

bei mehr als einem Vollprogramm der Fall sein soll⁶¹. Das Gesetz selbst enthält keine Regelung, unter welchen Voraussetzungen ein Programm in sich nicht mehr ausgewogen zu sein braucht, und genügt insoweit nicht dem Vorbehalt des Gesetzes, wie er sich aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ergibt⁶².

Zudem sind die gesetzlichen Vorkehrungen zur *binnenpluralistischen Absicherung der Freiheit des Rundfunks* schwerlich ausreichend. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, daß bei dieser Struktur der Einfluß der in Betracht kommenden Kräfte intern durch Organe der jeweiligen Veranstalter vermittelt wird, die über effektiven Einfluß verfügen müssen⁶³. Der Landesrundfunkausschuß ist aber von jeder gestaltenden Einwirkung auf das Programm ausgeschlossen und auf eine nachträgliche rechtsförmige Kontrolle beschränkt. Es fällt schwer, hierin eine effektive binnenpluralistische Sicherung der Freiheit des Rundfunks zu sehen.

Schließlich räumt das Gesetz dem Staat in Gestalt der zuständigen obersten Landesbehörde als Erlaubnisbehörde sehr weitreichende Befugnisse ein, ohne diese Behörde selbst zu bestimmen. Es bleibt einem *Organisationsakt der Exekutive* vorbehalten, die Zuständigkeit der Landesregierung, des Ministerpräsidenten oder eines Ministers zu begründen⁶⁴. Im Referentenentwurf war noch die Landesregierung als Erlaubnisbehörde ausdrücklich genannt⁶⁵. Diese Bestimmung genügte zwar dem in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG begründeten Vorbehalt des Gesetzes für die Ordnung des Rundfunks, ließ aber möglicherweise den Einfluß politischer Stellen auf das Erlaubnisverfahren zu deutlich werden.

Angesichts der in Betracht kommenden obersten Landesbehörden hat sich inhaltlich an diesen Zugriffsmöglichkeiten der Politik auf den privaten Rundfunk nichts geändert. Der pluralistische Landesrundfunkausschuß ist auf ein Anhörungsrecht beschränkt. Selbst dort, wo ihm ausnahmsweise die Auswahlentscheidung eingeräumt wird, wirkt die Erlaubnisbehörde mit ihrem Auswahlvorschlag

auf das Verfahren ein. Die Größe des Landesrundfunkausschusses läßt kaum erwarten, daß er effektiv genug handeln können wird, um sich von einem solchen Vorschlag zu lösen.

Darüber hinaus steht der Erlaubnisbehörde als politischer Stelle mit der Rechtsaufsicht über den Landesrundfunkausschuß ein weiteres Mittel der Einflußnahme auf den privaten Rundfunk zur Verfügung. Wegen der Unbestimmtheit der Programmgrundsätze verfügt sie damit über sehr weitreichende Möglichkeiten indirekter Einflußnahme. Die pluralistische Zusammensetzung des Landesrundfunkausschusses kann im Ergebnis dadurch konterkariert werden, daß der Ausschuß im Wege der Rechtsaufsicht an die Interpretation der Programmgrundsätze durch die Erlaubnisbehörde gebunden wird.

Angesichts dieser weitreichenden Einflußmöglichkeiten politischer Stellen auf den privaten Rundfunk in Niedersachsen bleibt dessen vom Grundgesetz geforderte Staatsfreiheit ebenso problematisch wie die erforderliche Meinungsvielfalt und die Chancengleichheit der Bewerber.

Offensichtlich fällt es dem Gesetzgeber schwer, die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze für die Organisation neuer Medien umzusetzen. Das Bundesverfassungsgericht bleibt weiterhin gefordert. Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Medienrechts sind in der Bundesrepublik Deutschland schon bisher in besonderer Weise Richterrecht und werden dies auch bleiben.

⁶¹ Nds. Landtag, Drucksache 10/1120, S. 29: „Wird zunächst nur ein einziges Programm veranstaltet, so ist in ihm selbst die Ausgewogenheit des Programmangebots herzustellen. Werden mehrere Veranstalter zugelassen, so bezieht sich dieses Kriterium seinem Sinn nach auf das Gesamtprogramm, d. h. die Summe aller privaten Programme...“

⁶² Zur detaillierten Regelung im baden-württembergischen Entwurf von 1982 demgegenüber *Bullinger*, VBIBW 1983, 57 (62).

⁶³ BVerfGE 57, 297 (325).

⁶⁴ Auch der Landesrechnungshof ist zwar oberste Landesbehörde, dürfte aber als Erlaubnisbehörde nicht in Betracht kommen.

⁶⁵ § 5 des Entwurfs vom 25. Oktober 1982 (vgl. Fn. 59).

Freiheit der Formenwahl und Rechtsbindung der Verwaltung*

Von Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

I. Das Problem

Der Bereich der Staatsaufgaben wie der Staatstätigkeit hat sich bis in die Gegenwart ständig erweitert. Dies bedingte eine kontinuierliche *Zunahme der Handlungsformen des Staates*, insbesondere der Verwaltung. Das eindimensionale Schema von Befehl und Gehorsam, Verwaltungsakt und Vollziehung, ist für weite Zweige der Exekutive nicht mehr der Prototyp administrativen Handelns. Vielfältige Formen staatlicher Beratung, der Kooperation von Staat und Bürger sowie der Förderung privater Aktivitäten sind neu aufgetreten. Die Rechtsordnung und die Rechtswissenschaft haben dieser Entwicklung nur zögernd und mit einiger Verspätung nachvollzogen. Die Gründe hierfür lagen im wesentlichen darin, daß im 19. Jahrhundert das Recht überwiegend als Schutzordnung der freien Gesellschaft angesehen wurde, in welche der Staat nicht hineinregieren sollte. Konsequenter wurden mehr Überlegungen darauf verwandt, staatliche Aktivitäten abzuwehren, als darauf, sie rechtlich zu ordnen.

So vollzog sich die *Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages* nach langer Ablehnung nur äußerst zögernd¹. Die weiterhin vorherrschende strikte Trennung zwischen dem befehlenden

Staat und dem wirtschaftenden „Fiskus“ führte dazu, daß das vertragliche Staatshandeln als „fiskalisch“ und damit als privatrechtlich angesehen wurde. Im Privatrechtsverkehr trete der Staat „wie ein Privatmann“ auf und sei daher rechtlich ebenso zu behandeln wie jeder Private². Damit wurde die Materie pauschal dem Privatrecht zugewiesen.

Vor diesem Hintergrund entwickelte sich das Recht der staatlichen Handlungsformen nur langsam. Die Anerkennung neuer Rechtsformen folgte eher praktischen als systematischen Bedürfnissen. *Ein „System“ von Handlungsformen der Verwaltung ist dem geltenden Recht unbekannt.* Deutlich zeigt sich dies an drei Standardformen, die heute im Zentrum der Diskussion in Praxis und Lehre stehen: dem *Verwaltungsakt*, dem *öffentlich-rechtlichen Vertrag* und dem *zivilrechtlichen Vertrag*³. Zwar sind sie sämtlich

* Für wichtige Anregungen und Kritik zum Thema danke ich Herrn Professor Dr. M. Zuleeg.

¹ Ablehnend O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. A., 1924, S. 117f. Überblick bei *Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962, S. 31ff.

² O. Mayer, ebd., S. 118ff.

³ Damit ist nur ein enger Teilaspekt des Problems erfaßt, der aber in besonderer Weise der Verdeutlichung dienen mag. Überblick über die Handlungsformen bei *Ossenbühl*, JuS 1979, 681;

definitionsgemäß verschiedene Handlungsformen; ihr Anwendungsbereich überschneidet sich jedoch in vielfältiger Weise. Ein Grund solcher Überschneidungen mag darin liegen, daß es bislang nicht hinreichend gelungen ist, die Handlungsformen nach gesicherten Kriterien voneinander abzugrenzen.

Problemzone zwischen Verwaltungsakt und Vertrag sind die mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte, also alle Verwaltungsakte, die zu ihrer Rechtmäßigkeit oder Wirksamkeit der Zustimmung des Bürgers bedürfen⁴. Wird der Verwaltungsakt als „einseitige“ Maßnahme im Gegensatz zum „zweiseitigen“ Vertrag erklärt, so bleibt unklar, wie „einseitige“ Maßnahmen rechtlich von Handlungen der anderen Seite abhängen können. Bei der Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag stellt sich die Frage nach der Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht, die gerade im Vertragsrecht sehr umstritten ist⁵.

Unabhängig von solchen Abgrenzungsschwierigkeiten wäre die Formenvielfalt problemlos, wenn es für jedes staatliche Anliegen nur eine einzige Handlungsform geben würde, mit welcher es verwirklicht werden könnte. Dann würde sich aus dem jeweiligen Zweck zugleich das rechtlich gebotene Mittel deduzieren lassen: die allgemeine Vielfalt der Handlungsformen wäre für den Einzelfall auf nur eine zulässige Form reduziert. Ein solches notwendiges Korrespondenzverhältnis zwischen Zweck und Mittel ist jedoch nur sehr eingeschränkt erkennbar. Staatliche Maßnahmen, die für den Bürger ausschließlich belastend sind, bedürfen einer Form, nach welcher sie von der Einwilligung des Betroffenen unabhängig sind. Denn andernfalls hinge ihre rechtliche Wirksamkeit gerade von der Zustimmung desjenigen ab, der von der Wirksamkeit ausschließlich Nachteile zu erwarten hat. Eine solche Form kann keine Vertragsform, sondern nur diejenige des Verwaltungsakts sein. Für die Eingriffsverwaltung ist somit der Verwaltungsakt das einzig sinnvolle Mittel. Demgegenüber können Maßnahmen, die den Bürger ganz oder teilweise begünstigen, grundsätzlich sowohl einseitig durch den Staat, aber auch vom Staat und Bürger im Wege der Vereinbarung geregelt werden.

Dies zeigt die Diskussion im Subventionsrecht. Hier kann nach allgemeiner Ansicht der Praxis die Subvention sowohl durch einseitigen Verwaltungsakt als auch durch einen Vertrag, der zudem noch öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein kann, vergeben werden⁶.

Für die Leistungsverwaltung gibt es demnach kein notwendiges Korrespondenzverhältnis zwischen dem Ziel der Verwaltung und der Rechtsform ihrer Handlungen. Demgegenüber ist für die Eingriffsverwaltung der Verwaltungsakt das einzig sinnvolle Mittel. Deutlich zeigt sich so für die Leistungsverwaltung das Fehlen eines Systems von Rechtsformen des Verwaltungshandelns. Daher ist im Einzelfall eine Entscheidung erforderlich, welche Handlungsform angewandt werden soll. Hier hat die Behörde — nahezu niemals demgegenüber der Bürger — eine Auswahlmöglichkeit. Eine Möglichkeit der Formenwahl ist etwa in § 54 S. 2 VwVfG ausdrücklich anerkannt. Dies wäre unproblematisch, wenn die Rechtsordnung für die unterschiedlichen Handlungsformen einheitliche rechtliche Maßstäbe bereithielte, wenn also alle Formen denselben Zulässigkeitsbedingungen und -grenzen unterlägen. Dagegen spricht allerdings schon ein flüchtiger Überblick über die jeweiligen rechtlichen Regelungen. Verwaltungsakte (§§ 35 ff VwVfG), öffentlich-rechtliche Verträge (§§ 54 ff VwVfG) und zivilrechtliche Verträge (§§ 104 ff BGB) unterliegen überaus verschiedenen rechtlichen Regelungen. Hieraus entsteht das Problem: Wenn die Verwaltung sich für ihre Maßnahmen eine Handlungsform aussuchen kann,

so kann sie auch über die rechtlichen Bedingungen ihres eigenen Handelns disponieren. Kann also die Verwaltung sich die jeweils günstigste Rechtsform aussuchen und so den Rechtsschutz des Bürgers verkürzen? Können so versteckte Eingriffe in die Rechte der Bürger gerechtfertigt oder der Rechtsschutz unterlaufen werden? Sind rechtliche Formvorschriften und Grundrechte durch bloßes Geschick der Verwaltung bei der Formenwahl beiseite zu schieben?⁷

Das Problem stellt sich nicht bei Maßnahmen, die für den Bürger ausschließlich begünstigende Wirkung haben, da hier der Rechtsposition der Bürger in vollem Umfang Rechnung getragen wird. Es stellt sich vielmehr bei gemischt begünstigend-eingreifenden Maßnahmen, die faktisch staatliche Leistungen und Gegenleistungen der Bürger „tauschen“. Sie sind eben nicht bloße Leistungen, sondern zugleich Eingriffe.

Die Beantwortung der genannten Fragen hängt davon ab, ob die Rechtsbindungen der Verwaltung an einzelne Handlungsformen geknüpft ist oder aber allgemein für alle staatliche Handlungen gelten. Abstrakter formuliert: Ist das öffentliche Recht ein System von Handlungsformmaßstäben oder Handlungsmaßstäben? Hier wird die Freiheit der Formenwahl zum Rechtsproblem der Verwaltung. Im folgenden sollen zunächst die zentralen Problemzonen dargestellt (II) und sodann die beiden möglichen Lösungsalternativen diskutiert werden (III, IV).

II. Überblick: Rechtsbindung einzelner Handlungsformen

1. Der Verwaltungsakt

a) Der Verwaltungsakt, das überkommene einseitige Instrument der Verwaltung zur Gestaltung von Rechtsverhältnissen, unterliegt in vollem Umfang den Bestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze (§ 9 VwVfG). Im Verwaltungsakt findet das Verwaltungsverfahren sein Ziel und seinen Abschluß; umgekehrt bezieht der Verwaltungsakt aus seinem Verfahren wesentliche Elemente seiner Rechtmäßigkeit, wie die verschiedenen Rechtswidrigkeitstatbestände des § 45 I VwVfG zeigen. So ist der Verwaltungsakt diejenige Handlungsform, welche am ausführlichsten geregelt ist. Die diesbezüglichen Regelungen enthalten bisweilen Bestimmungen, deren Bedeutung die gesamte Verwaltungstätigkeit — unabhängig von konkreten Handlungsformen — umfaßt. Das gilt etwa für das Gebot pflichtgemäßer Ermessensausübung (§ 40 VwVfG) oder die Zusicherung (§ 38 VwVfG). Für die — im Kontext der Freiheit der Formenwahl maßgebliche — Leistungsverwaltung sollen hier drei Problemzonen thematisiert werden: die Nebenbestimmungen (§ 36 VwVfG), die Wirkungen rechtswidriger Verwaltungsakte und der Rechtsschutz.

b) Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten⁸ sind diejenigen Rechtsformen, in welchen die Verwaltung Pflichten des Bürgers begründen kann, die zu der — begünstigenden — Hauptregelung hinzutreten sollen. Dazu zählen etwa die Genehmigung unter Auflagen (§ 36

zum Problem von Norm und Einzelakt von Mutius, FS Wolff, 1973, S. 167 ff; zu Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift Gusy, GewA 1982, 324 ff.

⁴ Dazu Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. A., 1974, S. 402 ff; Schimpf, Der verwaltungsrechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 33 ff.

⁵ S. nur Menger, FS Wolff, 1973, S. 149; Bachof, FS BVerwG, 1978, S. 1; Überblick bei Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 30 ff.

⁶ Überblick bei Bleckmann, Subventionsrecht, 1978, S. 85 ff; Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, 1977, S. 65 ff.

⁷ Daraus entsteht die Diskussion um den „Formenmißbrauch“ des Staates; dazu Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, 1973.

⁸ Ausführlich dazu Elster, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, 1979; Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 1979; Schneider, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, 1981.

II Nr. 4 VwVfG), die Subventionsvergabe unter einer besonderen Zweckbestimmung, die entweder *Bedingung* oder *Auflage* sein kann. Derartige Nebenbestimmungen sind — ungeachtet des begünstigenden Charakters der Hauptverfügung — belastende Maßnahmen und damit Eingriffe in die Rechte der Bürger. Sie unterliegen den abschließenden Voraussetzungen des § 36 VwVfG und damit einem umfassenden Gesetzesvorbehalt: *Ohne Gesetz keine Nebenbestimmung*. Dafür sieht § 36 VwVfG drei Alternativen vor:

- den Vorbehalt eines Spezialgesetzes (§ 36 I 1. Alt. VwVfG)
- den eigenständigen Vorbehalt der Sicherung gesetzlicher Anspruchsvoraussetzungen (§ 36 I 2. Alt. VwVfG)
- den Vorbehalt des „pflichtgemäßen Ermessens“ (§ 36 II VwVfG).

Die dritte Alternative ist nicht völlig unproblematisch, da sie überaus unbestimmt ist. Vor allem fehlt es an Kriterien dafür, wann im Einzelfall das Ermessen „pflichtgemäß“ ist. Insbesondere kann hier § 40 VwVfG kaum konkretisierend herangezogen werden, weil — bis auf § 36 III VwVfG — weder eine äußere Ermessensgrenze noch ein innerer Ermessenszweck erkennbar ist⁹. So problematisch die Anwendung dieser Alternative daher sein mag, so bleibt doch festzuhalten: *Für Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten sieht § 36 VwVfG zwingend den Gesetzesvorbehalt vor.*

c) Ist ein begünstigender oder belastender Verwaltungsakt rechtswidrig, so ist er grundsätzlich wirksam (§ 43 II, III VwVfG). Nur wenn der Rechtsfehler die qualifizierenden Voraussetzungen des § 44 VwVfG erfüllt, ist er nichtig und daher unwirksam (§ 43 III VwVfG). Dies bedeutet aber nicht, daß der Bürger rechtswidrige Verwaltungsakte gegen sich gelten lassen muß. Vielmehr steht ihm gemäß Art. 19 IV GG der Rechtsweg offen, der sich im Verwaltungsverfahren in der Möglichkeit konkretisiert, gemäß § 68 VwVfG Widerspruch einzulegen¹⁰ und danach gemäß § 42 VwVfG Klage beim Verwaltungsgericht zu erheben. Ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, so ist er unter der Voraussetzung der §§ 72, 113 I 1 VwGO aufzuheben. Mit der Aufhebung verliert der Verwaltungsakt seine Wirksamkeit (§ 43 II VwVfG). Grundsätzlich läßt sich demnach formulieren: *Ein rechtswidriger Verwaltungsakt ist wirksam, aber vernichtbar*. Legt der Bürger Rechtsmittel ein, so werden die Wirkungen des rechtswidrigen Verwaltungsaktes beseitigt. Schon während des Verfahrens sieht § 80 I VwGO grundsätzlich vor, daß die Wirkungen des angegriffenen Verwaltungsaktes suspendiert werden, sofern nicht eine Ausnahme nach § 80 II VwGO vorliegt. Im Ergebnis gilt so: Der Bürger braucht rechtswidrige Verwaltungsakte nicht gegen sich gelten zu lassen; nach dem Rechtsschutzverfahren verlieren sie stets ihre Wirksamkeit, während des Verfahrens gemäß § 80 I VwGO grundsätzlich ihre Vollziehbarkeit.

d) Der *Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte* ist in der VwGO in umfassender Weise ausgestaltet. Im Vorverfahren nach § 68 VwGO prüft die Behörde nochmals *Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit* der Maßnahme, ein für Rechtsschutzverfahren untypisch weiter Prüfungsmaßstab. Im gerichtlichen Verfahren prüft das VG umfassend die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Verfügung (§ 113 I 1 VwGO). Von zentraler Bedeutung für das gerichtliche Verfahren ist hier § 86 VwGO: Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen. Dazu zählt insbesondere das Recht, Urkunden, Akten und Auskünfte der Verwaltung heranzuziehen (§ 99 VwGO). Dadurch entsteht erst die Möglichkeit, behördliche Maßnahmen in weitem Umfang auf Verfahrens- wie Inhaltsmängel zu prüfen. Nicht der Bürger hat so die *Obliegenheit*, Tatsachen und Beweismit-

tel herbeizuschaffen. Diese verschafft sich vielmehr das Gericht selbst. Da dem Gericht hierzu wesentlich umfassendere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, als sie der Kläger je hätte, ist so eine höhere Kontrollintensität gewährleistet. So erlangt der Bürger jedenfalls verfahrensmäßig die Möglichkeit einer umfassenden Kontrolle der Vorgänge, die im Bereich der Verwaltung stattgefunden haben.

2. Der öffentlich-rechtliche Vertrag

a) Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist zwar in § 54 ff VwVfG als zulässige Handlungsform der Verwaltung rechtlich anerkannt. Seine konkreten Regelungen im VwVfG sind jedoch weder eindeutig noch völlig widerspruchsfrei. Der Grund hierfür liegt darin, daß das Institut zwischen den Bestimmungen über den Verwaltungsakt einerseits und denjenigen über den zivilrechtlichen Vertrag andererseits angesiedelt ist. So verweisen etwa § 59 II Nr. 1 VwGO auf die Regelungen über den Verwaltungsakt, §§ 59 I, 62 S. 2 VwVfG hingegen auf das Zivilrecht. Das Verhältnis dieser Verweisungen zueinander und zu den — wenigen — Regelungen des öffentlichen Vertragsrechts begründet eine Vielzahl dogmatischer Folgefragen.

b) Probleme ergeben sich bereits bei der Frage nach den Rechtsgrundlagen für die Zulässigkeit von vertraglichen Pflichten für den Bürger. Sie gleichen im wesentlichen inhaltlich den Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, die nach § 36 VwVfG dem Gesetzesvorbehalt unterliegen. Für das öffentliche Vertragsrecht findet sich ein ausdrücklicher Gesetzesvorbehalt nicht; vielmehr untersagt lediglich § 56 I 2 VwVfG den „Verkauf von Staatsleistungen“. Diese Vorschrift deutet darauf hin, daß im übrigen die *Überwälzung von Pflichten auf den Bürger ohne gesetzliche Grundlage zulässig* ist. Damit würde dem Vertrag gegenüber dem Verwaltungsakt eine Tendenz zur Rechtsverschlechterung zu Lasten des Bürgers innewohnen, die um so fühlbarer ist, als § 54 S. 2 VwVfG die beiden Handlungsformen ausdrücklich als austauschbar bezeichnet.

Ob eine solche Rechtsverschlechterung tatsächlich entsteht, hängt wesentlich von dem Konzept ab, das den Regelungen über den öffentlich-rechtlichen Vertrag zugrunde gelegt wird. Wer den Vertrag als *freie Vereinbarung* zwischen Staat und Bürger deutet, die ihren Rechtsgrund in der *Willensübereinstimmung zwischen den Parteien* ansieht, braucht sich die Frage nach der gesetzlichen Zulässigkeit der Überwälzung von Pflichten auf den Bürger nicht zu stellen. Dieser hat insoweit auf seine Rechte „freiwillig“ verzichtet¹¹. In diesem Fall ist die Grenze für vertragliche Vereinbarungen zu Lasten des Bürgers erst bei der Sittenwidrigkeit, dem Wucherverbot bzw. Treu und Glauben erreicht. Der Vertrag vermag so gegenüber dem gesetzgebundenen Verwaltungsakt den Bereich der Bürgerpflichten in erheblicher Weise auszuweiten, ohne daß dies besonderer gesetzlicher Grundlagen bedürfe.

Wer demgegenüber den *Vertrag als Korrelat des Verwaltungsakts* ansieht und § 54 S. 2 VwVfG nicht nur auf die grundsätzliche Zulässigkeit, sondern auch auf die rechtlichen Grenzen öffentlich-rechtlicher Verträge bezieht, wird demgegenüber die Grenze der Pflichten des Bürgers in den Gesetzesvorbehalt erkennen und so zumindest zu gleichen Ergebnissen wie nach § 36 VwVfG gelangen¹².

⁹ Kritisch zu Recht *Meyer/Borgs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. A., 1982, § 36 Rdn. 33; zum Bestimmtheitsgebot *Gusy*, DVBl. 1979, 575.

¹⁰ Zur Problematik des Vorverfahrens zwischen Verwaltungsverfahren und gerichtlichem Verfahren s. BVerfGE 35, 65; BVerfGE 17, 246; von *Mutius*, Das Widerspruchsverfahren als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, 1969.

¹¹ So etwa *Braun*, JZ 1983, 841 ff; Nachweise bei *Meyer/Borgs* aaO (Fn. 9), § 59 Rdn. 5; ablehnend *Renck*, BayVBl. 1983, 318 f.

¹² *Gusy*, DVBl. 1983, 1222 ff.

c) Die *Wirkungen rechtswidriger Verträge* des öffentlichen Rechts¹³ beurteilen sich nahezu entsprechend demselben Meinungsstreit wie die Frage nach der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen. Unklar sind hier insbesondere das Verhältnis zwischen § 59 II VwVfG einerseits und § 59 I VwVfG andererseits, darüber hinaus aber auch die Frage, was im Sinne des § 59 I VwVfG ein „*Verbotsgesetz*“ darstellt.

Hier unterscheidet sich der Staat in mehrfacher Hinsicht vom Bürger, da der Staat den *Sonderbindungen des öffentlichen Rechts* unterliegt, die ihn in wesentlich höherem Maße treffen als den einzelnen. Ist etwa die Norm, welche die Zuständigkeit einer Stelle für eine Maßnahme begründet, i. S. d. § 59 I VwVfG ein Verbotsgesetz für andere Stellen? Sind etwa gesetzliche Ermächtigungen für den Staat, in die Rechte des Bürgers einzugreifen, Verbotsgesetze für andere Eingriffe? Sind insbesondere die Grundrechte Verbotsgesetze?

Wer den öffentlich-rechtlichen Vertrag als Ausprägung des freien Willensentschlusses der Parteien ansieht und ihn damit grundsätzlich dem Zivilrecht annähert, wird den Bereich des Verbotsgesetzes ebenso bestimmen wie nach § 134 BGB. Für den Staat gelten dann keine Sonderregelungen. Verträge, die gegen das öffentliche Recht verstoßen, sind danach zulässig, soweit dieses kein spezifisches Verbotsgesetz enthält. Der insoweit rechtswidrige öffentlich-rechtliche Vertrag bleibt demnach wirksam. Wer hingegen die Parallele zum Verwaltungsakt betont, wird demgegenüber die rechtlichen Bindungen herausstellen, denen gerade der Staat durch das öffentliche Recht unterliegt. Er wird daher den Bereich der Verbotsgesetze weiter ziehen.

d) Der Rechtsschutz gegen rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verträge folgt gleichfalls den genannten Grundsätzen. Soweit nach den dargestellten Ansichten rechtswidrige Verträge wirksam sind, kann es gegen sie keinen Rechtsschutz geben. Im übrigen entfällt gegenüber öffentlich-rechtlichen Verträgen das Vorverfahren nach § 68 VwGO, da hier keine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zulässig ist. Vielmehr ist lediglich eine Feststellungsklage (§ 43 VwGO) oder eine Unterlassungsklage als Form der allgemeinen Leistungsklage möglich. Probleme ergeben sich insoweit stets, wenn der öffentlich-rechtliche Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen worden ist.

Hat die Behörde durch Vertrag rechtswidrig eine Subvention an A vergeben und wird dieser Vertrag auf Klage des B für unwirksam erklärt, so hat der Staat diese (anfängliche) Unmöglichkeit zu vertreten und dem A bei Verschulden aus culpa in contrahendo für den eingetretenen Schaden zu haften. Hat A etwa die subventionierte Handlung schon vorgenommen, so ist der Schadensersatz in gleicher Höhe wie die Subvention zu leisten. Damit stellt sich trotz Unwirksamkeit des Vertrages für A und B derselbe Erfolg ein, als wenn dieser wirksam gewesen wäre. Dem Rechtsschutzbegehren des B würde damit in keiner Weise Rechnung getragen¹⁴.

3. Zivilrechtliche Verträge

a) Verträge nach Maßgabe des Zivilrechts nehmen in der Verwaltungspraxis breiten Raum ein¹⁵. Nicht nur bloße Kauf-, Miet- oder Dienstverträge, sondern auch Staatsaufträge an die Wirtschaft und vielfach die Subventionsvergabe werden in den Formen des Privatrechts durchgeführt. Hier richten sich die Eigenheiten des Vertragsrechts grundsätzlich nicht nach öffentlichem Recht, sondern nach dem BGB. Dessen Voraussetzung ist die *Vertragsfreiheit*. Die vertragsschließenden Parteien brauchen keine besondere Ermächtigung, vielmehr sind sie aufgrund „natürlicher“ Freiheit zum Vertragsschluß berechtigt. Dementsprechend findet umgekehrt das Verwaltungsverfahrensrecht auf zivilrechtliche Verträge keine Anwendung (§§ 1 I, 9 VwVfG). Da das BGB nur wenige Sonderregelun-

gen enthält, die gerade für den Staat als Zurechnungssubjekt gelten, kann hier leicht der Eindruck entstehen, der Staat nehme insoweit dieselbe Rechtsstellung wie ein Bürger ein.

Das entspricht der historischen Begründung der „*Fiskustheorie*“¹⁶. Sie ging davon aus, daß „Staat“ nur der hoheitlich handelnde Herrschaftsverband sei. Der davon abzugrenzende „*Wirtschaftsstaat*“ sei der „*Fiskus*“. Beide seien kategorial voneinander verschieden. Für den „Staat“ gelte das öffentliche, für den „Fiskus“ das Zivilrecht, da dieser letztere „wie ein Bürger“ handle und daher zu behandeln sei. Dem stand aber auch eine gegenläufige Tendenz entgegen. Da das öffentliche Recht wenig ausgeprägt und zudem eine unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit nur in Ansätzen vorhanden war, konnte *Rechtsschutz gegen den Staat* nur erlangt werden, wenn das Staatshandeln als zivilrechtlich qualifiziert und somit den Zivilgerichten überantwortet wurde. Insoweit war damals das Zivilrecht für den Bürger günstiger. Beiden Auffassungen sind heute die rechtlichen Grundlagen entzogen; letztere lebt allerdings noch in Art. 14 III 4, 19 IV 2, 34 S. 3 GG fort.

b) Die *Zulässigkeit zivilrechtlicher Verträge* und ihre Grenzen bemessen sich nicht nach öffentlichem Recht, sondern nach den Vorschriften des BGB. Dieses geht davon aus, daß zwei Vertragspartner einander in gleicher Vertragsfreiheit gegenüberstehen und in Ausübung dieser gleichen Freiheit Vor- und Nachteile des Vertrags gleich verteilen. Dementsprechend bedarf es *keines Gesetzesvorbehalts* für Pflichten, welche der Bürger gegenüber dem Staat übernimmt. Der Staat ist somit nach Zivilrecht berechtigt, dem einzelnen Vertragspflichten nach Maßgabe der §§ 134, 138, 242 BGB zu überbürden. Auf gesetzliche Restriktion seiner Handlungsbefugnisse braucht er keine Rücksicht zu nehmen, da Rechtsgrund des Vertrages eben nicht ein ermächtigendes Gesetz, sondern der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien ist.

So kann der Staat dem Bürger — anders als nach § 36 VwVfG — Pflichten auferlegen, für die keine gesetzliche Ermächtigung gilt. Er kann nach dem BGB seine vorausgesetzte „*Vertragsfreiheit*“ an die Stelle des „*plichtgemäßen Ermessens*“ nach § 40 VwVfG setzen. Rechtliche Sonderbestimmungen für das zivilrechtliche Handeln des Staates kennt die Rechtsordnung nur an wenigen Stellen. Das gilt etwa für die Vertretungsbefugnis von Behörden (§ 12 I Nr. 4 VwVfG) und der Gemeinden (etwa: § 55 GONW), die Formbedürftigkeit von Willenserklärung (etwa: § 56 GONW), die Aufrechnung (§ 395 BGB) und die Vollstreckung gegen den Staat (§ 882a ZPO).

c) Verstößt ein privatrechtlicher Vertrag gegen ein Gesetz, so ist dies grundsätzlich ohne Bedeutung, sofern das Gesetz nicht ein *Verbotsgesetz* i. S. d. § 134 BGB darstellt. Verträge, die gegen ein Verbotsgesetz verstoßen, sind grundsätzlich nichtig; sonstige Rechtsverstöße beeinträchtigen die Wirksamkeit des Vertrages weder zugunsten noch zu Lasten des Bürgers. Hier unterscheidet sich die Problematik nicht von derjenigen der rechtswidrigen öffentlich-rechtlichen Verträge.

d) Der *Rechtsschutz gegen rechtswidrige Verträge* nach Maßgabe des BGB ist seinem Umfang nach ähnlich limitiert wie derjenige gegen öffentlich-rechtliche Verträge. Er kann nur bestehen, soweit der Rechtsfehler zur Unwirksamkeit führt. Eine daneben stehende Aufhebbarkeit bei sonstigen Rechtsfehlern — etwa im Sinne der Unterschei-

¹³ Überblick bei *Schenke*, JuS 1977, 281 ff.; *Schimpf*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag unter besonderer Berücksichtigung seiner Rechtswidrigkeit, 1982, S. 122 ff.

¹⁴ Hierzu und zu den Konsequenzen näher *Kopp*, BayVBl. 1980, 609.

¹⁵ Überblick bei *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 6 ff.

¹⁶ Dazu kritisch O. *Mayer* aaO (Fn. 1), S. 118 ff.

dung von Aufhebbarkeit und Nichtigkeit von Verwaltungsakten — gibt es für Verträge nicht. Der Rechtsweg richtet sich nach § 13 GVG. Zuständig sind die ordentlichen Gerichte. Vor diesen gestaltet sich insbesondere das prozessuale Verfahren allerdings wegen der dort herrschenden *Beibringungs- und formellen Beweislasten* wesentlich anders als vor den Verwaltungsgerichten. Was das VG selbst aufklärt, muß im Zivilprozeß von den Parteien aufgeklärt werden, ohne daß ihnen die prozessualen Mittel (Heranziehungrecht von Akten, unbeschränktes Einsichtsrecht, Ladungsrecht mit Aussagepflicht) zur Verfügung stehen. Hier ist insbesondere der Bürger, der die Vorgänge innerhalb der Verwaltung nur ansatzweise kennt, in einer außerordentlich schwierigen Lage, wenn er etwa Pflichtverstöße oder gar Verschulden der Behörde behaupten und nachweisen soll. Seine Stellung vor Gericht verschlechtert sich demnach erheblich, wenn statt des VG das Zivilgericht entscheidet. Dies ist auch der tragende Grund dafür, daß die Verwaltungsgerichte Feststellungsklagen in weitem Umfang zulassen, wenn später ein Amtshaftungsprozeß beim Landgericht anhängig gemacht werden soll¹⁷. Jedenfalls für die Rechtswidrigkeitsprüfung des Verwaltungshandelns sollen dem Bürger die Aufklärungsmittel der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Verfügung stehen.

4. Zusammenfassung

Die rechtlichen Regelungen der einzelnen Handlungsformen, welche für die gemischt begünstigend-eingreifende Verwaltung untereinander austauschbar sind, gestalten sich durchaus verschieden.

— *Eingriffe* sind im Zusammenhang mit begünstigenden Verwaltungsakten nur aufgrund Gesetzes (§ 36 VwVfG) zulässig; bei zivilrechtlichen Verträgen ist demgegenüber eine gesetzliche Ermächtigung nach dem BGB nicht erforderlich. Für öffentlich-rechtliche Verträge ist dies strittig.

— *Rechtswidrige Verwaltungsakte* sind vollständig aufhebbar und verlieren dadurch ihre Wirkung. Für zivilrechtliche Verträge — und grundsätzlich auch für öffentlich-rechtliche Verträge — gilt dies nur, soweit das Gesetz, gegen welches der Vertrag verstößt, ein Verbotsgesetz i. S. d. §§ 134 BGB, 59 I VwVfG darstellt.

— Der *Rechtsschutz* gegen rechtswidrige Eingriffe nach Maßgabe des öffentlichen Rechts führt zu den Verwaltungsgerichten mit *Amtsaufklärung*, für zivilrechtliche Verträge ist die ordentliche Gerichtsbarkeit mit ihrem *Parteibetrieb* zuständig.

Demnach besteht in mehrfacher Hinsicht die Möglichkeit, daß der Staat durch die Wahl der Handlungsformen zugleich die materielle Rechtsstellung des Bürgers mitbestimmt. Er kann sich so die jeweils günstigste Form aussuchen und den Betroffenen dadurch rechtlich benachteiligen. Dies ist die Konsequenz, wenn die *faktische Freiheit der Formenwahl des Staates rechtlich nicht begrenzt werden kann*. Gegenwärtig finden sich zwei Tendenzen einer rechtlichen Restriktion, die im folgenden dargestellt werden sollen.

III. Verbot staatlichen Handelns in den Formen des Zivilrechts?

Eine These geht in die Richtung, dem Staat ein Handeln in den Formen des Zivilrechts grundsätzlich zu untersagen¹⁸. Sie nimmt ihren Ausgangspunkt darin, daß die *Rechtsformen* staatlichen Handelns *gesetzlich geregelt* seien. Wenn auf einen Einzelfall mehrere Rechtsformen gesetzlich anwendbar seien, so entstehe ein Kollisionsfall. Dieser Kollisionsfall auf Gesetzesebene könne nicht von der *gesetztesgebundenen* Verwaltung, sondern nur durch

Gesetz selbst geregelt werden. Bei der „Wahl“ einer Rechtsform gehe es demnach also lediglich um die Anwendung der gesetzlichen Kollisionsregel. Demnach dürfe und könne es eine „Freiheit der Formenwahl“ gar nicht geben, da die Formenwahl eben gesetzlich determiniert und daher nicht „frei“ sei. Die *Freiheit der Formenwahl sei daher gesetzlich abgeschafft*. Eine solche Ansicht kann allerdings lediglich sinnvoll sein, wenn das geltende Recht tatsächlich eine Kollisionsnorm enthält. Nun gilt aber kein Gesetz, welches vorschreibt, unter welchen Bedingungen eine Maßnahme öffentlich-rechtlich, unter welchen hingegen sie zivilrechtlicher Natur sei. Dem trägt die dargestellte Auffassung durch den Umstand Rechnung, daß sie davon ausgeht, die Kollisionsnorm stehe nicht im geltenden Recht, sondern *liege ihm zugrunde*. Dafür wendet sie die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht nach Maßgabe des „Subjekts-“ oder „*Sonderrechtskriterium*“ an¹⁹. Nach ihm liegt öffentliches Recht stets vor, wenn eine Norm *allein* Rechtsverhältnisse regelt, an welchen auch der Staat beteiligt sein *muß*. Ohne Beteiligung des Staates kein öffentliches Recht. Ist so das öffentliche Recht das „Sonderrecht des Staates“, also im untechnischen Sinne „Staatsrecht“, so soll es stets gelten, wenn der Staat handelt. Staatliche Maßnahmen sind demnach nur zulässig, wenn sie in den Formen des öffentlichen Rechts stattfinden; oder anders ausgedrückt: *Staatshandeln ist notwendig öffentlich-rechtlich*.

Ein Werk- oder Mietvertrag ist demnach grundsätzlich zivilrechtlicher Natur, sofern er zwischen Privaten abgeschlossen ist. Ist allerdings der Staat beteiligt, so ist der Vertrag öffentlich-rechtlich, weil der Staat daran beteiligt ist. Denn das öffentliche Recht ist eben das Sonderrecht des Staates, dessen Handlungen öffentlich-rechtlich sind. Sind die Handlungen des Staates öffentlich-rechtlich, so ist es auch das gesamte Rechtsverhältnis.

Handelt der Staat also stets notwendig öffentlich-rechtlich, so kann er nicht privatrechtlich tätig werden. Privatrechtliches Handeln ist *ihm* durch die genannte Kollisionsnorm untersagt. Daher ist auch das Problem der Freiheit der Formenwahl partiell gelöst: Darf der Staat keine Handlungsformen des Zivilrechts wählen, so ist er auf die Formen des öffentlichen Rechts festgelegt. Demnach nimmt diese These auch für sich in Anspruch, die Freiheit der Formenwahl abgeschafft zu haben.

Die Leistung jener Auffassung besteht insbesondere darin, daß die Rechtswegfrage vereinfacht wird. Rechtsschutz in Rechtsverhältnissen, an denen der Staat beteiligt ist, ist *nur* vor den Verwaltungsgerichten zu erlangen²⁰. Die ordentlichen Gerichte sind stets unzuständig. Dadurch werden dem Bürger stets die Rechtsschutzmöglichkeiten der VwGO, insbesondere die Amtsaufklärung, eingeräumt.

Das dargestellte Verbot privatrechtlichen Handelns für den Staat, das in den dazu ergangenen Stellungnahmen mehr oder weniger weitgehend postuliert wird, begründet

¹⁷ Seit BVerwGE 4, 177; Nachweise bei *Redeker/von Oertzen*, VwGO, 7. A., 1981, § 43 Rdn. 25.

¹⁸ Die These wird mit unterschiedlicher Begründung und differierender Reichweite vorgetragen von *Pestalozza*, Freiheit der Formenwahl, 1973, S. 166 ff; *ders.*, DöV 1974, 188; *Grupp*, ZHR 1976, 367 ff; *Gern*, Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen, 1977, S. 47 ff; *ders.*, VerwA 1979, 219, 231 ff; *Kunert*, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, 1977, S. 119 ff; s. kritisch zur Freiheit der Formenwahl weiter *Burmeister*, WiR 1972, 311; *ders.*, DöV 1975, 695; *ders.*, in: *Wadde* (Hg.), Recht und Gesetz im Dialog, 1982, S. 111; *Gassner*, Der freihändige Grunderwerb der öffentlichen Hand, 1983, S. 171 ff.

¹⁹ Dazu *Wolff*, AöR 1950, 205; *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht 1, 9. A., 1974, S. 97 ff; *Menger*, FS Wolff, 1973, S. 149.

²⁰ Nicht ganz eindeutig dazu *Pestalozza*, Freiheit aaO (Fn. 18), S. 181 f.

allerdings systematische Schwierigkeiten in zweifacher Hinsicht. Einerseits greift es zu weit, indem es einen begründungsbedürftigen Schluß einfach voraussetzt. Unbestritten ist nämlich, daß das öffentliche Recht das spezifische Recht des Staates ist und daher den Staat bindet. Daraus kann allerdings noch nicht gefolgert werden, daß *alle durch das öffentliche Recht gebundenen Maßnahmen notwendig dem öffentlichen Recht zuzuordnen* sind. Dies würde nur dann gelten, wenn der Satz zutreffen würde: „Öffentliches Recht bindet nur öffentliches Recht.“ Ein solcher Satz ist im geltenden Recht allerdings unbekannt²¹.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Willenserklärungen der Gemeinden sind zwar durch die Vertretungsregeln und Formvorschriften des Kommunalrechts (etwa: §§ 55f GONW) in besonderer Weise öffentlich-rechtlich gebunden. Daraus kann allerdings „logisch“ noch nicht der Schluß gezogen werden, auch alle Willenserklärungen der Gemeinden seien „deshalb“ öffentlich-rechtlicher Natur. Denn Gesetze des öffentlichen Rechts binden auch Rechtshandlungen nach dem Zivilrecht.

Eine andere Schwierigkeit ist in der Rechtsordnung selbst begründet. Selbst wenn alle Maßnahmen des Staates notwendig öffentlich-rechtlicher Natur wären, so bliebe doch der Umstand bestehen, daß es ein *öffentlich-rechtliches Miet-, Werkvertrags-, Dienst- oder Kaufrecht nicht gibt*. Die Verwaltungsverfahrensgesetze regeln zwar den öffentlich-rechtlichen Vertrag in allgemeinen Grundsätzen, nicht hingegen die einzelnen Materien. Das öffentliche Vertragsrecht hat so einen allgemeinen, aber keinen besonderen Teil. Damit entsteht das Problem, nach welchen Normen denn nun ein öffentlich-rechtlicher Miet- oder Kaufvertrag zu beurteilen wäre. Hier kommen — in entsprechender Anwendung nach § 62 S. 2 VwVfG — nur die Vorschriften des BGB in Betracht. Auf diese Weise würde dann ein öffentlich-rechtliches Miet- und Kaufrecht entstehen, was vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen wäre, sowie ein zivilrechtliches, das von den ordentlichen Gerichten zu beurteilen wäre.

Nun weist allerdings auch der „öffentlich-rechtliche Kaufvertrag“ wesentlich mehr Gemeinsamkeiten mit dem zivilrechtlichen Kaufvertrag als etwa mit sonstigen Rechtshandlungen des öffentlichen Rechts auf. Dementsprechend wäre die Spaltung ein- und derselben Materie in ein „öffentlich-rechtliches“ und ein „zivilrechtliches“ Kaufrecht höchst inadäquat. Für ein besonderes öffentliches Recht der Erfüllung, des Verzuges, der Mängelhaftung, der Gewährleistung sowie der Verjährung würde gar kein sachliches Bedürfnis bestehen. Diese Materien sind im BGB auch für Geschäfte, an denen der Staat beteiligt ist, adäquat geregelt. Dementsprechend würden die Gerichtszweige vergleichbare Fälle auch im wesentlichen gleich entscheiden. Das öffentliche und das bürgerliche Kauf- oder Mietrecht würden weitgehend inhaltsgleich erscheinen. Dann entfällt allerdings der Grund dafür, die Materie von zwei unterschiedlichen Gerichtszweigen entscheiden zu lassen.

Die Zuordnung des genannten Vertragsrecht zum öffentlichen Recht würde so zu einer Rechtswegspaltung für ein- und dieselbe Materie führen, die sachlich kaum zu begründen wäre. Insbesondere würde es an besonderen Rechtsnormen fehlen, nach welchen die Verwaltungsgerichte entscheiden sollten. Insoweit gibt es keinen Grund, im BGB geregelte Materien allein deshalb dem öffentlichen Recht zuzuweisen, weil der Staat an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist. In der Regel ist hier das Zivilrecht adäquat und ausreichend. Dementsprechend besteht auch keine Notwendigkeit, die Freiheit der Formenwahl in der Weise einzuschränken, daß dem Staat ein Handeln nach Zivilrecht unmöglich gemacht würde. Das Verbot zivilrechtlichen Handelns für den Staat ist somit angesichts der Systematik der Rechtsordnung in der Bundesrepublik nicht sinnvoll²².

IV. Das Problem der Formenwahl als Problem der Rechtsbindung des Staates

1. „Verwaltungsprivatrecht“

Die Auseinandersetzung mit den Thesen zum Verbot staatlichen Handelns in den Formen des Privatrechts macht deutlich: *Es kommt nicht primär auf die Zuordnung der Handlungsform, sondern auf die Rechtsbindung staatlicher Maßnahmen an*. Die Freiheit der Formenwahl wird zum Problem, weil und soweit die Rechtsbindungen der Staatsgewalt für verschiedene Handlungsformen unterschiedlich sind. Das Problem läßt sich weitgehend lösen, wenn die Rechtsbindungen im wesentlichen gleich sind.

Deutlich zeigen dies vielfältige Aspekte der Diskussion, die dahin gehen, dem Staat die „*Flucht in das Privatrecht*“ oder der „*Flucht in das Vertragsrecht*“ unmöglich zu machen. Eine solche „*Flucht*“ kann es nur geben, wenn und soweit der Staat sich dadurch rechtlichen Bindungen entziehen kann. Ob dies aber der Fall ist, ist noch zu klären.

Ein früherer Ausweg aus den Unterschieden der Rechtsbindung war hier die Lehre vom *Verwaltungsprivatrecht*²³. Diese Formel besagt, daß Teile des privatrechtlichen Handelns des Staates den Bindungen an das öffentliche Recht unterliegen sollen. Das gilt stets dann, wenn der Staat „*öffentliche Aufgaben*“ oder „*öffentlich-rechtliche Aufgaben*“ wahrnimmt. In diesen Fällen soll also nicht allein das BGB, sondern daneben das öffentliche Recht auch privatrechtliches Staatshandeln binden. Der vertragschließende Staat ist demnach insbesondere an die Grundrechte gebunden. Da Verträge lediglich in der Leistungsverwaltung Verwendung finden können, kommt hier weniger den Freiheitsrechten als vielmehr den Gleichheitssätzen praktische Bedeutung zu. In dieser Variante ist die Grundrechtsbindung des privatrechtlich handelnden Staates auch vom BGH anerkannt worden²⁴. Die *Problematik* der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht ist bereits frühzeitig von *Zuleeg* erkannt und vertieft worden²⁵. Deutlich wird dabei, daß die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht zu vielfältigen Lücken führt. Sie entstehen insbesondere daraus, daß der Kreis der „*öffentlichen Aufgaben*“ kaum abzugrenzen ist. Sie können im Ergebnis kaum anders als als „*staatliche Aufgaben*“ gedeutet werden. Nun darf allerdings der Staat keine anderen als staatliche Aufgaben erfüllen. Also sind Aufgaben, die der Staat rechtmäßig erfüllt, Staatsaufgaben. So wäre alles staatliche Handeln in den Formen des öffentlichen Rechts oder des Verwaltungsprivatrechts durchzuführen. Für das eigentliche Privatrecht bliebe kein Raum mehr. *Zuleeg* schlägt vor, dem durch zwei kombinierte Maßnahmen zu begegnen: Einerseits eine verbesserte Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht, wobei der Bereich des öffentlichen Rechts weiter gezogen werden soll; andererseits durch eine Bindung des zivilrechtlichen Handelns des Staates an die Grundsätze des öffentlichen Rechts.

²¹ Dazu *Gusy*, DöV 1984, 872, 874 ff.

²² So etwa für den Staatsauftrag *Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978, S. 362 ff; *ders.*, NVwZ 1983, 121; ausführlich *Ehlers* aaO, (Fn. 15), S. 174 ff.

²³ Dazu jüngst von *Zeischwitz*, NJW 1983, 1873 ff.

²⁴ BGHZ 29, 76, 80; 33, 230, 233; 36, 91, 95; 37, 1, 27; 52, 325, 327; 65, 284, 287.

²⁵ *Zuleeg*, Die Rechtsform der Subvention, 1965, S. 79 f; *ders.*, WiV 1984, 112, 113 ff; *ders.*, VerwA 1982, 381, 397 ff; die Ansichten *Zuleegs* sind in DöV 1984, 872 Fn. 9, 13, 14 teils verkannt, teils mißverständlich dargestellt worden, als ob *Zuleeg* die oben III genannte Anschauung vertreten würde. Die dort auftretenden Mißverständnisse sind in dem hier genannten Sinne zu korrigieren.

2. Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das öffentliche Recht

Damit ist ein zentraler Aspekt thematisiert. Eine Freiheit der Formenwahl in dem Sinne, daß der Staat sich die jeweils günstigste Handlungsform aussuchen kann, ist eliminiert, wenn diese Formenwahl nicht zu Lasten des Bürgers geht, wenn sie also insbesondere nicht ermöglicht, daß die eine Handlungsform stärkere Eingriffe in die Rechte der Bürger erlaubt als andere. Derartige Übergriffe zu Lasten der Bürger sind ausgeschlossen, wenn alle Maßnahmen des Staates unabhängig von ihrer Handlungsform denselben rechtlichen Bindungen unterworfen sind. Eben dies wäre der Fall, wenn *das öffentliche Recht auch das Handeln des Staates in Privatrechtsform bindet*.

Dieser Ansatz ist für die Grundrechte aus Art. 1 III GG zu begründen. Danach binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Diese sind gemäß Art. 20 II 2 GG „besondere Organe“, durch welche die Staatsgewalt ausgeübt wird. Daraus folgt: (1) Die Handlungen jener „besonderen Organe“ sind Ausübung von Staatsgewalt; (2) alles, was jene Organe tun, ist Ausübung von Staatsgewalt. Das ist unabhängig von der Handlungsform des öffentlichen oder des Zivilrechts. *Binden die Grundrechte also alle Staatsgewalt, so gilt dies auch für die privatrechtlich ausgeübte Staatsgewalt.*

Problematisch ist die Anwendung der Grundsätze etwa der *Verwaltungsverfahrensgesetze* auf das zivilrechtliche Handeln. Gelten diese doch lediglich für „die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit“ (§ 1 I VwVfG). Dies bedeutet jedenfalls, daß nicht alle Vorschriften der Gesetze auf privatrechtliches Handeln angewendet werden können. Für einzelne Normen (etwa: § 12 I Nr. 4 VwVfG) wird man dies zumindest analog bejahen können. Auch für das pflichtgemäße Ermessen (§ 40 VwVfG) oder die Äquivalenzklausel des § 56 I 2 VwVfG wird dies zu begründen sein. Allerdings ist hier noch Begründungsaufwand erforderlich²³.

Als Desiderat ist dabei anzustreben: *Vertragliches Handeln des Staates ist — unabhängig von seiner Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht — durch das öffentliche Recht überlagert*²⁶. Soweit etwa die Grundrechte ihrem Schutzbereich nach einschlägig sind, sind sie auf staatliche Maßnahmen anzuwenden unabhängig von der jeweiligen Handlungsform²⁷.

3. Folgeprobleme

Die Anwendung öffentlich-rechtlicher Bindungen für privatrechtliches Verwaltungshandeln darf allerdings nicht nur gefordert werden, sie muß auch *praktisch eingelöst* werden, sofern sie den Problemen der „Freiheit der Formenwahl“ gerecht werden soll. Hier sind allerdings mehr Folgefragen offen als gelöst.

a) Für die Anwendung des Verwaltungsakts bzw. des öffentlich-rechtlichen Vertrages sieht § 54 S. 2 VwVfG ausdrücklich ihre Austauschbarkeit vor. Darf diese nicht zu einer Rechtsverschlechterung für den Bürger führen, so sind *beide Handlungsformen grundsätzlich denselben rechtlichen Bindungen* zu unterwerfen. Insbesondere die Möglichkeit zum Abschluß eines Vergleichsvertrages (§ 55 VwVfG) darf nicht zur Umgehung gesetzlicher Restriktionen der Staatsgewalt führen²⁸. Folgewirkungen hat dies insbesondere auch für die Auslegung des — insoweit wenig geglückten — § 59 VwVfG. Hier ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Verbotsgesetz“ i. S. d. § 59 I VwVfG das Medium zur Vermeidung von unzulässigen Eingriffen in die Rechte der Bürger²⁹. Dabei kommt insbesondere der Abgrenzung zwischen § 59 I VwVfG einerseits und § 59 II Nr. 2 VwVfG andererseits prägende Bedeutung zu: Während § 59 I VwVfG überwiegend Verstöße zu Lasten des Bürgers erfassen könnte, würde § 59 II Nr. 2 VwVfG Verstöße zu Lasten der öffentlichen Hand betreffen.

Völlig ungelöst ist allerdings die Problematik von Vertrag und Verwaltungsakt im Falle der Betroffenheit Dritter. Da der Vertrag gegenüber Dritten weder anfechtbar noch bestandskräftig ist, ist die Abgrenzung der Rechte des Begünstigten von denen des Belasteten gesetzlich nicht vorgezeichnet³⁰.

b) Wesentlich zahlreicher sind die Probleme zwischen den Handlungsformen des öffentlichen Rechts und denen des Privatrechts. Ausgangspunkt hat hier zu sein, daß *dem Staat keine Vertragsfreiheit zukommt*³¹; für den Staat ist das Recht zum Vertragsabschluß vielmehr eine rechtlich begründete und begrenzte *Kompetenz*. Diese unterliegt — wie alle sonstige Ausübung von Staatsgewalt — denjenigen Rechtsbindungen, die gerade das staatliche Handeln dirigieren und limitieren sollen, nämlich den Bindungen des öffentlichen Rechts. Insbesondere hat der Staat bei dem Vertragsschluß und der Vertragsausgestaltung demnach zu beachten:

— den *Gleichheitssatz* des Art. 3 GG: Dieser verbietet bestimmte Differenzierungskriterien völlig (Art. 3 II, III GG); im übrigen stellt er das Gebot dar, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln³². Diese als „Willkürverbot“ zu umschreibende Dimension bindet auch den vertragschließenden Staat, lähmt ihn aber nicht.

— den *Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*: Wo die gesetzlich umschriebenen Handlungsbefugnisse des Staates aufhören und der Staat nicht ohne Gesetz handeln darf, können den Bürgern Rechtspflichten auch nicht unter Hinweis auf einen „Grundrechtsverzicht“ auferlegt werden²⁹. Faktisch entstehen demnach dieselben Handlungsgrenzen wie durch § 36 VwVfG.

— das *Übermaßverbot*, das in § 56 I 2 VwVfG ansatzweise konkretisiert ist. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit untersagen nicht nur Wucher.

— das Gebot *pflichtgemäßen Ermessens* (§ 40 VwVfG). Pflichtgemäßes Ermessen tritt für die Verwaltung an die Stelle von „Vertragsfreiheit“.

Die Einzelheiten sind allerdings gegenwärtig weitgehend ungeklärt. Grundsätzlich läßt sich sagen: Soweit dem Staat eine Handlungsform des öffentlichen Rechts zur Verfügung steht, darf er die ihm durch das öffentliche Recht gezogenen Grenzen nicht durch Wahl der Privatrechtsform überschreiten³³. Nicht gelöst ist allerdings das *Rechtswegproblem*. Hier handelt jeder Gerichtszweig nach seiner eigenen Prozeßordnung. Die Rechtsschutzverschlechterung durch Parteibetrieb, wie sie in der ZPO nun einmal anerkannt ist, wird zwar durch die neue Rechtsprechung des § 139 ZPO gemildert, aber nicht beseitigt.

²⁶ Gusy, DöV 1983, 879.

²⁷ Näher *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., 1983, S. 308 ff m. w. N.

²⁸ Zum Problem *Meyer-Hesemann*, DVBl. 1980, 869.

²⁹ Vertiefend Gusy, DVBl. 1983, 1227 ff.

³⁰ Zum Problem *Kopp* aaO (Fn. 14).

³¹ Dies ist der zutreffende Ausgangspunkt von *Henke*, JZ 1984, 441, 442 ff.

³² Einführung hierzu bei Gusy, JuS 1982, 30.

³³ Mustergültig hierzu BGH, NJW 1985, 197.