Die Bewertung von Kooperationen zwischen Staat und Privaten in der staatstheoretischen Diskussion der Schweiz

Andreas Abegg*

I. Das Paradox öffentlich-privater Kooperationen in der Schweiz

Rechtswissenschaftliche Untersuchungen zu Kooperationen zwischen dem Gemeinwesen und Privaten in der Schweiz betonen in ihren Einleitungen gerne, dass die Schweiz *das* Land der öffentlich-privaten Kooperationen sei.[1] Andererseits kommen diese wissenschaftlichen Untersuchungen zum Schluss, dass die öffentlich-privaten Kooperationen im Allgemeinen und Public Private Partnership (PPP) im Besonderen heute nicht recht zum Durchbruch kommen.[2] Diese beiden Aussagen scheinen sich fundamental zu widersprechen. In der Form von X ist Y und zugleich X ist nicht Y, bilden sie ein *Paradox*. In welchem Kontext werden diese Äußerungen jeweils gemacht?

Die apodiktisch gehaltene Aussage, die *Schweiz sei das Land des PPP*, bezieht sich auf eine traditionelle Art von Kooperationsformen zwischen Staat und Privaten. Angeführt wird dann zum Beispiel, dass die Schweiz bereits zum Ende des 19. Jahrhunderts und just heute wieder Großprojekte des Eisenbahn- und Tunnelbaus

---

* PD Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt in Zürich. Der Autor ist Privatdozent der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg und lehrt zurzeit an der Universität Luzern sowie an der ZHAW School of Management and Law, Zürich. Er hat seine Habilitationsschrift zu Geschichte, Theorie und Dogmatik des kooperierenden Staates verfasst (zwei Bände, Zürich 2009 und Bern 2010). Herzlichen Dank für kooperative Anregungen und kritische Hinweise zur vorliegenden Untersuchung gehen an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Seminars ‚Wandel der Staatlichkeiten und wieder zurück?' in Speyer am 19. September 2009 sowie an meinen Kollegen lic. iur. Max Berger, Rechtsanwalt Bern und an Kamala Zimmermann, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Die vorliegende Bearbeitung wurde am 1. Dezember 2009 abgeschlossen. Neue Literatur und Rechtsprechung wurden nur noch punktuell berücksichtigt.

[1] Vgl. BLAISE KNAPP, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel 1992, N 2731 ff; URS BOLZ, Public Private Partnership in der Schweiz. Grundlagenstudie – Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung, Zürich 2005, 11, mit Verweis auf die geschichtlichen Grundlagen des PPP in der Schweiz.

[2] URS BOLZ/MARK INEICHEN/BURKHARD LANDRÉ, PPP-Projektvertrag: Herausforderungen und Lösungsansätze, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, 143-157, Zürich 2007, 147; URS BOLZ/ET AL., Public Private Partnership: Gesetzgeberischer Handlungsbedarf in der Schweiz, Zürich 2008. Vgl. auch die am 23. Oktober 2009 abgehaltene Tagung in Bern mit dem programmatischen Titel „PPP – Was fehlt zum Durchbruch?". Vgl. auch MARTIN PHILIPP WYSS (Fn. 18), 1201 f. Nach Wyss hat PPP in der Schweiz ‚keine Euphorie ausgelöst'.

in öffentlich-privaten Partnerschaften durchführt. Während um 1880 der Gotthardtunnel unter maßgebender Beteiligung von Privaten erstellt worden war, geht es heute um den Bau der Neuen Alpentransversale (Neat).[3] Frühe Kooperationen zwischen Staat und Privaten sind aber auch im Bereich der Wasserkraft[4] und des Starkstroms[5] zu verzeichnen. Es kann zudem auf die privat geführten Notariate und Konkursverwaltungen sowie auf die ebenfalls mehrheitlich privat oder halbprivat organisierten Sozialversicherungen verwiesen werden.[6] Und ganz allgemein zeichnet sich die schweizerische Ausprägung einer liberalen Volksdemokratie durch ein weitgreifendes Milizsystem von Politik und Militär bis hin zur Beteiligung von Privaten an der Verwaltung aus.[7]

Die Feststellung, *dass sich öffentlich-rechtliche Kooperationen in der Schweiz nicht recht durchzusetzen vermögen,* richtet sich dagegen auf ein ganz konkretes normatives Programm. So erschien jüngst eine programmatische Schrift mit dem Titel „PPP – Gesetzgeberischer Handlungsbedarf in der Schweiz“ zu jenen Rechtsproblemen, die nach Meinung der Autoren seit Jahren bekannt, aber vom Gesetzgeber bislang nicht angegangen worden seien.[8] Und in Bern wurde im Herbst 2009 eine weitbeachtete Konferenz mit prominenter wissenschaftlicher und politischer Beteiligung mit dem aussagekräftigen Titel „PPP – Was fehlt zum Durchbruch?“ abgehalten.[9] Aus

---

[3] Vgl. hierzu URS BOLZ/ET AL. (Fn. 2), 82.

[4] Vgl. hierzu die Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 127 II 69 zu einer alten, „ewigen“ Wasserrechtskonzession.

[5] Das schweizerische (eidgenössische) Starkstrominspektorat (ESTI) hat private Ursprünge und wird heute von der Electrosuisse, SEV Verband für Elektro-, Energie- und Informationstechnik im Auftrag des Bundes geführt.

[6] AUGUST MÄCHLER, Rechtsfragen um die Finanzierung privater Träger öffentlicher Aufgaben, in: AJP 2002, 1177.

[7] GUIDO GRÜTTER, Stand von PPP – wo steht die Schweiz?, in: Verein PPP Schweiz/Andreas Lienhard/et. al. (Hg.), PPP – Was fehlt zum Durchbruch?. Public Private Partnership Fachtagung 2009, im Erscheinen 2010. Anders wären die entsprechenden Pfadabhängigkeiten für Deutschland zu beschreiben. Im Zentrum stünde die traditionelle Konzeption eines eigenständigen Beamtenstandes, welcher auch die Rolle einer unabhängigen Vermittlerin zwischen (fürstlicher) Macht und Volk übernimmt, sowie die erfolglosen Versuche der Liberalen im 19. Jahrhundert, nachhaltigen politischen Einfluss zu erlangen: hierzu im Überblick JAMES J. SHEEHAN, Der Ausklang des alten Reiches: Deutschland seit dem Ende des Siebenjährigen Krieges bis zur gescheiterten Revolution: 1763 bis 1850, Berlin 1994, 397 ff.; vgl. auch ROBERT VON MOHL, Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, Tübingen 1831, 189. Diese Konzeption wirkt sich bis heute insofern aus, als nach Art. 33 Abs. 4 GG die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen: hierzu anstelle vieler mit Blick auf die Auswirkungen auf PPP ANDREAS FISAHN/REGINA VIOTTO, Privatisierung und Public-Private-Partnership, in: KritV 91 (2008), 269.

[8] URS BOLZ/ET AL. (Fn. 2).

[9] Konferenz vom 23. Oktober 2009, Bern, unter der Leitung von Prof. Andreas Lienhard, Universität Bern.

dieser Sicht lautet also die konkrete Fragestellung: Was braucht es, damit PPP in der Schweiz zum Durchbruch kommt. Die dabei identifizierten Probleme und Lösungsansätze lassen sich im Überblick in zwei Themen unterteilen:

- Zum Ersten bestehen im Bereich des geltenden *Vergaberechts* einige Unsicherheiten: So ist nicht geklärt, in welchen Fällen in der Schweiz PPP dem Vergaberecht untersteht und in welchen nicht. Das Bundesgericht scheint eine weniger strenge Auffassung zu vertreten als die Europäischen Gerichte.[10] Abgesehen von dieser Unsicherheit kommt eine Weitere dazu. Im Rahmen von PPP-Projekten ist es entscheidend, dass Besteller und Anbieter den komplexen Inhalt der zu erbringenden Leistung aus- und verhandeln können. Das geltende Vergaberecht der Schweiz verbietet jedoch Verhandlungsrunden,[11] und auch eine Kombination von verschiedenen Beschaffungsarten wird von der Rechtsprechung abgelehnt.[12] Hier wäre dringend Abhilfe geboten, doch soll in der Revision des schweizerischen Vergaberechts just die vorgesehene PPP-Regelung aus dem Gesetzesentwurf gekippt werden.[13]
- Zum Zweiten stellt die PPP-Lehre eine Benachteiligung des PPP gegenüber konventioneller verwaltungseigener Leistungserbringung in der *Rechnungslegung* fest. Für das Finanzrecht und das Recht der öffentlichen Rechnungslegung wird moniert, dass PPP-Projekte mit ihrer Lebenszyklusbetrachtung Kosten ausweisen, welche bei anderen Finanzvorlagen fehlten. Das damit erreichte Kostenvolumen kann in der Tat dazu führen, dass Ausgabenbeschlüs-

---

[10] Bundesgericht 2C_116/2007 und 2C_396/2007, *X. c. Gemeinde Galgenen*, zum Prinzip der Einmaligkeit der Ausschreibung: Mit Verweis auf das Verwaltungsgericht Schwyz stellt das Bundesgericht fest, dass der vom Investor beizuziehende Totalunternehmer nicht ebenfalls aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung durch die Gemeinde ausgewählt wird, sondern unabhängig vom Ergebnis des seitens der Vergabebehörde eingeleiteten informellen Präqualifikationsverfahrens autonom vom Investor zu bestimmen ist, welcher für die Kosten einzustehen habe. Hierzu PETER HETTICH/URS HAEGI, Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid X. c. Gemeinde Galgenen SZ 2C_116/2007 und 2C_396/2007, in: AJP 2008, 241 m.w.H.

[11] CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/FELIX JOST, Public Private Partnership – wenn Staat und Private kooperieren, in: Baurecht (BR) 2006, 31 f.; URS BOLZ/MARK INEICHEN/BURKHARD LANDRÉ (Fn. 2), 143-157, Zürich 2007, 147 f.; URS BOLZ/ET AL. (Fn.2), 3 ff.

[12] GEORG GANZ, Neue Ansätze beim Beschaffungsrecht: Ein Vorschlag de lege ferenda, in: Baurecht (BR) 2006, 198.

[13] Anders stellt sich die Situation in Deutschland dar, das eine entsprechende Änderung des Beschaffungsrechts durch das sogenannte ÖPP-Beschleunigungsgesetz erfahren hat. Allerdings ist die Praxistauglichkeit der einzelnen Regelungen umstritten. Vgl. hierzu unter anderen WINFRIED BAUSBACK, Public Private Partnerships im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 59 (2006), 903; HEDDA HETZEL/BERND FRÜCHTL, Das Zusammenwirken von öffentlicher Hand und Privatwirtschaft in Öffentlich Privaten Partnerschaften, in: Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.) 2006, 654 f. Zum Beschleunigungsgesetz generell MICHAEL UECHTRITZ/OLAF OTTING, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-rechtliche Partnerschaften“?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 10 (2005).

> se zu PPP-Projekten höhere politische Hürden zu überwinden haben. Zudem wird darauf hingewiesen, dass Subventionszahlungen häufig auf Investitionen oder Betriebskosten innerhalb einer bestimmten Frist ausgerichtet sind und damit nicht vom PPP-typischen Lebenszyklusansatz ausgehen. Im Subventionsbereich fehlen damit Anreize, private Mittel einzubeziehen.[14]

Abgesehen von diesen konkreten Mängeln, die – so die PPP-Lehre – durch den Gesetzgeber zu beheben seien, besteht ein weiteres Problemfeld grundsätzlicherer Natur: die in der Schweiz verhältnismäßig strenge *Doktrin der gesetzlichen Grundlage.* Es ist weitgehend ungeklärt, wann und in welchem Ausmaß PPP-Projekte einer gesetzlichen Grundlage bedürfen – mit maßgeblichen Folgen für die Rechtssicherheit von PPP-Projekten.[15] Darauf wird zurückzukommen sein.[16]

Wenn von einer schweizerischen *PPP-Lehre* gesprochen wird, dann ist dies zu relativieren. Es handelt sich um eine sehr kleine Gruppe von Rechtswissenschaftlern und Rechtspraktikern, die sich detailliert mit öffentlich-privaten Kooperationen befassen, und zwar mit dem Ziel, über Arbeit an der Rechtsdogmatik und mit Forderungen an den Gesetzgeber zur Rechtssicherheit in öffentlich-privaten Kooperationen beizutragen und damit die öffentlich-privaten Kooperationen zu fördern.[17] An der Anzahl einigermaßen einschlägiger Publikationen zu urteilen, scheint der Rest der Lehre gegenüber öffentlich-privaten Kooperationen weitgehend indifferent zu sein. Weitet man den Suchradius aus und zieht allgemeine Äußerungen zu Aufgabenauslagerung, Privatisierung und ähnliches hinzu, so zeigt sich allerdings, dass die schweizerische Staatslehre gegenüber Kooperationen von Staat und Privaten kritisch eingestellt ist und für die Zulässigkeit derartiger Vorhaben auf den Gesetzgeber verweist: Es sei Sache des Gesetzgebers, in dieser Sache tätig zu werden respektive die notwendigen gesetzlichen Grundlagen zu schaffen.[18]

---

[14] URS BOLZ/MARK INEICHEN/BURKHARD LANDRÉ (Fn. 2), 147 f; URS BOLZ/ET AL. (Fn. 2), 4.

[15] Zur Rechtssicherheit und deren zentrale Bedeutung für PPP-Projekte vgl. den Beitrag Schomaker in diesem Band. Vgl. hierzu MARC EHRENSPERGER, Erfolgsvoraussetzungen von Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau – eine Zwischenbilanz für die Schweiz mit besonderer Berücksichtigung der Kantone, Bern 2007.

[16] Unten III.

[17] Vgl. insbesondere ANDREAS LIENHARD, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, in: AJP 2002; URS BOLZ, Public Private Partnership (PPP) in der Schweiz, in: ZBL 2004; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/FELIX JOST (Fn. 11); URS BOLZ/MARK INEICHEN/BURKHARD LANDRÉ (Fn. 2); URS BOLZ/ET AL. (Fn. 2). Zum Wert der Rechtssicherheit in PPP-Projekten vgl. soeben Fn. 15.

[18] Anstelle vieler vgl. 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, 295-322, Basel 1985; PAUL RICHLI, Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht, in: ZBl 1991, 404; PIERRE TSCHANNEN, Privatisierung: Ende der Verfügung, in: Wolfgang Wiegand (Hg.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, BTJP 1997, 209-240, Bern 1998, 236 f.; MARKUS SCHEFER, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher

Ähnlich sieht es beim *schweizerischen Bundesgericht* aus. Im Fall der schwyzerischen Gemeinde Galgenen hätte das Bundesgericht im Jahr 2007 die Gelegenheit gehabt, vom Vergaberecht ausgehend eine gerichtliche Aufarbeitung des PPP-Rechts in Angriff zu nehmen. Doch verweigerte sich das Bundesgericht der Sache mit dem Hinweis, es stellten sich keine Fragen von grundsätzlicher Bedeutung.[19]

Somit kann ein gewisser *Stillstand in der rechtlichen PPP-Entwicklung der Schweiz* festgestellt werden, der zur heutigen Zeit der Wirtschaftskrise mit einem marktwirtschaftlich bedingten Stillstand von Finanzierungskooperationen infolge der verteuerten privaten Geldbeschaffung einhergeht. Mit der im Titel dieses Beitrags angekündigten Fragestellung nach dem Einfluss der Staatsrechtslehre auf öffentlich-private Kooperationen kann insoweit festgehalten werden, dass Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Schweiz zum Recht öffentlich-privater Kooperationen mehrheitlich schweigen und diesen Kooperationen mindestens implizit und zuweilen auch explizit kritisch gegenüberstehen.

Wie ist dieses Schweigen zu den konkreten Problemen der öffentlich-privaten Kooperation und die damit wohl verbundene Ablehnung zu deuten? An mangelndem akademischem Personal kann es nicht liegen, denn die Schweiz verfügt über eine lebhafte staatsrechtliche und verwaltungsrechtliche Debatte. Zu vermuten sind vielmehr, so die dieser Untersuchung zugrunde liegende Hypothese, *strukturelle Gründe, die im schweizerischen Staatsverständnis zu suchen sind.* Die zu beantwortende Frage ist somit, wie sich die schweizerische Staatslehre zum kooperierenden Staat im Allgemeinen und zu öffentlich-privaten Kooperationen im Besonderen stellt. Und konkreter: Lassen sich aus den allgemeinen und den – nicht besonders zahlreichen – konkreten Aussagen der Staatslehre zum kooperierenden Staat Gründe dafür ablesen, wieso sich die Schweiz als Land der öffentlich-privaten Kooperationen sieht und zugleich festgestellt wird, dass diese Kooperationen heute nicht recht zum Durchbruch gelangen (nachfolgend Kap. IV)? Dabei sind auch konkrete Pfadabhängigkeiten miteinzubeziehen, die im konzeptionellen Verhältnis der zu Beginn des 20. Jahrhunderts entstehenden Verwaltungsrechtswissenschaft und dem Staat zu suchen sind (nachfolgend Kap. III). Zunächst jedoch sind die grundlegenden Begriffe sowie die Beobachtungsperspektive der vorliegenden Untersuchung zu klären, die das Verhältnis von Staatslehre und öffentlich-privaten Kooperationen vorstrukturieren (unmittelbar nachfolgend).

Aufgaben, in: AJP 2002, 1142; MARTIN PHILIPP WYSS, Doppelte Freude und geteiltes Leid?, Kritische Schlaglichter auf Phänomene staatlich-privater Kooperation, in: AJP 2002, 1203; GEORG MÜLLER, Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (Hg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis, 25-37, Zürich 2007, 34; hierzu im Detail unten III, vor allem Fn. 58 ff.

[19] Bundesgericht 2C_116/2007 und 2C_396/2007, *X. c. Gemeinde Galgenen*. Siehe hierzu PETER HETTICH/URS HAEGI (Fn. 10).

II. Kooperationen zwischen Staat und Privaten aus der Sicht der Staatslehre – Die Beobachtung der Beobachtung

Begriffe wie Public Private Partnership oder öffentlich-privaten Partnerschaften werden uneinheitlich verwendet. Im Folgenden wird der *Begriff der öffentlich-privaten Kooperationen* verwendet, und zwar vor allem darum, weil er bislang nicht politisch besetzt wurde und eine rechtswissenschaftliche Sichtweise damit weniger in Gefahr kommt, als Teil ideologischer Grabenkämpfe wahrgenommen zu werden.[20]

Weitgehender Konsens besteht darin, dass der Begriff der öffentlich-privaten Kooperation mindestens eine kooperativ ausgestaltete Rechtsbeziehung beinhaltet, welche die Erfüllung einer vom Staat nachgesuchten Leistung zum Gegenstand hat.[21] Um den Begriff der Kooperation (oder Partnerschaft) von einem ‚normalen' Vertrag zwischen Staat und Privaten, wie er etwa im Rahmen einer traditionellen Beschaffung zu Bedarfszwecken zustandekommen kann, zu unterscheiden, wurde vorgeschlagen, dass eine Kooperation *mehr als eine Wertschöpfungsstufe* beinhalten müsse: Kooperationen würden dann vorliegen, wenn das Gemeinwesen Herstellung und Betrieb oder Herstellung und Finanzierung auf den Privaten übertragen würde.[22] Als sinnvoll könnte sich auch erweisen, auf das Element der Zeit abzustellen, denn im Vergleich zu einer kurzfristigen Leistungsabwicklung bringt eine Kooperation, die *über einen längeren Zeitrahmen andauert*, spezielle Problemstellungen mit sich, die einer speziellen rechtlichen Lösung bedürfen.

Weitere einschränkende Begriffsmerkmale wie eine Begrenzung auf öffentliche Infrastruktur oder auf die Bedarfsverwaltung würden den Nachteil mit sich bringen, Randphänomene oder neuartige Phänome von Kooperationen, die mittlerweile über die traditionellen Infrastruktur- oder Dienstleistungskooperationen hinausreichen, von Beginn an auszuschließen.[23] Gerade aber bei einer theoretischen Sichtweise auf das Thema würden frühzeitige Verengungen den Blick auf interessante Aspekte verwehren. Würde man zum Beispiel den Begriff der öffentlich-privaten Kooperationen auf die Bedarfsverwaltung einengen, also jene Verwaltungsart, die sich mit der Beschaffung der eigenen Verwaltungsmittel befasst, so wäre überhaupt keine Entwicklung in der diesbezüglichen Rechtslehre zu erkennen: Verträge zur Deckung des un-

---

[20] Zur Notwendigkeit eines analytischen Untersuchungsrahmens und der entsprechenden Distanzierung von politischer Ideologie siehe den Beitrag von Ziekow in diesem Band.

[21] Anstelle vieler URS BOLZ (Fn.1), 13; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI/FELIX JOST (Fn. 11), 27; JEAN BAPTISTE ZUFFEREY/JULIEN LE FORT, L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics, in: Baurecht (BR) 2006, 99.

[22] Vgl. hierzu den Beitrag von Mühlenkamp in diesem Band.

[23] Vgl. nur die umstrittenen Kooperationen im Sicherheitsbereich, erläutert im Beitrag von Pitschas in diesem Band. Aus schweizerischer Sicht hierzu die kritische Studie von WALTER KÄLIN/ANDREAS LIENHARD/JUDITH WYTTENBACH/MIRJAM BALDEGGER, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben, Basel 2007. Zum Begriff des PPP im internationalen Rechtsvergleich siehe URS BOLZ (Fn. 1), 14 ff.

mittelbaren Verwaltungsbedarfs waren schon im 19. Jahrhundert zulässig und sowohl in Deutschland wie auch in der Schweiz dem Privatrecht zugeordnet.[24] Interessante evolutorische Variationen erscheinen freilich mit der Frage, was unter Bedarfsverwaltung zu verstehen ist.[25] Und noch interessanter wird es, wenn man den heute bereits weit über die einfache Bedarfsverwaltung hinauswachsenden Kooperationsbedarf im Auge behält.[26]

Dieser wachsende Bedarf an Kooperation des Staates kann als Gegenstand der *Staatstheorie* thematisiert werden. Als Staatstheorie sind jene wissenschaftlichen Äußerungen zum Staat zu verstehen, die sich über die konkreten Rechtsregeln hinaus mit der Funktion des Staates in der Gesellschaft im Allgemeinen und mit der Funktion des kooperierenden Staates in der Gesellschaft im Speziellen befassen. Da im Folgenden das Verhältnis der Staatstheorie zum Recht der öffentlich-privaten Kooperationen untersucht werden soll, geht es primär um jene wissenschaftliche Äußerungen, die derartige – zumindest implizite – theoretische Äußerungen mit der Beschreibung positiven Rechts kombinieren. Es geht dann vor allem um die Staats*rechts*lehre, die sich auch zu öffentlich-privaten Kooperationen äußert.

Wenn in der Folge diese schweizerische Staatsrechtslehre mit dem aktuellen Stand öffentlich-privater Kooperationen im schweizerischen Recht in Beziehung gesetzt wird, wenn also konkret nach jenen Elementen in der Staatsrechtslehre gefragt wird, die auf die rechtliche Ausgestaltung öffentlich-privater Kooperationen und damit auf die Praxistauglichkeit öffentlich-privater Kooperationen einwirken, dann handelt es sich zwar primär um eine *rechtstheoretische Fragestellung – um eine Beobachtung der staatsrechtlichen Beobachtung und Beschreibung von Kooperationen.* Ihr Material und auch ihre Relevanz erhält diese theoretische Fragestellung aber durch die Praxis. Im besten Fall resultieren dann durch Praxis informierte Theorie und theoretisch fundierte Schlussfolgerungen für die Rechtspraxis.

III. Pfadabhängigkeiten des kooperierenden Staates

Ein Blick in die Entstehungszeit der schweizerischen Verwaltungsrechtslehre ist besonders erhellend für das Verhältnis zwischen Staatslehre und dem kooperierenden Staat:[27] Die Gründerväter des schweizerischen Verwaltungsrechts setzten sich expli-

---

[24] Vgl. zum Beispiel FRITZ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1913, 48, 135 f. und 182 ff. Zur Rolle der Doktrin der Bedarfsverwaltung für den kooperierenden Staat siehe unten Fn. 55.

[25] Hierzu explizit THOMAS FLEINER-GERSTER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1980, 33; unten bei Fn. 50.

[26] Vgl. für Beispiele bis hin zum Betrieb von Strafvollzugsinstitutionen und der Ausführung von polizeilichen Sicherheitsdienstleistungen bei ANDREAS LIENHARD (Fn. 17), 1163 f; ANDREAS ABEGG, Vom Contrat Social zum Gesellschaftsvertragsrecht – alt-neue Probleme und Chancen des Verwaltungsvertrags, in: Ancilla Iuris (anci.ch) 3 (2008).

[27] Der Blick auf die Pfadabhängigkeiten müsste freilich bereits weit früher angesetzt werden. Hierzu im Detail ANDREAS ABEGG, Die Verbannung des kooperierenden Staates – Ein Beitrag zur Evolu-

zit mit dem kooperierenden Staat auseinander und prägten damit nicht nur die nachfolgende Diskussion bis heute, sondern bildeten an diesem Gegenstand die Eigengesetzlichkeit des Verwaltungsrechts aus, die sich vor allem in Abgrenzung zum Privatrecht konstituieren sollte.[28]

Fritz Fleiner (1867-1937) kann ohne Zweifel als einer der Gründervater des schweizerischen Verwaltungsrechts bezeichnet werden. Zunächst lehrte Fleiner in Deutschland, wo er auch sein erfolgreiches Werk zu den Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts in mehreren Auflagen publizierte.[29] Ab 1916 kehrte er dann in die Schweiz zurück und nahm maßgeblich Anteil am Aufbau der schweizerischen Verwaltungsrechtslehre, in welcher entsprechend bis heute deutsche Einflüsse deutlich auszumachen sind.[30]

Fleiner legte aber auch besonderen Wert darauf, die Eigenheiten des schweizerischen Staates im Verwaltungsrecht zu verankern. Seine Antrittsrede an der Universität Zürich im Jahr 1916 stand unter dem Titel „Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz". Und im Jahr 1929 erschien eine höchst aufschlussreiche Vergleichung zwischen dem deutschen und dem schweizerischen Staatsmodell. Darin führt Fleiner aus, dass in der Schweiz die Vereinigung von Liberalismus und Demokratie in der Mitte des 19. Jahrhunderts zur Verankerung der nationalen Einheit im Volkssouverän geführt habe.[31] Der Volkssouverän als politische Letztbegründungsmacht des Volkes wird damit zum einheitsstiftenden Element des schweizerischen Staates und zum Symbol der staatlichen Einheit schlechthin. Fleiner begründet es so:

„In der Schweiz – der Heimat Rousseaus – wurzelt die Volkssouveränität in der alle Schichten gleichmäßig durchdringenden Vorstellung, daß das Volk die letzte Quelle aller öffentlichen Gewalt ist. Die Verfassung des Kantons Zürich vom 18. April 1869 hebt mit den Sätzen an: 'Die Staatsgewalt beruht auf der Gesamtheit des Volkes. Sie wird unmittelbar durch die Aktivbürger und mittelbar durch die Behörden und Beamten ausgeübt.' Daraus erklärt sich die instinktive Abneigung des Schweizervolkes

---

tion von Verträgen zwischen Staat und Privaten im 18. und frühen 19. Jahrhundert in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Bern 2010, im Erscheinen.

[28] So bereits CARL FRIEDRICH VON GERBER, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1880, 116 Fn. 1; OTTO MAYER, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, in: Archiv für öffentliches Recht Bd. 3 1888, 35; FRITZ FLEINER (Fn. 24), 5 f.

[29] FRITZ FLEINER (Fn. 24).

[30] Zu Fritz Fleiner und seinem Werk vgl. ROGER MÜLLER, Verwaltungsrecht als Wissenschaft. Fritz Fleiner, 1867-1937, Frankfurt a. M. 2006.

[31] FRITZ FLEINER, Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz, Akademische Antrittsrede, Zürich 1916, 9; FRITZ FLEINER, Schweizerische und deutsche Staatsauffassung, in: Ausgewählte Schriften und Reden, 235-255, Zürich 1929/1941, 235.

gegen alle äußere Autorität, die nicht direkt oder indirekt im Volke ihren Ursprung hat.“[32]

Volkssouveränität wird dabei vor allem auch auf die Gesetzgebung bezogen,[33] so dass alle wichtigen Fragen, insbesondere auch alle wichtigen Sachfragen, auf den Volkswillen bezogen werden müssen.[34] Und da die Souveränität per definitionem nicht verhandelbar und hinterfragbar ist, darf der Gesetzgeber von den Gerichten nicht beurteilt werden.[35] In diesem Sinn ist die schweizerische Demokratie eine absolute, als sie, wie bereits erwähnt, auch über das Recht verfügt. Und in der Tat finden wir bei Fleiner den Vorläufer der heutigen Doktrin eines Gesetzgebers, der über dem Recht steht:

„Sobald das Gesetz selbst ein Rechtsverhältnis zu einem öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen gestempelt hat, ist die Streitfrage entschieden.“[36]

Walther Burckhardt (1871-1939) lehrte ab 1899 zunächst in Lausanne und später in Bern.[37] Auch Burckhardt stellte die Volksdemokratie als Ursprung gesellschaftlicher Machtausübung in den Mittelpunkt der schweizerischen Staatslehre. Und aus dieser Sicht einer *absoluten Volksdemokratie* musste – so Burckhardt – der Vertrag zwischen Staat und Privaten ganz allgemein als Abnormität erscheinen.[38] Nach dieser Meinung ist folglich unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips nicht entscheidend, dass der Staat unter Einsatz seiner Rechtsautorität das sachlich Richtige vollzieht, sondern dass die Frage nach dem sachlich Richtigen *vom Gesetz erfasst* wird und damit auf den Souverän zurückbezogen werden kann.[39]

Damit bestand kein Spielraum für Verhandlungen mit Privaten.[40] Dies galt nach Burckhardt selbst für die durch Gesetz explizit als Vertrag bezeichneten Dienste des

---

[32] FRITZ FLEINER, Schweizerische und deutsche Staatsauffassung, in: Ausgewählte Schriften und Reden, 235-255, Zürich 1929/1941, 237.

[33] FRITZ FLEINER (Fn. 32), 237

[34] FRITZ FLEINER (Fn. 32), 238; heute ebenso GEORG MÜLLER (Fn. 18), 34.

[35] Art. 113 Abs. 3 Bundesverfassung 1874, heute Art. 190 Bundesverfassung; FRITZ FLEINER (Fn. 32), 245.

[36] FRITZ FLEINER (Fn. 24), 51.

[37] Zu Burckhardt vgl. HANS HUBER, Walther Burckhardt, in: Hans Schulthess (Hg.), Schweizer Juristen der letzen hundert Jahre, 485-514, Zürich 1945.

[38] WALTHER BURCKHARDT, Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens, dem Schweizerischen Bundesgerichte dargebracht von der Juristischen Fakultät der Universität Bern, 1-92, Bern 1924, 40 f., 71.

[39] Vgl. MAX IMBODEN, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, in: ZSR 77 II 1958, 31a zu WALTHER BURCKHARDT (Fn. 38), 70.

[40] Kritisch zu diesem Rechtsbegriff, mit welchem, so Burckhardt, der Staat die gesamte gesellschaftliche Tätigkeit übernommen habe FRIEDRICH DARMSTAEDTER, Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaates: eine Untersuchung zur gegenwärtigen Krise des liberalen Staatsgedankens, Heidelberg 1930, 81. Darmstaedter unterstellt Burckhardts Rechtsbegriff insbesondere eine Nähe zur faschistischen Idee.

Staates etwa im Betrieb von Eisenbahnen, Abgabe von Wasser und Elektrizität sowie selbst im Betrieb einer Sparkasse – mit der Folge, dass nach Burckhardt die Zivilgerichte nur über die Erfüllung des von den Parteien so bezeichneten Vertrags entscheiden sollten, nicht aber über die Regeln des Vertragsschlusses. Denn es sei ein Widerspruch, …

„… wenn sich das öffentliche Interesse mit dem privaten 'vertragen' muss, um sich durchsetzen zu können."[41]

Fritz Fleiner stimmte dem insofern zu, als seiner Ansicht nach in der Beziehung zwischen hoheitlichem Staat und Privaten die meisten von der Praxis als Verträge bezeichneten Verwaltungsakte einseitige Verfügungen darstellten, deren Rechtmäßigkeit allerdings durch die Zustimmung der Betroffenen bedingt sei. Fleiner vermochte aber aufgrund der *zentralen Stellung des Gesetzes* in seiner Theorie den Vertrag als mögliche Rechtsform zwischen Staat und Privaten nicht ganz auszuschließen: Verträge könne es nämlich dort geben, wo der Gesetzgeber mit einer expliziten gesetzlichen Grundlage auf das einseitige Vorgehen verzichtet habe.[42] Dieser Meinung folgte sodann das schweizerische Bundesgericht explizit in BGE 41 II 299 (1915; Kraftwerk Laufenburg gegen Staat Aargau).[43]

IV. Aktuelle Positionen der schweizerischen Staatslehre zum Legalitätsprinzip

Die Einwände gegen den Verwaltungsvertrag in Deutschland waren zunächst durchaus vergleichbar mit jenen von Fleiner und Burckhardt. Während es Otto Mayer ebenfalls um das Konzept des souveränen Staates ging, der per definitionem nicht mit Privaten kooperieren könne,[44] war Mayer aber weniger um eine formelle Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Dienste der Demokratie, sondern mehr um die Überwindung des Polizeistaates mit Hilfe des Rechts bemüht.[45] Mit der Ausweitung

---

41 WALTHER BURCKHARDT (Fn. 38), 70.

42 FRITZ FLEINER, Der Vertrag im Verwaltungsrecht (Vortrag vom 9. März 1910, aufgezeichnet von H.L.), in: SJZ VI 1910, 352; FRITZ FLEINER (Fn. 24), 201 ff. In dieser Meinung folgt Fleiner explizit Laband, der sich gegen Otto Mayer gestellt hatte: PAUL LABAND, Rezension zu Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, in: Archiv für öffentliches Recht 2 (1887), 158 f. Vgl. hierzu auch ROGER MÜLLER (Fn. 30), 100 ff. Aus theoretischer Sicht ging es Fleiner bei der gesetzmäßigen Verwaltung als Errungenschaft des Verfassungsstaates zugleich um Legitimation der Herrschaft und um Schutz der bürgerlichen Gesellschaft insbesondere durch Gewährleistung von Individualrechten und Rechtsgleichheit: FRITZ FLEINER (Fn. 24), 121 ff.

43 S. 314 f.: Vor allem wurde eine Schiedsklausel insofern als unzulässig bezeichnet, als sie sich auf die Festlegung eines Wasserzinses bezog, für welchen jede gesetzliche Grundlage fehlte.

44 OTTO MAYER (Fn. 28), 38.

45 Zu den entsprechenden Verschiebungen im Begriff der Gesetzmäßigkeit vgl. THOMAS VESTING, Rechtswissenschaftliche Beobachtung des Rechtssystems: Einheitsbildung und Differenzerzeugung, in: Hans-Heinrich Trute/et al. (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 233-251, Tuebingen 2008.

dieser Bemühungen um Rechtstaatlichkeit auf die gesamte Verwaltung suchte das deutsche Recht *nach den Erfahrungen des Zweiten Weltkriegs* den festen Boden einer *rechtsstaatlichen* Demokratie. Damit relativierten sich auch die früheren Einwände gegen den kooperierenden Staat,[46] die vor allem im erwähnten Verständnis von Staatssouveränität und einer unversöhnlichen Gegenüberstellung von Staat und Bürger fußten.[47] Demgegenüber fand die auf das Konzept eines absoluten Souveräns zurückzuführende kritische Haltung von Fleiner und Burckhardt in der Schweiz auch nach dem Krieg großen Nachhall.[48] Nachdem sich bereits Imboden 1958 in seinen grundlegenden Äusserungen zum Verwaltungsvertrag kritisch zum kooperierenden Staat geäußert hatte,[49] gab Fleiner-Gerster mit seinem Postulat, dass das, was für Bleistifte galt, nämlich weitgehend uneingeschränktes Privatrecht, für die Verwirklichung von Großprojekten zu 50 % durch Private nicht mehr stimmen könne, bereits im Jahr 1980 den Grundton weiterer Äußerungen vor.[50] Eine Flucht ins Privatrecht bei derartigen Projekten, so Fleiner-Gerster, sei nur deshalb festzustellen, weil das öffentliche Recht (noch) nicht genügend darauf vorbereitet sei.[51] Aus dieser Sicht steht also fest, dass derartige Kooperationen infolge der erhöhten Beteiligung von Privaten und damit aufgrund ihres staatspolitischen Gewichts primär durch öffentliches Recht als Sonderrecht des Staats (so der treffende Ausspruch von Fritz Fleiner) zu erfassen sind.[52] Gut zehn Jahre nach Fleiner-Gersters Aufruf zur Fortbildung des öffentlichen Rechts stellt Richli in der Tat fest, dass mittlerweile Verhandlungselemente bereichsweise einen festen Platz im öffentlichen Recht erobert hätten. Nur:

---

[46] Oben Fn. 44.

[47] JÜRGEN SALZWEDEL, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958, 7, 18; KLAUS STERN, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags, in: Verw. Archiv 49 1958, 106 ff. Vehement gegen den Verwaltungsvertrag sprach sich demgegenüber Bullinger aus, wobei er sich vornehmlich auf den Beamtenstatus bezog. Entsprechende Abreden seien „in bedenkliche Nähe zum privaten Dienstverhältnis geraten“: MARTIN BULLINGER, Vertrag und Verwaltungsakt: Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht, Stuttgart 1962.

[48] Vgl. PAUL GRÄTZER, Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, Zürich 1953.

[49] MAX IMBODEN (Fn. 39), 213a ff. Imboden sah das Feld des verwaltungsrechtlichen Vertrages eingeschränkt auf Fälle, in welchen die „rechtssatzmäßige Bestimmung der Verwaltung … in einzelnen klar begrenzbaren Bereichen eingeschränkt oder aufgehoben [ist]“, so etwa bei der administrativen Hilfstätigkeit, der staatlichen Organisationsgewalt und im Bereich des Wirtschaftsrechts. Permissiver dagegen HENRI ZWAHLEN, Le contrat de droit administratif, in: ZSR 77 1958, 492a f. und 656a ff.

[50] THOMAS FLEINER-GERSTER (Fn. 25), 33.

[51] THOMAS FLEINER-GERSTER (Fn. 25), 43 f.

[52] FRITZ FLEINER (Fn. 24), 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 Sinn der nachstehenden Erörterungen ist daher das *auf die Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung zugeschnittene* öffentliche Recht.» [Hervorhebungen AA].

„Die Rechtslehre hat hierzu wenig beigetragen, sondern teilweise eher widerwillig nachvollzogen, was sich in der Wirklichkeit zugetragen hat.“[53]

Diese Zurückhaltung und – wie es Richli impliziert – Widerwilligkeit gegenüber dem Kooperationsgedanken äußert sich auch ganz konkret in der Haltung der Lehre zur Frage, *ob und in welchem Umfang öffentlich-private Kooperationen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.* Dazu ist zunächst zu bemerken, dass die von Fleiner-Gerster festgestellte rechtstatsächliche „Flucht ins Privatrecht“[54] keineswegs damit erledigt war, dass das öffentliche Recht Kooperationsformen rechtlich institutionalisierte; die Verwaltung suchte weiterhin die Freiheiten des Privatrechts. Vor diesem Hintergrund meinte Rhinow programmatisch, dass Privatrechtsbedarf begründungspflichtig sei.[55] In der Tat kann die Meinung, dass Beteiligungen von Privaten an öffentlichen Aufgaben immer einer formellen gesetzlichen Grundlage bedürfen, als herrschende Lehre bis heute gelten.[56] Und gleichsam als Antwort auf Fleiner-Gersters Bleistift-Votum[57] kann Georg Müllers dictum verstanden werden, dass nur ein Rechtssatz, der vom Parlament (allenfalls unter Mitwirkung des Volkes) erlassen worden ist, eine ausreichende demokratische Legitimation aufweise, um eine ‘wichtige Frage’ zu regeln.[58] Noch weiter in den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage geht Wyss. Er postuliert, dass PPP nur dann den Vorzug verdiene, wenn damit ein Mehrwert für die Gemeinwohlverwirklichung generiert werde.[59] Dieser Vorschlag korrespondiert mit der schweizerischen Lehre zum verwaltungsrechtlichen

---

[53] PAUL RICHLI (Fn. 18), 404 f.

[54] Oben Fn. 51. Vgl. hierzu auch in umgekehrter Perspektive SERGIO GIACOMINI, Vom "Jagdmachen auf Verfügungen", in: ZBl 1993, 237-250.

[55] RENÉ RHINOW (Fn. 18), 320.

[56] Vgl. nur ULRICH ZIMMERLI, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, in: recht 1984, 73; BLAISE KNAPP (Fn. 1), N 2720; GEORG MÜLLER, Funktionen des Legalitätsprinzips im Organisationsrecht, in: Borothée Berchtold/Albert Hofmeister (Hg.), Verwaltungsrecht und Management, 15-29, Bern 1995, 23 f.; KARIN SUTTER-SOMM, Legalitätsprinzip und New Public management, in: Gesetzgebung & Evaluation, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft 1998, 51 ff.; ANDREAS MÜLLER/VITTORIO JENNI, Rahmenbedingungen bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben – eine aktuelle Übersicht, in: AJP 1999, Fn. 46; URS BOLZ (Fn. 17), 572 Fn. 29. Ausgehend von den Anforderungen der gesetzlichen Grundlage der Bedarfsverwaltung könnte man freilich auch zu einem anderen Resultat gelangen: vgl. ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Analyse – Anforderungen – Impulse, Bern 2005, 213 m.w.H. In Deutschland geht die Tendenz dahin, von einer spezifischen Grundlage abzusehen, wenn dem Staat die Aufgabenverantwortung erhalten bleibt: PAUL STELKENS/HEINZ JOACHIM BONK, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, München 2001, 7; FRIEDRICH SCHOCH, Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben, in: Jura 2008, 679 f.; kritisch dagegen ANDREAS FISAHN/REGINA VIOTTO (Fn. 7), 269 ff.

[57] Oben Fn. 50.

[58] GEORG MÜLLER (Fn. 18), 34.

[59] MARTIN PHILIPP WYSS (Fn. 18), 1203.

Vertrag, welcher ebenfalls nur zulässig ist, wenn er sich als geeigneter als die traditionellen Handlungsformen Verfügung und Gesetz erweist.[60]

Die schweizerische Staatslehre lässt es aber nicht bei dieser formell gesetzlichen Zulässigkeitsschranke für öffentlich-private Kooperationen bewenden. Es reiche nicht, dass der Gesetzgeber eine bestimmte Kooperation oder Kooperationsart für zulässig erkläre und so das demokratische Legitimationssiegel erteile. Dem Gesetzgeber komme auch – so die überwiegende Meinung – eine Regelungspflicht vertraglicher Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten zu, und zwar solle er *den Inhalt der Rechtsverhältnisse* bestimmen, um einerseits die Leistungsdichte zu garantieren und andererseits das Schutzniveau des öffentlichen Rechts zu gewährleisten.[61]

Damit sind Hoffnungen auf den Gesetzgeber aber immer noch nicht erschöpft. Dieser soll auch die große Streitfrage, *ob eine Kooperation dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sei,* entscheiden. So meinen denn etwa Grisel und Gygi, dass ohne anderslautende gesetzliche Bestimmung nur sehr eingeschränkt Privatrecht zur Anwendung kommen könne.[62] Und nach Rhinow kommt dem Gesetzgeber nicht nur eine inhaltliche Regelungspflicht vertraglicher Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten zu, sondern er soll auch über die Rechtsnatur, öffentliches Recht oder Privatrecht, bestimmen.[63] Und schließlich vertreten jüngst auch Tschannen/Zimmerli, dass der Gesetzgeber die Rechtsnatur eines Vertrages explizit festlegen könne.[64]

---

[60] CLAIRE HUGUENIN, Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlichrechtlichen Vertrag, in: ZBJV 118 1982, 507 f.; GEORG MÜLLER (Fn. 18), 27; Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 105 Ia 207, 209. Dieses Erfordernis fiel in Deutschland schon mit der gesetzgeberischen Gleichstellung des verwaltungsrechtlichen Vertrags zur Verfügung weg: § 54 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes.

[61] RENÉ RHINOW (Fn. 18); PAUL RICHLI (Fn. 18), 404; PIERRE TSCHANNEN (Fn. 18), 236 f; MARKUS SCHEFER (Fn. 18), 1142. Eine entsprechende gesetzgeberische Tätigkeit wird auch in Deutschland zuweilen gefordert: vgl. HEDDA HETZEL/BERND FRÜCHTL (Fn. 13), 652; JOACHIM WIELAND, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter (NdsVBl.) 2009, 34 ff. Kritisch bis ablehnend dagegen PAUL STELKENS/HEINZ JOACHIM BONK (Fn. 56), 7; MAX REICHERZER, Die gesetzliche Verankerung von Public-Private-Partnerships, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 58 2005, 604; PETER J. TETTINGER, Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, in: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (NWVBl.) 2005, 7; WINFRIED BAUSBACK (Fn. 13), 907; FRIEDRICH SCHOCH (Fn. 56), 679 f.

[62] ANDRÉ GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, 116; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht: eine Einführung, Bern 1986, 39.

[63] RENÉ RHINOW (Fn.18), 300.

[64] PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, 308. Dezidiert gegen diese gesetzgeberische Verfügungsgewalt über das Recht bereits OTTO MAYER (Fn. 28), 19. Zum Ganzen siehe ANDREAS ABEGG, Der Vertrag zwischen Staatsverwaltung und Privaten – Grundzüge einer historisch und theoretisch angeleiteten Dogmatik öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsverträge, Zürich 2009, 15 f. m.w.H.

Im Gegensatz zur vehement und fast einhellig geforderten Legitimation von öffentlich-privaten Kooperationen durch formelles Gesetz fallen jene Stimmen, welche den *Ausbau rechtsstaatlicher Sicherheitsmechanismen* vor allem zugunsten der privaten Vertragspartei und zugunsten Dritter fordern, weniger ins Gewicht. Zwar wurde zunächst gefordert, dass öffentlichrechtliche und verfassungsrechtliche Grundsätze ins Privatrecht aufzunehmen seien und samt Grundrechten – wie in Deutschland[65] – auf öffentlich-private Kooperationen Anwendung finden müssten.[66] Das Bundesgericht schien diese Meinung – mit einem obiter dictum in einem weit beachteten leading case – zu teilen.[67] Danach verfolgte das Bundesgericht aber diesen Ansatz nicht mehr weiter und sucht heute – trotz des neuen Verfassungsartikels Art. 35 Abs. 3 BV – bei Problemen im Privatrecht primär nach Lösungen innerhalb der privatrechtlichen Rechtsdogmatik.[68] Dieser von der Staatslehre kritisierten Wendung des Bundesgerichts begegnet die Staatslehre mit zwei Positionen. Die eine Position besteht weiterhin auf eine weitgehende Grundrechtsbindung des Gemeinwesens, auch wenn dieses im Kleide des Privatrechts tätig werde. Nach dieser Meinung würden auch private Unternehmen an Grundrechte gebunden, wenn diese eine Leistung erbringen, für welche der Staat eine Gewährleistungsverantwortung trägt.[69] Eine andere Meinung stellt in der Anwendung von Grundrechten dagegen vermittelnd darauf ab, ob jene, die staatliche Leistungen erbringen, im marktwirtschaftlichen Wettbewerb stehen.[70] Die entsprechend geringere Bindungswirkung sei aber zu kompensieren, und zwar, wie könnte es anders sein, durch den Gesetzgeber.[71]

---

[65] ANDREAS FISAHN/REGINA VIOTTO (Fn. 7), 272; RAINER PITSCHAS/KATRIN SCHOPPA, Rechtsformen kommunaler Unternehmenswirtschaft, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 62 (2009), 472.

[66] THOMAS FLEINER-GERSTER (Fn. 25), 43 f.; RENÉ RHINOW (Fn. 18), 321 f.; RENÉ RHINOW, Verwaltungsrechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag: Fiskalwirkung der Grundrechte, in: recht 1985, 295-322.

[67] Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts 109 Ib 146.

[68] Hierzu MARC AMSTUTZ/ANDREAS ABEGG/VAIOS KARAVAS, Soziales Vertragsrecht, Basel 2006; ANDREAS ABEGG, Public-Private Contractual Networks and Third Parties' Rights – The Contracting State as a Challenge for Private Law, in: Gralf-Peter Calliess/et al. (Hg.), Festschrift for Gunther Teubner, 201-214, Berlin 2009. In Deutschland ist die Anwendung von Grundrechten auf privatrechtliche weitgehend Sachverhalte unbestritten: vgl. ANDREAS FISAHN/REGINA VIOTTO (Fn. 7), 272; RAINER PITSCHAS/KATRIN SCHOPPA (Fn. 65), 472; unter verschiedenen kritischen Stimmen siehe KARL-HEINZ LADEUR, Die objektiv-rechtliche Dimension der wirtschaftlichen Grundrechte, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 60 (2007).

[69] Anstelle vieler vgl. ISABELLE HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, in: AJP 2002, 1146 ff., m.w.H. Zur Theorie des Gewährleistungsstaats vgl. unten Kap. V. B.

[70] BLAISE KNAPP (Fn. 1), N 77; MARKUS SCHEFER (Fn. 18), 1141.

[71] MARKUS SCHEFER (Fn. 18), 1143; ähnlich auch PAUL RICHLI (Fn. 18), 404.

V. Theoretische Prämissen und Konzepte der schweizerischen Staatslehre

A. Der absolute demokratische Souverän und die gesetzlich verfügte Kooperation

Die vorangehende Analyse der staatsrechtlichen Haltung gegenüber öffentlich-privaten Kooperationen offenbart einen markanten Konflikt des kooperierenden Staates mit den von der herrschenden Lehre postulierten Prärogativen des Gesetzgebers. Den *Ausweg zwischen den vermehrten Kooperationsbedürfnissen der Praxis und den Prärogativen des Gesetzgebers* findet die schweizerische Lehre darin, dass sie dem Gesetzgeber bei öffentlich-privaten Kooperationen eine dominante Rolle in der Lösung dieses Konfliktes zuweist. Der Gesetzgeber soll erstens bestimmen, ob eine bestimmte Kooperation zulässig sei. Er solle zweitens den wesentlichen Inhalt der Kooperation vorwegnehmen und zudem auch für die Anwendung öffentlichrechtlicher Grundsätze wie insbesondere Gleichbehandlung sorgen. Erst eine derart gesetzlich durchdrungene Kooperation zwischen Staat und Privaten erscheint der schweizerischen Lehre akzeptabel.

Es ist wichtig zu sehen, dass diese gesetzliche Legitimation weniger auf dem Bedürfnis gründet, für rechtsstaatliche Sicherungsmechanismen in öffentlich-privaten Kooperationen zu sorgen und insbesondere die Privaten vor staatlicher Willkür zu schützen. Der schweizerischen Staatslehre geht es primär um die demokratische Legitimation.[72] Das kommt in der durchaus typischen Aussage von Rhinow zum Ausdruck, dass Verträge zwischen Staat und Privaten einer demokratischen Staatsordnung zuwiderlaufen.[73] Und es ist auch klar, dass ein Demokratieverständnis, das Verträge und Demokratie in einem derartigen Gegensatz sieht, nicht auf Menschenwürde rekurriert und die von Machtausübung Betroffenen an eben dieser Machtausübung situativ beteiligen will.[74] Die schweizerische Lehre versteht *Demokratie vielmehr als Volksdemokratie.* Folgerichtig ist es die primäre Funktion des Legalitätsprinzips, diese legitimierende Verbindung der Verwaltung zur Souveränität des Volkes in der Verkörperung des Gesetzgebers abzusichern.[75]

---

[72] Vgl. oben Fn. 56.

[73] RENÉ RHINOW (Fn. 18), 306.

[74] Vgl. hierzu unter vielen jüngst die ausführliche Lissabon-Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, abrufbar unter http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

[75] Vgl. ISABELLE HÄNER, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, in: ZBl 2002, 61. Besonders deutlich ist GEORG MÜLLER (Fn. 18), 34: „Das Erfordernis der Gesetzesform besagt, dass die wichtigen Rechtsnormen, auf denen die Verwaltungstätigkeit beruht, in einem Gesetz enthalten sein müssen. Es erfüllt demokratische Funktionen: Nur ein Rechtssatz, der vom Parlament allenfalls unter Mitwirkung des Volkes erlassen worden ist, weist eine ausreichende demokratische Legitimation auf, um eine wichtige Frage zu regeln.“

Damit wird nun deutlich, dass *kein Widerspruch zwischen den einleitenden Äußerungen* besteht, dass einerseits die Schweiz regelmäßig Private in die staatliche Aufgabenerfüllung einbezieht und dass andererseits heute öffentlich-private Kooperationen in der Schweiz sich nicht recht durchzusetzen vermögen. Die auf die Geschichte des schweizerischen Staates rekurrierenden Beispiele, in welchen Private in die staatliche Aufgabenerfüllung einbezogen werden, entsprechen nämlich Kooperationen, die vom Gesetzgeber von langer Hand geplant, ausführlich geregelt und dabei in die bestehende Verwaltungshierarchie eingepasst wurden.

Das *Legalitätsprinzip* übernimmt somit in diesem Konflikt die *Funktion eines Kollisionsmechanismus* – in einem Konflikt zwischen dem absolut verstandenen demokratischen Souverän, der, wie Rhinow deutlich macht[76], grundsätzlich nicht verhandelt, und einer Verwaltung, die trotz (oder gerade wegen) der zunehmenden staatlichen Leistungsversprechen vermehrt die Kooperation mit Privaten suchen muss, um die fehlenden Ressourcen, sei es Wissen oder Finanzmittel, zu kompensieren. Der eigentliche Kollisionsmechanismus liegt dabei im Willen des Souveräns selbst und stellt beinahe wieder ein Paradox dar: Der Souverän verhandelt nicht über seine Bedürfnisse, außer der Souverän will es so. Die schweizerische Volkssouveränität ist also nicht nur eine absolute, weil sie auch über das Recht verfügt, sondern sie ist auch absolut, weil sie über ihre eigene Souveränität verfügt.

B. Die Gewährleistungsgarantie des Staates

Ihre Grundlage findet die dargestellte aktuelle Staatsrechtslehre in der Theorie des *Gewährleistungsstaats*. Diese Staatstheorie vermag den absoluten demokratischen Souverän – samt der beschriebenen, recht weit gehenden und absoluten Geltung des Legalitätsprinzips und dem Ruf nach inhaltlicher Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse durch Gesetz – nahezu perfekt zu absorbieren. Wenn der Staat jederzeit die Leistungserbringung garantiert, dann ist diese Leistungserbringung nicht eine Frage des ob, sondern nur des wie. Dem Staat kommt folglich das Recht und die Pflicht zu, nötigenfalls anstelle von Privaten tätig zu werden, die mit der Aufgabenerfüllung betraut waren. Die erwarteten Leistungsstandards als Pflicht für den privaten Leistungserbringer und als Pflicht für den garantierenden Staat müssen in diesem System gesetzlich festgelegt werden.[77] Selbst wenn also in Kooperationen zwischen Staat und Privaten Freiräume für die Privaten verbleiben, so stehen diese immer auf dem Sockel einer gesetzlich abgesicherten Gewährleistungsgarantie.

Insofern stehen dann Auslagerungen an Private oder Kooperationen mit Privaten auch nicht mehr notwendigerweise im Widerspruch zur demokratischen Souveränität. Denn die Kooperationen sind der Leistungsgarantie des Staates hierarchisch un-

---

[76] Soeben Fn. 75.

[77] PIERRE TSCHANNEN (Fn. 18), 215 f.; MARTIN PHILIPP WYSS (Fn. 18), 1203; URS BOLZ (Fn. 17), 562 f. Desgleichen Lienhard, dem aber die Doktrin einer zwingend nötigen formellen gesetzlichen Grundlage zu weit geht: ANDREAS LIENHARD (Fn. 17), 1164 f. und 1173 f.

tergeordnet. Und formell ist die Leistungsdelegation an den Privaten vom demokratischen Gesetzgeber abgesegnet, der weiterhin für die Leistungserbringung einsteht. Erreicht wird somit nichts weniger als eine *Kompatibilisierung der Widersprüche eines kooperierenden Staates und eines absolut souveränen demokratischen Staates.*

VI. Fazit und Ausblick: Die Auflösung des schweizerischen PPP-Paradoxes?

Die schweizerische Staatslehre wird also geprägt von einem absoluten Verständnis von Volkssouveränität. Die Multitüde der Gesellschaft findet ihre Einheit im Staatsvolk, das über die gesamte Macht zur Einheits- und Wohlstandsbildung verfügt und in der schweizerischen Ausprägung auch direkt für Sachentscheide verantwortlich ist. Ganz im Sinne der französischen Revolution wird die *Legitimationsform der absolutistischen Allmacht* von „l'état, c'est moi" zu „l'état, c'est nous" verschoben respektive bei gleich bleibender Form vervielfacht.[78]

Dabei verfügt dieser Souverän selbst über das Recht. Abgesichert wird dieses Verhältnis im Legalitätsprinzip, womit alle Rechtsmacht auf eine Willensentscheidung des Volkssouveräns zurückbezogen werden kann und muss. Ein derart absoluter Souverän verhandelt im Grundsatz nicht über seine Bedürfnisse; Kooperationen zwischen Staat und Privaten stehen im Konflikt mit diesem Souveränitätsgedanken. Da aber der schweizerische Souverän auch über seine eigene Souveränität verfügen kann, funktioniert das *Legalitätsprinzip als Kollisionsmechanismus*; es versöhnt die Prinzipien der Volkssouveränität mit dem Bedürfnis der Verwaltung, sich aus der strikten Umklammerung des Gesetzgebers zu lösen, z.B. mittels Kooperationen.

Damit zeichnet sich eine Erklärung ab, wieso sich öffentlich-private Kooperationen in der Schweiz nicht recht durchzusetzen vermögen: Neuartige Kooperationen zwischen Staat und Privaten unterscheiden sich von den traditionell vom Gesetzgeber verfassten und in die Verwaltungshierarchie eingepassten Kooperationsformen in der Regel vermehrt durch ihren ad-hoc-Charakter. Aufgrund eines ganz spezifischen oder aufgrund eines neuartigen Charakters eines Projekts sucht die Verwaltung die Zusammenarbeit mit Privaten. Der Staat alleine verfügt also gerade nicht, oder zumindest noch nicht über das nötige Projektwissen, und aus diesem Grund sucht er die Kooperation mit Privaten. Diese Divergenz von Zielen und Mitteln der Verwaltung, die diese zur Kooperation führt, kommt zum Beispiel im erwähnten Problem des Vergaberechts zum Ausdruck, das heute im Großen und Ganzen keine Verhandlungsrunden zulässt und damit die öffentliche Hand zu einer detaillierten definitiven

---

[78] Vgl. ADOLPHE CHAUVEAU, Principes de compétence et de juridictions administratives, Paris 1841-44, N 322 ff. Frankreich machte nach der Revolution diese Vervielfachung der Souveränität zeitweilig rückgängig. So soll sich Napoléon gegenüber dem Parlament folgendermaßen geäußert haben: „N'allez pas croire que ce soit vous qui représentiez la grande Nation. Non, ce n'est pas vous, c'est l'armée qui m'obéit, c'est le Sénat qui m'appartient, c'est le Conseil d'Etat que je préside, c'est moi, je suis la France!", zitiert nach LOUIS-MARIE DE LAHAYE VICOMTE DE CORMENIN, Droit administratif, Paris 1840, I: VI .

Ausschreibung eines Projekts zwingt, dessen Konturen – insbesondere mangels Know-how, das ja gerade eingekauft werden soll – noch gar nicht deutlich sind.[79] Das schweizerische Staatsverständnis mit seiner Ausprägung des Legalitätsprinzips steht somit einem kooperierenden Staat entgegen, der die Kooperation mit Privaten sucht, weil seine Aufgaben zwar zunehmen, er aber die Mittel zur Erfüllung dieser Aufgaben nicht mehr vollständig aus eigener Kraft erbringen kann.[80]

Obwohl sich die schweizerische Staatslehre jüngst durch die Wirtschaftskrise in ihrer Haltung und ihrer theoretischen Grundlage des Gewährleistungsstaats gestärkt sieht, sind deutliche Zeichen auszumachen, dass die dargestellte Doktrin den zunehmenden Bedarf der Verwaltung nach ad-hoc-Kooperation nicht (oder zumindest nicht genügend) zu integrieren vermag und somit den aktuellen Bedürfnissen nicht gerecht wird.[81] Der Staat vermag die zahlreichen von ihm nachgefragten Leistungen nicht zu gewährleisten. Er vermag zwar Zeichen auszusenden, dass er Leistungen gewährleisten will. Dass ihm aber das Gewährleistungsversprechen auch durchwegs ernst ist und dass er seinen Verpflichtungen überhaupt im gesamten Umfang nachkommen kann, ist heute nicht mehr glaubwürdig.[82] Damit soll nicht behauptet werden, dass diesen vom Staat ausgesandten Zeichen keine gesellschaftliche Bedeutung und keine Funktion zukommt. Wichtig ist aber die Feststellung, dass der Staat lediglich als ein gesellschaftlicher Akteur unter vielen erscheint.[83]

Eine revidierte Staatstheorie, die demzufolge den Staat nur noch als einen Akteur unter vielen in einer komplexen und fragmentierten Gesellschaft sieht, tritt aber offensichtlich in Konflikt mit dem schweizerischen Staatsverständnis, das dem Gesetzgeber eine absolute Stellung zuteilt. Ließe sich ein derart auf das Volk fokussiertes Demokratieprinzip und das entsprechende Legalitätsprinzip so rekonfigurieren, dass neuartige Partnerschaften ermöglicht würden? ‚Neue' Partnerschaften wäre solche, die sich nicht in ein hierarchisches Staatsverständnis einordnen, sondern gerade deshalb zustandekommen, weil der Staat nicht über all die nötigen Ressourcen verfügt, um die gewünschten Leistungen zu erbringen. Für die Schweiz, die die Volkssouveränität zum nationalen Identitätsmerkmal gekürt hat,[84] ist große Skepsis angebracht. An möglichen Theorieansätzen, welche den Wesensgehalt von Demokratie mit dem

---

[79] Oben Fn. 11 f.

[80] In diesem Sinne bereits anlässlich der Formen des New Public Managements ANDREAS LIENHARD (Fn. 56), 209.

[81] Vgl. hierzu ANDREAS ABEGG (Fn. 26).

[82] Zum theoretischen Hintergrund vgl. MARKUS PÖCKER, Das "Duale System": Regulierte Selbstregulierung oder autonome Selbstorganisation?, in: Ancilla Iuris (anci.ch) 2 (2007), 23-41.

[83] Vgl. hierzu die als multi-laterale Partnerschaft bezeichnete Kooperation im Beitrag von Kamino in diesem Band.

[84] Vgl. oben Fn. 32.

kooperierenden Staat zu harmonisieren vermögen, würde es immerhin nicht fehlen.[85] Es bedarf hierzu weiterer Forschungen.

---

[85] Theorieansätze, die das Demokratieverständnis von einem gesetzlich-formellen zu einem mehr materiellen Verständnis der Beteiligung Betroffener oder Berufener wandelt, wären etwa bei Habermas zu finden: vgl. etwa JÜRGEN HABERMAS, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992, 519 ff. Ein neues Verständnis des Staates wäre in einer Theorie wie der Systemtheorie zu finden, welche die Limitationen des Staates zugleich als dessen Stärken zu thematisieren vermag: unter vielen vgl. HELMUT WILLKE, Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1992, 33 ff.