

Die Vertragsfreiheit der Verwaltung

Verträge zwischen Verwaltung und Privaten im Schatten des Staates*

Andreas Abegg **

Schlüsselwörter: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Rechtsstaat, Vertrag, Verwaltungsvertrag, Vertragsfreiheit, Ermessen, Gesetzesbindung der Verwaltung, Willensmängel, Grundrechte

Einleitung

1. *Die Errungenschaften des Rechtsstaates* werden durch das vermehrte vertragliche Handeln der Verwaltung mit Privaten in Frage gestellt: So sollen etwa Erschliessungsverträge¹ oder Enteignungsverträge² die Verwaltung anerkanntermassen von übermässiger Ressourcenbelastung und der damit zusammenhängenden strikten Beschränkung auf das Gesetz befreien.³ Ähnliches gilt auch für die Kooperation zwischen Verwaltung und Privaten in Steuersachen. Diese Kooperation läuft zwar dem Gebot rechtsgleicher Behandlung und dem Gebot der Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zuwider.⁴ [S. 388] Ohne solche Kooperationen

* Publiziert in ZSR, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2009 I/4. Die eckigen Klammern beziehen sich auf den jeweiligen Seitenbeginn der Druckversion.

** PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich. Der Autor vertritt zurzeit den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Recht und Theorie der Medien an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Er hat zum Verwaltungsvertrag zwischen Staatesverwaltung und Privaten seine Habilitationsschrift verfasst: ANDREAS ABEGG, Der Vertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten – Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge, Zürich 2009. Herzlichen Dank für kooperative Anregungen und kritische Hinweise zum vorliegenden Aufsatz gehen an lic. iur. Max Berger, Rechtsanwalt Bern, und an Dr. Carsten Kremer, M.A., M.Jur. (Oxford), Universität Frankfurt.

¹ Zum Beispiel BGE 105 Ia 207 1979 – *ZEHNDER GEGEN GEMEINDE BIRMENSTORF*.

² Vgl. zum Beispiel BGE 102 Ia 553 1976 – *KURY-KILCHHERR GEGEN EINWOHNERGEMEINDE REINACH*; BGE 116 Ib 241 1990 – *STADT ZÜRICH GEGEN SCHWEIZ. BUNDESBAHNEN (BAHNHOF MUSEUMSSTRASSE)*.

³ UDO DI FABIO, Vertrag statt Gesetz? – Gesetzesvertretende und gesetzesausfüllende Verwaltungsverträge im Natur- und Landschaftsschutz, in: DVBl. (1990), S. 338-346.

⁴ Zur zentralen Bedeutung dieser Grundsätze vgl. BGE 133 I 206 2007 – *HALTER-DURRER GEGEN KANTON OBWALDEN*.

wären wohl aber zahllose Fälle mit den vorhandenen verwaltungsinternen Ressourcen kaum zu lösen.⁵

2. Pointiert formuliert erscheint somit vertragliches Handeln der Verwaltung (auf privatrechtlicher wie auch auf öffentlichrechtlicher Ebene) insbesondere da, wo die Aufgaben der Verwaltung auch dann noch anwuchsen, wenn diese Aufgaben nicht mehr allein mit den traditionellen Mitteln der Verwaltung erfüllt werden können. Diese Beobachtung stimmt auch mit historischen Beobachtungen zur Entstehung von vertragsmässigem Verwaltungshandeln überein.⁶ In diesem Zusammenhang erkannte bereits MAX WEBER, dass zur Rettung staatlicher Versprechen die Grenzen des Rechtsstaates neu definiert werden. Kritisch meinte er:

«[Die öffentliche Bürokratie mit den Mitteln der privaten Bedarfsdeckung] ist ... an der Arbeit, das Gehäuse jener Hörigkeit der Zukunft herzustellen, in welche vielleicht dereinst die Menschen sich ... ohnmächtig zu fügen gezwungen sein werden, wenn ihnen eine rein technisch gut und das heisst: eine rationale Beamten Verwaltung [sic] und -versorgung der letzte und einzige Wert ist, der über die Art der Leistung ihrer Angelegenheiten entscheiden soll.»⁷

⁵ Vgl. zum Beispiel BGE 119 Ib 431 1993 – *FIFTY-FIFTY-STEUERRECHTSPRAXIS*. Jüngst auch Bundesgericht 2C_522/2007 28. April 2008 – *WOHNBAUGENOSSENSCHAFT X – GRUNDSTÜCKGEWINNSTEUER*. Eine permissive Haltung vertritt insbesondere mit Blick auf Deutschland JÜRGEN SONTHEIMER, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht*, Köln 1987.

⁶ Zu den Entstehungsbedingungen des privatrechtlichen Vertrags zwischen Staat und Privaten siehe MATTHIAS HEIDER, *Die Konzessionsverträge der Stadt Lüdenscheid über leitungsgesundene Versorgungsgüter und die Entwicklung der städtischen Versorgungsbetriebe zwischen 1856 und 1945: zugleich ein Beitrag über den Ausbau der kommunalen Leistungsverwaltung in Preussen* (Diss.), Berlin 2005, S. 48. Für die Schweiz vgl. OSCAR SEILER, *Über die rechtliche Natur der Eisenbahn-Konzessionen nach schweizerischem Recht*, Zürich 1888, S. 37 f.: Ab der Mitte des 19. Jahrhunderts wurden zum Aufbau neuer Infrastrukturen im Bereich Energie, Verkehr und Sanität Konzessionen vergeben, die oft von einem sogenannten «Contractus» begleitet wurden. Diesen konnte der Private bei Verletzung des erteilten Monopols den ordentlichen Gerichten vorlegen. Zur Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags vgl. unter anderen besonders prägnant HANS PETERS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlin 1949, S. 153 ff., vor allem S. 154 f. Mit zahlreichen Beispielen belegte Peters nach dem Zweiten Weltkrieg die *faktische Existenz* des verwaltungsrechtlichen Vertrags und schloss daraus, dass sich damit im öffentlichen Recht eine derartige Institution bilden *sollte*.

⁷ MAX WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, in: *Die innere Politik*, S. 294-431, München und Leipzig 1918, S. 320.

3. Zwar wird heute – abgesehen von wenigen Ausnahmen⁸ – die grundsätzliche Zulässigkeit von Verwaltungsverträgen (verstanden als Oberbegriff von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Verträgen zwischen Staat und Pri- [S. 389] vaten)⁹ nicht mehr bestritten. Umso mehr muss sich aber das Augenmerk auf die rechtliche Ausgestaltung des Abschlusses und des Inhaltes des Verwaltungsvertrags richten.¹⁰ In der Folge soll entsprechend untersucht werden, wie bei vertraglichem Handeln der Verwaltung auf die Gefahr zu reagieren ist, dass die Verwaltung unter Ausnützung staatlicher Rechtsmacht nicht nur die Vertragsinhaltsfreiheit, sondern auch die Willensfreiheit des Privaten gefährdet. Diese Untersuchung erfolgt zwei Schritten: Zunächst wird die Freiheit der Parteien beim Abschluss von privatrechtlichen Verträgen mit der Situation der Parteien bei Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Vertrags verglichen und insbesondere gefragt, ob der Verwaltung faktisch oder rechtlich «Vertragsfreiheit» zukommt (nachfolgend Ziff. A). Vor diesem Hintergrund werden sodann die möglichen Absicherungen der Parteien bei privatrechtlichen und bei verwaltungsrechtlichen Verträgen evaluiert (nachfolgend Ziff. B).

A. Nuancen von Freiheit im Rahmen von Verträgen zwischen Staatsverwaltung und Privaten

I. *Das privatrechtliche Modell des Vertrags*

1. Nach Art. 1 OR kommt ein Schuldvertrag mit übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen zustande. Dass dabei die *Freiheit der Willensbildung und -äusserung* im Zentrum steht und mit Recht abzusichern ist, geht auf das liberale, wirtschaftsbezogene Modell des heutigen Vertragsrechts zurück: Im liberalen, wirtschaftsorientierten Modell ergibt sich die Reziprozität der Leistungen aus der freien komplementären Willensbeziehung und der gegenseitigen Leistungsbeziehung, un-

⁸ Hierzu jüngst GEORG MÜLLER, Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: ISABELLE HÄNER/BERNHARD WALDMANN (Hg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, S. 25-37, Zürich 2007.

⁹ Die Termini «verwaltungsrechtlicher Vertrag» und «öffentlichrechtlicher Verwaltungsvertrag» werden gleichgesetzt. Für den vorliegenden Gegenstand geht es bei «Verwaltungsverträgen» um Verträge zwischen der Staatsverwaltung und Privaten. Koordinationsrechtliche Verträge zwischen verschiedenen staatlichen Akteuren und völkerrechtliche Verträge werden nicht behandelt.

¹⁰ DIETER GRIMM, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: DIETER GRIMM (Hg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, S. 291-306, Baden-Baden 1990, S. 174 f.

ter Ausschluss von Staates- und Gesellschaftsinteressen.¹¹ Die wirtschaftliche Selbstständigkeit, als weitere Vorbedingung vorausgesetzt, ergibt sich in diesem Konzept aus der staatlich zu sichernden (aber nicht staatlich herzustellenden) Eigentumsposition, mit welcher der Wirtschaftsteilnehmer seinen Einsatz am Markt tätigen kann.¹²

[S. 390]

2. Wenn nun die Staatsverwaltung einen als *privatrechtlich zu qualifizierenden Vertrag* mit einem Privaten abschliesst, zum Beispiel zwecks Bedarfsdeckung unter Ausnutzung marktwirtschaftlicher Mechanismen, so kommen der privaten Vertragspartei selbstverständlich auch in diesem Fall der in Art. 19 Abs. 1 OR teilkodifizierte Grundsatz der Vertragsfreiheit und die konkreten Absicherungen der Willensfreiheit nach Art. 21 und 23 ff. OR zugute.¹³ Ob und in welchem Umfang auch die Verwaltung von diesen privatrechtlichen Garantien profitiert, wird noch genauer zu erläutern sein.¹⁴

3. Mit Blick auf die neueren Entwicklungen im Allgemeinen und den verwaltungsrechtlichen Vertrag im Besonderen sind allerdings in Bezug auf diese Konzeption des Vertrags *zwei Einwendungen zu berücksichtigen*:

- Erstens wird in neuerer Zeit zunehmend das *wirtschaftsliberale Menschenbild* hinterfragt. Die wissenschaftlichen Theorien wechseln vermehrt vom freien Rechtssubjekt, das jederzeit aufgrund seines freien Willens Verpflichtungen auf gleicher Augenhöhe mit anderen Wirtschaftsteilnehmern eingehen kann, zum «defizitären» Rechtssubjekt, dessen freier Wille massgeblich durch sozia-

¹¹ Vgl. Art. 21 und 23 ff. OR. Zu den Hintergründen dieses klassisch-liberalen Konzepts des 19. Jahrhunderts vgl. MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1921–1922/1980, S. 382 f.

¹² Zentraler Ausgangspunkt ist JOHN LOCKE, *Two treatises of government*, Cambridge 1680–90/1966, S. 2, 9, 123 f. Vgl. zum gesellschaftlichen Kontext dieser Konzeption wiederum WEBER (Fn. 11), S. 384 f.

¹³ Für das Vergaberecht MARTIN BEYELER, *Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz: Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens*, Zürich (Diss.) 2004, S. 70 f. und 87. Entsprechend erhält das Kriterium der Subordination immer auch dann wieder Bedeutung zur Abgrenzung der Rechtsnatur, wenn die Reduktion des Staates auf zentrale Ordnungsfunktionen ansteht. Des Weiteren zur Abgrenzung von Submission und Subvention m. w. H. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts: eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone*, Zürich 2003, N 123 und 577 und GEORGE M. GANZ, *Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen*, in: AJP (2001), S. 975–983, S. 980 f.

¹⁴ Unten Ziff. I.C.

le, biologische und wirtschaftliche Faktoren eingeschränkt wird, die auch vom privatrechtlichen Vertragsrecht nicht völlig ignoriert werden können, geschweige denn vom öffentlichrechtlichen Vertragsrecht.¹⁵

- Zweitens baut die liberal geprägte Vertragslehre auf dem *Typus des Schuldvertrags* auf, mit welchem zwei unabhängige Wirtschaftssubjekte im Hinblick auf ökonomische Chancen gegenseitig einklagbare Leistungen begründen.¹⁶ Der Vertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten vermag aber in [S. 391] seiner *verwaltungsrechtlichen Ausprägung* Elemente in sich zu tragen, die weder auf die Wirtschaft noch auf die Begründung von einklagbaren Leistungen gerichtet sind: Im sogenannten Eingliederungsvertrag geht es zum Beispiel im Wesentlichen darum, dass die Sozialhilfeempfänger mit ihrer Kooperation vermeiden, ihren gesetzlichen Anspruch auf Sozialhilfe zu verlieren.¹⁷ Oder mit Integrationsverträgen müssen sich Ausländerinnen und Ausländer – im Gegenzug zu bestimmten Schulungen und Sozialdienstleistungen – zur Respektierung der fundamentalen Werte des Landes, der Einhaltung der Gesetze und zur Teilnahme an bestimmten sprachlichen und kulturellen Schulungen verpflichtet.¹⁸ In diesen Verträgen geht es somit nicht primär um einklagbare Leistungen, sondern um die (neue oder fortgesetzte) Gewährung vorbestimmter Ansprüche, um die Aufrechterhaltung von Rechtsverhältnissen

¹⁵ OWEN FLANAGAN, *The Problem of the Soul: Two Visions of Mind and How to Reconcile Them*, New York 2002, S. 145; vgl. auch SAUL SMILANSKY, *Free will and illusion*, Oxford 2000, der die Fiktion des freien Willens als notwendig erachtet, um Moral und (Lebens-) Sinn der Menschen zu erhalten. Zu den ökonomischen Untersuchungen des homo oeconomicus, der Präferenzautonomie und den Verbindungen zum Menschenbild des Rechts sowie seinen Auswirkungen: DIETER SCHMIDTCHEN, *Homo Oeconomicus und das Recht*, in: *Volkswirtschaftliche Reihe, Economic Series 0005* (2000), S. 1-31, S. 2 ff. m. w. H.; zu den bestehenden und möglichen Auswirkungen auf das heutige Recht siehe m. w. H. HANS-PETER MÜLLER, *Kann es einen freien Willen geben? – Was sonst*, in: *Zeitschrift für Rechtsphilosophie (ZRph)* (2005), S. 26-35.

¹⁶ So bereits übernommen in der französischen Lehre zum Verwaltungsvertrag bei GASTON JEZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris 1927-1934, S. 16 f.; ANDRE DE LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris 1956, I, S. 24. In dieser Art nun auch MINH SON NGUYEN, *Le contrat de collaboration en droit administratif* (Diss.), Bern 1998, S. 10 f., vor allem Fn. 39.

¹⁷ Nimmt zum Beispiel nach Art. 4a Abs. 2 FR-Sozialhilfegesetz eine bedürftige Person einen derartigen Vertrag nicht an, so kann ihr nach Art. 4a Abs. 2 die materielle Hilfe bis zum Existenzminimum gekürzt werden.

¹⁸ Vgl. Art. 54 des neuen Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG). Desgleichen in Frankreich: *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, Artikel 311-9.

oder um das Nichteinleiten eines Verfahrens, was jeweils von der Einhaltung bestimmter – mehr oder wenig ausgehandelten – Bedingungen abhängig gemacht wird.¹⁹ Diese Art von Vertragsinhalt hat nicht nur weitreichende Konsequenzen auf die hier untersuchte rechtliche Absicherung der Willens- und Vertragsfreiheit, sondern darüber hinaus auch ganz generell auf das anwendbare Recht, zuvorderst auf die Abgrenzung von privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verträgen, sodann auf die Unterscheidung von Vertrag und Verfügung und schliesslich auch auf die Frage der Zulässigkeit.²⁰

[S. 392]

II. *«Bargain in the shadow of the state» – Vertragsfreiheit des Privaten im Rahmen von Verwaltungsverträgen*

1. Wenn die Zustimmung der Vertragsparteien zum Abschluss und zum Inhalt des Vertrags ein Wesensmerkmal des Vertrags darstellt,²¹ dann muss dies im Grundsatz auch für *verwaltungsrechtliche Verträge* gelten. Das bedeutet, dass zumindest eine *minimale Willensfreiheit* bestehen muss, um überhaupt von Zustimmung und damit von Vertrag sprechen zu können. Die Frage ist aber, worin diese Willensfreiheit besteht.

¹⁹ Selbstverständlich könnte man hier die Anwendung des Vertragsbegriffs oder gar die Anwendung von Recht überhaupt verweigern. Die häufige Verwendung des rechtlich nicht besetzten Terminus «Vereinbarung» angesichts solcher Verträge zeugt von einer entsprechenden Unsicherheit. Doch bei allen Vorbehalten gegenüber diesen partikulären und neuartigen Verträgen wäre es doch höchst problematisch, derartigen Experimentalprogrammen die Stabilisierung durch Recht partout zu verweigern: Einerseits würden damit jene neuen Kooperationsformen verdrängt, die vielerorts verhärtete Fronten zwischen Verwaltung und Privaten aufweichen sollen und damit einem verwaltungsmässigen und gesellschaftlichen Bedürfnis entsprechen. Vgl. hierzu die soziologisch-verwaltungstechnische Untersuchung von ARTHUR BENZ, *Kooperative Verwaltung: Funktionen, Voraussetzungen und Folgen*, Baden-Baden 1994. Und andererseits würde damit dem Vertragsbegriff nicht Genüge getan, der nicht per se auf das Schuldverhältnis beschränkt ist und auch den Eintritt in ein Statusverhältnis erfassen kann, wie es sich nicht nur am Ehevertrag zeigt. Bereits PAUL LABAND deutete darauf hin, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag prägnante Parallelen zum alten Feudalvertrag als sogenanntem Vertrag auf Unterwerfung zwischen Herrscher und Untertanen aufweist: PAUL LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen 1901, Bd. 1, S. 405 f. und 413.

²⁰ Für diese Fragen sei auf die jüngst erschienene Monographie zum Verwaltungsvertrag verwiesen: ANDREAS ABEGG, *Der Vertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten – Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge*, Zürich 2009.

²¹ Oben bei Fn. 11 zu Art. 1 OR.

2. Es kann als eine wesentliche Eigenschaft des verwaltungsrechtlichen Vertrags bezeichnet werden, dass dieser *die freie Zustimmung durch ein Element von Zwang zu vermitteln* vermag: So kann zum Beispiel eine drohende Enteignung das Feld eines potenziellen Vertragsschlusses vorstrukturieren,²² und erst vor diesem Hintergrund des drohenden Verwaltungsverfahrens ist der Private ‹frei›, sich auf Vertragsverhandlungen einzulassen und damit eine Regelung anzustreben, die auf seine Bedürfnisse allenfalls Rücksicht nehmen würde. Zugleich wird sich aber der Private in diesen Fällen vertraglich verpflichtet, zur Verwirklichung jener Verwaltungsaufgaben beizutragen, die die Verwaltung allein mit ‹traditionellem› Instrumentarium nicht erfüllen könnte.²³

Einer analogen Struktur folgen insbesondere auch die Verwaltungsverträge im Bereich der Erschliessung.²⁴ Und ähnlich wird jüngst auch in Verwaltungsverträgen verfahren, die man als aktivierende Verträge bezeichnen könnte: Ein sogenannter aktivierender Staat²⁵ schliesst mit bestimmten ihm unterworfenen ‹Klientengruppen› wie Sozialhilfeempfängern, re- [S. 393] nitenten Jugendlichen und Asylbewerbern Verträge über die gesellschaftliche Integration.²⁶ Lehnt die zu aktivie-

²² Vgl. auch BGE 102 Ia 553 1976 – *KURY-KILCHHERR GEGEN EINWOHNERGEMEINDE REINACH*; BGE 114 Ib 142 1988 – *INTERCHEMIE GEGEN KANTON ZUG (NATIONALSTRASSENBAU)*.

²³ Verwaltungsgericht Zürich ZR 72 Nr. 89 1973 – *DENKMALPFLEGE AN BÜRGERHÄUSER IN DER STADT ZÜRICH*, S. 215; BGE 126 I 219 2000 – *DENKMALSCHUTZ KINOSAAL VIEUX-CARROUGE*: vor allem S. 226. Zu dieser Handlungsform der Verwaltung im Natur- und Landschaftsschutz siehe DI FABIO (Fn. 3), S. 338-346.

²⁴ Zum Beispiel BGE 105 Ia 207 1979 – *ZEHNDER GEGEN GEMEINDE BIRMENSTORF*.

²⁵ Insbesondere Bernhard Blanke prägte diesen Begriff für ein durch Wissenschaft begründetes politisches Programm, das vom Bürger Mitwirkung fordert und diese auch fördert: STEPHAN VON BANDEMER/BERNHARD BLANKE/JOSEF HILBERT/JOSEF SCHMID, Staatsaufgaben – Von der ‹schleichenden Privatisierung› zum ‹aktivierenden Staat›, in: FRITZ BEHRENS ET AL. (Hg.), Den Staat neu denken. Reformperspektiven für die Landesverwaltungen, S. 41-60, Berlin 1995. Prägnant formuliert es das Handbuch zum verwaltungsmässigen Programm der Interinstitutionellen Zusammenarbeit: ‹Der Übergang vom Bedürfnisprinzip hin zum Gegenleistungsprinzip zeigt sich daran, dass zwischen KlientIn und Institution ein Vertrag (s. Tool 18) abgeschlossen wird, mit dem sich die KlientInnen verpflichten, sich aktiv um Eingliederung zu kümmern.›: MITGLIEDER DER NATIONALEN IIZ-KOORDINATIONSGRUPPE, Handbuch zur Interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ), abrufbar unter: <http://www.iiz.ch/dokumente/DE/Handbuch/handbuch_deutsch.pdf>, letztes Update: 14. Oktober 2003, letzter Zugriff: 3. Juni 2009, S. 142.

²⁶ Zum Beispiel kann nach dem Sozialhilfegesetz des Kantons Freiburg die Sozialhilfe in der Form eines Vertrags zur sozialen Eingliederung erfolgen: Art. 4 Abs. 4 FR-Sozialhilfegesetz. Diese Bestimmung ist seit dem 1.1.2000 in Kraft. Pärli kommt das Verdienst zu, bereits früh auf diese Problematik hingewiesen zu haben: KURT PÄRLI, Sozialhilfeunterstützung als Anreiz für Gegenleistungen, in: SBS/ASPAS Sozial Aktuell (2001),

rende Person das vorgeschlagene Projekt ab oder verstösst sie gegen die vertraglichen Pflichten, wird ihr eine in Aussicht gestellte staatliche Leistung verwehrt oder entzogen, oder es wird ein befehlsförmiges Verfahren gegen die unkooperative Person eröffnet.²⁷

3. Diese Art von Vertrag hat allerdings nicht mehr viel mit der kantisch geprägten Vertragsfreiheit zu tun, wie sie hinter der Vertragsinhaltsfreiheit von Art. 19 Abs. 1 OR steht: Die Freiheit erweist sich hier nicht mehr als vorausgesetzte Freiheit des Willens, die jedem Individuum kraft seines Menschseins zukommt,²⁸ sondern als *durch die Verwaltung vermittelte oder gar aufgezwungene (Verhandlungs-) Freiheit*.²⁹ Der Vertrag kommt unter Androhung der Leistungsverweigerung oder im Schatten eines (angedrohten oder bereits eröffneten) befehlsförmigen Verfahrens zustande.³⁰ Die Privatpartei hat nur noch die Wahl, sich in das befehlsförmige Verfahren zu begeben oder eine dem Verfahren entsprechende Einigung zu schliessen. Daraus folgt, dass dem mutmasslichen Ergebnis des befehlsförmigen Verfahrens bei der Vertragsverhandlung Leitfunktion zukommt, d. h. eine Verhand-

S. 17-23. Zahlreiche analoge Erscheinungsformen in anderen Rechtsgebieten und anderen Orten deuten darauf hin, dass dieser neuartige aktivierende und zugleich sozialgestaltende Vertrag zwischen Staat und Privaten eng mit grösseren gesellschaftlichen Problemstellungen verknüpft sein muss. So kennen auch weitere Kantone den Sozialhilfevertrag, so unter anderem die Kantone Wallis (Art. 11 des Gesetzes über die Eingliederung und die Sozialhilfe vom 29. März 1996, 850.1) und Baselland (§ 18 des Gesetzes über die Sozial-, die Jugend- und die Behindertenhilfe vom 21. Juni 2001, 850). Und etwa Harris weist am Beispiel Grossbritanniens darauf hin, dass Schulleitungen zunehmend Verträge mit problematischen Schülern abschliessen, bevor sie befehlsförmige Verfahren einleiten: NEVILLE HARRIS, Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation, in: Modern Law Review (MLR) 68 (2005), S. 925-957, S. 952.

²⁷ Art. 4a Abs. 2 FR–Sozialhilfegesetz lautet: «Die bedürftige Person muss den Eingliederungsvertrag annehmen, sofern er auf ihre Fähigkeiten und Möglichkeiten abgestellt ist. Lehnt sie das vorgeschlagene Eingliederungsprojekt ab, kann die materielle Hilfe bis zum Minimum gekürzt werden ...»

²⁸ IMMANUEL KANT, Kritik der praktischen Vernunft, Hamburg 1788/1993, S. 112 [173 der 1. A.].

²⁹ Siehe hierzu bereits die Kritik von HANS Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, in: Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53-98, S. 190-249. Jüngst NIELS ÅKERSTRØM ANDERSEN, The Contractualisation of the Citizen – on the transformation of obligation into freedom, in: Soziale Systeme 10 (2004), S. 273-291; vgl. auch PETER VINCENT-JONES, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, in: Modern Law Review MLR 68 (2005), S. 887-924.

³⁰ Die Wortwahl in Art. 4a Abs. 1 FR–Sozialhilfegesetz zeigt denn auch, dass sich die Freiburger Legislative über die rechtliche Qualität eines solchen Eingliederungsvertrags nicht ganz sicher ist: «[Der Eingliederungsvertrag] ist einem verwaltungsrechtlichen Vertrag gleichgestellt.»

lungslösung muss sich am potenziellen Verfü- [S. 394] gungsergebnis messen lassen; sie wird sozusagen «in the shadow of the state» ermittelt.³¹

III. Vertragsfreiheit der Verwaltung?

1. Die Lehre weist richtig darauf hin, dass der Verwaltung in Bezug auf den Abschluss von Verwaltungsverträgen keine Vertragsfreiheit zukommt – zumindest nicht im herkömmlichen, privatrechtlich verstandenen Sinn.³² Dasselbe gilt für die Inhaltsgestaltung des privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Verwaltungsvertrags. Die Frage, welcher *Spielraum der Verwaltung bei vertraglichem Handeln* zukommt, ist allerdings aus der Sicht des Staates anders zu beantworten als aus der Sicht von privaten Rechtssubjekten:

- *Aus der Sicht des Staates* kommt nach traditioneller Meinung der Verwaltung im Hinblick auf den Vertragsabschluss und den zu gestaltenden Vertragsinhalt keine Freiheit zu, denn sie kann die ihr mit Gesetz vorgegebenen politischen Programme grundsätzlich nicht selbst wählen. Es kommt ihr lediglich das *pflichtgemässe Ermessen* zu, innerhalb dieser politischen Programme zu bestimmen, wie diese Programme «am besten» umgesetzt werden.³³ Dies ist

³¹ Vgl. die damit angesprochene Parallele zu ROBERT N. MNOOKIN/LEWIS KORNHAUSER, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, in: Yale Law Journal 88 (1979), S. 950-997 und ROBERT COOTER/STEPHEN MARKS/ROBERT MNOOKIN, Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, in: Journal of Legal Studies XI (1982), S. 225-251.

³² So etwa FRANK KLEIN, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags (Diss.), Zürich 2003, S. 70 ff.; vgl. die Übersicht bei ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, N 441 ff. Vgl. jüngst auch Bundesgericht 1C_341/2007 6. Februar 2008 – *Gemeinde Genf – Entlassung während der Probezeit*, Erw. 2. Es geht im Wesentlichen um den mit dem pflichtgemässen Ermessen verknüpften Begründungszwang, mit welchem die Verwaltungsbehörden erstens darlegen müssen, welchem Programm zur Umsetzung öffentlicher Interessen die Ermessenausübung folgt, und wieso zweitens die Umsetzung des verfolgten Programms das konkret gewählte rechtliche Arrangement zum Beispiel eines bestimmten verwaltungsrechtlichen Vertrags benötigt.

³³ Hierzu unter vielen RENÉ RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BASEL (Hg.), Privatrecht – Öffentliches Recht – Strafrecht: Grenzen und Grenzüberschreitungen; Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, S. 295-322, 1985, S. 320 ff.; AUGUST MÄCHLER, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege: ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege, Zürich 2005, S. 167 ff., m. w. H.; STEFAN VOGEL, Die «clausula rebus sic stantibus» als Mittel zur Anpassung und Aufhebung von verwaltungsrechtlichen Verträgen, in: ZBL (2008), S. 298-310, S. 300.

insbesondere die Folge der demokratisch-rechtsstaatlichen Legitimation der Verwaltung – einer Kombination von Legitimation durch demokratische Beteiligungsprozesse, zusammengefasst in der Gesetzesform, und der Legitimation durch gerichtliche Überprüfung auf Einhaltung der Rechtsform. Allerdings relativiert sich heute die diesbezügliche Gebundenheit der Verwaltung in zweifacher Hinsicht: Erstens entspricht es dem [S. 395] Wesen des Vertrags, dass der Verwaltung ein gewisser Verhandlungsspielraum zukommen muss. Mit der Zunahme kooperativen Handelns durch die Verwaltung treten die Spannungen zwischen Anspruch und Wirklichkeit des Konzeptes der Gesetzesbindung vermehrt zu Tage.³⁴ Und zweitens löst sich die Verwaltung im Rahmen des sogenannten Vorsorgestaates immer mehr von gesetzlichen Vorgaben und gibt sich – innerhalb ihres generellen, weit gefassten Kompetenzbereichs – ihre politischen Ziele selbst vor.³⁵

- Während also der Verwaltung aus Sicht des Staates keine Vertragsfreiheit zukommt, fällt *aus der Sicht der privaten Vertragspartei oder aus Sicht einer Drittpartei* die Antwort anders aus: Soweit die Verwaltung von Privaten nicht mittels Rechtsverfahren zu einer bestimmten vertragsbezogenen Handlung im Allgemeinen oder zu einem Vertragsabschluss im Besonderen gezwungen werden kann, kommt der Verwaltung durchaus ein mit der Privatautonomie vergleichbarer Gestaltungsspielraum gegenüber den Privaten zu, denn die diesbezüglichen Intentionen der Verwaltung erschliessen sich dem Privaten nicht unmittelbar.³⁶ Im Privatrecht bildet dieser Gestaltungsspielraum der Verwaltung – selbstverständlich im Rahmen der Rechtsordnung – sogar eine systemnotwendige Voraussetzung, denn die Verwaltung und der Private begegnen sich als gleichgeordnete Marktteilnehmer.³⁷ Das Bundesgericht hat diese Sicht bereits im Fall *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK* und jüngst im Fall *TUJETSCH* bestätigt: Ohne

³⁴ Hierzu im Detail ABEGG (Fn. 20), S. 30 ff.

³⁵ In aller Deutlichkeit zeigt dies MICHAEL HOWLETT, *Beyond Legalism? Policy Ideas, Implementation Styles and Emulation-Based Convergence in Canadian and U.S. Environmental Policy*, in: *Journal of Public Policy* 20 (2000), S. 305-329, S. 316; zum Ganzen vgl. auch ABEGG (Fn. 20), S. 145 ff.

³⁶ MAX IMBODEN, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, in: *ZSR* 77 II (1958), S. 1a-218a, S. 52a; jüngst auch ELKE GURLIT, *Verwaltungsvertrag und Gesetz: eine vergleichende Untersuchung zum Verhältnis von vertraglicher Bindung und staatlicher Normsetzungsautorität*, Tübingen 2000, S. 245.

³⁷ Dies anerkennt jüngst auch MARKUS HEER, *Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private unter Einschluss des Verwaltungsvermögens im Einzelgebrauch* (Diss.), Zürich 2006, S. 134.

anders lautende gesetzliche Grundlage³⁸ besteht keine Kontrahierungspflicht der Verwaltung im Privatrecht,³⁹ und es besteht auch keinerlei Anspruch auf eine bestimmte Ausgestaltung des Vertragsinhalts.⁴⁰ Anders verhält es sich dagegen im öffentlichen Recht. Hier muss der privaten Partei grundsätzlich [S. 396] ein Rechtsmittel gegenüber verwaltungsvertraglichem Handeln eingeräumt werden, wenn ihre Rechte im Sinne von Art. 5 VwVG tangiert werden.⁴¹

B. Rechtliche Absicherungen gegenüber der Verwaltung

I. *Absicherung der Willens- und Vertragsinhaltsfreiheit im Rahmen privatrechtlicher Verwaltungsverträge*

1. Vereinigung zweier Bedrohungslagen und die Reaktionen des Privatrechts

1. Die spezifische Situation beim Verwaltungsvertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten liegt, wie bereits HANS KELSEN betonte,⁴² darin, dass sich zwei *«Bedrohungslagen» gegenüber der Privatautonomie vereinen*: Die Verwaltung hat als Vertragspartner das Interesse, den Vertragsinhalt möglichst zu ihren Gunsten auszuformen, und sie verfügt über die Nähe zur Rechtsmacht des Staates, die sie möglicherweise zu ihren Gunsten einzusetzen vermag.

Wie ist dieser doppelten Bedrohungslage rechtlich beizukommen? Unbestrittener *Ausgangspunkt* privatrechtlicher Verwaltungsverträge ist die Freiheit des Privatrechtssubjektes, Verträge nach eigenem Willen abzuschliessen und zu gestalten. Diese Willensfreiheit sichert das Recht im Grundsatz dadurch ab, dass eine unerwünschte Beeinflussung des Willens die Ungültigkeit des Vertrags nach sich zie-

³⁸ Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage zwingenden Privatrechts erlaubt es allen Privatrechtssubjekten, ihre ökonomischen Chancen mit einiger Sicherheit (d. h. vor allem ohne weitere staatliche Intervention) einschätzen zu können.

³⁹ So in BGE 129 I 410 2003 – *TUJETSCH*.

⁴⁰ BGE 109 Ib 146 1983 – *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK*, S. 152 ff. Siehe hierzu meine Erwägungen in ANDREAS ABEGG, Regulierung hybrider Netzwerke im Schnittpunkt von Wirtschaft und Politik, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) (2006), S. 266-290.

⁴¹ Hierzu im Detail ABEGG (Fn. 20), S. 89 ff.

⁴² KELSEN (Fn. 29), S. 225.

hen kann. Welche Beeinflussungen nun in diesem privatrechtlichen Rahmen unerwünscht sind und welche konkreten Rechtsfolgen sie nach sich ziehen, wird durch das System der Gleichordnung der Privatrechtssubjekte innerhalb der gesellschaftlichen Selbstorganisation (d. h. vor allem der Marktwirtschaft) angeleitet und durch das Gesetz ausgeführt.

2. Konkret sichert das *Privatrecht* die Willensfreiheit gegenüber dem Vertragspartner und gegenüber dem Staat in folgender Weise ab:

a. *Gegenüber dem Vertragspartner* wird die Freiheit der Willensbildung und Willensäusserung in dreifacher Hinsicht gegen ungebührliche Einflussnahme abgesichert:

- Die Freiheit der Willensbildung und Willensäusserung wird durch Art. 28 ff. OR vor *absichtlicher Täuschung* und vor *Furchterregung* geschützt.
- Zudem sorgt das Wettbewerbsrecht dafür, dass faktische Hindernisse der Willensfreiheit, die aus einer *fehlenden Wettbewerbssituation* resultieren, unterbunden (Art. 5 KG) oder zumindest durch eine verstärkte Inhaltskontrolle kompensiert werden (Art. 7 KG). Vom Schutz des Kartellgesetzes aus- [S. 397] geklammert bleiben allerdings all jene Personen, die nicht als Wettbewerber am Markt teilnehmen, also insbesondere Konsumenten (Art. 12 Abs. 1 KG).
- Und schliesslich wird mit Art. 21 OR eine Übervorteilung sanktioniert.

b. *Gegen den Staat* richtet sich sodann Art. 19 Abs. 1 OR, der ausdrücklich festlegt, dass der Inhalt des Vertrags innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden kann. Frei ist somit die Willensbildung im Rahmen des Privatrechts insofern, als sie sich primär von der gesellschaftlichen Selbstorganisation leiten lassen kann, insbesondere ohne Beeinflussung durch Staat und Stand.⁴³ Will allerdings der Staat den Vertragsinhalt direkt beeinflussen, bedarf es hierzu einer unabänderlichen privatrechtlichen Gesetzesvorschrift (Art. 19 Abs. 2 OR).

3. Auf die angesprochene *Vereinigung der beiden <Bedrohungslagen>* reagiert nun das Privatrecht in folgender Weise:

a. Der potenziellen Vermischung von Rechtsmacht mit der Position als Vertragspartei trägt das Recht bereits im Rahmen der *Eruierung der Rechtsnatur, Privatrecht oder öffentliches Recht*, Rechnung: Das Abgrenzungselement der Subordination sorgt dafür, dass sich die Verwaltung nur dann von den Regeln des Privat-

⁴³ Hierzu unter vielen WALTER SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit – staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung?, in: ZSR I (1991), S. 51-81, S. 53 ff.

rechts und damit auch von der Selbstorganisation der Wirtschaft profitieren kann, wenn sie ohne staatliche Hoheitsrechte und in diesem Sinn gleichgeordnet zu den anderen Marktteilnehmern auftritt. Damit werden die Selbstorganisationsformen der Gesellschaft vor den expansiven Tendenzen des Staates geschützt.⁴⁴

b. Wird der Verwaltungsvertrag dem Privatrecht zugeordnet, so kommen die erwähnten *konkreten privatrechtlichen Absicherungen des freien Willens* voll zum Zug, welche die Rechtsmacht des Staates und die Position der Verwaltung als Vertragspartei strikt trennen:

- Selbstverständlich finden *Art. 28 ff. OR* gegenüber der Verwaltung Anwendung. Bei *absichtlicher Täuschung und bei Furchterregung* ist der Vertrag unverbindlich.⁴⁵ Relevant könnte etwa die Vorspiegelung einer – de iure nicht bestehenden – Verfügungsgewalt im Hinblick auf den Vertragsabschluss oder die Ausgestaltung eines privatrechtlichen Vertrags sein. Auch wenn die Verwaltung den Privaten bezüglich einer irrtümlich angenommenen Verfügungsgewalt nicht aufklären würde, wäre wohl eine Täuschung [S. 398] im Sinne von *Art. 28 OR* anzunehmen, denn einerseits richtet sich die interne Zuständigkeitsordnung primär an die Verwaltung,⁴⁶ und andererseits ist eine erhöhte Aufklärungspflicht der Verwaltung bezüglich hoheitlicher Befugnisse aus rechtsstaatlichen Gründen und aus Gründen des erhöhten Vertrauensschutzes im Rahmen vertraglichen Handelns anzunehmen.⁴⁷ Eine Furchterregung nach *Art. 29 OR* kann sich sodann aus der im Privatrecht grundsätzlich unterbundenen Verknüpfung von Rechtsmacht und der Position der Verwaltung als Vertragspartei ergeben. So etwa, wenn die Verwaltung die Ausübung von Hoheitsbefugnissen, etwa eine Ermittlung in Steuerfragen, androht, um die private Partei zu einem gewünschten vertragsbezogenen Handeln zu veranlassen.⁴⁸
- Zum Zweiten richtet sich das in *Art. 19 OR* verfasste Konzept der *Vertragsinhaltsfreiheit* ganz direkt gegen die potenzielle Rechtsmacht der Verwaltung.

⁴⁴ Besonders deutlich in BGE 109 Ib 146 1983 – *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK*.

⁴⁵ Dieser Mangel kann aber durch Genehmigung geheilt werden (*Art. 31 OR*).

⁴⁶ Siehe Bundesgericht 4C.20/2005 21. Februar 2006 – *ANLEIHENSEMISSION LEUKERBAD*, Erw. 4.2.5.4.

⁴⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 32), N 635 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, in: ZBl (2002), S. 281-310, S. 299 ff.; siehe zum Vertrauensschutz der Verwaltung gegenüber dem Privaten auch Bundesgericht 4C.20/2005 21. Februar 2006 – *ANLEIHENSEMISSION LEUKERBAD*, Erw. 4.2.5.4

⁴⁸ Vgl. die Parallele zur Drohung mit einer Konkursbetreibung in BGE 84 II 621 1958 – *BURZI GEGEN SUTTER*, S. 624 f.

Art. 19 OR ist denn auch eine unmittelbare Reaktion auf den zu Beginn des 20. Jahrhunderts bahnbrechenden Interventionsstaat, der nun auch unter Anleitung von konkreten politischen Programmen vermehrt den Inhalt von Verträgen zu beeinflussen suchte.⁴⁹ Die Absätze 1 und 2 des Art. 19 OR setzen dieser interventionistischen Bestrebung und insbesondere der interventionistischen Verwaltung insofern eine Grenze, als sich eine staatliche Einflussnahme, die den Vertragsinhalt konkret und dabei allenfalls gegen den Willen der Parteien gestalten will, auf eine unabänderliche Gesetzesnorm des Privatrechts stützen muss.⁵⁰ Kontrahiert also die Verwaltung im Rahmen des Privatrechts, kann sie grundsätzlich von ihren hoheitlichen Befugnissen keinen Gebrauch machen, um den Vertragsinhalt zu beeinflussen. Und noch allgemeiner: Kein hoheitliches Handeln des Staates vermag im Rahmen des Privatrechts einen Vertragsabschluss zu begründen oder den In- [S. 399] halt des Vertrags zu beeinflussen – es sei denn, es könne sich auf eine *zwingende Norm*⁵¹ des *Privatrechts* stützen.⁵²

- Und zum Dritten ist wie bereits erwähnt zu beachten, dass seit der Revision des *Kartellgesetzes* von 1995 die Regelungen insbesondere zu unzulässigen Verhaltensweisen bei Marktmacht (Art. 7 KG) grundsätzlich auch auf den Staat und dessen Unternehmungen Anwendung finden.⁵³

⁴⁹ Art. 19 Abs. 1 OR wurde im Zuge der Revision von 1911 parallel zu zahlreichen interventionistischen Normen eingeführt. Zum Ganzen ANDREAS ABEGG, Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 87 (2004), S. 197-208; im Rechtsvergleich siehe JOACHIM RÜCKERT, Verfassungen und Vertragsfreiheit, in: JEAN-FRANÇOIS KERVÉGAN/HEINZ MOHNHAUPT (Hg.), Gesellschaftliche Freiheit und vertragliche Bindung in Rechtsgeschichte und Philosophie, S. 165-196, Frankfurt a. M. 1999.

⁵⁰ Damit ist diese positiv-gestaltende Beeinflussung des Vertragsinhalts durch Gesetz von sogenannten öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Verbotsnormen zu unterscheiden, die nach Art. 20 Abs. 1 OR die Nichtigkeit nach sich ziehen. Zu dieser Unterscheidung siehe ANDREAS ABEGG, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit (Diss.), Zürich 2004, S. 176 ff.

⁵¹ Nach dem Text von Art. 19 Abs. 2 OR als unabänderliche Vorschrift bezeichnet.

⁵² Zur Methode der zwingenden Inhaltsnorm vgl. bereits EUGEN EHRLICH, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Aalen 1899; zur Anwendung auf den Verwaltungsvertrag MARTIN BERTSCHI, Auf der Suche nach dem einschlägigen Recht im öffentlichen Personalrecht – Das Heranziehen ergänzend anwendbarer Normen, besonders des Obligationenrechts, in: ZBl (2004), S. 617-643, S. 628.

⁵³ Art. 2 KG. Eingeführt mit der Revision von 1995, in Kraft seit 1.2.1996. Siehe hierzu Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl. 1995 I 468 vor allem 534. Vgl. jüngst zu den noch bestehenden Schranken des Wettbewerbsrechts den Fall weko Schlussbericht vom 7.

2. Anwendung der Grundrechte gegenüber der Verwaltung als privatrechtlichem Vertragspartner?

1. Ob über dieses gewachsene System des Privatrechts hinaus auch die Grundrechte die privatrechtsbezogenen Handlungen der Verwaltung einschränken, ist *seit langem umstritten*.⁵⁴ Jüngst hat das Bundesgericht im bekannten Fall *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN*, in welchem es darum ging, ob die Post politische Werbung des Vereins gegen Tierfabriken verteilen muss, die Frage ein weiteres Mal offen gelassen und eine Kontrahierungspflicht aus privatrechtlichen Prinzipien und Normen hergeleitet.⁵⁵

Die Scheu des Bundesgerichts (es hielt im Fall *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN* die Grundrechtsanwendung für «entbehrlich»)⁵⁶ hat einen guten Grund: In der Tat wäre eine *Übertragung der Grundrechtslehre auf das Privat* - [S. 400] *recht deshalb schwierig und problematisch*, weil damit politische Selbstbeschränkungsmechanismen, die als politische Rechte in einem langen Entstehungsprozess dem Staat abgerungen wurden,⁵⁷ auf die zivilgesellschaftliche Selbstorganisation übertragen würden. Diese Schwierigkeit der Grundrechtsanwendung auf die Selbstorganisationsmechanismen der Gesellschaft ist im Fall *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN* besonders offensichtlich: Während die staatliche Post

August 2007 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend 32-0202: Beschaffung von leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG. 2007 – *ARMA-SUISSE*.

⁵⁴ Vgl. die Übersicht bei PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht (Diss.), Zürich 2002, S. 141 ff.; THOMAS P. MÜLLER, Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft: eine systemtheoretische Analyse von Verträgen zwischen dem Gemeinwesen und Privaten mit Hinweisen auf die rechtsdogmatischen Konsequenzen, Basel 1997, S. 193.

⁵⁵ BGE 129 III 35 2003 – *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN*, S. 41 ff. Zum Ganzen siehe die Kommentierung bei EUGEN BUCHER, Nicht «Kontrahierungspflicht» – Schon eher Schutz vor Boykott: Kommentar zu BGE 129 III 35 ff. (7. Mai 2002; 4C.297/2001), in: recht 21 (2003), S. 101-115; RUTH ARNET, Bemerkungen zu BGE 129 III 35, in: AJP (2003), S. 593-597; MADELEINE CAMPRUBI, Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: Ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit – zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen, in: AJP (2004), S. 384-404; TARKAN GÖKSU, Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, in: ZBJV 140 (2004), S. 35-37; MARC AMSTUTZ/ANDREAS ABEGG/VAIOS KARAVAS, Soziales Vertragsrecht, Basel 2006.

⁵⁶ BGE 129 III 35 2003 – *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN*, S. 42.

⁵⁷ Vgl. unter vielen die Übersicht bei GERT BRÜGGEMEIER, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus (zwei Bände), Frankfurt a. M. 1977-1979, Band I, S. 44.

sich gerade auf Privatrecht und auf eine wirtschaftliche Handlungslogik berief, führte der private Verein zurecht seine wichtige politische Funktion in der Verteilung politischer Informationen ins Feld.

Aber auch im Fall *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK* hatte das Bundesgericht eine direkte Anwendung von Grundrechten auf einen als privatrechtlich qualifizierten Sachverhalt abgelehnt, obwohl mit der Nationalbank ein politischer Akteur im Mittelpunkt des Interesses stand und in unstrittiger Weise der Treuhänder-Verband gegenüber seinen Konkurrenten benachteiligt wurde.⁵⁸ Die Nationalbank sei zwar auch dort, wo sie privatrechtlich auftrete, an ihren öffentlichen Auftrag im weitesten Sinn gebunden und habe somit in ihren privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten. Über die Einhaltung wache aber nicht das Bundesgericht, sondern es seien die gesetzlich vorgesehenen Aufsichtsorgane zuständig.⁵⁹

2. Nichtsdestotrotz besteht allerdings *im privatrechtlichen Schutzdispositiv eine Lücke*, die eine gewisse Parallele zur historischen Funktion der Grundrechte aufweist. Konkret ging es (und geht es noch heute) bei den Grundrechten darum, mit der Unterstützung von Recht die expansiven Tendenzen des Sozialbereichs Politik derart zu begrenzen, dass andere Sozialbereiche wie vor allem die Wirtschaft oder auch die Wissenschaft oder die Familie in ihren Kernfunktionen geschützt werden.⁶⁰ Das Privatrecht hat zwar in Analogie hierzu über die letzten gut hundert Jahre ebenfalls verschiedene konkrete Schutzmechanismen gegenüber der Expansion *wirtschaftlicher Prozesse* auf die Prämissen einer Marktgesellschaft⁶¹

⁵⁸ Das Bundesgericht hatte die Verträge zwischen Nationalbank und einem Grossteil der Schweizer Banken, mit welchen eine Regulierung des Bankenplatzes Schweiz gegen Geldwäscherei realisiert werden sollte, ohne weitere Begründung als privatrechtliche Verträge qualifiziert.

⁵⁹ BGE 109 Ib 146 1983 – *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK*, S. 155. Notabene gilt eine Aufsichtsbeschwerde gerade darum nicht als ordentliches Rechtsmittel, weil keine Ansprüche damit verknüpft sind: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 32), N 1835 ff. m. w. H. Folglich hätte auch eine Aufsichtsbeschwerde keinen Einfluss auf den Vertrag: vgl. dazu den Fall BGE 129 I 410 2003 – *TUJETSCH*.

⁶⁰ Zu dieser Sicht vgl. GUNTHER TEUBNER, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes*, in: *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998), S. 234-265 und für die Schweiz AMSTUTZ/ABEGG/KARAVAS (Fn. 55).

⁶¹ Als Beispiele sind zu nennen: die Inhaltsnormen zur vorzeitigen Beendigung eines Vertrags mit übermässig langer Vertragsdauer (zum Beispiel Art. 334 Abs. 3 OR), zur Herabsetzung übermässiger Konventionalstrafen (Art. 163 Abs. 3 und 340 OR) und zum Zinseszinsverbot (Art. 105 Abs. 3 OR).

und sodann auch gegenüber der menschlichen und familiären Existenz entwickelt.⁶² Eine Verallgemeinerung hin zu einem Privatrechtsprinzip, das vor dem Ausgreifen der wirtschaftlichen Rationalität auf andere Gesellschaftsbereiche schützen würde, blieb allerdings bis heute aus.

Dennoch hat das Bundesgericht in *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN* nun wiederum genau an einer Stelle interveniert, an welcher sich ein Gesellschaftsbereich, in casu die Politik, strukturell auf Leistungen der Wirtschaft verlässt und auf diese existenziell angewiesen ist.⁶³ In diesem Punkt besteht denn auch die angesprochene Parallele zur historischen Funktion der Grundrechte als Abwehrmechanismus der verschiedenen gesellschaftlichen Sozialbereiche gegenüber einem expansiven Sozialsystem. Allerdings waren die Rollen im erwähnten Fall des Bundesgericht vertauscht: Nicht die Wirtschaft musste gegenüber einer expansiven Politik abgeschirmt werden, sondern es galt, zentrale Strukturen der politischen Meinungsbildung gegenüber der wirtschaftlichen Rationalität abzusichern.⁶⁴ Dieser als privatrechtlich qualifizierten Problemstellung begegnete also das Bundesgericht mit privatrechtlichen Mitteln,⁶⁵ verfügte eine privatrechtliche (wenn auch umstrittene)⁶⁶ Rechtsfolge und blieb zugleich in der Begründung und der Rechtsfolge vage genug, um für die Zukunft einen Prozess der sozialen Rechtsfindung in Gang zu bringen, womit der grossen Spannweite derartiger sozial-grundrechtlicher Probleme durchaus Rechnung getragen werden kann.⁶⁷

Im Fall *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK*, in welchem die Schweizerische Nationalbank einen Vertrag mit zahlreichen Banken zur Vermeidung von Geldwäscherei schloss, unterblieb dagegen ein

⁶² Zahlreiche zwingende Inhaltsnormen wie jene zur Tauglichkeit der Mietwohnung (Art. 256b OR), zum Schutz vor existenzbedrohender Kündigung (Art. 271 ff. OR), zum Schutz des Lohns als existenzieller Grundlage (unter vielen Art. 323 Abs. 4, 323b Abs. 3 und 324a OR) zeugen heute von diesem Funktionalprogramm. Ein Anwendungsbeispiel auf den Staatesangestellten bietet BGE 124 II 53 1998 – X. *GEGEN SBB*, wobei das Bundesgericht in diesem Fall die Existenzsicherung, die beim Staatesdienst ein zentrales Leitprinzip darstellt, zu wenig gewichtete.

⁶³ BGE 129 III 35 2003 – *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN*, S. 45 f.

⁶⁴ Im Detail AMSTUTZ/ABEGG/KARAVAS (Fn. 55), vor allem S. 55 ff.

⁶⁵ Ebenso im Fall BGE 109 Ib 146 1983 – *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK*.

⁶⁶ BUCHER (Fn. 55), S. 101-115; PETER GAUCH, Ein Vorwort zum «Sozialen Vertragsrecht», in: Marc Amstutz/Andreas Abegg/Vaios Karavas, Soziales Vertragsrecht, S. 1-9, Basel 2006, S. 9.

⁶⁷ Wie diese soziale Rechtsfindung konkret aussieht, habe ich andernorts beschrieben: ABEGG (Fn. 20), S. 199 ff.

rechtlicher Eingriff, obwohl mit der Diskriminierung des Treuhänder-Verbands erstens die wirtschaftliche Rationalität in einem zentralen Grundsatz, der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer, betroffen war, und zweitens mit Blick [S. 402] auf die Funktion der politischen Selbstbeschränkungsmechanismen grundsätzlich ein Eingriff geboten war, weil die Nationalbank ohne genügende Legitimationsgrundlage handelte. Denn weder verfügte die Nationalbank über einen auch nur einigermaßen konkreten gesetzlichen Auftrag, noch wurde der Vertrag unter Wettbewerbsbedingungen ausgehandelt, noch sorgte die Nationalbank oder das Banken Netzwerk für eine andersartige Legitimation. Gerade diese Legitimation wäre aber vom Bundesgericht einzufordern gewesen.⁶⁸ Zum gleichen Resultat gelangt man auch, wenn die aus dem Fall *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN* gewonnenen Kriterien anwendet:⁶⁹ Der Vertrag im Allgemeinen und der allgemein zugängliche, d. h. allein nach wirtschaftlichen Kriterien abgeschlossene Vertrag zur Anlegung von Geldern gehört ohne Zweifel zum Normalbedarf der heutigen Wirtschaft. Zudem besteht über den Vertrag zur Anlage von Geldern eine strukturelle Koppelung zur Geldpolitik. Da der Grossteil der schweizerischen Banken mit der Nationalbank kontrahierte, bestand in casu nun für den Treuhänder-Verband keine wettbewerbsneutrale Alternative. Damit konzentriert sich der Fall vor allem auf die Frage, ob eine sachliche Begründung für den Ausschluss des Treuhänder-Verbandes bestanden habe: Eine rein wirtschaftliche Begründung, dass also der Treuhänder-Verband aufgrund von reinen Markt- und Wettbewerbskriterien ausgeschlossen worden wäre, fällt angesichts der Tatsache, dass das Vertragsnetzwerk fast alle schweizerischen Banken umfasste, ausser Betracht. Sodann bestand, wie erwähnt, keine genügende gesetzliche Grundlage, mit welcher eine Begründung qua demokratische Legitimation bestanden hätte. Und das Netzwerk unterliess es denn auch, ein funktionales Äquivalent zu einer derartigen demokratischen Beteiligung der Betroffenen, zum Beispiel in Form von geordneten Anhörungen und begründeten Entscheiden, ins Vertragsnetzwerk einzubringen.

II. Rolle der Willens- und Vertragsfreiheit im Rahmen öffentlichrechtlicher Verwaltungsverträge

1. Der Willensfreiheit und der Vertragsfreiheit kommt im wirtschaftsorientierten System des *Privatrechts* konstitutive Bedeutung zu; ohne entsprechende rechtliche Garantien, welche die autonomen Handlungen des individuellen Wirtschaftsteil-

⁶⁸ BGE 109 Ib 146 1983 – *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK*, vor allem S. 148.

⁶⁹ BGE 129 III 35 2003 – *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN*, S. 46.

nehmers absichern, wäre eine Marktwirtschaft nicht denkbar. Entsprechend umfassend sichert das Privatrecht, wie soeben dargestellt, diese Vorbedingungen einer gesellschaftlichen Selbstorganisation ab.

Demgegenüber kommen der *Willensfreiheit des Privaten und der Vertragsfreiheit im Rahmen des Verwaltungsrechts* eine ganz andere Stellung zu: Die [S. 403] Zustimmung ist lediglich eine Möglichkeit unter anderen, staatliches Handeln im Allgemeinen und die Ausübung hoheitlicher Befugnisse im Besonderen zu legitimieren. Der Abschluss eines öffentlichrechtlichen Vertrags zwischen einem Privaten und der Verwaltung erfolgt denn auch grundsätzlich im Schatten der hoheitlichen Befugnisse ebendieser Verwaltung, die somit auch den Gestaltungsspielraum des Privaten zum Abschluss und zur Inhaltsgestaltung vorstrukturiert und den Privaten in diesen Gestaltungsspielraum aussetzt.⁷⁰

Damit ist diese Art der zwangsweisen Vermittlung von vorstrukturierten Freiheiten an den Privaten eine *interventionistische Technik*,⁷¹ mit welcher die Verwaltung ihre eigenen Grenzen überwindet, um politische Programme zu verfolgen. Gerade die fundamentalste Grenze der modernen Verwaltung, jene der gesetzlichen Grundlage, verspricht der Verwaltungsvertrag zu kompensieren: Mit dem Vertrag kann die Zustimmung des Privaten zu einem Verhalten eingeholt werden, das die Verwaltung mangels gesetzlicher Grundlage mit hoheitlichen Befugnissen nicht hätte erwirken können. So vermag zum Beispiel die Verwaltung – trotz fehlender gesetzlicher Grundlage – mit Hilfe dieses Ansatzes dem Eigentümer die Pflege von denkmalgeschützten Häusern abzurufen oder eine Nutzungsänderung zu verhindern.⁷² Und angewandt auf die grundlegendsten menschlichen Bedürfnisse zum Beispiel im Rahmen der Sozialhilfe vermag die Verwaltung auf diese Weise in Bereiche vorzustossen, die vermutlich im politischen Diskurs einer liberalen Gesellschaft unantastbar gewesen wären: So berichtet etwa PÄRLI jüngst davon, wie ein Invalidenhilfebezüger die Versicherung <freiwillig> zu einem besonders umfassenden Datentransfer an die Sozialbehörden ermächtigt, welche sodann in paternalisti-

⁷⁰ Oben Ziff. I.B. Eine Lösung über eine restriktive Annahme der Zustimmung zu suchen, würde zwar das gleiche Ziel verfolgen, aber das eigentliche Problem nicht thematisieren. Damit würde eine zukunftsgerichtete rechtliche Bearbeitung ausbleiben: vgl. Bundesgericht 2C_522/2007 28. April 2008 – *WOHNBAUGENOSSENSCHAFT X I.S. GRUNDSTÜCKGEWINNSTEUER*.

⁷¹ Zum Begriff der Intervention und des Interventionsstaats siehe oben bei Fn. 49.

⁷² Verwaltungsgericht Zürich ZR 72 Nr. 89 1973 – *DENKMALPFLEGE AN BÜRGERHÄUSER IN DER STADT ZÜRICH*, S. 215; BGE 126 I 219 2000 – *DENKMALSCHUTZ KINOSAAL VIEUX-CARROUGE*, vor allem S. 226.

scher Weise darum bemüht sind, die «Chancen der Wiedereingliederung ins Berufsleben zu erhöhen».⁷³

In dieser Situation stellt sich die Frage, *welche rechtlichen Schranken zum Schutz der Willensfreiheit des Privaten* im Rahmen des öffentlichrechtlichen Verwaltungsvertrags bestehen, wenn sich die angesprochene «Verknüpfung der Bedrohungslagen»⁷⁴ realisiert – also Zugang der Verwaltung zur Rechtsmacht des Staates, die sie sodann für ihre Position als Vertragspartei einsetzt.

[S. 404]

2. Es wurde bereits darauf aufmerksam gemacht, dass die *Zuweisung der Rechtsnatur*, also die Zuordnung des Sachverhalts zum Privatrecht oder öffentlichem Recht, eine gewisse Schutzfunktion ausübt: Jene Sachverhalte werden dem Privatrecht zugeteilt, in welchen sich die Verwaltung in die Selbstorganisation der Gesellschaft einfügt, um damit optimal von dieser Selbstorganisation zu profitieren. Auf der anderen Seite werden insbesondere jene Sachverhalte dem Verwaltungsrecht zugeordnet, in welchen die Verwaltung ihre hoheitlichen Befugnisse zur Geltung bringt oder zumindest ihre Nähe zur Rechtsmacht des Staates einsetzt.⁷⁵ Die jeweiligen Rechtsordnungen haben sich sozusagen auf je eigene Problemlagen spezialisiert.

3. Als Absicherung der Willensfreiheit gegenüber dem Vertragspartner wird allgemein die analoge Anwendung von Art. 28 ff. OR betreffend *absichtliche Täuschung und Furchterregung* befürwortet.⁷⁶ Das Bundesgericht bestätigte diese Sicht jüngst im Fall *OBERZOLLDIREKTION*, wenn auch zugunsten der Verwaltung: Als entdeckt wurde, dass eine Angestellte des Bundes in den Bewerbungsgesprächen ein hängiges Strafverfahren verschwiegen hatte, erklärte der öffentliche Arbeitge-

⁷³ KURT PÄRLI, IIZ: Illusionäre Wirkungen – Gefahren einer fürsorglichen Belagerung, in: THOMAS GÄCHTER (Hg.), *Rechtsfragen zur interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ)*, Bern 2007, N 29; ähnlich auch HARRIS, (Fn. 26), S. 925-957.

⁷⁴ Oben Fn. 42.

⁷⁵ Siehe soeben Ziff. II.A.

⁷⁶ IMBODEN (Fn. 36), S. 97a; SERGIO GIACOMINI, *Verwaltungsrechtlicher Vertrag und Verfügung im Subventionsverhältnis «Staat-Privater»*, Freiburg i. Ue. 1992, N 286 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 32), N 1118 ff. Generell bejahte jüngst das Bundesverwaltungsgericht die analoge Anwendung der obligationsrechtlichen Regeln zu Willensmängeln (Art. 23 ff. OR): BVGE A-2583/2007 17. Dezember 2007 – *X. GEGEN EDI I.S. VORZEITIGE PENSIONIERUNG*, Erw. 5.5.1; BVGE A-7749/2006 12. November 2007 – *SBB GEGEN BUNDESAMT FÜR VERKEHR*, Erw. 7.1; BVGE B-2224/2006 5. September 2007 – *G GEGEN DIENSTSTELLE LANDWIRTSCHAFT UND WALD DES KANTONS LUZERN I.S. NATURSCHUTZVERTRÄGE NHG*, Erw. 3.3.3. Ebenso Zürcher Verwaltungsgericht, PB.2006.00045 13. Juni 2004 – *A. GEGEN STAAT ZÜRICH I.S. ENTLASSUNG ALTERSHALBER*.

ber, so das Bundesgericht, zu Recht das Arbeitsverhältnis für unverbindlich (vgl. Art. 28 OR, letzter Teilgehalt).⁷⁷

Im Gegensatz zur Anwendung auf privatrechtliche Verwaltungsverträge wird allerdings beim verwaltungsrechtlichen Vertrag eine Einflussnahme der Verwaltung mittels hoheitlicher Befugnisse oder mittels ihrer Nähe zur Rechtsmacht dann nicht zu einer *Furchterregung gemäss Art. 29 f. OR* führen, wenn ein sachlicher Konnex zum Vertragsgegenstand besteht und ein angemessenes Resultat erzielt wird. Ginge es also, um auf das Beispiel der Denkmalpflege zurückzukommen, um Vertragsverhandlungen zur Erhaltung und Pflege eines Gebäudes, so bestünde bei einer durch die Verwaltung eingebrachten Drohung mit der Enteignung für den Fall, dass ein bestimmtes, zum befehlsförmigen Weg äquivalentes Ergebnis nicht erreicht würde, keine Furchterregung im Sinne von Art. 29 f. OR.

4. Im Rahmen des Verwaltungsrechts gilt die Vertragsinhaltsfreiheit nach Art. 19 Abs. 1 OR nicht. Das Verwaltungsrecht konstituiert sich durch seine [S. 405] Abgrenzung vom Privatrecht und definiert sich somit als Sonderrecht der Staatsverwaltung,⁷⁸ mit welchem diese – ihrer politischen Programme entsprechend – einseitig und wenn nötig mit Zwang auf die Gesellschaft einwirkt. Gerade durch diese Abgrenzung vom Privatrecht als Recht der autonomen Selbstorganisation ergeben sich allerdings verschiedene Absicherungen der Privaten und funktionale Äquivalente der freien Willensbetätigung: die Abgrenzung der Rechtsformen (nachfolgend a) sowie das Grundrecht auf Gewissensfreiheit im Besonderen (nachfolgend b) und die Grundrechte im Allgemeinen (nachfolgend c).

a. Indem nun das Verwaltungsrecht, das sich wie soeben erwähnt vor allem durch eine Abgrenzung gegenüber dem Privatrecht konstituiert, den Vertrag als Rechtsform in das Verwaltungsrecht doch (wieder) einführt, kommt ein sogenannter Re-Entry zustande, d. h. die konstituierende Abgrenzung des Verwaltungsrechts gegenüber dem Privatrecht mittels der Unterscheidung von Zwang versus Freiwilligkeit findet in dieses Verwaltungsrecht wieder Eingang. Ein Restgehalt von Freiwilligkeit besteht somit im Verwaltungsrecht allein aufgrund des Wesens der *Rechtsform* des verwaltungsrechtlichen Vertrags, der durch die Zustimmung der Parteien begründet wird. Ohne eine minimal freie Zustimmung könnte gar nicht

⁷⁷ BGE 132 II 161 2006 – *OBERZOLLDIREKTION*, vor allem S. 165 ff.

⁷⁸ FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928, S. 60 f.: «[Es können] zum Verwaltungsrecht im engeren Sinn nur die Vorschriften öffentlichrechtlicher Natur gezählt werden, die zusammen ein *Sonderrecht* der öffentlichen Verwaltung darstellen. Verwaltungsrecht im Sinne der nachstehenden Erörterungen ist daher das *auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittene* öffentliche Recht.» [Hervorhebungen AA]; zum Ganzen siehe ABEGG (Fn. 20), S. 66 ff.

von Vertrag gesprochen werden, respektive es läge kein Vertrag vor.⁷⁹ In diesem Sinn kommt neben der erwähnten Eruierung der Rechtsnatur (Privatrecht und öffentliches Recht) auch der Eruierung der *Rechtsform* (Vertrag und Verfügung) ein gewisser Schutzcharakter zu: Besteht keinerlei freie Zustimmung und damit kein Vertrag, so kommt das Verfügungsrecht der Verwaltung samt seinem ausgebauten materiellen und formellen Rechtsschutz zur Anwendung, und insbesondere kann keine gesetzeskompensierende Zustimmung des Privaten angenommen werden.⁸⁰

b. Niels Åkerstrøm Andersen hat in überzeugender Weise ausgeführt, worin der *Restgehalt der freien Zustimmung* bei verwaltungsrechtlichen Verträgen im Kern noch besteht: Die Freiheit des Privaten wird nicht im Sinne von KANT als a priori vorhanden, gegeben vorausgesetzt,⁸¹ sondern erst dadurch, dass der Private vor die Wahl zwischen Vertrag und Verfügung gestellt wird, gelangt er durch die von der Verwaltung verlangte Entscheidung in die *«Freiheit»*. Die traditionell apriorische Freiheit ist hier von der Verwaltung verliehen; die Verleihung von Freiheit steht in der Macht der Verwaltung. Vor dieser verliehenen Freiheit steht als Prämisse lediglich die *Gewissensfreiheit* – als Freiheit, sein Gewissen in autonomer Weise bilden und sich daran ausrichten zu können. Wer nicht Vertrag wählt, wählt – in Ausübung seiner Gewissensfreiheit als *zu schützendes verfassungsmässiges Recht* – *«Manövriermasse»* zu sein.⁸²

c. Im System des Verwaltungsrechts üben die *Grundrechte* eine doppelte Funktion aus, indem sie einerseits für den Schutz des Einzelnen gegenüber der Verwaltung sorgen und andererseits diese umfassende Macht der Verwaltung in demokratisch-rechtsstaatlicher Weise legitimieren.

Im Grundsatz bedarf jeglicher Eingriff in die Grundrechte der Privaten einer *Rechtfertigung*, d. h. es besteht ein Recht auf Überprüfung der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffs. Einer solchen legitimierenden Rechtfertigung bedarf offensichtlich auch jener Verwaltungsvertrag, der einen sogenannten *«bargain in the shadow of the state»* enthält, also die Verhandlungsmöglichkeiten des Privaten aufgrund hoheitlicher Befugnisse vorstrukturiert und damit – mit dem Abschluss oder dem Inhalt des Vertrags – in die Grundrechte eingreift.

⁷⁹ Zur Frage der Rechtsform siehe ABEGG (Fn. 20), S. 7 ff.

⁸⁰ Hierzu sogleich nachfolgend c).

⁸¹ Hierzu oben bei Fn. 28.

⁸² Siehe zur Gewissensfreiheit insbesondere die Problematik zur Dienstverweigerung: hierzu m. w. H. FERNAND CHAPPUIS, *Le refus de servir* (art. 81 du Code pénal militaire), in: SJZ 90 (1994), S. 381-384, S. 383. Jüngst ausführlich in BVGE B-2125/2006 vom 26. April 2007 – *S. V. GEGEN ZULASSUNGSKOMMISSION FÜR DEN ZIVILDIENTST*.

Ein Problem beim Grundrechtsschutz im Rahmen der Verwaltungsverträge besteht allerdings in der *Prüfung auf Gesetzmässigkeit*. Erstens löst sich der Verwaltungsvertrag naturgemäss von einer strikten gesetzlichen Grundlage. Und zweitens wird das Einverständnis des Privaten oft – zwar nicht ohne Grund, aber in der Regel ohne ausreichende Begründung – als Grundrechtsverzicht gedeutet.⁸³ Richtigerweise ist bei der Frage, ob das Einverständnis die gesetzliche Grundlage ersetzt, zu differenzieren:

- Zunächst ist zu prüfen, ob die Art und Weise, wie die Verwaltung den Privaten zu Vertragsverhandlungen bringen will, bereits einen Grundrechtseingriff beinhaltet und ob dieser gerechtfertigt ist. Es geht also um die *Situation vor der Zustimmung* des Privaten. Die – in diesem Sinn: nachträgliche – Zustimmung für sich allein vermag einen derartigen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen. Erst wenn sichergestellt ist, dass der Private seine Zustimmung unter Wahrung seiner Grundrechte abgibt, kann von einer rückwirkenden Heilung ausgegangen werden.

[S. 407]

- Entsteht durch den Vertrag eine *existenzielle Abhängigkeit* von der Verwaltung respektive von staatlichen Instanzen im Allgemeinen, so ist die Zustimmung nicht als entsprechender Grundrechtsverzicht zu deuten.⁸⁴
- Eine Zustimmung des Vertragspartners vermag selbstverständlich den Eingriff in die *Rechtssphäre Dritter, die nicht selbst zustimmen*, nicht zu rechtfertigen.⁸⁵ Selbst wenn der Staat wie im Fall *SCHWEIZERISCHER TREUHÄNDER-VERBAND C. SCHWEIZERISCHE NATIONALBANK* mit Rahmenbedingungen (oder auch mit Finanzzuweisungen) öffentliche Zwecke in eine Selbstregulierung trägt, richten sich entsprechende Ansprüche gegen den Staat, die diesen zur Einwirkung auf die Selbstregulative oder auf die Kooperationen verpflichten.

⁸³ BGE 123 I 296 1997 – *X. CONTRE CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE GENÈVE (KOPFTUCH)*, S. 303 f. Zum Verhältnis von Zustimmung und den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage vgl. BGE 129 I 161 2003 – *KINDERGARTENSTELLVERTRETUNG CHUR*, S. 163.

⁸⁴ UDO DI FABIO, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: Kontrolle der auswärtigen Gewalt: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 1997, S. 235-277, S. 256 f. Siehe auch soeben Ziff. II.A.2. Vgl. in diesem Punkt die Kopftuchfrage in BGE 123 I 296 1997 – *X. CONTRE CONSEIL D'ETAT DU CANTON DE GENÈVE (KOPFTUCH)*, S. 303 f.

⁸⁵ Bundesgericht 2C_522/2007 28. April 2008 – *WOHNBAUGENOSSENSCHAFT X I.S. GRUNDSTÜCKGEWINNSTEUER*, Erw. 3. Vgl. auch den einschränkend auszulegenden Art. 58 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes, der die schriftliche Zustimmung betroffener Dritter verlangt.

ten.⁸⁶ Dies bedeutet allerdings nicht, dass zu Recht geltend gemachte Ansprüche Dritter immer auf den Vertrag durchschlagen. Während derartige Ansprüche einen gültig abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrag grundsätzlich nicht direkt in Bestand und Inhalt tangieren,⁸⁷ vermögen eine Beschwerde gegen Normierungen indirekt, eben durch Veränderung der Rahmennormen, und eine Klage gestützt auf verwaltungsvertragliche Regelungen direkt auf die Vertragsparteien durchzuschlagen.⁸⁸

- *Konkrete Regeln und Pflichten*, die dem Privaten durch staatliche Verwaltungseinheiten einseitig oder mit zumindest indirekter Hilfe von staatlicher Rechtsmacht aufgedrängt werden, stellen potenziell einen Grundrechtsverstoss dar, der sich entsprechend zu rechtfertigen hat.⁸⁹ Dabei gilt es auch die graduelle Evolution jener Kooperationen und Selbstregulierungen im Auge zu behalten, die durchaus zu Beginn im Rahmen der Grundrechte bleiben, später jedoch die Schwelle zur Grundrechtsverletzung überschreiten kann. Oder anders gesagt: Eine einmal abgegebene Zustimmung rechtfertigt eine spätere Grundrechtsverletzung nicht ohne weiteres.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der *Wegfall gesetzlicher Legitimation nicht ohne Kompensation bleiben muss und kann*. Da durch die Verminderung gesetzlicher Bindungswirkung die Verwaltung eine Erweiterung ihrer Handlungsmöglichkeiten erfährt, ist diese Erweiterung mit Recht zu erfassen. Dabei handelt es sich bei derartigen Gestaltungsfreiräumen der Verwaltung nicht um Freiheiten im grundrechtlichen Sinn, sondern um Hand- [S. 408] lungsräume, welche die Verwaltung nach den Grundsätzen der Legitimation und des pflichtgemässen Ermessens auszuüben und zu begründen hat. Während das Erfordernis der Legitimation primär darauf abzielt, die Beteiligungsmechanismen des Gesetzes zu kompensieren, damit die Machtausübung der Verwaltung nicht primär als willkürlich, sondern letztlich als gemeinschaftlich erscheint,⁹⁰ läuft das Erfordernis des pflichtgemässen Ermessens letztlich auf eine Inhaltskontrolle von verwaltungsrechtlichen Verträgen hinaus. Dies ist angesichts der Tatsache, dass die «Disziplinierung des Vertragsinhaltes» sowohl durch den Marktmechanismus wie auch durch die Gesetzesbindung nur vermindert zum Zuge kommen, durchaus angebracht. Das deutsche Verwaltungsverfahrensgesetz sieht denn auch in § 56 vor, dass die Gegenleistung

⁸⁶ DI FABIO (Fn. 84), S. 262 ff., vor allem S. 270 f.

⁸⁷ Oben bei Fn. 39.

⁸⁸ Hierzu ABEGG (Fn. 20), S. 128 ff.

⁸⁹ DI FABIO (Fn. 84), S. 256 f.; vgl. auch MÜLLER (Fn. 54), S. 217 f.

⁹⁰ Vgl. die Parallelität zur Legitimationstheorie von ROBERT M. COVER, *Nomos and Narrative*, in: *Harvard Law Review* 97 (1983), S. 4-67, S. 11 ff.

eines verwaltungsrechtlichen Austauschvertrags den gesamten Umständen angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen muss.⁹¹ Dabei ist zu beachten, dass jene vereinbarten Leistungen, auf welche bereits ausserhalb des Vertrags ein Rechtsanspruch besteht, zum Schutz des Leistungsempfängers nicht in die Eruierung der Anmassenheit einzubeziehen sind.⁹²

C. Fazit: Rechtliche Antworten auf erzwungene Freiheiten im Schatten des Staates

1. Das stets formelhaft wiederholte Credo, der Verwaltung komme keine *Vertragsfreiheit* zu, ist zwar nicht falsch. Es greift aber doch zu kurz. Auch wenn innerhalb der Behördenhierarchie der Gestaltungsspielraum der Verwaltung bei einem Vertragsschluss immer an das pflichtgemässe Ermessen gebunden bleibt, so bildet dieser Gestaltungsspielraum der Verwaltung gegenüber dem Privaten im Rahmen der *privatrechtlichen Rechtsordnung* eine systemnotwendige Voraussetzung, denn die Verwaltung und der Private begegnen sich im Modell des privatrechtlichen Vertragsrechts als gleichgeordnete Marktteilnehmer. Entsprechend hat der Private keinen Anspruch auf den Abschluss des Vertrags und keinen Anspruch auf eine bestimmte Vertragsausgestaltung. Im Bereich des öffentlichen Rechts können sich dagegen derartige Ansprüche von [S. 409] Privaten sehr wohl gegen die Verwaltung richten, deren Handlungen sich traditionell am Gesetz auszurichten haben.⁹³

2. Das *Erfordernis der gesetzlichen Grundlage* für vertragsrechtliches Handeln hat sich heute allerdings für vertragliches Handeln der Verwaltung weitgehend relativiert, und die Vertragsform wird von der Staatsverwaltung in zunehmendem Masse da eingesetzt, wo sie ihre Ziele mit der traditionellen Handlungsform der Verfügung nicht mehr oder nicht mehr mit genügender Effizienz erreichen kann. Zudem bringt es die Rechtsform des Vertrags mit sich, dass der Verwaltung ein Verhandlungsspielraum zukommt, der sich der Legitimation durch Gesetz bis zu einem bestimmten Grad immer entzieht. Umso mehr drängt sich die Frage auf, wie diese

⁹¹ Dies entspricht im Übrigen auch der rechtlichen Situation bis zum 18. Jahrhundert, bevor der Vertragsinhalt im Zuge der Emergenz der Marktwirtschaft freigegeben wurde. Hierzu sei auf die Ausführungen zur Evolution des Verwaltungsvertrags verwiesen, die in Kürze publiziert werden.

⁹² Maurer schliesst für das deutsche Recht aus dem Rechtsanspruch auf die Unzulässigkeit eines derartigen Vertragsinhalts: HARTMUT MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, München 2004, S. 358 mit Verweis auf § 53 Abs. 2 des deutschen Sozialgesetzbuchs X.

⁹³ Oben Ziff. I.A und I.C.

«Freiheit» der Verwaltung im Vertragsabschluss und wie vor allem unerwünschte Übergriffe auf die Freiheitspositionen der Privaten rechtlich zu erfassen sind. Akzentuiert wird diese Fragestellung durch eine weitere Besonderheit vertraglichen Handelns der Verwaltung, nämlich deren Nähe zur Rechtsmacht und die entsprechende Möglichkeit, mit dieser die Vertragsbeziehung zum Privaten zu beeinflussen.⁹⁴

3. Dem jeweiligen normativen Kontext entsprechend reagieren Privatrecht und öffentliches Recht zwar unterschiedlich auf die angesprochene Problemstellung rechtsstaatlicher Bindung der Verwaltung, wobei jedoch verschiedene wechselseitige Bezüge zu beachten sind:

- Das *Privatrecht* geht von der voraussetzungslosen Willensfreiheit der Vertragsparteien aus und sichert diese als Freiheit in der Willensbildung und -äusserung ab, konkret vor allem durch das Verbot der Übervorteilung (Art. 21 OR) und durch die Normen zu den Willensmängeln (Art. 23 ff. OR). Der Gefahr, dass die Verwaltung ihre Position als Vertragspartei mit Hilfe ihrer Nähe zur Rechtsmacht des Staates beeinflussen könnte, begegnet sodann das Privatrecht mit der Sanktion absichtlicher Täuschung und Furchterregung (Art. 28 ff. OR) sowie mit dem durch Wettbewerbsrecht gesicherten Erfordernis funktionierenden Wettbewerbs, welchem auch die Verwaltung unterliegt. Zudem folgt aus Art. 19 Abs. 2 OR, dass der Staat den Vertragsinhalt entgegen dem Willen der Vertragsparteien nur durch eine unabänderliche Gesetzesvorschrift beeinflussen kann (Art. 19 Abs. 2 OR). Eine direkte Anwendung von Grundrechten im Privatrecht ist dagegen abzulehnen. Der Gefährdung gewichtiger Grundrechtspositionen ist vielmehr mit dem Einsatz privatrechtseigener Mittel zu begegnen, wie dies das Bundesgericht zum Beispiel im Fall *Post gegen Verein gegen Tierfabriken*⁹⁵ unter Vo- [S. 410] raussetzungen, die dem Vertrag zwischen Verwaltung und Privaten durchaus ähnlich sind, ausgeführt hat.⁹⁶
- Beim *verwaltungsrechtlichen Vertrag* zwischen Verwaltung und Privaten ist vor allem die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die freie Zustimmung des Privaten durch ein Element von Zwang vermittelt werden kann, wenn etwa ein drohendes Enteignungsverfahren oder der drohende Entzug einer staatlichen Leistung den Privaten erst dazu bringen soll, sich auf den Vertrag mit der Verwaltung einzulassen. Eine entsprechende Verhandlungslösung richtet sich in dieser Situation am potenziellen Verfügungsergebnis aus und wird sozusagen

⁹⁴ Oben Ziff. I.B und I.C.

⁹⁵ BGE 129 III 35 2003 – *POST GEGEN VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN*.

⁹⁶ Oben Ziff. II.A.

«in the shadow of the state» ermittelt. Hier bietet bereits die Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht einen gewissen Schutz, denn die Verwaltung hat sich im Rahmen des Privatrechts den privatrechtlichen Regeln in gleicher Weise zu fügen wie Private und hat das Spiel der Privaten zu spielen. Im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Verträgen ist die Verwaltung dagegen an die Grundrechte gebunden, wobei die Einwilligung des Privaten nicht in jedem Fall als Grundrechtsverzicht gedeutet werden darf. Darüber hinaus sind die erwähnten Normen des Privatrechts zur Absicherung des freien Willens analog anzuwenden.⁹⁷

Zusammenfassung

Die Vertragsform erfreut sich in der Zusammenarbeit von Staatsverwaltung und Privaten zunehmender Beliebtheit. Die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Verträge ist heute nicht mehr bestritten. Umso mehr muss sich aber das Augenmerk auf die rechtliche Ausgestaltung des Abschlusses und des Inhaltes des Verwaltungsvertrags richten. Die «Vertragsfreiheit der Verwaltung» stellt dabei ein neuralgischer Punkt dar, wobei zwischen der Situation in privatrechtlichen und in öffentlichrechtlichen Verwaltungsverträgen zu unterscheiden ist. Während der Vertragsfreiheit – auch der Vertragsfreiheit der Verwaltung – im Privatrecht konstitutive Bedeutung zukommt, muss im Verwaltungsrecht berücksichtigt werden, dass die freie Zustimmung des Privaten durch ein Element von Zwang vermittelt werden kann. Dieser Situation ist insbesondere mit Grundrechtsschutz und der analogen Anwendung von privatrechtlichen Normen zu begegnen.

Résumé

La forme du contrat jouit d'une vogue croissante dans la collaboration entre administration gouvernementale et secteur privé. L'admissibilité de principe de tels contrats n'est aujourd'hui plus contestée. Dès lors, le regard doit porter d'autant plus sur l'aménagement juridique de la conclusion et du contenu du contrat administratif. La „liberté contractuelle de l'administration“ constitue dans ce contexte un point névralgique où il convient de faire une distinction entre la si- [S. 411] tuation dans les contrats administratifs de droit privé et celle dans les contrats administratifs de droit public. Alors que la liberté contractuelle – également celle de l'administration – a une portée constitutive dans le droit privé, il faut considérer que la libre détermination du privé peut être transmise par un élément de con-

⁹⁷ Oben Ziff. II.B.

trainte. Il convient de faire face à cette situation en particulier en protégeant les droits fondamentaux et par une application analogique du droit privé.