Satz: «die Eidgenossenschaft vereinbare die Benützungsbedingungen für Landeskarten mit Privaten nicht privatrechtlich, sondern trete diesen hoheitlich gegenüber. Sie habe darum (sic!) gegen die Klägerin eine Verfügung zu erlassen» (BGE 103 Ib 326).

33 Dazu hinten Ziff. 5.2.

34 Als unhaltbar erweist sich die vom Bundesgericht vorgenommene Verkürzung des Legalitätsprinzips auf den Schutz Privater und damit die Ausblendung etwa des demokratischen «Sockels» des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage. Dieses Urteil erging am 25. November 1977, auf den Tag genau ein halbes Jahr nach dem berühmten Entscheid *Wäffler* (BGE 103 Ia 369 ff.), wo das Legalitätsprinzip auf den Bereich der Leistungsverwaltung ausgedehnt wurde und wo es klar heisst, der Gesetzmässigkeitsgrundsatz bezwecke nicht nur den Rechtsschutz der Bürger, sondern auch «die demokratische Staatsordnung, d.h. die politischen Mitbestimmungsrechte der Bürger zu garantieren» (S. 383)! Gerade im Bereich der Leistungsverwaltung erhält diese zweite Komponente eine besondere Bedeutung.

35 BGE 103 II 314 ff. Vgl. auch BGE 71 II 238.

36 BGE 103 Ia 505 ff., 509.

Das N  
Fall küns  
stehen un  
Zerlegung  
des Kaufp  
rungschar  
komplex  
etwa zur  
Aufgabe  
klassische  
Recht zu  
chungen  
wenden?

3.1. Obw  
Vertrag e  
Sprache.  
oft merk  
tet nicht  
nung. De  
auch der  
rechtliche  
nicht herl  
konstitu  
Verwaltu  
Rechtfert  
gen werd  
die Verw  
eines Gru  
Entrichtu  
gen, Absc  
Niederlas  
Gemeinw  
gegen Ge  
Pflichtlag

3.2. Von  
Verfügun

37 Vgl. hie

Das Nebeneinander beider Rechtsformen wirkt aber im einen wie im anderen Fall künstlich, wenn diese in einem engen wirtschaftlichen Konnex zueinander stehen und je für sich allein keine Existenzberechtigung aufweisen. Wohl mag die Zerlegung unter Umständen durchführbar sein. Doch wenn etwa die Bestimmung des Kaufpreises in Anrechnung des gesamten Vertragswerkes erfolgt ist, also Förderungscharakter aufweist, ist die Aufteilung nicht mehr vollziehbar, und der Vertragskomplex bedarf einer einheitlichen Betrachtungsweise. Die Wirtschaftsförderung, etwa zur Gewinnung oder Erhaltung von Arbeitsplätzen, stellt eine öffentliche Aufgabe im Rahmen der Lenkungsverwaltung dar, die jedenfalls den Kreis der klassischen Fiskalverwaltung sprengt und schon aus diesem Grund dem öffentlichen Recht zu unterstellen wäre. Was spricht dagegen, auch den «Kaufsteil» der Abmachungen öffentlichrechtlich zu qualifizieren und die Regeln des OR analog anzuwenden?

### 3. Verfügung und Vertrag

3.1. Obwohl die Abgrenzung von (einseitigem) Verwaltungsakt und (zweiseitigem) Vertrag evident und kategorial erscheinen mag, spricht die Praxis eine andere Sprache. Auch hier verharren die Vorstellungen von der Einseitigkeit der Verfügung oft merkwürdig beim Bild der befehlenden Eingriffsverwaltung. Einseitigkeit bedeutet nicht Belastung, Zwang, Unterwerfung, sondern autoritative rechtliche Anordnung. Der Gegensatz zum Vertrag liegt darin, dass dieser nur zustandekommt, wenn auch der nicht-staatliche Partner seine Einwilligung gibt und wenn der angestrebte rechtliche Erfolg durch einseitiges Vorgehen der Behörde im gleichen Verfahren nicht herbeigeführt werden könnte. Die Willensäußerung des Privaten erscheint also konstituierend, und beide (alle) Parteien sind an den Vertragsinhalt gebunden. Der Verwaltungsvertrag findet deshalb – ausserhalb des Organisationsrechts – seine Rechtfertigung und Anwendung dort, wo wechselseitige Verpflichtungen eingegangen werden, der Private sich somit zu einer Leistungszusage hergibt, zu welcher ihn die Verwaltung auf einseitigem Wege unmittelbar nicht zwingen könnte: Verkauf eines Grundstückes (anstelle der Enteignung), Nutzung von Wasserkräften gegen Entrichtung einer Abgabe und aufgrund entsprechender längerfristiger Zusicherungen, Abschluss eines Vergleiches im oder ausserhalb eines Streitverfahrens, Wahl der Niederlassung durch ein Unternehmen gegen geldwerte Vergünstigungen des Gemeinwesens, Übernahme einer im öffentlichen Interesse liegenden Tätigkeit gegen Gewährung von Subventionen, Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe (z. B. Pflichtlagerhaltung) gegen Finanzierungserleichterungen, usw.

3.2. Von daher lässt sich der Vertrag auch gegenüber den mitwirkungsbedürftigen Verfügungen abgrenzen<sup>37</sup>. Bei diesen wird die Verwaltung nur tätig, wenn ein

<sup>37</sup> Vgl. hierzu auch RHINOW (zit. Anm. 2), S. 11 ff.

entsprechendes Begehren gestellt wird (Antrag auf Erlass einer Baubewilligung, einer Stipendienverfügung, eines Rentenbescheides). Die erforderliche «Zustimmung» bezieht sich in der Regel auf das *Verfahren* zum Erlass einer Verfügung, nicht auf die *Rechtswirkungen* der angestrebten Regelung. Jedenfalls verpflichten sich die Parteien nicht qua Übereinkunft zum Leistungsaustausch. Wenn in der Lehre zuweilen von einer materiellen Zustimmungsbedürftigkeit bei gewissen Verfügungen ausgegangen wird, so bleibt der Unterschied zum Vertrag im Dunkeln. ANDRÉ GRISEL etwa versucht, Verwaltungsvertrag und zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt anhand zweier Elemente abzugrenzen: Beim Vertrag besäßen beide Parteien sowohl die grösseren Verhandlungsbefugnisse, die das Ob und das Wie des Vertragsschlusses betreffen, als auch gleichwertige Rechte und Pflichten, die aus dem Vertrag fliessen, was beim Adressaten einer Verfügung nie zutrefte<sup>38</sup>. In der deutschen Lehre ist das Institut des «Verwaltungsakts auf Unterwerfung» entwickelt worden, bei dem die Zustimmung des Privaten rechtsfolgebegründendes (und nicht bloss rechtsfolgebedingendes) Tatbestandsmoment darstelle<sup>39</sup>. Allein, alle diese Abgrenzungsversuche wirken künstlich, weil sie das Wesen des Vertrages verkennen. Wo es auf die private Einwilligung zur Begründung von Rechten und Pflichten entscheidend ankommt, diese Willensäußerung also rechtsfolgebegründenden Charakter aufweist, liegt ein vertraglich begründetes (Verwaltungs-)Rechtsverhältnis vor. Unbeachtlich ist der Verhandlungsspielraum der beiden Parteien sowie das Kriterium der in concreto effektiv vorgenommenen Verhandlungen<sup>40</sup>, weil diese nicht zum Wesen eines Vertrages gehören<sup>41</sup>. Unbehelflich ist aber auch das Kriterium der «gleichen» Rechte und Pflichten, weil diese die Folge der Vertragsnatur darstellen und daher die Frage nicht beantworten, ob überhaupt ein Vertrag vorliegt. Im übrigen ist es denkbar und zulässig, durch vertragliche Übereinkunft die Grundlage für einseitige Vorkehren einer oder beider Parteien zu schaffen.

3.3. Die Abgrenzung Verfügung/Vertrag bereitet indessen noch in einem anderen Sinne Mühe. Die klassische Lehre und eine beinahe einhellige Praxis gehen davon aus, dass beide Handlungsformen in einem *alternativ-ausschliesslichen Verhältnis* zueinander stehen: entweder Verfügung oder Vertrag, aber nicht sowohl als auch. Das leuchtet ein, wenn das Wesen der Verfügung darin erblickt wird, dass durch sie unmittelbar verbindliche, positive Anordnungen getroffen werden, also beispiels-

38 GRISEL (zit. Anm. 2), S. 445 f.

39 HANS J. WOLFF/OTTO BACHOF, *Verwaltungsrecht*, Bd. I, 9. Aufl., München 1974, S. 408 f.

40 Dieses Kriterium wird jedoch vom Bundesgericht immer wieder verwendet; vgl. etwa die vorne zit. Entscheide *Landschaft und Gemeinde Davos* (BGE 105 II 236 f.) und *Schweiz. Treuhänder-Verband* (BGE 109 Ib 153), wo es heisst, die VSB sei «nicht das Ergebnis hoheitlichen Handelns der SNB, sondern intensiver Verhandlungen zwischen ihr und der Schweizerischen Bankiervereinigung...».

41 RHINOW (zit. Anm. 2), S. 12 f.; KNAPP (zit. Anm. 4), S. 187.

weise ein R  
so als Unt  
verbindlich  
bare positiv  
schlüsse, B  
Vertrages g  
zum Ausd  
Begründun  
Rechte und  
gestalterisc  
nicht zugle  
gerichtete  
einseitige F  
Verfügung.

3.4. Die bi  
Alternativ  
positiven F  
Rechtsverh  
Rechtsverh  
Rolle, ob s  
eines Vertra  
also eine C  
druck. Erst  
die Ablehne  
verschiede  
Fall eine re  
basiert abe  
Handelns b  
und mit we  
rung rechtl  
in beiden I

42 Vgl. hiezu

43 Diese Auf  
mie de la  
privé s'app  
Nur inter  
Nr. 55). In  
Privatauto

44 Zum Strei  
Anm. 13),

weise ein Rechtsverhältnis begründet oder beendet wird. Die Verfügung erweist sich so als Unterfall von Verwaltungsakten in einem weiteren Sinn<sup>42</sup>, die ebenfalls verbindliche Beschlüsse der Exekutivgewalt beinhalten, jedoch nicht auf unmittelbare positive Rechtsfolgen «nach aussen» gerichtet sind: Finanz- resp. Kreditbeschlüsse, Beschlüsse, die auf Abschluss eines öffentlichen oder zivilrechtlichen Vertrages gerichtet sind oder die – umgekehrt – die Weigerung zum Vertragsschluss zum Ausdruck bringen, aber auch Entscheidungen, mit welchen die einseitige Begründung eines Rechtsverhältnisses mit einem Privaten abgelehnt oder bestehende Rechte und Pflichten festgestellt werden. Beschränkt man die Verfügung auf ihre gestalterische Ausprägung, kann eine vertragliche Willensäußerung der Verwaltung nicht zugleich eine Verfügung darstellen: Entweder bedarf die auf Gestaltung gerichtete Verwaltungserklärung der Zustimmung des Privaten, dann liegt keine einseitige Regelung vor, oder sie braucht diese Einwilligung nicht, dann ist sie Verfügung. *Tertium non datur*. Oder doch?

3.4. Die bislang kaum zu Ende gedachte Problematik liegt darin begründet, dass die Alternativität von Verfügung und Vertrag wegfällt, wenn einerseits der *Kreis der positiven Rechtsakte verlassen* und andererseits die *Rechtswirkungen für die am Rechtsverhältnis nicht Beteiligten* ins Auge gefasst werden. Jede Weigerung, ein Rechtsverhältnis zu begründen, erfolgt einseitig. Dabei spielt es theoretisch keine Rolle, ob sich diese Ablehnung auf den Erlass einer Verfügung oder den Abschluss eines Vertrages bezieht. Wer jemandem Nein sagt, obwohl dieser etwas anbietet, wer also eine Offerte ablehnt, bringt einseitig einen «verbindlichen» Willen zum Ausdruck. Erstaunlicherweise behandeln aber herrschende Lehre und Rechtsprechung die Ablehnung des Verfügens oder des Kontrahierens ohne nähere Reflexion grundverschieden. Im ersten Fall wird die Existenz einer Verfügung bejaht, im zweiten Fall eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung angenommen. Diese Unterscheidung basiert aber auf der vorrechtsstaatlichen Annahme, im Bereich des vertraglichen Handelns besitze die Verwaltung «Privatautonomie», sei also vollkommen frei, ob und mit wem sie Verträge schliessen wolle, so dass auch die entsprechende Weigerung rechtlich einer unantastbaren privaten Willensäußerung gleichkomme<sup>43</sup>. Doch in beiden Fällen gibt es keine echte Privatautonomie auf staatlicher Seite<sup>44</sup> und es

<sup>42</sup> Vgl. hierzu etwa KNAPP (zit. Anm. 4), S. 125f.

<sup>43</sup> Diese Auffassung vertritt das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten vom 20. Juni 1975: «L'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle reconnues de manière générale à tous les sujets du droit privé s'appliquent également à l'administration, vis-à-vis des particuliers avec lesquels elle contracte». Nur intern sei die Verwaltung gebunden (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 1976, Nr. 55). In BGE 103 Ib 157 spricht auch das Bundesgericht von einer der Behörde «eingräumten Privatautonomie»!

<sup>44</sup> Zum Streit der Lehre über die Frage der Privatautonomie des Gemeinwesens vgl. MÜLLER (zit. Anm. 13), S. 341 ff., mit weiteren Hinweisen.

bestimmt das öffentliche Recht den Grad der Freiheit der Verwaltung<sup>45</sup>; eine rechtsstrukturelle Differenz kann aufgrund dieser Überlegung nicht hergeleitet werden. Es ist allenfalls das positive Recht, das für den Bereich des Rechtsschutzes die beiden Fälle unterschiedlich bewerten und regeln kann.

3.5. Es kommt aber noch ein weiteres hinzu. Wohl mag streng genommen eine (positive) rechtsgeschäftliche Willenserklärung der Behörde als Offerte oder Akzept gegenüber dem Vertragspartner keine Verfügung darstellen. Aber wie steht es mit der *Rechtswirkung gegenüber allfälligen Dritten*, deren Offerten durch den Vertragsschluss abgelehnt worden sind? Für sie bedeutet der staatliche Akt eine einseitige Weigerung zum Paktieren. Es fragt sich daher, ob in der positiven Zustimmung der Verwaltung nicht gleichzeitig, eo ipso, eine negative Verfügung gegenüber allfällig berührten Dritten zu erblicken sei. Ein Akt kann offenbar auf eine zweiseitige Regelung gerichtet sein, aber trotzdem anderweitig einseitige Wirkung entfalten. Das gleiche gilt für administrative Willensäußerungen, die eine private Offerte nur *teilweise* «annehmen» und deshalb im überschüssenden Bereich eine verbindliche negative Stellungnahme enthalten. Auch insofern ist die Alternativtheorie von Grund auf zu überdenken. Zudem lassen sich auch Feststellungsbeschlüsse nicht in den Dualismus Verfügung / Vertrag einordnen, weil die zwangsläufige Einseitigkeit der Feststellung einer Rechtslage nicht davon abhängt, ob die Verwaltung gestützt auf diese Rechtslage ein Rechtsverhältnis Verfügungsmässig oder vertraglich begründen darf oder muss, und weil mit der Feststellung allein noch keine (einseitige) Regelung getroffen wird.

3.6. Art. 5 VwVG definiert den *Begriff der Verfügung*, nach Auffassung des historischen Gesetzgebers, offenbar im Sinne der tradierten Lehre. Doch der Wortlaut dieses Artikels schliesst nicht aus, dass Abweisungen von Vertragsschlüssen als Verfügungen betrachtet werden. Es handelt sich um «Anordnungen der Behörden im Einzelfall», und sie haben die «Abweisung von Begehren auf Begründung... oder Feststellung von Rechten oder Pflichten...» zum Gegenstand. Wie verhält es sich aber bei der Ablehnung zivilrechtlichen Paktierens? Das gesetzliche Erfordernis, wonach sich die Anordnung «auf öffentliches Recht» (des Bundes) stützen muss, ist trotzdem als erfüllt anzusehen, weil sich die negative Willensäußerung der Verwaltung nicht auf Privatrecht, sondern auf öffentliches Recht «stützt». Auch das privatrechtsförmige Verwaltungshandeln ergicht in «Vollziehung» öffentlicher

45 Im Entscheid *Zehnder* (BGE 105 Ia 210) hält das Bundesgericht mit der wünschbaren Klarheit fest, die Zulässigkeit öffentlichrechtlicher Verträge ändere nichts am Grundsatz, «dass das Gemeinwesen beim Abschluss eines öffentlichrechtlichen Vertrages gleichermassen an das materielle Recht gebunden ist, wie wenn es eine Verfügung erlassen würde...». Im Fall *Schweiz. Treuhänder-Verband* (BGE 109 Ib 155; vgl. vorne Ziff. 1.5.) hat es den nämlichen Schluss auch für das privatrechtliche Handeln gezogen.

Zwecke un  
Abs. 3 Vw  
einen rein  
entfällt de  
gung». Un  
verwaltung

Auch c  
folgender Sa  
Gesuch um  
für die jedoc  
und Verbänd  
den Vertrags  
Bundesgeric  
privatrechtl  
ihre Grundla  
Zielsetzunge  
den.» «Die  
Weisungsrec  
nung imman  
Regeln selbs  
Voraussetzu  
Recht des Bu  
Käsemarkt  
rungen diese  
handelt dab

In einer  
Privaten au  
deshalb der  
Vorinstanz,  
rung i. S. v. A  
cause était u  
Mais, même  
vertu de la j  
droit privé e  
celui-ci déte  
gung abzule  
der Entwidr  
ment a proc  
impliquait l  
pas en tant  
refus au rec  
Sinne des ka  
droits ou de  
mung auch

46 BGE 10  
47 BGE 10  
48 BGE 10

Zwecke und im – vielleicht weitgesteckten – Rahmen des öffentlichen Rechts. Art. 5 Abs. 3 VwVG spricht m. E. ebenfalls nicht gegen diese Auffassung, sondern stellt einen reinen «Subsidiaritätsartikel» dar: Wo die Klage positivrechtlich gegeben ist, entfällt der Beschwerdeweg und «gilt» die Verwaltungsäusserung «nicht als Verfügung». Umgekehrt ist eine negative Verfügung anzunehmen, wo kein (zivil- oder verwaltungsrechtlicher) Klageweg beschritten werden kann.

Auch das Bundesgericht scheint diese These zu stützen. Dem Entscheid *Pri\* Molk AG*<sup>46</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Pri\* Molk AG stellte als Zwischenhändlerin bei der Käseunion das Gesuch um Abschluss eines Rahmenvertrages. Die Käseunion ist eine privatrechtliche Aktiengesellschaft, für die jedoch bundesrechtliche Sondernormen gelten, weil den in ihr zusammengeschlossenen Firmen und Verbänden öffentlichrechtliche Aufgaben im Bereiche der Käsevermarktung zugewiesen sind. Als sie den Vertragsschluss ablehnte, war streitig, ob diese Weigerung als Verfügung zu qualifizieren sei. Das Bundesgericht bejahte die Frage. Obwohl das Verhältnis zwischen Käseunion und ihren Mitgliedern privatrechtlich geordnet sei, finde die vertragliche Bindung zwischen Käseunion und Zwischenhändler ihre Grundlage im öffentlichen Recht; «sie stellt eine der geeigneten Massnahmen dar, die im Rahmen der Zielsetzungen der Käsemarktordnung im Blick auf eine zweckmässige Käsevermarktung getroffen werden.» «Die Privatautonomie (sic! der Autor) der Käseunion... ist nicht nur durch das umfassende Weisungsrecht des Bundes... eingeengt, sondern auch durch die den Zielsetzungen der Käsemarktordnung immanenten Grundsätze selbst.» Die Käseunion binde sich zudem durch die von ihr aufgestellten Regeln selbst. Jetzt folgt der entscheidende Passus im Urteil: «Gründen demnach die materiellen Voraussetzungen der vertraglichen Bindung zwischen Käseunion und Zwischenhändler im öffentlichen Recht des Bundes, nämlich in der Käsemarktordnung und den gestützt darauf erlassenen Grundsätzen der Käsemarktordnung, so bildet auch die Feststellung der Käseunion, dass ein Gesuchsteller den Anforderungen dieser Grundsätze nicht genügt, eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG und die Käseunion handelt dabei als Behörde im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c VwVG»<sup>47</sup>.

In einem jüngeren Entscheid *Dumas*<sup>48</sup> ging es darum, dass die kantonale Behörde den Antrag eines Privaten auf Rückübertragung einer enteigneten Parzelle abgelehnt hatte und zu beurteilen war, ob deshalb der Zivil- oder Verwaltungsweg offen stehe. Das Bundesgericht nahm zur Auffassung der Vorinstanz, es handle sich bei dieser abweisenden Stellungnahme der Verwaltung um eine Willensäusserung i. S. v. Art. 1 OR, wie folgt Stellung: «Cette opinion pourrait à la rigueur se défendre si la parcelle en cause était un bien du patrimoine financier au privé de l'Etat, comme le prétend la juridiction cantonale. Mais, même dans ce cas, il ne s'agirait pas d'une manifestation de volonté au sens du droit civil, car, en vertu de la jurisprudence, la déclaration de volonté de l'autorité qui entraîne la conclusion d'un contrat de droit privé est un acte administratif au sens large du terme et appartient au droit public, dans la mesure où celui-ci détermine l'autorité compétente pour faire la déclaration...». Der Beschluss, die Rückübertragung abzulehnen, gehöre zweifellos dem öffentlichen Recht an, denn er beinhalte auch die Verweigerung der Entwidmung. «C'est donc exclusivement en vertu du droit public cantonal que le Chef du Département a procédé à l'examen de la requête de Dumas, pour aboutir à la conclusion que l'intérêt public impliquait le refus de «rétrocéder» la parcelle réclamée et, partant, le rejet de ladite requête. Ainsi, ce n'est pas en tant que sujet de droit privé, mais bien comme détenteur de la puissance public qu'il a signifié ce refus au recourant dans sa décision...». Dieser Beschluss stelle zweifellos eine Verwaltungsverfügung im Sinne des kantonalen Verfahrensrechtes dar; «elle a pour objet le rejet d'une demande tendant à créer des droits ou des obligations». Es folgt der bedeutsame Hinweis, dass die zitierte kantonale Gesetzesbestimmung auch wörtlich mit Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG übereinstimme.

46 BGE 101 Ib 306 ff.

47 BGE 101 Ib 310.

48 BGE 106 Ia 65 ff.

Man darf diesen wegleitenden Entscheiden folglich entnehmen, dass Beschlüsse von Behörden in Anwendung öffentlichen Rechts, die auf Abschluss eines öffentlichrechtlichen (und wohl auch privatrechtlichen) Vertrages abzielen oder den Vertragsschluss ganz oder teilweise ablehnen, Verfügungen (auch im Sinne von Art. 5 VwVG) darstellen.

3.7. Von der administrativen Weigerung, einen Vertrag mit einem Privaten abzuschliessen, ist an sich der Fall einseitiger Anordnungen im Rahmen eines vertraglich geordneten Verhältnisses zu unterscheiden. Was im Privatrecht unter die Kategorie der Gestaltungsrechte fällt, ist auch dem öffentlichen Vertragsrecht prinzipiell nicht fremd. Problematisch erscheint es allerdings, wenn das Bundesgericht in einem Entscheid<sup>49</sup> *allgemein* ausführt, die Verwaltung könne unter Umständen (unter welchen?) auch in Bereichen, in denen sie verwaltungsrechtliche Verträge abschliesst, Verfügungen erlassen. Die Behörde trete dann «als staatlicher Hoheitsträger» auf, so dass die Überprüfung der Verfügung im Verfahren der Verwaltungsbeschwerde zulässig sein müsse.

In einem Pflichtlagervertrag zwischen dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement und einer AG wurde diese ermächtigt, mit der Lagerhaltung auch einen Dritten zu beauftragen. Die AG machte von dieser Möglichkeit Gebrauch, doch untersagte ihr in der Folge der Delegierte für wirtschaftliche Kriegsvorsorge die Lagerhaltung bei der von ihr ausgewählten Drittfirma, weil diese keine Gewähr für eine korrekte Pflichtlagerhaltung biete. Streitig war das Beschwerderecht der Drittfirma, die von dieser Anordnung mittelbar betroffen wurde. Das Bundesgericht ging davon aus, dass die Verträge zwischen dem Bund und dem Pflichtlagerhalter dem Verwaltungsrecht angehören, die Rechtsbeziehungen zwischen Pflichtlagerhalter und Drittfirma jedoch dem Privatrecht unterständen. Die Anordnung des Delegierten sei aber als beschwerdefähige Verfügung anzusehen, obwohl es sich um einen «Streit über Rechte und Pflichten aus dem Pflichtlagervertrag» handle. Demzufolge sei auch die Drittfirma zur Beschwerdeerhebung befugt, weil sie die Voraussetzungen von Art. 48 lit. a VwVG (besondere und unmittelbare Betroffenheit) erfülle.

Aufschlussreich erscheint das Bemühen des Gerichts, eine Verfügung zu «konstruieren», um dem berührten Dritten eine Beschwerdeerhebung zu ermöglichen. Und der Entscheid entspricht – in seinem Grundgedanken – den vorhin zitierten Erwägungen insofern, als sich rechtsgeschäftliche Willensäusserungen gegenüber nicht am Vertrag Beteiligten als einseitige und verbindliche Anordnungen auswirken können. Wäre das Rechtsverhältnis zwischen der Bundesverwaltung und dem Pflichtlagerhalter durch Verfügung begründet worden, so hätte am Verfügungscharakter der Weisung des Delegierten und folglich auch am Beschwerderecht des Dritten kein Zweifel bestanden. Hätte man hier aber nicht zuerst prüfen müssen, ob der Dritte auf dem Klageweg hätte vorgehen können? Der Fall zeigt aber anschaulich, wie sich die Rechtsstellung von Dritten je nach der von der Verwaltung gewählten Handlungsform verändern kann.

49 BGE 103 Ib 335 ff. (S. AG).

4.1. Der so  
lungsformen  
Dreiheit Ve  
auch oder g  
Jahrzehnten  
Schutzes pr  
Formen zu  
Rechtsverha  
auch wie es  
Privatrecht  
schutz vor  
über oft m  
essen<sup>50</sup>.

Im Entsch  
der auch in E  
zwischen einer  
Verhältnis sch  
Ziff. 2.3.). Der  
seine allfällige  
Verwaltungsge  
verloren, seit  
öffentlichrech  
ken, trifft alle  
lung von Stre

Heute  
Verwaltung  
öffentliche  
Zivilrichter  
zeskonform  
der Anschä  
die entspre  
den. Das  
zunehmend

50 Auf die in  
werden; v  
Arbeitsver  
Basel 1983  
51 Vgl. MAR  
S. 159 ff.

#### 4. Rechtsschutz und Rechtsform

4.1. Der soeben beleuchtete Fall weist eindrücklich auf einen dritten, die Handlungsformen-Problematik mitbegründenden Faktor hin. Die Diskussion über die Dreiheit Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Kontrakt wird immer auch oder gar vorwiegend unter dem Aspekt des Rechtsschutzes geführt. In früheren Jahrzehnten bestand die Tendenz, zur Erleichterung oder gar Ermöglichung des Schutzes privater Rechtssubjekte gegenüber der Staatsgewalt diese auf zivilistische Formen zu verpflichten oder die Qualifikationsfrage *zugunsten privatrechtlicher Rechtsverhältnisse* zu entscheiden. Handelt der Staat «wie ein Privater», soll er sich auch wie ein Privater materiell- und verfahrensrechtlich in Pflicht nehmen lassen. Privatrecht als Grundlage der Rechtsbeziehungen zur Verwaltung hiess Rechtsschutz vor den ordentlichen Zivilgerichten, Verwaltungsrecht bedeutete demgegenüber oft mangelhafte Möglichkeit der Durchsetzung eigener Rechte oder Interessen<sup>50</sup>.

Im Entscheid *Landschaft und Gemeinde Davos* (BGE 105 II 134ff.) rückte das Bundesgericht von der auch in BGE 76 II 106 geäußerten Auffassung ab, die Zulässigkeit besonderer Vereinbarungen zwischen einem öffentlichen Dienst und einem privaten Benutzer lasse zwingend auf ein privatrechtliches Verhältnis schliessen, da es sich auch um einen öffentlichrechtlichen Vertrag handeln könne (vgl. vorne Ziff. 2.3.). Der frühere Entscheid erklärte sich «aus dem Bedürfnis, dem Anstaltsbenützer zu ermöglichen, seine allfälligen Ansprüche gegen die Anstalt vor dem Zivilrichter geltend zu machen, da damals die Verwaltungsgerichtsbarkeit noch wenig entwickelt war... Diese Überlegung hat aber an Gewicht verloren, seitdem es in den meisten Kantonen Verwaltungsgerichte gibt, die auf die Beurteilung von öffentlichrechtlichen Streitigkeiten spezialisiert sind» (S. 240). Diese Erwägung, so ist kritisch anzumerken, trifft allerdings nur teilweise zu, weil auch bei ausgebauter Verwaltungsgerichtsbarkeit die Beurteilung von Streitigkeiten aus Verwaltungsverträgen nicht überall gewährleistet erscheint<sup>51</sup>.

Heute sind eher *gegenläufige Tendenzen* feststellbar, indem das zivilrechtliche Verwaltungshandeln nicht zuletzt deshalb eingeschränkt werden soll, weil der öffentliche Rechtsschutz teilweise als effektiver angesehen wird. Man traut dem Zivilrichter die Überprüfung des Verwaltungshandelns auf Verfassungs- und Gesetzeskonformität vielleicht weniger zu als dem Verwaltungsrichter, und vor allem soll der Anschein der Freiheit, der mit der Wahl der Privatrechtsform verbunden ist, und die entsprechende mangelnde Transparenz (fehlende Publikation!) vermieden werden. Das Grundkonzept der öffentlichen Rechtspflege greift tiefer, weil es sich zunehmend vom klassischen und ausschliesslichen Schutz privater Rechte und

50 Auf die im Gefolge der Fiskustheorie entwickelten Begründungen kann hier nicht näher eingetreten werden; vgl. hierzu etwa die Hinweise bei RHINOW (zit. Anm. 2), S. 1 ff.; DERSELBE, *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung*, in: FS für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Basel 1983, S. 34 f.

51 Vgl. MARKUS METZ, *Der direkte Verwaltungsprozess in der Bundesrechtspflege*, Basel/Stuttgart 1980, S. 159 ff.

Interessen zur Kontrolle des Verwaltungshandelns auf objektive Rechtmässigkeit hin verlagert und sich damit mit der Idee der Zivilrechtspflege nur noch zum Teil vergleichen lässt. Auch dieser Wandel von der freiheitsverbürgenden Funktion des Privatrechts zur teilweise eher rechtsschutzhindernden und entfesselnden Folge privatrechtlichen Verwaltungshandelns ist noch nicht zulänglich erfasst und verarbeitet worden. In unserem Zusammenhang erscheint vor allem auch interessant, dass heute die Qualifikation eines bestehenden Rechtsverhältnisses oder Rechtsaktes zuweilen stark von Rechtsschutzanliegen getragen ist und so vom «Wesen» des vorliegenden Rechtsaktes abrücken kann. Während früher jedoch zugunsten des Privatrechts entschieden wurde, besteht heute die umgekehrte Neigung, den Anwendungsbereich des Verwaltungsrechts und öffentlichrechtlicher Formen auszuweiten. Auch hier sollen einige Beispiele aus der Praxis die These veranschaulichen.

4.2. Die herrschende Lehre und Gerichtspraxis anerkennt, dass *Subventionsverhältnisse* zwischen Staat und Privaten unmittelbar durch Rechtssatz, durch Verfügung oder durch (Subventions-)Vertrag begründet werden können<sup>52</sup>. Während in Deutschland lange Zeit umstritten war, ob Subventionen auch in privatrechtlichen Formen gewährt werden können – und deshalb auch die Zweistufentheorie besonderes Gewicht erhielt –, scheint in der Schweiz die öffentlichrechtliche Natur des Subventionsverhältnisses keiner Anfechtung ausgesetzt zu sein. Trotzdem hat die spezifische Rechtsschutzproblematik beim Abschluss von Verwaltungsverträgen im Bund dazugeführt, die Abwicklung vieler Subventionen einer besonderen gesetzlichen Ordnung zu unterstellen<sup>53</sup>. Das Grundmuster kann wie folgt beschrieben werden: Im Anschluss an ein Subventionsgesuch des Privaten erlässt die Verwaltungsbehörde gestützt auf die gesetzlichen Grundlagen über die Beitragsgewährung eine «Beitragszusicherung», die mitunter *expressis verbis* als Verfügung bezeichnet wird<sup>54</sup>. Diese Zusicherung wird dem Gesuchsteller schriftlich eröffnet. Innerhalb einer bestimmten Frist seit Eröffnung hat der Gesuchsteller der Verwaltung mitzu-

52 RHINOW, Subvention (zit. Anm. 4), S. 166 ff.; IMBODEN/RHINOW (zit. Anm. 6), Nr. 155; BGE 101 Ib 78 ff.

53 Vgl. etwa Art. 22 ff. der VO (1) über Bundeshilfe zur Förderung des Wohnungsbaues (vom 22. Februar 1966, SR 842.1); Art. 38 ff. der VO (2) über Bundeshilfe zur Förderung des Wohnungsbaues (vom 22. Februar 1966, SR 842.2); Art. 56 ff. des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes (vom 4. Oktober 1974, SR 843); Art. 71 der VO zum Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz (vom 30. November 1981, SR 843.1); Art. 20 ff. der VO über die Verbesserung der Wohnverhältnisse in Berggebieten (vom 13. Januar 1971, SR 844.1); Art. 9 ff. des Bundesbeschlusses über Finanzierungsbeihilfen zugunsten wirtschaftlich bedrohter Regionen (vom 6. Oktober 1978, SR 951.93); Art. 6 ff. der VO über Finanzierungsbeihilfen zugunsten wirtschaftlich bedrohter Regionen (vom 21. Februar 1979, SR 951.931).

54 Art. 56 ff. des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes (vom 4. Oktober 1974, SR 843) sowie Art. 77 der VO dazu (SR 843.1); Art. 11 f. des erwähnten BB (zit. Anm. 53).

teilen,  
Erfolge  
dahin.  
rung g  
Bundes  
Bei Su  
erlasser  
Rechtsv  
Zahlung  
begründ  
konsequ  
Finanz  
tung e  
durch  
tungsre  
und all  
Eintritt  
der Ei  
Streitig  
verwalt  
Die  
werden  
erstens  
Verfli  
das Ve  
Offerte  
eigentl  
tigung  
Subven  
bestimm  
Abschi  
haltes.  
tenverf  
gen vo  
noch k  
zu we

55 SR 9  
56 Art.

teilen, «ob er die an die Zusicherung geknüpften Verpflichtungen übernimmt». Erfolgt keine «Annahme», wird die Zusicherung aufgehoben oder fällt sie ex lege dahin. Übernimmt der Gesuchsteller jedoch vorbehaltlos die an die Beitragszusicherung geknüpften Bedingungen, «so wird dadurch ein nach der Verfügung des Bundesamtes umschriebenes öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis begründet». Bei Subventionen in Form der Kredithilfe wird ebenfalls zuerst eine Verfügung erlassen; die zu deren Verwirklichung (allenfalls auch mit Dritten!) einzugehenden Rechtsverhältnisse (Darlehen, Bürgschaft, Pfandbestellung, Garantie- und andere Zahlungsverprechen) werden durch schriftlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet, auf den ergänzend die Regeln des ZGB und OR Anwendung finden. Die konsequente «Krönung» dieser Konzeption findet sich im Bundesbeschluss über Finanzierungsbeihilfen zugunsten wirtschaftlich bedrohter Regionen<sup>55</sup>. Die Verwaltung entscheidet über die Gewährung von Bürgschaften und Zinskostenbeiträge durch Verfügungen, die den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege unterstehen (und die damit z. B. von allen gemäss Art. 48 VwVG und allenfalls Art. 103 OG Legitimierten angefochten werden können). Erst nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügungen schliesst das Departement «im Namen der Eidgenossenschaft die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Verträge»<sup>56</sup>. Bei Streitigkeiten aus diesen Verträgen über Bürgschaften und Zinskostenbeiträge ist die verwaltungsrechtliche Klage an das Bundesgericht gegeben.

Die Problematik dieser Zweistufenkonstruktion kann hier nicht ausgeleuchtet werden. Doch das verwendete Grundmuster stützt die hier vertretenen Thesen, dass erstens das Wesen des Verwaltungsvertrages in der (freiwilligen) Übernahme von Verpflichtungen durch Private und der aus ihr folgenden wechselseitigen Bindung an das Vereinbarte besteht und dass zweitens die staatliche Willensäusserung (hier als Offerte, die auf privates Gesuch hin «unterbreitet» wird) unter Umständen als eigentliche Verfügung erscheinen kann, die selbständig anfechtbar ist. Die Rechtfertigung dieser «Vorausverfügung» liegt darin, dass die Verwaltung verpflichtet ist, die Subventionsofferte im Rahmen von Verfassung und Gesetz auszuarbeiten und zu bestimmen. Damit wird definitiv vom Bild einer «Privatautonomie» der Verwaltung Abschied genommen, ebenso von der Vorstellung eines Aushandelns des Vertragsinhaltes. Zwar ist denkbar, dass die Parteien über den Inhalt der angebotenen «Offertenverfügung» verhandeln, wie das auch im Verfahren auf Erlass anderer Verfügungen vorkommt, doch erscheint dies unwesentlich. Die Verfügung begründet zwar noch kein Rechtsverhältnis, aber sie legt positiv und verbindlich fest, mit wem und zu welchen «Bedingungen» die Verwaltung ein Rechtsverhältnis begründen will –

55 SR 951.93.

56 Art. 11 und 12 des BB (zit. Anm. 53).

und sie fixiert damit auch negativ, auf welche Begehren sie nicht eintritt. Sie eröffnet solchermassen nicht nur den Rechtsweg für alle «Berührten» (auch für allfällige Konkurrenten des Gesuchstellers), sondern es finden überhaupt die allgemeinen Regeln des VwVG beim Erlass einer Verfügung Anwendung, was beim gewöhnlichen Verfahren auf Abschluss eines Vertrages nicht der Fall wäre. Die gesetzlich vorgesehene Zweistufenkonstruktion ist also vor allem vom Anliegen des Rechtsschutzes getragen; sie ermöglicht eine Auseinandersetzung über die richtige Konkretisierung der Subventionserlasse durch die Behörde im erstinstanzlichen Verfahren und im Beschwerdeverfahren, ohne dass auf die angestrebte vertragliche *Bindung* von Subventionsgeber wie Subventionsempfänger verzichtet werden muss. Die theoretisch kategoriale Unterscheidung von Verfügung und Vertrag tritt in den Hintergrund.

4.3. Während bei den erwähnten Subventionen das gestufte Vorgehen durch Rechtssatz vorgeschrieben wird, fehlt in der Regel eine entsprechende Regelung bei der *Vergabe öffentlicher Aufträge*. Diese werden nach tradierter Anschauung vom privaten Recht (OR) beherrscht<sup>57</sup>. Die Verwaltung bewegt sich hier in einem der drei klassischen Bereiche der Fiskalverwaltung, der sog. «Hilfsgeschäfte». Sie schliesst mit den privaten Rechtssubjekten Verträge ab, die insbesondere als Aufträge, Werk- und Kaufverträge qualifiziert werden. Auch hier kann nicht auf die gesamte Problematik eingegangen werden, sondern ist bloss auf das Spannungsverhältnis zwischen klassischer Rechtsformenlehre und aktueller Rechtsschutzthematik hinzuweisen. Das Konzept des Privatrechtshandelns beruht auf der Vorstellung einer politikfernen Privatautonomie der Verwaltung und einer durch das Privatrecht am besten geschützten Position des privaten Vertragspartners. Doch dieses Bild gerät ins Wanken, wenn die Beschaffung öffentlicher Güter eine rechtlich zu ordnende Aufgabe wird, die mit dem Attribut der Hilfsgeschäfte nicht annähernd erfasst werden kann. Das Beschaffungswesen ist in dem Masse zum öffentlichen Anliegen und damit zur öffentlichrechtlich zu bewältigenden Aufgabe geworden, als dessen unmittelbare wie mittelbare Auswirkungen auf den Wirtschaftsablauf sowie dessen

57 Vgl. die Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung bei PETER GALLI, *Die Submission der öffentlichen Hand im Bauwesen*, Zürich 1981, S. 150ff.; MARCO S. STOFFEL, *Die Submission nach schweizerischem Baurecht*, Winterthur 1981, S. 68ff., 102ff., 116ff., 129ff., 170ff.; NICOLAS MICHEL, *La conclusion des marchés publics*, Genève 1979, S. 70ff., 110ff.; PETER GAUCH, *Die Submission im Bauwesen – Privatrechtliche Aspekte*, in: *Mensch und Umwelt, Festgabe der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg zum Schweizerischen Juristentag 1980*, Freiburg 1980, S. 191ff., insbes. S. 231ff.; jüngere Entscheide des Bundesgerichts: BGE 106 Ia 323ff. (*Chiesa*), 103 Ib 154ff. (*Schindler*), 101 IV 410ff. (*Staatsanwaltschaft des Kantons Zug*); ZBl 81, 1980, S. 226ff.; 76, 1975, S. 475ff.; *Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF)* 1980, S. 114ff. Aus der Praxis der Bundesverwaltung vgl. etwa VPB 1981, Nr. 61; 1980, Nr. 88; 1977, Nr. 18; 1976, Nr. 55. Zur Praxis kantonaler Verwaltungsgerichte vgl. GALLI, a. a. O., S. 189ff.

Tragweite  
warum d  
wurden (d  
Funktion  
deln der  
Verfassung  
Vertragsp  
sondern d  
staatliche  
lassen – r  
Dabei ste  
sind.

4.4. Man  
hen, das  
Formen  
ablehnt,  
Verwalto

Im Er  
senen Bew  
dung:

«Das  
Arbeiten ir  
licher Besc  
Es hat aus  
werden m  
Befehlsgev  
Bewerber  
nicht amtli  
ZBl 76, 19  
festzuhalte

Die i  
Vergabung  
VwVG ha  
Hoheitsak  
ches Rech  
Vertrages  
berücksich  
Beschwerd  
anzufechte  
Ergebnis  
Eid, Just  
vom 20. Ju

58 BGE  
59 BGE

Tragweite für den Finanzhaushalt erkannt worden sind. Dies ist auch der Grund, warum die Beamtenverhältnisse schon früh grösstenteils öffentlichrechtlich geregelt wurden (obwohl im strengen Sinne auch zur «Hilfstätigkeit» gehörend!). Aus diesem Funktionswandel ergeben sich veränderte Rechtsschutzbedürfnisse, weil das Handeln der Verwaltung auch in diesem Sektor u.U. einer Überprüfung auf seine Verfassungs- und Gesetzeskonformität zu unterziehen ist. So sollen nicht nur die Vertragspartner auf Erfüllung (oder Schadenersatz) qua Vertrag klagen können, sondern es sind Wege zu suchen, die es berührten Privaten ermöglichen, bereits die staatliche Offerte (oder Annahme) auf ihre Rechtmässigkeit hin kontrollieren zu lassen – nicht anders, als es im Bund de lege lata bei den Subventionen versucht wird. Dabei stehen grundsätzlich drei Möglichkeiten offen, die anschliessend zu skizzieren sind.

4.4. Man kann die tradierte Anschauung übernehmen und weiterhin davon ausgehen, das Verwaltungshandeln spiele sich hier ausschliesslich in privatrechtlichen Formen ab. Dies würde der herrschenden Gerichtspraxis entsprechen, die es ablehnt, im staatlichen «Zuschlag» bei öffentlichen Submissionen einen anfechtbaren Verwaltungsakt zu erblicken.

Im Entscheid *Schindler*<sup>58</sup> etwa verneinte das Bundesgericht die Beschwerdemöglichkeit des abgewiesenen Bewerbers bei der Vergabung öffentlicher Arbeiten im Nationalstrassenbau mit folgender Begründung:

«Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Vergabung öffentlicher Arbeiten in einem durch das kantonale Recht geordneten Submissionsverfahren nicht eine mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 178 des alten bzw. Art. 84 des neuen OG ist. Es hat ausgeführt, auch wenn in dem Zuschlag eine Verwaltungshandlung im weiteren Sinne gesehen werden möge, liege darin doch im Verhältnis zu den Bewerbern nicht eine Äusserung staatlicher Befehlsgewalt, sondern nur der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit dem angenommenen Bewerber und die Ablehnung der Angebote der übrigen Eingabesteller (BGE 60 I 369 und seitherige, nicht amtlich publizierte Entscheide, insbesondere Urteil *Canonica* vom 6. November 1968; s. auch das in ZBl 76, 1975, S. 475 f. wiedergegebene Urteil vom 28. Juni 1975). An dieser gefestigten Rechtsprechung ist festzuhalten.

Die ihr zugrunde liegenden Überlegungen müssen auch für die Beurteilung der Frage, ob die Vergabung von Arbeiten für den Nationalstrassenbau den Charakter einer Verfügung im Sinne des Art. 5 VwVG habe, massgebend sein. Diese Frage ist zu verneinen, weil es sich nicht um einen staatlichen Hoheitsakt handelt, durch den ein individuelles verwaltungsrechtliches Verhältnis gestützt auf öffentliches Recht des Bundes geregelt wird, sondern eben nur um den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit einem Bewerber und die Ablehnung der Offerten der übrigen Bewerber. Die nicht berücksichtigten Bewerber haben daher nicht die Möglichkeit, einen solchen Akt mit förmlicher Beschwerde – Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder Verwaltungsbeschwerde – bei einer Bundesbehörde anzufechten; sie können sich lediglich mit einer Anzeige an die Aufsichtsbehörde wenden. Dies ist das Ergebnis eines Meinungsaustausches, der in den Jahren 1975/76 zwischen dem Bundesgericht und dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement stattgefunden hat (vgl. auch Gutachten der Eidg. Justizabteilung vom 20. Juni 1975, in VPB 1976, Nr. 55). Hieran ist ebenfalls festzuhalten»<sup>59</sup>.

58 BGE 103 Ib 154 ff.

59 BGE 103 Ib 156 f.

Das Bundesgericht führt sodann aus, bei den sog. Submissionsvorschriften handle es sich nicht um «öffentlichrechtliche Bestimmungen mit Rechtssatzcharakter», sondern um «allgemeine Vertragsbestimmungen» und interne Weisungen – eine m. E. in dieser pauschalen Form unhaltbare und im übrigen auch nicht begründete Aussage<sup>60</sup>. Vielmehr wäre der Spiess umzudrehen und zu fragen, ob und inwieweit diese «Interna» dem Legalitätsprinzip zu unterstellen und welche Anforderungen an Normstufe, Normdichte und Normbestimmtheit zu stellen sind!

Nimmt man aber die vorne angetönten Rechtsschutzanliegen ernst, so müsste auch das privatrechtsförmige Verwaltungshandeln vollumfänglich auf seine Rechtmässigkeit (Einhaltung der massgeblichen [externen oder u. U. auch «internen»] öffentlichrechtlichen Bestimmungen) hin überprüft werden können, und dies auch gestützt auf eine Klage abgewiesener Bewerber wie sonstwie berührter Dritter. Der Zivilrichter müsste also Aufgaben der Verwaltungsjustiz übernehmen und seinen Blick auf die öffentlichrechtliche «Ambiance» des privatrechtlichen Vertrages richten, auch wenn diese nicht durch Verweisung in den Vertrag «hineingenommen» worden ist. Fraglich bleibt freilich, ob die Rechtsschutzposition des Dritten derjenigen beim Erlass von Verfügungen angenähert oder gar gleichgestellt werden kann (Schadenersatzforderung aus culpa in contrahendo, Feststellung der Rechtswidrigkeit?)<sup>61</sup>.

4.5. Die heute herrschende Lehre<sup>62</sup> steht auf einem anderen Standpunkt. Sie kritisiert die vorne dargestellte Rechtsprechung und erblickt in der Vergebung von Aufträgen durch das Gemeinwesen einen (anfechtbaren) *Verwaltungsakt*. Diese Auffassung entspricht grundsätzlich dem bundesgesetzlichen Subventionskonzept, wobei freilich der Zuschlag vor allem deshalb als Verfügung angesehen wird, um den

60 Die Diskussion über «die» Rechtsnatur der Submissionsvorschriften verkennt grösstenteils, dass alle vom *Gesetzgeber* und *Parlament* erlassenen Normen «Recht» und nicht bloss (interne) Verwaltungsbestimmungen darstellen, auch wenn sie die Submission betreffen. Die Frage der Verwaltungsverordnung stellt sich bloss bei Erlassen der Exekutive. Und hier ist nach dem Regelungszweck und der Wirkungsweise zu differenzieren. Keinesfalls aber geht es an, eine einheitliche, vom Gegenstand her definierte Rechtsnatur der Submissionsvorschriften schlechthin zu postulieren. Mit Recht ist deshalb das Bundesgericht wenig später auf eine staatsrechtliche Beschwerde eingetreten, die sich gegen ein Kreisschreiben der Tessiner Regierung richtete. Danach gewährte der Kanton den Gemeinden für die Ausführung öffentlicher Werke nur dann Subventionen, wenn die Vergabe der Architektur- und Ingenieurarbeiten an solche Unternehmen erfolgt, die einem Gesamtarbeitsvertrag angeschlossen sind. Das Requisit der «Hoheitsakte» i. S. v. Art. 84 OG wurde wegen der Aussenwirkung des Kreisschreibens als erfüllt angesehen (BGE 102 Ia 533 ff. = Pra 1977, Nr. 243).

61 Kritisch GALLI (zit. Anm. 57), S. 208 f.

62 Vgl. etwa schon WALTHER BURCKHARDT, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1934, ZBJV 1935, S. 643 ff., sowie die von MICHEL (zit. Anm. 57), S. 73 f., und von WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, S. 142, zitierte Liste zahlreicher Autoren, die noch mit dem Werk von ANDREAS AUER, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel/Frankfurt 1984, S. 183 f., zu ergänzen wäre. Auf dem «rein» privatrechtlichen Boden stehen heute vor allem GRISEL (zit. Anm. 2), S. 119 f.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 138 f.; GAUCH (zit. Anm. 57), S. 237 ff., und STOFFEL (zit. Anm. 57), S. 173 ff.

öff  
und  
einse  
scher  
aber  
struk  
übrig  
zu<sup>64</sup>  
von  
I  
die de  
Verfü  
finden  
I  
Behör  
sonde  
Diese  
quenz  
siert v  
spiele  
d. h. d  
richts  
Inter  
4.6.  
von  
unte  
Gest  
im V  
Was  
Vert  
und  
Zwe  
schu  
ursp  
chen  
aufg  
63 G  
64 V  
65 U  
66 B  
67 S

öffentlichrechtlichen Beschwerdeweg zu öffnen. Diese Zweistufentheorie weist Vor- und Nachteile auf, die hier nicht im Detail aufzuführen sind. Immerhin kann der einseitigen Ansicht GAUCHS nicht gefolgt werden, sie führe zu einer «halsbrecherischen Konstruktion»<sup>63</sup>. Sie verbessert eindeutig die Rechtsschutzsituation, nimmt aber gewisse Begleitprobleme in Kauf. Doch Probleme stellen sich bei allen «Konstruktionen», namentlich auch bei der rein privatrechtlichen Betrachtungsweise. Im übrigen neigt auch die kantonale Praxis in zunehmendem Umfang dieser Auffassung zu<sup>64</sup>; ja sogar neusten Urteilen des Bundesgerichts ist die Tendenz zu entnehmen, von der ausschliesslich privatrechtlichen Konstruktion abzuweichen.

In einem *Walliser* Fall<sup>65</sup> erklärte das Bundesgericht beiläufig, es könne nicht bezweifelt werden, dass die dem eigentlichen Zuschlag vorausgehenden Massnahmen, namentlich der «Ausschluss von Offerten, Verfügungen sind, die im Regelfall in der Rücksendung der betreffenden Offerten ihren Ausdruck finden».

Im Fall *Chiesa*<sup>66</sup> attestiert das Bundesgericht dem Zuschlag insofern Verfügungscharakter, als die Behörde öffentlichrechtliche Bestimmungen anwendet, die nicht (nur) dem öffentlichen Interesse dienen, sondern (auch) den Schutz der entgegengesetzten, unmittelbaren Interessen der Bewerber bezwecken. Diese für das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren vorgenommene Ausweitung führt in letzter Konsequenz zur Bejahung einer Zweistufigkeit, denn die Schutzrichtung der Norm, die im Einzelfall konkretisiert wird, vermag allenfalls bei der Beschwerdebefugnis, nicht aber beim *Anfechtungsobjekt* eine Rolle zu spielen! «Man kann nicht von der Beschwerdebefugnis her ... die Zulässigkeit der Beschwerde an sich, d. h. die Anfechtbarkeit einer Anordnung herleiten»<sup>67</sup>. Im Verwaltungsbeschwerde- und Verwaltungsgerichtsverfahren wird aber heute in der Regel auf das Requisit der Verletzung in rechtlich geschützten Interessen verzichtet.

4.6. Die dritte Möglichkeit bestünde darin, alle oder doch ein beträchtlicher Teil der von der Verwaltung geschlossenen Verträge insgesamt dem *öffentlichen Recht* zu unterstellen. Die heiklen Fragen der Verbindung öffentlich- und privatrechtlicher Gestaltungselemente entfielen, und der analogen Anwendung des OR stünde nichts im Wege, wenn und soweit das – öffentlichrechtliche – Gesetz hiefür Raum lässt. Was bei den Subventionen in Form von Darlehen, Bürgschaften und weiteren Verträgen möglich erscheint, ist auch bei anderen Verträgen zwischen Verwaltung und Privaten denkbar. Freilich stellt sich auch hier wiederum das Problem der Zweistufigkeit: Soll in der staatlichen Willensäusserung aus Gründen des Rechtsschutzes ein Verwaltungsakt erblickt werden oder erscheint der im Rahmen der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Klage) gegebene Rechtsweg als ausreichend, auch für den nicht am Vertrag beteiligten Dritten? Die Frage kann hier bloss aufgeworfen werden. Jedenfalls schiene es mir verfehlt zu sein, diese dritte Variante

63 GAUCH (zit. Anm. 57), S. 241.

64 Vgl. die Darstellung bei GALLI (zit. Anm. 57), S. 189 ff.

65 Urteil vom 8. November 1978, ZBl 81, 1980, S. 226 ff., 228.

66 BGE 106 Ia 323 ff., 327.

67 So ausdrücklich BGE 109 Ib 256.

wegen «Ungewöhnlichkeit» vorschnell aus der Diskussion auszublenden. Allerdings setzt sie voraus, dass Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen vor dem Verwaltungsrichter zur Beurteilung gebracht werden können, was wie erwähnt heute in einigen Kantonen – abgesehen von Art. 42 OG – nicht gewährleistet erscheint.

### 5. Thesen

Zum Abschluss sollen die hier vorgetragenen Erwägungen zu fünf Thesen verdichtet wie erweitert werden. Dabei geht es darum, in geraffter Form aufzuzeigen, an welchen Gesichtspunkten sich die künftige Entwicklung der administrativen Handlungsformen auszurichten hätte:

**5.1. Die Verwaltung besitzt keine Privatautonomie.** Die gesamte Tätigkeit der Verwaltung untersteht – neben allgemeinen Rechtsgrundsätzen und internationalem Recht – der Verfassung und der Gesetzgebung. Diese determinieren das Handeln der Exekutive in unterschiedlichem Ausmass; die Gewährung von z.T. erheblichen Entscheidungsspielräumen gehört zum Bild des modernen «Verwaltungsstaates». Doch «Autonomie» im Sinne der Befugnis zu privatwillkürlichem Handeln steht der Verwaltung im Rechtsstaat nie zu, erfülle sie nun unmittelbar oder bloss mittelbar öffentliche Zwecke. Ihr Handeln ist auch grundsätzlich und integral dem Erfordernis des öffentlichen Interesses und der pflichtgemässen Handhabung ihrer Entscheidungsgewalt unterworfen. Von daher ergibt sich die Sonderstellung jeglicher administrativer Willensäusserung; diese stellt in aller Regel eine Konkretisierung von Verwaltungserlassen dar und muss sich stets an der Verfassung ausrichten; sie ergeht deshalb nie im rechtsleeren Raum<sup>68</sup>. Schliesst die Verwaltung Verträge ab, so ist diese Situation im Auge zu behalten, weil sich die administrative Willenserklärung im Rahmen des vorgegebenen Rechtsganzen zu halten hat – mag dieses auch in gewissen Fällen sehr weitmaschig abgesteckt sein. Der Gebrauch der verschiedenen Handlungsformen hat dieser Situation Rechnung zu tragen. Namentlich darf die Verwendung von Verträgen nicht dazu führen, dass die staatliche Willensäusserung von ihrer rechtsstaatlichen Verkettung losgelöst wird.

**5.2. Die Verwaltung handelt grundsätzlich öffentlichrechtlich.** Das öffentliche Recht ist das «Amtsrecht» der vom Gesetzgeber mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betrauten Behörden und Subjekte. Die überlieferte Einteilung in «klassische» Gebiete einer privatrechtsförmigen Fiskalverwaltung ist zu verabschieden. Damit

68 Vgl. hierzu auch GEORG MÜLLER, Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge, FS für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 109ff., 116ff.

soll de  
eo ips  
Abrüc  
oder d  
über d  
nicht s  
scher  
tungs-  
deln k  
wägar  
recht  
Abs. 2

5.3. D  
tungs  
Verwa  
das G  
wo er  
Verwa  
Überr  
stigte  
«erzw  
eignu  
Belieb  
staat -  
Verwa  
«Befel  
cher F

5.4. D  
Recht  
Verwa  
Recht  
Verwa  
zwise

69 In  
soll  
70 Die  
No  
ten  
insl

soll der Anwendungsbereich des privatrechtlichen Vertrages in der Verwaltung nicht eo ipso zum Verschwinden gebracht werden. Zu fordern wäre vielmehr, dass ein Abrücken vom öffentlichen Recht begründungspflichtig würde. Nicht die «Natur» oder das «Gebiet» der öffentlichen Aufgabe, ihre Mittel- oder Unmittelbarkeit soll über die Rechtsform entscheiden, sondern der *Privatrechtsbedarf*<sup>69</sup>. Kann dieser nicht schlüssig nachgewiesen werden, besteht eine Pflicht zum Gebrauch publizistischer Rechtsformen. Es sind daher Kriterien für die Rechtfertigung des (Verwaltungs-)Privatrechts zu entwickeln. Gründe für das privatrechtliche Verwaltungshandeln können etwa nach wie vor im Rechtsschutzgebot oder in Zweckmässigkeitserwägungen erblickt werden. Vorbehalten bleiben zudem die gesetzlich dem Privatrecht zugewiesenen Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Privaten (z. B. Art. 61 Abs. 2 OR).

5.3. *Die Verwaltung besitzt keine Wahlfreiheit zwischen Verfügung und Verwaltungsvertrag.* Der Vertrag stellt nicht einfach eine alternative Handlungsform der Verwaltung dar, die je nach Lust und Laune herangezogen werden kann, wenn bloss das Gesetz es nicht untersagt. Der Kontrakt soll vielmehr dort zum Zuge kommen, wo er seiner Struktur nach geeignet erscheint, ja wo er erforderlich ist, um die Verwaltungsaufgabe optimal zu erfüllen<sup>70</sup>. Dies trifft, wie wir gesehen haben, bei der Übernahme von Verpflichtungen durch Private zu, denen eine staatlicherseits verfestigte Zusicherung gegenübersteht und die durch bloss einseitige Anordnung nicht «erzwungen» werden könnten. Auch hier sind also nicht nur Kriterien der *Vertrags-eignung*, sondern des *Vertragsbedarfs* massgeblich, keinesfalls Gesichtspunkte der Beliebigkeit. Am Grundsatz freilich ist nicht zu rütteln, dass – auch im Leistungsstaat – in den meisten Fällen die Verfügung das auf die Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung zugeschnittene Instrument bildet. Nur ist dieser Verfügung nicht ein «Befehlscharakter» wesentlich, sondern ihre Einseitigkeit in der Anordnung rechtlicher Folgen, ihr mangelnder «Konsensbedarf».

5.4. *Das vertragliche Verwaltungshandeln darf zu keiner Verschlechterung der Rechtsschutzlage führen.* Der rechtliche Schutz privater Rechtssubjekte gegen die Verwaltungstätigkeit knüpft nach schweizerischem Recht zum grossen Teil an das Rechtsinstitut der Verfügung an. Wo Streitigkeiten aus Verträgen, an denen die Verwaltung beteiligt ist, vom Richter beurteilt werden, wird hauptsächlich auf das zwischen den Parteien des geschlossenen Vertrages bestehende Rechtsverhältnis

<sup>69</sup> In Fortentwicklung der von MAX IMBODEN (zit. Anm. 23), S. 62f., geforderten *Privatrechtseignung* soll die rechtsförmliche Eignung zwar vorliegen müssen, nicht aber ausreichend sein.

<sup>70</sup> Diese These ist in überzeugender Weise schon 1967 von MARTIN BULLINGER aufgestellt worden (Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsinintensiven Gemeinwesen, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Heidelberg/New York 1967, S. 667ff., insbes. S. 679ff.).

abgestellt. Doch die staatliche Willensäußerung soll u.U. auch dann auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft werden können, wenn es nicht zum Vertragsschluss kommt oder wenn ein Dritter Rechtswidrigkeit behauptet. Es ist deshalb das Postulat zu erheben, dass die Verwendung der Vertragsform im Verhältnis zum Verfügungsmässigen Vorgehen nie zu einer Verschlechterung der Rechtsschutzpositionen allgemein führen soll. Umgekehrt formuliert: Will, d.h. nach der hier vertretenen Anschauung: darf und soll die Verwaltung mit Privaten (öffentlich- oder privatrechtliche) Verträge schliessen, so muss der Rechtsschutz aller berührter Privater, auch allfälliger Dritter, mindestens demjenigen entsprechen, der bei einseitigem, Verfügungsmässigem Handeln der Exekutive gegeben wäre. Daher kann es sich rechtfertigen, nach Konstruktionen zu suchen, die Verfügung und Vertrag miteinander verbinden.

5.5. *Abschluss und Ausgestaltung von Verwaltungsrechtsverhältnissen sollen vermehrt durch den Gesetzgeber geregelt werden*, und zwar abgestimmt auf die je spezifisch zu normierenden Aufgaben und Lebensverhältnisse. Heute obliegt der Verwaltungs- und Gerichtspraxis oft die fast unerfüllbare Pflicht, bestehende Rechtsverhältnisse ex post dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuweisen und die Frage nach dessen verfügungs- oder vertragsmässiger Begründung anhand «allgemeiner Lehren» zu beantworten. Doch letztlich sind dies Entscheidungen, die vorab vom Gesetzgeber zu treffen sind. Er soll nach den Kriterien des Privatrechts-, Vertrags- und Rechtsschutzbedarfes die von der Verwaltung einzugehenden Rechtsverhältnisse in den wesentlichen Grundzügen zum voraus bestimmen und festlegen. Der Bundesgesetzgeber hat im Subventionsbereich erste Schritte getan; nichts spricht dagegen, dass im Beschaffungswesen und anderen Bereichen weitere folgen. Dabei ist nicht zu übersehen, dass der Gesetzgeber seinerseits auf eine ihn alimentierende Lehre angewiesen ist, die ihm die Elemente zur Legiferierung bereithält. Deshalb erhebt sich die Forderung erst recht, die Verwaltungsrechtswissenschaft möge sich den Formen des Verwaltungshandelns mit neuem Elan und unter der Herausforderung des modernen, sozialen Rechtsstaates annehmen. Gesetzgeber, handelnde Verwaltung und vor allem eine oft unsichere Verwaltungsjustiz werden es ihr danken!

Abkürzu

PETER AI  
Kredi  
Zahlu  
An derPETER BO  
SchuCHRISTIA  
Die  
ein BWALTER  
DerKURT E  
VerwJOHANN  
Die  
Kir  
nachBRUNO  
Aus  
basHANS  
Wi  
imFRÉDÉ  
de  
A  
RéDETLE  
Ré

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	IX
PETER ALBRECHT Dr. iur., Lektor, Strafgerichtspräsident Kreditbetrug durch Verschweigen der unzureichenden Zahlungsfähigkeit? An den Grenzen des strafrechtlichen Vermögensschutzes . . . . .	1
PETER BÖCKLI Dr. iur., Professor, Advokat Schutzmassnahmen-Trust und Aktienrecht . . . . .	17
CHRISTIAN BRÜCKNER Dr. iur., LL.M., Lektor, Advokat Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht – ein Beispiel für die Suggestivkraft von Begriffen . . . . .	35
WALTER BUSER Dr. iur., Professor, Bundeskanzler Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis . . . . .	51
KURT EICHENBERGER Dr. iur., Dr. rer. publ. h.c., Dr. iur. h.c., Professor Verwaltungsprivatrecht . . . . .	75
JOHANNES GEORG FUCHS Dr. iur., Dr. theol. h.c., Professor Die öffentlich-rechtliche Anerkennung von Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem neueren schweizerischen Staatskirchenrecht . . . . .	93
BRUNO GUTZWILLER Dr. iur., Advokat Auszonung und materielle Enteignung im basellandschaftlichen Bau- und Planungsrecht . . . . .	113
HANS RUDOLF HAGEMANN Dr. iur., Professor Wirtschaftsordnung und Privatrecht im Spiegel spätmittelalterlicher Basler Quellen . . . . .	139
FRÉDÉRIC-ÉDOUARD KLEIN Dr. iur., Professeur, Conseiller Juridique de la Banque des Règlements Internationaux A propos de l'exécution en Suisse des sentences arbitrales étrangères Réflexions sur un récent arrêt du Tribunal fédéral . . . . .	157
DETLEF KRAUSS Dr. iur., Professor Rechtsstaat und Strafprozess im Vergleich . . . . .	171

Inhaltsverzeichnis

JÜRGEN LUTZ Dr. iur., Advokat	
Die Baselbieter Tarifordnung für die Advokaten und ihre Praxis seit Inkrafttreten (1978) . . . . .	201
PETER MOSIMANN Dr. iur., Advokat	
Die Nachbarrechte des Veranstalters und des Interpreten nach dem «Mr. Tape»-Entscheid des Bundesgerichts . . . . .	231
MICHAEL PFEIFER Dr. iur., Advokat	
Hilfe! Rechtshilfe	
Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – Verfahren in einer (verfassungs-)rechtsfreien Grauzone zwischen Straf- und Verwaltungsverfahren . . . . .	245
FRITZ RAPP Dr. iur., Ehrendozent, Zivilgerichtspräsident	
Fremdenpolizeiliche Arbeitsbewilligung und Arbeitsvertrag . . . . .	277
RENÉ A. RHINOW Dr. iur., Professor	
Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag Zur Problematik der administrativen Handlungsformen . . . . .	295
GERHARD SCHMID Dr. iur., Professor, Vizedirektor in der Rechtsabteilung der Sandoz AG	
Staatsaufsicht, Kartelle, Obligatorien und Pools im Bereich der Privatversicherung . . . . .	323
PASCAL SIMONIUS Dr. iur., Professor	
Privatrechtliche Forderung und Staatenimmunität . . . . .	335
KARL SPIRO Dr. iur., Honorarprofessor an der Universität Freiburg i.Br., Professor	
Zur Haftung für Schülerunfälle . . . . .	353
KASPAR SPOENDLIN Dr. iur., Professor, Advokat	
Zum Verhältnis zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht im schweizerischen Wettbewerbsrecht (Kartellgesetz und UWG) . . . . .	361
ADRIAN STAEHELIN Dr. iur., Professor, Appellationsgerichtspräsident	
Das öffentlich-rechtliche Schiedsgericht . . . . .	381
BERNHARD STAEHELIN Dr. iur., Professor, Generalsekretär der Swissair	
Der Flugschein als Ware? . . . . .	397
GÜNTER STRATENWERTH Dr. iur., Professor	
Zum Verhältnis von Privatrecht, öffentlichem Recht und Strafrecht Eine Auseinandersetzung mit Walther Burckhardt . . . . .	415

HAN  
P  
(  
FRAN  
I  
LUZ

Inhaltsverzeichnis

HANS PETER TSCHUDI Dr. iur., Dr. h.c., Professor, a.Bundesrat

Privates und öffentliches Arbeitsrecht  
(Gesetz und Gesamtarbeitsvertrag) . . . . . 431

FRANK VISCHER Dr. iur., Dr. h.c., Professor

Der politische Streik . . . . . 449

LUZIUS WILDHABER Dr. iur., LL.M., J.S.D., Professor

«Civil Rights» nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK . . . . . 469

201

231

245

277

295

323

335

353

361

381

397

415