

bewerbsnachteile durch *konsumentenorientierte Unterstützungen* auszugleichen, nicht aber durch Preis- und/oder Mengenregelungen sowie Produzentensubventionen, es sei denn, die Produzenten sind selbst förderungsbedürftig.

- Auch andere Maßnahmen, die diskutiert werden, könnten helfen, dem Ziel einer Eingrenzung von Subventionen näher zu kommen. So wäre etwa eine *zeitlich degressive Staffelung bei Anpassungshilfen* zweckmäßig. Auch eine verstärkte *Umstellung von Subventionen auf Kreditgewährung zu Vorzugszinsen* (statt verlorener

Zuschüsse) könnte ein Weg sein, der Gewöhnung an ständige Unterstützungen vorzubeugen<sup>50</sup>.

Welchen Weg man im einzelnen auch einschlägt, das Bemühen um eine Überprüfung öffentlicher Aufgaben auf ihre Notwendigkeit und die zweckmäßige Form ihrer Erledigung stellt eine Daueraufgabe dar, unabhängig von der jeweiligen finanziellen Situation der öffentlichen Hände. Vielleicht sind aber Zeiten knapper Kassen ein besonders günstiges Umfeld dafür.

50 Vgl. Weilepp (Anm. 3), S. 332.

## Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das öffentliche Recht

– Zugleich ein Beitrag zur „Freiheit der Formenwahl“ –

Von Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen \*

**Ob und inwieweit das privatrechtliche Verwaltungshandeln an das öffentliche Recht gebunden ist, ist bislang vielfach unter den Teilaspekten einer „Fiskalgeltung der Grundrechte“ und des „Verwaltungsprivatrechts“ erörtert worden. Gegenwärtig wird oft gefordert, Verwaltungshandeln müsse öffentlich-rechtliches Handeln sein, um den Bindungen des öffentlichen Rechts zu unterliegen. Öffentliches Recht bindet aber nicht nur öffentlich-rechtliches, sondern auch privatrechtliches Verwaltungshandeln.**

### I. Das Problem: Freiheit der Formenwahl

#### 1. Handlungsformen und Rechtsformen

Die ständige Zunahme der Staatsaufgaben hat die Bedeutung der Handlungsformen insbesondere der Verwaltung verändert. Neue Formen sind hinzugekommen, etwa der öffentlich-rechtliche Vertrag<sup>1</sup>. Andere haben quantitativ und qualitativ neue Bedeutung erlangt, etwa die Staatsaufträge<sup>2</sup> und das Subventionsrecht<sup>3</sup>. Neu ist insbesonde-

re auch die Relevanz staatlich gesetzter Rahmendaten für die Wirtschaft, die als „inflenzierendes Handeln“ erst in jüngster Zeit in das Blickfeld geraten sind<sup>4</sup>. Welches Ziel mit welcher Handlung verwirklicht werden kann, ist dabei regelmäßig eine Frage konkreter Zweckmäßigkeit. *Es gibt kein notwendiges Korrespondenzverhältnis zwischen Zweck und Mittel*: Zur Verfolgung eines Ziels steht oft eine Vielzahl von Gestaltungs- und Einwirkungsmöglichkeiten zur Verfügung. Ob ein Verwaltungsakt erlassen oder ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen wird, ist in § 54 Satz 2 VwVfG ausdrücklich als funktionell gleichwertig angesehen. Aber auch, ob Subventionen ein- oder zweistufig vergeben werden, Verträge dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht unterliegen oder direkte oder indirekte Förderungsmaßnahmen vergeben werden, ist nahezu niemals aus dem jeweiligen Ziel zwingend zu deduzieren. Stehen demnach zur Verfolgung eines Zwecks häufig mehrere Gestaltungsformen zur Verfügung, entsteht die *tatsächliche* Freiheit der Handlungsformenwahl.

Der Rechtswissenschaft stellt sich dabei das Problem, daß ihre überkommenen Kategorien auf die neuen Figuren oft nur unzureichend passen. Dies gilt schon für eine derart elementare Frage wie die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht<sup>5</sup>. Bisweilen ist kaum noch feststellbar, ob eine Maßnahme der einen oder der ande-

\* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser (29) ist Privatdozent für Staatslehre und Öffentliches Recht an der Fernuniversität. Die Abhandlung fußt auf Vorarbeiten zum *Öffentlichen Wirtschaftsrecht*, insbesondere „*Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger*“, DVBl. 1983, S. 1222.

1 Dazu in jüngster Zeit Wilhelm Henke, JZ 1984, S. 141; Christoph Gusy, DVBl. 1983, S. 1222; Wilfried Braun, JZ 1983, S. 149; Henning Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982.

2 Grundlegend Franz Josef Kunert, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, 1977; Jost Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978; Waldemar Stern/Hans-Heinrich Barnickel/Manfred Zuleeg, WiV 1984, S. 69 ff.

3 Gerd Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, 1977; Albert Bleckmann, Subventionsrecht, 1978.

4 Hans Jarass, DSt. 1978, S. 507; Friedrich von Zezschwitz, JA 1978, S. 501; zur Pluralisierung des verwaltungsrechtlichen Instrumentariums grundlegend Otto Bachof/Wilfried Brohm, VVDStRL, Heft 30, S. 193 ff.

5 Zum Meinungsstand einerseits Christian-Friedrich Menger, Festschrift für Hans Julius Wolff, 1973, S. 149; andererseits Otto Bachof, Festgabe Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 1; Überblick bei Dirk Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 30 ff.

ren Materie zuzurechnen ist<sup>6</sup>. Wenn dabei nicht pauschale „Vermutungen“ für den Charakter administrativen Handelns als öffentlich-rechtlich einerseits oder privatrechtlich andererseits zugrunde gelegt werden sollen, so folgt aus der Freiheit der Handlungsformwahl zugleich die Freiheit der Rechtsformenwahl.

Aus administrativer Sicht stellt sich somit die Frage nach dem öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter einer Maßnahme primär als Zweckmäßigkeitfrage dar. Für die Rechtswissenschaften entsteht demgegenüber die Frage, ob die tatsächliche Freiheit der Verwaltung auch eine rechtliche ist, ob also das geltende Recht eine Freiheit der Formenwahl anerkennt oder aber gerade untersagt. Hier findet sich oftmals das Argument, der Staat unterliege einem besonderen rechtlichen Regime. Diesem dürfe er sich nicht durch die Wahl der Handlungsform entziehen. Insbesondere sei es der Exekutive untersagt, durch privatrechtliches Handeln ihre spezifischen Bindungen an die Grundrechte zu unterlaufen. Daher dürfe es eine Freiheit der Formenwahl von Rechts wegen nicht geben.

Ob und inwieweit diese Auffassung zutrifft, hängt davon ab, ob das öffentliche Recht Handlungsmaßstäbe oder Handlungsformmaßstäbe bereithält. Knüpft es an spezifische Formen staatlichen Handelns an, so ist die Freiheit der Formenwahl zugleich die Freiheit der Rechtswahl; knüpft es hingegen an die materiellen Inhalte der Rechtsbeziehung an, so ist die Frage nach der Handlungsform für die Zulässigkeit und den Inhalt staatlichen Handelns irrelevant.

## 2. Die Diskussion um das Vertragsrecht

Das öffentliche Wirtschaftsrecht steht nicht zufällig im Zentrum der Diskussionen um die Freiheit der Formenwahl. Hier werden insbesondere im Vertragsrecht neue Problemzonen erschlossen. So ist insbesondere im Subventionsrecht und im Recht der Staatsaufträge der Ruf nach Verteilungsgerechtigkeit bei der „Verwaltung des Mangels“ laut geworden.

Soweit direkte Subventionen durch Vertrag vergeben werden<sup>7</sup>, ist die Frage nach dessen Qualifizierung als öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Vereinbarung überwiegend durch Konsens erledigt<sup>8</sup>. Die Forderung, das Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtliches zu qualifizieren und nur noch eine Subventionsvergabe in dieser Form zuzulassen, wurde explizit mit der These begründet, nur so könne die Grundrechtsbindung der Subventionsvergabe sichergestellt werden<sup>9</sup>. Denn die Geltung der Grundrechte für staatliches Handeln hänge von der öffentlich-rechtlichen Handlungsform ab; privatrechtliches Handeln sei grundrechtsfrei. Dementsprechend sei es durch die Rechtsstellung des Bürgers zwingend geboten, öffentlich-rechtliches Handeln als einzig zulässige

Handlungsform der Subventionsverwaltung zu qualifizieren. Demnach orientiert sich zwar die Abgrenzung zwischen beiden Materien an den dazu entwickelten Kategorien der Rechtswissenschaft; die Frage, welche Handlungsform zu wählen sei, ist allerdings vom geltenden Verfassungsrecht determiniert<sup>10</sup>.

Aktueller ist die Diskussion um die Vergabe öffentlicher Aufträge, also die staatlichen Erwerbs- und Bedarfsdeckungsgeschäfte. Werden diese herkömmlich als privatrechtliche Kauf-, Miet-, Dienst- oder Werkverträge begriffen<sup>11</sup>, so tritt in jüngerer Zeit in verstärktem Maße nicht der Erwerbs-, sondern der Planungs-, Lenkungs- und Zuteilungszweck in das Zentrum der Erwägungen. Liegen demnach derartige Geschäfte des Staates zumindest auch im öffentlichen Interesse, so wird daraus vielfach der Schluß gezogen, diese Geschäfte seien nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich von zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen zu unterscheiden. Dies gelte um so mehr, als angesichts der wachsenden Bedeutung der Staatsaufträge für die Wirtschaft, der knapper werdenden Ressourcen und dem hohen Lenkungsgehalt derartiger Verträge die Rechtsstellung übergangener Bewerber gestärkt werden müsse. Unterliegen demnach Verfahrens- und Verteilungsgerechtigkeit spezifischen, staatsbezogenen Gesichtspunkten, so ist demnach das öffentliche Recht das adäquate rechtliche Regime derartiger Geschäfte. Staatsaufträge sind danach öffentlich-rechtliche Verträge<sup>12</sup>. Auch hier wird also die Sicherung der Rechtsstellung des Bürgers gegen den Staat im öffentlichen Recht gesucht. Eben diese Rechtsstellung gebiete zugleich die Zuordnung von Staatsaufträgen zum öffentlichen Recht, nicht hingegen zum Zivilrecht.

Die neuere Diskussion im Wirtschaftsrecht läßt sich demnach so zusammenfassen<sup>13</sup>:

- In einzelnen Fällen besteht grundsätzlich die Möglichkeit, staatliches Handeln sowohl dem öffentlichen Recht wie dem Privatrecht zuzuordnen. Die überkommenen Kategorien reichen für eindeutige Lösungen nicht in allen Fällen aus.
- Auch bei Vertragsverhältnissen bedarf der Bürger gegenüber dem Staat besonderen Schutzes. Das gilt etwa für das Subventionsrecht und das Recht der Staatsaufträge. Dieser Schutz wird durch die Normen des öffentlichen Rechts, insbesondere die Grundrechte, garantiert.
- Die Geltung solchen Schutzes für den Bürger ist davon abhängig, daß der Staat öffentlich-rechtlich handelt. Dementsprechend muß der Staat in den Formen des

10 So im einzelnen Zuleeg, Festschrift für Ludwig Fröhler, 1980, S. 275 ff.; wohl auch von Zezschwitz, NVwZ 1983, S. 1877.

11 So etwa BGH, NJW 1977, S. 628; BVerwGE 33, 103 f.; Bernd Bender, JuS 1962, S. 178, 180; Zuleeg, NJW 1962, S. 2231 ff.; Paul Kirchhof, Verwalten durch „mittelbares“ Einwirken, 1977, S. 327 ff.

12 So insbesondere Zuleeg, WiV 1984, S. 113 ff.; von Zezschwitz (Anm. 10); Otto Gassner, Der freihändige Grunderwerb der öffentlichen Hand, 1983, S. 171 ff.; Franz Josef Kunert (Anm. 2), S. 126 f.; wohl auch Ferdinand Kopp, BayVBl. 1980, S. 609 ff.

13 Zum folgenden insbesondere Zuleeg, VerwArch. 1982, S. 384 ff.

6 Exemplarisch für die daraus resultierenden Probleme Alfons Gern, Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtung, 1977.

7 Zur Relevanz Schetting (Anm. 3), S. 311 ff.

8 Überblick über den Meinungsstand bei Bleckmann (Anm. 3), S. 85 ff.

9 Manfred Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen, 1965.

öffentlichen Rechts handeln, wenn und sofern der Bürger schutzbedürftig ist.

- Daher sind etwa Subventionsverhältnisse und Staatsaufträge von Verfassungsrechts und Verwaltungsrechts wegen dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Eine Freiheit der Formenwahl ist demnach rechtlich ausgeschlossen.

### 3. „Öffentliches Recht bindet ausschließlich öffentliches Recht“

Das zuletzt genannte Ergebnis ist nur zutreffend, wenn und soweit die vorgenannten Argumentationsschritte richtig sind. Von zentraler Bedeutung für die Verknüpfung der beiden ersten Aussagen ist die dritte These: die *Abhängigkeit der Grundrechtsgeltung von der Handlungsform des Staates*. Sie läßt sich knapp zusammenfassen in dem Satz: „Öffentliches Recht bindet ausschließlich öffentliches Recht.“ Dieser Satz wird zwar regelmäßig nicht ausdrücklich vertreten, er liegt jedoch einer Vielzahl anderer, nur aus ihm erklärbarer Folgesätze zugrunde.

Dies gilt zunächst für die Ansicht, daß hoheitliches Handeln stets öffentlich-rechtliches Handeln sei<sup>14</sup>. Diese – der Subordinationslehre verwandte – Anschauung geht davon aus, daß dem Staat keine Vertragsfreiheit zukommt. Vielmehr sei Charakteristikum seines Handelns die „Hoheitsgewalt“, so daß dieses Handeln einem eigenen rechtlichen Regime angehören müsse, nämlich demjenigen des öffentlichen Rechts. Nicht ausreichend ist demnach, daß staatliches Handeln den öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, vielmehr muß es selbst öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sein.

Ähnliches gilt für die These, der Staat dürfe seine Freiheit der Formenwahl nicht dazu ausnutzen, daß er in das Privatrecht „flieht“. Dem liegt die Anschauung zugrunde, daß sich die Verwaltung ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen dadurch entziehen könne, daß sie die Privatrechtsform wählt<sup>15</sup>. Eine derartige „Flucht“ ist allerdings lediglich möglich, wenn das öffentliche Recht nur öffentlich-rechtliches Handeln, nicht hingegen privatrechtliche Maßnahmen bindet. Eine Bindung beider Materien würde eine solche „Flucht“ ausschließen.

Am weitesten geht auf der genannten Grundlage die These, die „öffentliches Recht als zwingendes Sonderrecht für den Staat“ beschreibt<sup>16</sup>. Demnach ist alles staatliche

Handeln öffentlich-rechtliches, weil es den Normen des öffentlichen Rechts unterliegt. Nicht nur hoheitliches, sondern jegliches dem Staat zurechenbare Verhalten sei daher dem Sonderrecht zuzuweisen. Der Bereich des Staats und der des öffentlichen Rechts sind demnach vollständig identisch. Das Privatrecht sei das Sonderrecht des einzelnen, privatrechtliche Maßnahmen des Staates sind theoretisch undenkbar. Dies wird dann auch konsequent als Ende der Freiheit der Formenwahl des Staates angesehen.

## II. Bindet öffentliches Recht ausschließlich öffentliches Recht?

Die dargestellten Folgen aus der Eingangsthese: „Öffentliches Recht bindet ausschließlich öffentliches Recht“ können nur richtig sein, wenn jene Voraussetzung ihrerseits zutrifft.

### 1. Grundfragen

Die Grundlegung jener These folgt einem spezifischen Staats- und Rechtsverständnis. Demnach stützen Grundrechte gegen „Eingriffe“, also imperative Verkürzungen der Individualrechtssphäre durch den Staat. Dementsprechend gilt das Grundgesetz für alle Staats„gewalt“, und Art. 19 Abs. 4 GG begründet Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen „Gewalt“<sup>17</sup>. Das Grundgesetz betrifft und bindet demnach ausschließlich imperative staatliche Herrschaft. Die Ausübung solcher Herrschaft kann allerdings nicht durch das Privatrecht erfolgen. Als Hort individueller Freiheit der Bürger beruht es auf dem Prinzip der freiwilligen Pflichtenübernahme. Demgegenüber ist das öffentliche Recht die Sphäre von Zwang und Herrschaft, die allein dem Staat zusteht. Dem Staat als Instanz der Herrschaft steht das öffentliche Recht der Herrschaft zu; und der Gesellschaft als Residuum der Freiheit ist das Privatrecht als Recht der Freiheit eingeräumt. Eine Verknüpfung beider Prämissen führt notwendig zu dem Schluß: Grundrechte sichern allein gegen staatliche Herrschaft und demnach ausschließlich gegen öffentlich-rechtliche Maßnahmen<sup>18</sup>.

Hierzu tritt ein weiterer, aus der neueren Rechtsentwicklung stammender Aspekt. Die Bestrebungen um eine Kodifikation der rechtsstaatlichen Disziplinierung administrativen Handelns mündeten in den Erlaß der *Verwaltungsverfahrensgesetze*. Diese gelten ihrem eigenen Anwendungsbereich nach „für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden“ (§ 1 Abs. 1 VwVfG). Dementsprechend ist das Verwaltungsverfahren die Tätigkeit der Behörden zum Erlaß eines Verwaltungsaktes oder zum Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (§ 9 VwVfG). Dagegen ist für privatrechtliches Verwaltungshandeln keine vergleichbare Rechtsgrundlage in Kraft. Daraus wird sodann der Schluß gezogen, der

<sup>14</sup> So explizit Zuleeg, *VerwArch.* 1982, S. 395 ff.

<sup>15</sup> Siehe etwa Fritz Fleiner, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 8. Aufl. 1928, S. 326; Hans Peter Bull, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1982, S. 152 ff.; Herbert Bethge, *JR* 1972, S. 140; schon früher Herbert Krüger, *DVBl.* 1955, S. 383; kritisch zur Formenwahl auch schon ders., *VVDStRL*, Heft 15, S. 320; Hans Uwe Erichsen/Michael Hoffmann-Becking, *JuS* 1971, S. 144 f.; Christian Pestalozza, *Formenmißbrauch des Staates*, 1973, S. 166; Hans Heinrich Rupp, *Festgabe Bundesverwaltungsgericht*, 1978, S. 541; Kunert (Anm. 2), S. 45 ff.

<sup>16</sup> Pestalozza (Anm. 15), S. 166 ff.; ders., *DÖV* 1974, S. 188; ähnlich auch Joachim Burmeister, in: Elmar Wadle, *Recht und Gesetz im Dialog*, 1982, S. 130 ff.; kritisch Ernst Kretschmer, ebd., S. 137 ff.

<sup>17</sup> Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein, *GG*, 2. Aufl. 1966, S. 159.

<sup>18</sup> Zu den historischen Wurzeln dieser Auffassung schon Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 80 ff.; Dieter Grimm, in: Walter Wilhelm, *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, 1972, S. 224.

des  
thes.  
7 sei  
des  
nach  
der-  
des  
auch  
des

rechtsstaatliche Verfahrensgedanke sei auf das öffentlich-rechtliche Handeln der Behörden beschränkt. Diesen Bindungen entziehe sich der Staat, wenn er in das Privatrecht „fliehe“. Zur Verhinderung jener Flucht wird dementsprechend gefordert, daß rechtsstaatlich gebundenes Handeln ausschließlich öffentlich-rechtliches Handeln sein könnte; eine Freiheit der Formenwahl sei daher nach dem geltenden Verwaltungsverfahrensrecht ausgeschlossen<sup>19</sup>.

## 2. Grundrechtsschutz und privatrechtliches Verwaltungshandeln

Jene Begründung, privatrechtliches Verwaltungshandeln sei grundrechtsfrei, so daß sich der Staat durch die Formenwahl seinen verfassungsrechtlichen Bindungen entziehen könne, ist nach ihrer Herleitung von dem „Eingriffskriterium“ abhängig. Sie setzt ihrerseits voraus, daß die Grundrechte ausschließlich gegen Eingriffe schützen und privatrechtlich vorgenommene staatliche Maßnahmen eingreifenden Charakter aufweisen können.

### a) Privatrechtliches Verwaltungshandeln und Freiheitsrechte

Freiheitsrechte schützen – jedenfalls auch – gegen staatliche Eingriffe. Sie sind die überkommene Basis des Eingriffsarguments. Doch vermögen sie die zwingende Zuordnung von Vertragsverhältnissen zum öffentlichen Recht nur unter der Voraussetzung zu begründen, daß derartige Handlungen überhaupt den Schutzbereich von Freiheitsrechten tangieren können. Sind nämlich die Freiheitsrechte thematisch für solche Rechtsverhältnisse überhaupt nicht einschlägig, so fehlt für die Eingriffsthese und alle daraus hergeleiteten Rechtsformerwägungen die Grundlage.

Die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG sind für das Subventionsrecht und die Staatsaufträge wie das sonstige Vertragsrecht praktisch ohne Bedeutung. Bei jenen Maßnahmen handelt es sich insoweit vielmehr um grundrechtsneutrale Handlungen. So heterogen auch die Schutzbereiche jener Verbürgungen ausgelegt werden, so folgt aus ihnen nach keiner Ansicht ein Grundrecht auf Subventionen, Staatsaufträge und sonstige, vergleichbare Leistungen<sup>20</sup>. Folglich stellt die Versagung derartiger Staatsleistungen keinen Grundrechtseingriff dar.

Als thematisch einschlägig wird dagegen vielfach Art. 2 Abs. 1 GG angesehen. Zwar gewährt auch dieser kein Grundrecht auf Subventionen oder Staatsaufträge, doch wird etwa die Subventionierung eines Konkurrenten als Eingriff in die „Wettbewerbsfreiheit“ angesehen, die einen Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit darstel-

len soll<sup>21</sup>. Begründung und Inhalt einer solchen Wettbewerbsfreiheit sind jedoch höchst anfechtbar.

Als Garantie personaler Freiheit verbürgt Art. 2 Abs. 1 GG Handlungsfreiheit: Jedermann ist im Rahmen des Grundrechtsschutzbereichs berechtigt, frei zu handeln. Wettbewerb stellt sich in dem Moment ein, in welchem mehrere von einer Handlungsfreiheit Gebrauch machen und sich dabei in Konkurrenz befinden. Ihre jeweilige Betätigung ist durch ihre Handlungsfreiheit legitimiert; hierzu bedarf es einer Wettbewerbsfreiheit nicht. Freier Wettbewerb ist demnach die Folge konkurrierender Freiheitsausübung; er ist keine eigene Handlung und bedarf daher auch keines eigenen Grundrechtsschutzes durch Handlungsfreiheiten. Dementsprechend kann der Schutz der Wettbewerbsfreiheit über die jeweilige Handlungsfreiheit nicht hinausgehen. Liegt bei einem Wettbewerber die Voraussetzung für einen Eingriff in seine Handlungsfreiheit im Einzelfall vor, so kann der Betroffene daraus, daß andere dieselbe Freiheit ausüben und daher mit ihm im Wettbewerb stehen, kein Mehr an Freiheitsschutz herleiten. Die Handlungsweise des Konkurrenten, der keinen Eingriffstatbestand erfüllt, kommt ihm nicht zugute. Der Umfang des Grundrechtsschutzes für einen Wettbewerb ist somit notwendig mit demjenigen für die jeweils im Wettbewerb vorgenommene Handlung identisch.

Die Figur der „Wettbewerbsfreiheit“ ist so lediglich die aus der Makroperspektive vorgenommene Beschreibung des in der Mikroperspektive gewährleisteten Grundrechtsschutzes. Wo freier Wettbewerb besteht, herrscht Handlungsfreiheit; eine eigene Handlung „Wettbewerb“, die von allen anderen Handlungen verschieden ist, gibt es nicht. Die mit der Kategorie der „Wettbewerbsfreiheit“ gelösten Fälle sind demnach systematisch richtig aus der jeweils einschlägigen Handlungsfreiheit zu lösen. Existiert demnach weder Wettbewerb als eigene Handlung noch Wettbewerbsfreiheit als eigenständiges Grundrecht, so können auch weder Staatsaufträge noch Subventionen oder vergleichbare Handlungen einen Eingriff in ein derartiges Grundrecht darstellen<sup>22</sup>.

Dementsprechend sind Subventionen, Staatsaufträge und sonstige Vertragsverhältnisse, bei denen Freiheit der Formenwahl relevant werden könnte, unter dem Aspekt der Freiheitsrechte grundrechtsneutrale Handlungen. Dies ist völlig unabhängig von dem Kriterium des Eingriffs; vielmehr ergibt es sich bereits aus dem Schutzbereich der einzelnen Freiheitsrechte. Aus Freiheitsgarantien ist somit die Eingriffsthese und somit die alleinige Grundrechtsbindung öffentlich-rechtlichen Handelns ebensowenig zu begründen wie die notwendige Grundrechtsfreiheit des Privatrechts.

21 So etwa BVerfGE 32, 311 (316); BVerfGE 17, 306 (309); 30, 191; näher zur Wettbewerbsfreiheit Rainer Klenke, Wirtschaftssubventionen und Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, 1975; Rupert Scholz, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1968; kritisch zur Anwendbarkeit der Wettbewerbsfreiheit im Subventionsrecht OVG NW, GewArch. 1984, S. 227.

22 Dementsprechend hat der BGH in den von ihm entschiedenen Fällen zur Grundrechtsbindung des Privatrechts Freiheitsrechte nur in einem Fall angewandt und hier den Eingriffscharakter verneint: siehe BGHZ 36, 91 (95 ff.); anders demgegenüber BGHZ 29, 76 (80); 33, 230 (233); 37, 1 (27 ff.); 52, 325 (327 ff.); 65, 284 (287 ff.).

19 In dieser Richtung insbesondere Zuleeg, VerwArch. 1982, S. 397; ähnlich Dirk Ehlers, VerwArch. 1983, S. 113 ff.

20 Dementsprechend werden sie bei Bleckmann (Anm. 3), S. 29 ff., auch in diesem Zusammenhang an keiner Stelle erwähnt; ihre einzige Nennung erfolgt bei den – hier nicht interessierenden – Auflagen und Bedingungen. Explizit wie im Text etwa Volkmar Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 272 ff.

### b) Privatrechtliches Verwaltungshandeln und Gleichheitsrechte

Im Gegensatz zu den Freiheitsrechten sind die Gleichheitsrechte des Art. 3 GG im Subventionsrecht wie im Recht der Staatsaufträge thematisch einschlägig. Sie begründen Ansprüche auf gleiche Berücksichtigung bei Vertragsabschlüssen wie bei der Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen. Dementsprechend sind die Gleichheitsrechte zu zentralen verfassungsrechtlichen Maßnahmen für die hier anstehende Materie geworden<sup>23</sup>.

Daraus kann allerdings die Eingriffsthese lediglich unter der Prämisse folgen, daß die Gleichheitsrechte ausschließlich staatliche Eingriffe regeln. Dies ist jedoch nicht der Fall. Art. 3 GG begründet Ansprüche auf Gleichbehandlung sowohl im Eingriffs- wie im Leistungsbe-  
reich<sup>24</sup>. Er war und ist so wesentliches Medium dafür, den staatlichen Leistungsbereich überhaupt erst grundrechtlich zu erschließen. Setzt er so keinen Eingriff voraus, um Beurteilungsmaßstäbe für staatliches Handeln abgeben zu können, so ist die These: „Grundrechte schützen lediglich gegen Eingriffe“ für den verfassungsrechtlichen Gleichheitsschutz gerade unzutreffend. Dementsprechend kann aus Art. 3 GG nicht der Satz hergeleitet werden, die Grundrechte würden lediglich die Staatsgewalt als eingreifende Gewalt binden.

Konsequent kann aus dem Satz: „Das öffentliche Recht ist Recht des Zwanges, das Privatrecht das Recht der Freiheit“ noch keineswegs hergeleitet werden, daß Grundrechte gegen den Staat nicht gelten, wenn der Staat in Vertragsform handelt. Weder die Freiheits- noch die Gleichheitsrechte geben somit eine Basis für den Satz: „Öffentliches Recht bindet ausschließlich öffentliches Recht“ ab.

### 3. Verfahrensgedanke und privatrechtliches Verwaltungshandeln

Die Verwaltungsverfahrensgesetze von Bund und Ländern binden lediglich Verwaltungshandeln in den Formen des öffentlichen Rechts. Administrative Maßnahmen in Privatrechtsform entziehen sich demgegenüber dem unmittelbaren Geltungsbereich jener Bestimmungen. Sind so die rechtlichen Bedingungen der Verwaltung in der einen oder anderen Form ihrerseits verschieden, so ist es gerade dieser spezifische Unterschied, welcher die Forderung nach einer Zuordnung staatlicher Maßnahmen begründet, die den Besonderheiten der Rechtsstellung von Staat und Bürgern hinreichend Rechnung trägt. Ist das Recht der spezifischen Staat-Bürger-Beziehung nach allen Ansichten öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, so kann demnach lediglich ein Verwaltungshandeln in den Formen des öffentlichen Rechts gerade den besonderen Anliegen von rechtsstaatlich gedeu-

ter Verfassung einerseits und dem zu seiner Konkretisierung erlassenen Verwaltungsrecht andererseits entsprechen. Gerade der Geltungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze scheint so die These: „Öffentliches Recht bindet ausschließlich öffentliches Recht“ zu stützen<sup>25</sup>.

Dem soll in jüngerer Zeit auch nicht mehr das Argument der „Formenarmut“ entgegenstehen, welche das Verwaltungsrecht früher ausgezeichnet habe<sup>26</sup>. Insbesondere die Verweisungsnorm nach § 62 Satz 2 VwVfG ermögliche nunmehr die Einbeziehung aller Vorschriften des bürgerlichen Rechts, so daß zivilrechtliche Vertragstypen in öffentlich-rechtlichem Gewande das Handlungsinstrumentarium der Exekutive um die bislang – möglicherweise – fehlenden Institute ergänzen können. In diesem Sinne erscheint § 62 VwVfG als Transformationsnorm zur Begründung öffentlich-rechtlicher Kauf-, Miet-, Werk- und Dienstverträge.

Die dargestellten Argumente vermögen allerdings lediglich zu überzeugen, wenn die Verwaltungsverfahrensgesetze tatsächlich das Handeln der Exekutive in Vertragsform nennenswert binden und dadurch die Rechtsstellung des Bürgers signifikant beeinflussen. Daran allerdings bestehen insbesondere angesichts des konkreten Inhaltes jener Gesetze Zweifel.

Im Zentrum ihrer Regelungen steht das Handeln durch Verwaltungsakt; vertragliches Handeln tritt für die Behörden ergänzend überwiegend hinzu, „anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen“ (§ 54 Satz 2 VwVfG)<sup>27</sup>. Sind so Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlicher Vertrag funktionell äquivalent, so sind demgegenüber die Parallelen zwischen öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Vertrag in § 62 Satz 2 VwVfG lediglich subsidiär „ergänzend“ angeführt. Dabei wird die Vergleichbarkeit des Verwaltungsaktes einerseits und des öffentlich-rechtlichen Vertrages andererseits bisweilen so betont, daß in den vertraglichen Willenserklärungen der Behörden notwendig zugleich Verwaltungsakte enthalten seien<sup>28</sup>.

Jener Befund wird bestätigt durch den konkreten Inhalt der Verwaltungsverfahrensgesetze, die das spezifische Handeln der Behörden in Vertragsform gerade im Wirtschaftsrecht kaum tangieren. Dies zeigt sich deutlich im Subventionsrecht, wo durch die Kodifikation kaum rechtliche Maßstäbe zur Verfügung gestellt worden sind. Recht und Praxis der Subventionierung laufen – unabhängig von ihrer Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht – am Verwaltungsverfahrenrecht vorbei. Der Grund hierfür liegt überwiegend darin, daß der Prototyp exekutiven Handelns nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen die imperativen Maßnahmen – Ge- oder Verbotserfügungen – und die Erlaubniserteilung sind. Demgegenüber sind insbesondere rechtliche Maßstäbe für die staatliche Bewirtschaftung knapper Ressourcen in

23 Siehe die Nachweise in Anm. 22; ferner *Gerhard Leibholz / Hans Justus Rinck / Dietrich Hesselberger*, GG, Art. 3 RdNr. 10, 27 a ff., 28 a ff.

24 Siehe etwa die Darstellung *Ulrich Battis/Christoph Gusy*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1983, S. 126 ff.; eingehender *dies.*, Einführung in das Staatsrecht, 1981, S. 202 ff.

25 Siehe die Nachweise in Anm. 19.

26 So etwa *Wilhelm Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubvention als öffentliches Vertragsrecht, 1979, S. 13; *Bethge*, Die Verwaltung 1977, S. 322; dagegen *von Zezschwitz*, NVwZ 1983, S. 1875.

27 Zu dieser Parallelisierung *Gusy*, DVBl. 1983, S. 1222 ff.

28 *Kopp* (Anm. 12).

den Verfahrensgesetzen kaum enthalten. Hier fehlen etwa

(1) die formellen und materiellen Wirkungen des verfahrenseinleitenden Antrags (§ 22 VwVfG),

(2) die rechtlichen Maßstäbe für die Zuteilung von knappen Leistungen, insbesondere die konkretisierende Berücksichtigung von Gleichheits- und Sozialstaatsgebot,

(3) das Wirksamwerden und die Bestandskraft von Maßnahmen staatlicher Leistungsvergabe, insbesondere im Hinblick auf die Rechtsstellung der Konkurrenten,

(4) die Rückforderbarkeit gewährter Leistungen, die erst durch eine nachträgliche Änderung der Haushaltsordnung<sup>29</sup> eingeführt wurde.

Die Regelungen der hier thematisierten staatlichen Handlungsbereiche beschränken sich demnach überwiegend auf das Gebot pflichtgemäßer Ermessensausübung (§ 40 VwVfG) und die Begründung von Verwaltungsakten (§ 39 VwVfG)<sup>30</sup>. Davon ist das erstere Gebot auch außerhalb der Verwaltungsverfahrensgesetze unbestritten und das zweite im Hinblick auf die Praxis der Subventionsvergabe – mangels konkreter Ausführungsbestimmungen – wenig ergiebig<sup>31</sup>. Ist so das Verwaltungsverfahren für das Handeln in Vertragsform auch dann, wenn es öffentlich-rechtlich geschieht, real weitgehend irrelevant, so ist die Zuordnung der Verträge zum Zivilrecht oder zum öffentlichen Recht kaum geeignet, die Rechtsstellung des Bürgers signifikant zu beeinflussen.

Bestätigt wird dieser Befund durch den Umstand, daß im Subventionsrecht der Ruf nach einem allgemeinen Subventionsgesetz auch nach Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze keineswegs verstummt ist. Vielmehr wird er seitdem vielfach neu erhoben<sup>32</sup>. Dies wäre sicherlich nicht der Fall, wenn der Regelungsbedarf insoweit durch die Verfahrensgesetze befriedigt worden wäre. Davon kann jedoch angesichts der dargestellten Defizite keine Rede sein. Ebenso gestaltet sich die Rechtslage für die Staatsaufträge, wo Vorschriften des Haushaltsrechts und die VOB/VOL als Normersatz herangezogen werden müssen, um anwendbare rechtliche Kriterien überhaupt zu gewinnen<sup>33</sup>. Auch hier wird zwar nicht der Geltungs-, aber wohl der Anwendungsbereich der Verwaltungsverfahrensgesetze verlassen. Ob die Vertragsverhältnisse als öffentlich-rechtlich oder als zivilrechtlich qualifiziert werden, ist so für die Rechtsstellung des Bürgers unter dem Aspekt der Verwaltungsverfahrensgesetze nahezu ohne Bedeutung.

<sup>29</sup> Hierzu Peter Weides, NJW 1981, S. 841; Rolf Grawert, DVBl. 1981, S. 1029; Rolf Stober, DÖV 1984, S. 265.

<sup>30</sup> Darauf stellt insbesondere Zuleeg (Anm. 19) ab.

<sup>31</sup> Vielfach erschöpft sich hier die Begründung in der Feststellung, die beantragte Leistung sei bereits vergeben; der Antrag sei zu spät eingereicht; oder er habe nicht mehr berücksichtigt werden können, da die geforderten Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten.

<sup>32</sup> Siehe grundlegend Henke (Anm. 26); Hans Dieter Grosser, Die Spannungslage zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit bei Vergabe von staatlichen Wirtschaftssubventionen durch die öffentliche Hand, 1983, S. 46 ff.; Battis/Gusy, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1983, S. 126 ff.; Bauer, DÖV 1983, S. 60.

<sup>33</sup> Charakteristisch etwa Kunert (Anm. 2), S. 130 ff.; Stern, WuV

Insgesamt läßt sich somit auch aus jenen Gesetzen keine zwingende Begründung für den Satz: „Öffentliches Recht bindet nur öffentliches Recht“ herleiten. Zwar gelten diese Gesetze nur für öffentlich-rechtliches Handeln; die typischen Vertragsrechtsformen des Wirtschaftsrechts werden von ihnen jedoch kaum geregelt, da insoweit anwendbare Vorschriften fehlen. Ein öffentliches Kauf-, Miet-, Dienst- oder Werkvertragsrecht gibt es im geltenden Recht – ungeachtet des § 62 VwVfG – nicht. Vielmehr gilt auch nach § 54 VwVfG weiterhin das privatrechtliche Regime, überformt durch einige Grundsätze des öffentlichen Rechts.

Die bisweilen gestellte Frage: „Warum dann noch Privatrechtsform?“ läßt sich mit größerer Berechtigung umkehren: „Warum dann öffentliches Recht?“ Die inhaltliche Sachnähe jener Vertragsverhältnisse zum Zivilrecht ist jedenfalls ungleich größer als diejenige zum öffentlichen Recht. Insgesamt läßt sich so die These, daß um der Rechtsstellung des Bürgers willen die Form des öffentlichen Rechts zwingend geboten sei, nicht begründen: Die Freiheitsrechte enthalten hierfür ebensowenig anwendbare Rechtsgrundsätze wie die Verwaltungsverfahrensgesetze; und die Gleichheitsrechte stellen nicht auf das Eingriffskriterium ab. Unterscheidet sich so die Rechtsstellung des Bürgers nach Zivilrecht oder öffentlichem Recht nur in Details, so ist eine zwingende Wahl der öffentlich-rechtlichen Handlungsformen jedenfalls rechtlich nicht geboten. Die These: „Öffentliches Recht bindet nur öffentliches Recht“ läßt sich jedenfalls aus der geltenden Rechtsordnung nicht begründen.

### III. Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlichen Verwaltungshandelns

Die These, daß öffentliches Recht ausschließlich öffentliches Recht binde, war in ihrer Begründung, ihrem Inhalt und ihren Folgen stets umstritten. Die Diskussion konzentrierte sich dabei im wesentlichen auf Einzelaspekte.

#### 1. Frühe Ansätze

##### a) „Fiskalgeltung der Grundrechte“

Die Lehre von der „Fiskalgeltung der Grundrechte“<sup>34</sup> ging dahin, daß nicht nur der hoheitlich handelnde Staat, sondern auch der privatrechtlich tätige Fiskus prinzipiell an die Grundrechte gebunden sei. Umstritten war dabei allerdings, wie weit diese Bindung reichen sollte. Parallel dazu setzte sich die Erkenntnis durch, daß der Fiskusbezug seine rechtliche Bedeutung in dem Moment verloren hat, als das gesamte Staatshandeln rechtlich erfaßt wurde. Der Fiskus war damit nicht mehr die wirtschaftliche „Kehrseite“ des obrigkeitlichen Verwaltungsstaates, sondern fiel mit diesem zusammen. Wenn heute unter jener Bezeichnung der „Staat als Privatrechtssubjekt“ bezeichnet wird<sup>35</sup>, so ist dies unschädlich, solange dadurch nicht

1984, S. 69 ff., der das Verwaltungsverfahrensgesetz nicht einmal erwähnt.

<sup>34</sup> Überblick bei Bleckmann, Allgemeine Grundrechtslehren, 1979, S. 126 ff.

<sup>35</sup> Etwa bei Ingo von Münch, in: Hans Uwe Erichsen / Wolfgang Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1983, S. 28; zur Auflösung des Fiskusriteriums Ehlers (Anm. 5), S. 74 ff.

aus dem Blickfeld gerät, daß handelnde Instanz der Staat ist.

Die „Fiskalgeltung der Grundrechte“ ist zwar als allgemeine Rechtsfigur diskutiert worden. Ihr kommt allerdings geringe praktische Bedeutung zu, da sie letztlich nahezu ausschließlich die *Gleichheitsgrundrechte* betrifft. Sind die Freiheitsrechte insoweit schon tatbestandlich nicht einschlägig<sup>36</sup>, so ist es ohne praktische Bedeutung, ob ihnen „Fiskalgeltung“ zukommt oder nicht. Tritt somit ausschließlich der Gleichheitsschutz in das Zentrum der Betrachtung, so reduziert sich die Perspektive auf ihren – heute unbestrittenen – Kern.

### b) „Verwaltungsprivatrecht“

„Verwaltungsprivatrecht“ ist die verwaltungsrechtliche Entsprechung der „Fiskalgeltung der Grundrechte“. Es begreift jenen Teil privaten rechtlichen Verwaltungshandelns, der öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen soll<sup>37</sup>. Nicht ganz eindeutig ist allerdings abzugrenzen, welche Elemente des Staatshandelns durch jene Formel thematisiert werden.

Das Verwaltungshandeln wird in drei Kategorien als öffentlich-rechtliches, verwaltungsprivatrechtliches und privatrechtliches beschrieben. Das Merkmal der Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“ oder „öffentlich-rechtlicher Aufgaben“ hat sich zum Umschreiben des Bereichs des Verwaltungsprivatrechts als wenig hilfreich erwiesen, da diese Aufgaben nicht hinreichend ermittelt werden können<sup>38</sup> und die rechtliche Fundierung jenes Kriteriums unklar bleibt: Wenn das öffentliche Recht nur bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bindet, darf dann der Staat andere als solche Aufgaben erfüllen? Sind nicht Aufgaben schon dadurch öffentlich, daß sie der Staat erfüllt? Warum sollte der Staat gerade in dem einen und nicht auf dem anderen Bereich verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegen? Die Kritik richtet sich demnach im wesentlichen dagegen, daß es neben dem Bereich des Verwaltungsprivatrechts noch einen weiteren des Privatrechts geben soll, der von öffentlich-rechtlichen Bindungen frei sein kann. Unklar bleiben dabei insbesondere die Abgrenzungskriterien zwischen beiden Materien und der Differenzierungsgrund zwischen ihnen.

## 2. Verwaltungshandeln im öffentlichen Recht und im Zivilrecht

Ausgangspunkt der Rechtsbindung der Verwaltung ist Art. 1 Abs. 3 GG. Danach binden die Grundrechte u. a. die „vollziehende Gewalt“. Diese ist nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2, Satz 1 GG gemeinsam mit Gesetzgebung und Rechtsprechung „alle Staatsgewalt“. Binden die Grundrechte demnach alle Staatsgewalt, so knüpfen sie an den Staat als handelndes Subjekt, nicht hingegen an den Inhalt der

jeweiligen Maßnahme an. Die Grundrechte wirken, wenn und weil es der Staat ist, der handelt<sup>39</sup>. Eine Einschränkung ergibt sich auch nicht aus der Formulierung von der Staats„gewalt“. Diese schließt die Summe aller Maßnahmen ein, welche den Staatsorganen zurechenbar sind, und zwar unabhängig davon, ob sie als imperative oder nichtimperative, öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche wahrgenommen werden. Der Bereich der „Staatsgewalt“ bleibt nicht hinter demjenigen aller Handlungen zurück, welche von den besonderen Organen des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG vorgenommen werden. Insbesondere läßt sich ihr Handeln nicht in eine Sphäre der „Staatsgewalt“ und eine weiteren sonstigen Staatshandelns differenzieren. Handeln jene Organe, so ist die Handlung Ausübung von „Staatsgewalt“. Das gilt auch für privatrechtlich ausgeübte Staatsgewalt, die so nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden ist.

Bestätigt wird dieser Befund aus dem Privatrecht selbst. Dieses findet seinen Anwendungs- und Gerechtigkeitsgrund in dem Umstand, daß die am Privatrechtsverkehr Beteiligten rechtlich gleichgeordnet sind<sup>40</sup>. Eine solche Gleichordnung besteht zwar unter Privaten, nicht aber zwischen Bürger und Staat. Dies ist unabhängig davon, ob man die Beteiligung des Staates am Wirtschaftsverkehr und damit seine Marktmacht als „groß“ oder „klein“ bezeichnet. In jedem Fall ist nämlich der Staat mit Hoheitsgewalt ausgestattet, die ihm seine rechtliche – und nicht nur faktische – Überlegenheit über den Bürger verschafft. Zwar macht er von dieser rechtlichen Überlegenheit gerade keinen Gebrauch, wenn er sich auf die Ebene des Privatrechts begibt. Doch ist sie damit nicht abgelegt oder beseitigt, sondern steht ihm latent stets zur Verfügung. Dementsprechend galt es schon im 19. Jahrhundert als durchaus unrichtige Vorstellung, daß der Staat im Privatrechtsverkehr nicht der Staat, sondern ein davon verschiedener Fiskus sei<sup>41</sup>. Dies ist auch der maßgebliche Aspekt dafür, daß dem Staat eben keine Vertragsfreiheit zukommt. Vielmehr ist sein Handeln Ausübung von Staatsgewalt, und dieses ist besonderen Rechtsbindungen unterworfen.

Daraus folgt allerdings nicht, daß deshalb notwendig dem Staat ausschließlich das öffentliche Recht zur Verfügung stände. Vielmehr ist das Regime des Privatrechts durchaus in der Lage, vielfältige Problemregelungen auch für Rechtsbeziehungen zu liefern, an denen der Staat beteiligt ist. Willenserklärungen sind Willenserklärungen auch dann, wenn der Staat sie abgibt; Leistungs- und Lieferungsansprüche können ebenso für wie gegen den Staat bestehen; Leistungsstörungen wandeln nicht deshalb grundsätzlich ihren Charakter, weil der Staat an der zugrundeliegenden Rechtsbeziehung beteiligt ist. Hier sind die Bestimmungen des BGB und seiner Nebengesetze

<sup>36</sup> Siehe oben II 2 a.

<sup>37</sup> Grundlegend Wolfgang Siebert, Festschrift für Niedermayer, 1953, S. 215; Hans Julius Wolff/Otto Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 108 ff.; Überblick bei von Zezschwitz, NVwZ 1983, S. 1877 ff.

<sup>38</sup> Erichsen, Staatsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit I, 3. Aufl. 1982, S. 107 ff.

<sup>39</sup> Erichsen, ebd., S. 111 ff.; Albert von Mutius, JuS 1977, S. 101; Michael Hoffmann-Becking, Festschrift für H. J. Wolff, 1973, S. 445, 454; dies ist auch der Grund des Umstandes, daß der BGH in den genannten Fällen (Anm. 22) die Grundrechte auch für den Zivilrechtsverkehr angewandt hat; dagegen allerdings Hans Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 170 f.

<sup>40</sup> Siehe nur Werner Flume, Allgemeiner Teil des BGB II, 2. Aufl. 1975, S. 10 ff.

<sup>41</sup> Albert Haenel, Staatsrecht I, 1892, S. 161.

durchaus anwendbar. Dabei kann und darf allerdings nicht ignoriert werden, daß es eben der Staat ist, der vertraglich handelt. Dessen rechtliche Verschiedenheit vom Bürger, die in seiner fehlenden Vertragsfreiheit zum Ausdruck kommt, bedarf der rechtlichen Sonderregelungen, soweit der spezifische Bereich der Staatsgewalt reicht. Solche Sonderregelungen sind in der Rechtsordnung gegenwärtig sehr wohl in Kraft: Es sind die Normen des öffentlichen Rechts<sup>42</sup>. An dieses ist der Staat eben auch gebunden, wenn er sich auf die Ebene des Vertrages begibt. Dies ist ein Gebot sowohl des Grundgesetzes wie auch des Zivilrechts: Verwaltungshandeln in Privatrechtsform unterliegt den Bindungen des öffentlichen Rechts.

#### IV. Folgerwägungen

Wirkt das öffentliche Recht auf das privatrechtliche Handeln der Verwaltung ein, so ist es seinerseits ein Handlungsmaßstab, nicht lediglich ein Handlungsformmaßstab. Es knüpft nicht an die Zulässigkeit der Form an, in welcher die Beteiligten an einem Rechtsverhältnis handeln; sondern vielmehr hat es die Zulässigkeit der Handlung selbst zum Gegenstand.

##### 1. Einwirkungen des öffentlichen Rechts auf privatrechtliches Verwaltungshandeln

Die These, daß das öffentliche Recht für privatrechtliches Handeln der Verwaltung Wirkungen zeitigt, besagt noch nichts darüber, welche Wirkungen dies sein können. Die Beantwortung dieser Frage hängt von den Besonderheiten der konkreten Rechtsbeziehungen im Einzelfall ab. Hier bedarf es etwa für die Staatsaufträge an die Wirtschaft durchaus anderer öffentlich-rechtlicher Gestaltungen als im Subventionsrecht. Dementsprechend gestaltet sich auch der Inhalt der VOB/VOL<sup>43</sup> durchaus anders als derjenige, der im Subventionsrecht aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet oder für den ein Subventionsgesetz gefordert wird<sup>44</sup>.

Die Anwendbarkeit des rechtlichen Regimes richtet sich nach Sachgesichtspunkten: Die allgemeinen Grundsätze des Zustandekommens und Inhaltes der Verträge, die Begründung und Abwicklung von Leistungsbeziehungen und Leistungsstörungen richten sich nach Privatrecht. Dabei ist nicht nur das BGB, sondern auch das UWG, das GWB und – soweit anwendbar – AGBG zu berücksichtigen. Demgegenüber sind die spezifischen Rechtsfolgen, die sich aus der Beteiligung des Staates an dem Vertragsverhältnis ergeben, nach öffentlichem Recht zu bestimmen. Hier wirkt das öffentliche Recht etwa über das Medium der §§ 133, 134, 138, 140, 242, 315, 826 BGB auf das bürgerliche Recht ein. Im Grundsatz gilt demnach auch für Vertragsverhältnisse des Staates das Privatrecht, das

durch das jeweils anwendbare öffentliche Recht ergänzt wird. Dabei knüpft das öffentliche Recht an den Umstand an, daß es der Staat ist, der vertraglich handelt: Bezweckt es die Abwehr der „Staatsgefahr“, so folgen seine Grundsätze dem staatlichen Handeln in das Privatrecht. Unerheblich ist demgegenüber, ob der Vertrag der Erfüllung einer öffentlichen oder öffentlich-rechtlichen Aufgabe dient, ob es ein fiskalisches, ein Hilfsgeschäft oder originäre Verwaltungstätigkeit ist. Der Staat ist eben bei jeglichem Handeln der Staat, unabhängig davon, welche Aufgabe er erfüllt – oder ob er überhaupt eine Staatsaufgabe erfüllt.

Die hier dargestellten Grundsätze der Zuordnung von öffentlichem Recht und Privatrecht sind keineswegs umstürzend. Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlichen Verwaltungshandelns sind aus der Vergangenheit in einer Vielzahl von Fällen bekannt. Was für die Frage nach der Vertretungsbefugnis der Behörden (§ 12 Nr. 4 VwVfG) und der Gemeinden (etwa § 55 GO NW), der Formbedürftigkeit administrativer Willenserklärungen (etwa § 56 GO NW), die Aufrechnung (§ 395 BGB) oder die Vollstreckung gegen den Staat (§ 882 a ZPO) gilt, kann in der Gegenwart durchaus auch für andere Grundsätze des öffentlichen Rechts im Privatrecht herangezogen werden: Vertragliches Handeln des Staates ist – unabhängig von seiner Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht – durch das öffentliche Recht überlagert.

Angesichts dieses schon traditionellen Befundes dürfte auch der Einwand, derartige Bindungen würden die Funktionsfähigkeit der Verwaltung gefährden („Kann denn die Verwaltung beim Kauf jedes Bleistifts den Art. 3 GG beachten?“)<sup>45</sup>, als gegenstandslos darstellen. Der Staat funktioniert sehr wohl ungeachtet seiner rechtlichen Bindungen; und das öffentliche Recht wird sich auch nach den hier dargestellten Ansätzen keineswegs zur Verhinderung aller administrativen Mißstände heranziehen lassen, wohl aber vermag es einzelne Entwicklungen administrativer „Kontaktsysteme“ zu disziplinieren<sup>46</sup>.

Kein Sonderproblem tritt insbesondere auch beim privatrechtlichen Handeln gemischter Unternehmen auf, an denen Staat und Private beteiligt sind. Auch für die rechtliche Beurteilung ihres Handelns kommt es grundsätzlich nicht auf die Rechtsform an, in welcher sie organisiert sind. Reine Staatsunternehmen unterliegen – ungeachtet ihrer Organisationsform – denselben rechtlichen Bindungen, als wenn der Staat an ihrer Stelle handeln würde<sup>47</sup>. Dazu ist es nicht erforderlich, derartige Unternehmen in den Bereich der Verwaltung einzubeziehen<sup>48</sup>. Ist der Staat nur einer unter mehreren Beteiligten, so unterliegt das Unternehmen dem Zivilrecht. Ob der Staat berechtigt war, den Gegenstand des Betriebes auf diese Weise „teil-

45 Zur Bindung der Exekutive an den Gleichheitssatz eingehend *Erichsen*, *VerwArch.* 1980, S. 289 ff.

46 Zu einzelnen Grundsätzen insbesondere von *Zeitzschwitz*, *NJW* 1983, S. 1877 ff.; *Erichsen/Martens* (Anm. 35), S. 308; beide m. w. Nachw.

47 Siehe *Battis/Gusy*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 1983, S. 194 m. w. Nachw.

48 In diese Richtung aber *Stober*, *JZ* 1984, S. 105; zu Zulässigkeit und Grenzen der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen siehe *Ehlers* (Anm. 5), S. 109 ff.

zuprivatisieren“, ist eine Frage des Organisationsrechts<sup>49</sup>. Der Staat als Teilhaber ist seinerseits verpflichtet, sich bei der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten an das für ihn geltende öffentliche Recht zu halten.

## 2. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verträge

Sind die rechtlichen Bindungen staatlichen Handelns unabhängig von der Rechtsform des Handelns, so stellt sich auch die „Freiheit der Formenwahl“ nicht als Grundproblem des Verwaltungsrechts dar. Unabhängig von der gewählten Rechtsform bleiben nämlich die anwendbaren Handlungsmaßstäbe gleich. Da sich der Staat seinen rechtlichen Bindungen nicht entziehen kann, ist mit der Wahl der Handlungsform für den Bürger keine Änderung seiner Rechtsstellung verbunden. Ein Austausch von Formen mag zulässig bleiben, eine „Flucht in das Privatrecht“ ist durch die Bindungen des öffentlichen Rechts ausgeschlossen.

Die Rechtswissenschaft erlangt hier die Möglichkeit, bei der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht sachgerechte Kriterien zu entwickeln, ohne auf die vermeintlich rechtliche Notwendigkeit zur Wahl öffentlich-rechtlicher Handlungsform einschließlich der daraus folgenden theoretischen Verunsicherung angewiesen zu sein. Dabei ist die Abgrenzungsfrage primär als Zweckmäßigkeitproblem zu begreifen und nach dafür relevanten Kriterien zu lösen. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß es ein öffentliches Kauf-, Miet-, Werk- und Dienstrecht nicht gibt, sondern auch der Staat nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen handelt und diese lediglich in Einzelheiten öffentlich-rechtlich überformt sind. Dementsprechend besteht kein zwingender Hinderungsgrund, warum sie nicht auch weiterhin dem Zivilrecht zugeordnet bleiben sollten.

Angesichts der Unsicherheiten des Subordinationskriteriums ist es nach wie vor auch im Vertragsrecht sinnvoll, das Subjektskriterium anzuwenden: Wo spezifisches staatliches Handeln zu beurteilen ist, ist der Bereich des öffentlichen Rechts; für Maßnahmen, die er auch als Bürger vornehmen könnte, ist die Zuordnung zum Zivilrecht sinnvoll. Auf dieser Grundlage lassen sich auch die bekannten Vertragsverhältnisse sehr wohl zuordnen<sup>50</sup>. Staatsaufträge sind grundsätzlich zivilrechtlicher Natur, für sie gelten die öffentlich-rechtlichen Bindungen des privatrechtlichen Staatshandelns<sup>51</sup>. Das gilt auch für alle sonstigen Vertragstypen, die im BGB vorgezeichnet sind.

Ein Bedürfnis für ihre Zuordnung zum öffentlichen Recht besteht nicht.

Anders stellt sich hingegen das Subventionsschuldverhältnis dar. Hier ist kein Vertragstyp erkennbar, der aus dem Zivilrecht übertragen werden könnte. Konstruktionen als Auftrag, Darlehen oder Schenkung passen sämtlich nicht auf die Besonderheiten dieses Vertragstyps. Zudem ist die Subventionsgewährung auch durch Verwaltungsakt möglich und schon dadurch dem öffentlichen Recht in besonderer Weise angenähert: Verträge des Privatrechts sind nicht durch Verwaltungsakte surrogierbar. Daher können Subventionsschuldverhältnisse dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.

Dem entspricht folgendes Abgrenzungskriterium: Verträge zwischen Staat und Bürger, die eine Regelung begründen, welche auch durch Verwaltungsakt gestaltet werden könnte, sind öffentlich-rechtlicher Natur<sup>52</sup>. Die sonstigen Vertragsverhältnisse sind demgegenüber zivilrechtlich zu beurteilen, soweit ein Bürger an ihnen beteiligt ist. Dieses Kriterium entspricht insbesondere dem Wortlaut des § 54 Satz 2 VwVfG. Darüber hinaus erscheint hier das öffentliche Recht nicht als bloßer Vorspruch oder formale Hülle öffentlichen Vertragsrechts, daß sich materiell nach dem BGB beurteilt. Vielmehr sind die Bestimmungen des BGB hier nur „ergänzend“ (§ 62 Satz 2 VwVfG) heranzuziehen. Dadurch tritt – wie dargestellt – kein Rechtsverlust des Bürgers ein.

## 3. Formenwahl und Kompetenzordnung

Gestützt wird das dargestellte Zuordnungsmodell durch die Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen. Es ist wenig sinnvoll, für jedes Vertragsmodell des BGB zwei verschiedene Rechtswege zu den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsgerichten zu begründen, die über sachlich dasselbe entscheiden. So entstanden leicht unterschiedliche Gewährleistungs-, Mängelhaftungs-, Abwicklungs- und Verjährungsrechte, ohne daß dafür sachliche Gründe bestehen.

Sofern sich hingegen ein einheitliches rechtliches Regime bilden würde, so wäre dies erst recht ein Indiz dafür, daß eine solche Rechtswegspaltung künstlich wäre. Hier ist es nicht erforderlich, daß zwei Gerichtszweige dieselben Fragen entscheiden. Die Verwaltungsgerichte judizieren über spezifische Fragen der Staat-Bürger-Beziehung, über alles andere Vertragsrecht entscheiden die ordentlichen Gerichte, die dabei auch die besonderen öffentlich-rechtlichen Bindungen einbeziehen können. Daß es hierzu unbedingt einer Zuweisung an die Verwaltungsgerichte bedürfte, ist – trotz der Beibringungsmaxime, die den Bürger gegen den Staat nicht rechtsschutzlos stellt – nicht erkennbar. So sind Rechtswegüberschneidungen zu vermeiden, die zwar keinen rechtsstaatlichen Gewinn, wohl aber eine sich aufspaltende materielle Rechtsordnung hervorbringen würden.

49 Siehe zur Privatisierung und ihren Grenzen Wolfgang Vitzthum, AöR 1979, S. 580; Wolfgang Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, S. 49 ff.; Christian Grabbe, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, 1979, S. 24 ff.; Bernd Gromoll, Rechtliche Grenzen der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1982, S. 151 ff.

50 Eingehend hierzu Klaus Lange, NVwZ 1983, S. 513; siehe auch Wilhelm Naussauer, Verwaltung und Privatrechtsform, Diss. Marburg 1980, S. 89 ff.

51 Jost Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 362 ff.; ders., NVwZ 1983, S. 121; anders hingegen Kunert (Anm. 2), S. 126 f.; Gassner (Anm. 12); zu Zulässigkeit und Grenzen einer Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen Ehlers (Anm. 5), S. 172 ff.

52 Gusy, DVBl. 1983, S. 1222.

## V. Ergebnisse

Das öffentliche Recht ist ein System von Handlungsmaßstäben, nicht hingegen von Handlungsformmaßstäben. Es bindet staatliches Handeln in den Formen des öffentlichen Rechts wie in denjenigen des Privatrechts. Die Figur eines besonderen Verwaltungsprivatrechts ist dazu nicht erforderlich.

Die Freiheit der Firmenwahl bedeutet demnach nicht, daß sich der Staat durch „Flucht in das Privatrecht“ seinen öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen könne. Demnach ist es rechtlich nicht notwendig, alle Vertragsverhältnisse zwischen Staat und Bürger dem öffentlichen Recht zuzuweisen. Die Stellung des Bürgers ver-

schlechtern sich weder mit der einen noch der anderen Zuweisung in signifikanter Weise.

Die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht erscheint so nicht als Problem der Dogmatik, sondern wissenschaftlicher Zweckmäßigkeit. Hier reicht das Subjektskriterium völlig aus. Verträge zwischen Staat und Bürger, die durch einen Verwaltungsakt surrogiert werden könnten, sind öffentlich-rechtlicher Natur; und sonstige Verträge unterliegen dem rechtlichen Regime des Zivilrechts. Hierfür spricht nicht nur der Wortlaut der §§ 54 Satz 2, 62 Satz 2 VwVfG, sondern auch die Kompetenzverteilung zwischen den ordentlichen und den Verwaltungsgerichten.

## Bundesstiftung „Mutter und Kind“ – ein unzulässiger Eingriff in den Verwaltungsraum der Länder

Von Regierungsoberberrät Dr. Michael Borchmann, Wiesbaden \*

**Die durch den Bund mit Gesetz vom 13. Juli 1984 errichtete Stiftung „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ greift aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 87 Abs. 3 GG unzulässigerweise in die Verwaltungskompetenzen der Länder ein. Die vom Bund gewollte Schwangerenilfe wäre im Wege der Bundesauftragsverwaltung (Art. 104 a Abs. 3 Satz 2 GG) zu verwirklichen gewesen.**

Nach den Unterlagen des Statistischen Bundesamtes wurden 77 v. H. der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche mit einer „sonstigen schweren Notlage“ begründet, also vor allem mit wirtschaftlichen Gründen. Dieser Entwicklung soll das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ vom 13. Juli 1984<sup>1</sup> entgegenwirken. Ziel des Gesetzes ist, durch finanzielle Hilfen werdenden Müttern, die sich in einer Notlage befinden, die Fortführung der Schwangerschaft zu erleichtern und so den Schutz des ungeborenen Lebens zu verbessern.

Zur Verwirklichung dieser Ziele wurde durch das Gesetz eine Bundesstiftung errichtet, deren Aufgabe es ist, entsprechenden Einrichtungen in den Ländern finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, mit denen sie werdenden Müttern helfen können. Hiermit sollen die bereits jetzt von den Ländern, den Kirchen und privaten Einrichtungen gewährten Leistungen erweitert und zusätzliche Initiativen angeregt werden. Unterstützt werden sollen werdende Mütter, die sich in einer Konfliktsituation an eine anerkannte Beratungsstelle nach § 218 b StGB wenden

und denen durch eine wirtschaftliche Unterstützung eine wirksame Hilfe zur Fortsetzung der Schwangerschaft gegeben werden kann.

Das Gesetz war in den parlamentarischen Beratungen nicht nur politisch umstritten. Auch seine Verfassungsmäßigkeit ist umstritten. So haben im Bundesrat vier Länder – im Ergebnis erfolglos – beantragt, den Vermittlungsausschuß mit dem Ziel anzurufen, den dem Gesetz zugrundeliegenden Gesetzesbeschluß des Bundestages aufzuheben. In der Begründung dieses Antrags wurde unter anderem darauf verwiesen, daß der vom Bund beschrittene Weg unvereinbar mit Art. 87 Abs. 3 GG sei<sup>2</sup>. Daß diese verfassungsrechtlichen Einwände gegen das Gesetz zu Recht bestehen, soll folgend im einzelnen dargelegt werden.

### I. Zum Inhalt des Gesetzes

§ 1 des Gesetzes bestimmt, daß eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts „Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens“ mit Sitz in Bonn errichtet wird. Nach dem Stiftungszweck (§ 2) sollen die Mittel der Stiftung werdenden Müttern in einer Konfliktsituation zugute kommen, in der durch wirtschaftliche Unterstützung eine wirksame Hilfe gegeben werden kann, um die Fortsetzung der Schwangerschaft zu erleichtern.

Die Hilfen aus Mitteln der Stiftung sollen den werdenden Müttern nicht unmittelbar durch die Bundesstiftung selbst gewährt werden, Empfänger der Bundesmittel sollen vielmehr nach § 3 Einrichtungen in den Ländern sein, die im Rahmen des Stiftungszweckes landesweit tätig

\* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser (35) ist in der Staatskanzlei des Landes Hessen tätig.

<sup>1</sup> BGBl. I S. 880.

<sup>2</sup> Vgl. BR-Drucks. 100/2/84.