Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 77 (1958)

Artikel: Der verwaltungsrechtliche Vertrag

Autor: Imboden, M.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896351

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 14.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Der verwaltungsrechtliche Vertrag

Von Prof. Dr. M. Imboden, Basel

INHALTSVERZEICHNIS

(Die Zahlen unmittelbar hinter den Titeln verweisen auf die Ziffern der Absätze)

1. Abschnitt

Die Entwicklung von Lehre und Praxis

§ 1. Das ausländische Recht

Seite

I. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung (1–3) . . . 10a
II. Die österreichische Lehre (4) 16a
III. Der «contrat administratif» des französischen Rechtes (5–12) 18a
IV. Die italienische Lehre (13) 25a
V. Die Grundsätze des "Common Law" 26a
A. England (14/15) 26a
B. Die Vereinigten Staaten (16/17) 28a

§ 2. Das schweizerische Recht

I. Die schweizerische Rechtslehre (18–21) 30a
II. Die Rechtsprechung (22/23) 33a
III. Die Gesetzgebung (24/25) 36a

2. Abschnitt

Allgemeine Grundfragen

§ 3. Begriff und Merkmale des verwaltungsrechtlichen Vertrages

I. Die drei Kennzeichen des verwaltungsrechtlichen Vertrages 38a
A. Der Vertrag als Rechtsgeschäft (26/27) 38a
B. Die Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäftes (28) . . 39a
C. Der Ausschluß des Privatrechtes (29) 40a

Seite

II. Unwesentliche Kriterien (30) 41a
A. Die Gleichwertigkeit der Parteien (31–33) 41a
B. Die Beteiligung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft (34) 43a
C. Die Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhaltes (35/36) 44a
D. Fehlende Genehmigungsbedürftigkeit (37–39) . . 45a
E. Die Abhängigkeit externer Rechtswirkungen von der internen Willensübereinstimmung (40) . . . 47a

III. Der Begriff der Vereinbarung (41) 48a

§ 4. Umfang und Grenzen der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften (42)

I. Die Sonderstellung der nicht-hoheitlichen Verwaltung 49a
A. Die Willensäußerung des Gemeinwesens als Verwaltungsakt im formellen Sinn (43/44) 49a
B. Die Wahrung des öffentlichen Interesses im Rahmen der Privatautonomie (45–47) 51a

II. Der klassische Bereich der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften 54a
A. Die privatrechtlichen Hilfsgeschäfte (48) 54a
B. Die Verwaltung des Finanzvermögens (49) . . . 55a
C. Die fiskalische Wettbewerbswirtschaft (50) . . . 55a

III. Die Ausweitung der Privatautonomie 55a
A. Der allgemeine Gesichtspunkt (51) 55a
B. Das Gemeinwesen als Träger verwaltungsmäßiger Leistungen in privatrechtlicher Form (52) 57a
C. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Einzelpersonen oder juristische Personen des Privatrechtes (53) 57a

IV. Die Abgrenzung von Privatautonomie und öffentlichrechtlicher Gestaltung 58a
A. Der Vorrang der Privatautonomie (54–57) . . . 58a
B. Der Ausschluß rechtsgeschäftlicher Gestaltung (58) (Der unbedingte Vorrang der öffentlichrechtlichen Ordnung) 61a
C. Die Wahl zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Gestaltung (59/60) 62a
D. Die Geltung der Grundrechte im privatrechtlich gestalteten Bereich (61) 63a

Seite

§ 5. Vertrag und allgemeine Norm
(Der öffentlichrechtliche Vertrag und das Gesetz)

I. Grundprinzipien des Rechtsstaates 64a
A. Die formale Einheit der Rechtsordnung (62/63) . . 64a
B. Der Grundsatz vom Erfordernis des Rechtssatzes (64/65) 66a
C. Die Verfügungsermächtigung als Durchbrechung des Grundsatzes vom Erfordernis des Rechtssatzes (66/67) 68a
II. Der Ausschluß rechtsgeschäftlichen Handelns im Bereiche rechtssatzmäßiger Ordnung 69a
A. Die Problemstellung (68) 69a
B. Die Eingriffsverwaltung als Reservat des Gesetzes (69–71) 70a
C. Staatliche Daseinsvorsorge und Rechtssatz (72/73) 74a
III. Nicht-rechtssatzmäßig geordnete Verwaltungsbereiche 75a
A. Durchbrechung des Erfordernisses des Rechtssatzes (74) 75a
B. Die Organisationsgewalt (75–77) 76a
C. Relikte früherer Verfassungsstrukturen (78) . . . 79a
D. Dezentralisation und Gleichheit (79) 81a
E. Andere Vorbehalte gegenüber dem Gleichheitsgrundsatz (80) 82a
IV. Der praktische Anwendungsbereich des öffentlichrechtlichen Vertrages 83a
A. Allgemeine Gesichtspunkte (81) 83a
B. Rechtsgeschäftliches Handeln im Bereiche der öffentlichrechtlich geordneten administrativen Hilfstätigkeit (82) 84a
C. Rechtsgeschäftliches Handeln im Bereiche der Organisationsgewalt (83) 85a
D. Rechtsgeschäftliches Handeln im Bereiche des nicht-rechtssatzmäßig geordneten Verhaltensrechtes (84/85) 85a

§ 6. Abschluß und Wirkung öffentlichrechtlicher Verträge

I. Die Maßgeblichkeit des Parteiwillens 87a
A. Rechtsgeschäft und Verfügung (86) 87a
B. Treu und Glauben im öffentlichen Recht (87–91a) 88a

Seite

II. Die Übertragung privatrechtlicher Vorschriften auf öffentlichrechtliche Verträge 94a
A. Abschluß, Erfüllung und Auflösung von Verträgen (92/93) 94a
B. Unwirksame Verträge (94–96) 96a
C. Die Vertragsform (97) 99a
III. Die Begründung subjektiver Rechte 100a
A. Die doppelte Garantie vertraglicher Ansprüche (98) 100a
B. Der vertragliche Anspruch als wohlerworbenes Recht gegenüber dem Gesetzgeber (99/100) . . . 100a
C. Der Vertrag als Schranke der staatlichen Verfügungsgewalt (101) 102a
IV. Die Vertragserfüllung 104a
A. Erfüllungszwang (102) 104a
B. Schadenersatzpflicht bei Nichterfüllung (103/4) . 105a
C. Verzugszins (105) 107a
D. Die clausula rebus sic stantibus (106) 107a

§ 7. Verbindung und Umdeutung von privatrechtlichem Vertrag, öffentlichrechtlichem Vertrag und Verfügung

I. Das Problem (107) 108a
II. Die materielle Verbindung der Gestaltungsformen . . 109a
A. Die privatrechtliche Leistungsübernahme (108/9) 109a
B. Die öffentlichrechtliche Leistungsübernahme (110) 111a
C. Die privatrechtliche Sicherung eines öffentlichrechtlichen Vertrages (111/12) 112a
III. Die formelle Verbindung der Gestaltungsformen (113/14) 114a
IV. Die Umdeutung von Verträgen in Verfügungen . . . 114a
A. Vergleich und Verständigung (115) 114a
B. Der Revers (116) 117a
C. Abmachung mit Feststellungscharakter (117) . . 118a
D. Die Aufrechterhaltung ungültiger Vereinbarungen als Verfügungen (118) 120a

3. Abschnitt

Die einzelnen Vertragsarten

§ 8. Allgemeines zu den Vertragstypen

I. Verfügung und Rechtsgeschäft (119–122) 121a

Seite

II. Privatrechtliches und öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft (123) 125a

III. Die Systematisierung der öffentlichrechtlichen Verträge (124) 126a

§ 9. Öffentlichrechtliche Verträge im Bereiche der administrativen Hilfstätigkeit

I. Allgemeine Kennzeichnung des Vertragstypus (125) . 127a

II. Das öffentliche Dienstverhältnis 128a

A. Die Anstellung als Verfügung oder Vertrag (126) . 128a

B. Berichtigung der Fragestellung (127) 130a

C. Die Stellungnahme des positiven Rechtes und der Praxis (128/29) 131a

D. Das Vertragselement im öffentlichen Dienstverhältnis (130–134). 134a

III. Die Naturalisation (135) 137a

IV. Der Enteignungsvertrag 138a

A. Funktion und rechtssystematische Stellung des Enteignungsvertrages (136–138) 138a

B. Der Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns im Enteignungsverfahren (139) 143a

C. Vollzug und Dahinfall des Enteignungsvertrages (140/41) 146a

V. Abreden über andere Ersatzleistungen (142) 148a

§ 10. Organisatorische Verträge

I. Die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Gestaltung im Bereiche der Organisationsgewalt (143–146) . . . 149a

II. Organisatorische Verträge zwischen öffentlichen Körperschaften und Anstalten (147/48) 152a

III. Organisatorische Verträge zwischen einer öffentlichrechtlichen Körperschaft und einer Privatperson (149–155) 154a

IV. Der Schiedsvertrag über öffentlichrechtliche Ansprüche (156–160) 162a

§ 11. Konzessionen und ähnliche Rechtsverhältnisse

I. Die Konzession als Rechtsinstitut 167a

A. Wesen und Ursprung (161) 167a

B. Verfügung oder Vertrag (162) 168a

C. Die komplexe Struktur der Konzession (163–165) 169a

Seite

II. Die Schranken der Konzessionsautonomie (166) . . . 174a
III. Andere Abreden über öffentliche Sachen oder monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeiten (167) 175a

§ 12. Verträge im Bereiche der Eingriffsverwaltung

I. Der Pflichtlagervertrag 176a
A. Bedeutung und rechtliche Natur (168–170) . . . 176a
B. Freiheit und Zwang (171–173) 179a
C. Vertrag und Gesetz (174–176) 183a
D. Dem Pflichtlagervertrag nachgebildete Vereinbarungen (177) 187a
II. Baurechtliche Verträge 187a
A. Die Weiterentwicklung des Enteignungsvertrages (178) 187a
B. Baurechtliche Verträge zwischen Privaten (179) . 189a
C. Der Revers als scheinbarer Vertrag (180/81) . . . 190a
III. Steuerrechtliche Verträge 192a
A. Der Begriff des steuerrechtlichen Vertrages (182) . 192a
B. Scheinbare steuerrechtliche Verträge (183/84) . . 193a
C. Echte Steuerverträge (185/86) 194a
D. Die Wirkungen echter Steuerverträge (187/88) . . 197a

§ 13. Verwaltungsrechtliche Verträge im Bereiche der Daseinsvorsorge

I. Der öffentlichrechtliche Hinterlegungsvertrag (189) . 200a
II. Die sog. Anstaltsnutzung 201a
A. Die öffentlichen Versorgungsbetriebe (190) . . . 201a
B. Die öffentlichen Verkehrsbetriebe (191) 203a
C. Monopolbetriebe (192) 204a
D. Andere Anstaltsverhältnisse (193) 206a
III. Öffentlichrechtliche Geldzuwendungen 206a
A. Die Exportrisikogarantie (194) 206a
B. Andere Formen öffentlichrechtlicher Versicherung (195) 208a
C. Die Subvention (196) 210a

4. Abschnitt

Ergebnisse und Vorschläge

§ 14

(197–201) 211a
Sachregister 215a

Allgemeines Literaturverzeichnis

(Die im nachstehenden Verzeichnis aufgeführten Werke werden nur mit dem Namen des Autors, bei mehreren Arbeiten des gleichen Verfassers unter Anführung des zusätzlichen Kennwortes zitiert.)

Apelt, W.: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.

Baechi, W.: Verwaltungsakt auf Unterwerfung, zweiseitiger Verwaltungsakt oder Vertrag, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. XIV, 1934, S. 62ff. (zugleich erschienen als Zürcher Dissertation).

Buddeberg, Th.: Rechtssoziologie des öffentlichen Vertrages, Archiv des öffentlichen Rechtes, neue Folge Bd. 8 (1925) S. 88ff.

Burckhardt, W.: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., 1944.

– Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht, Festgabe für das Bundesgericht, 1924. S. 1 ff.

Cammeo, C.: I contratti della pubblica amministrazione, 1937.

Fleiner, F.: Einzelrecht und öffentliches Interesse, Festgabe für Paul Laband, 1908.

Giacometti, Z.: Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtinstituten, 1924.

Grätzer, P.: Die clausula rebus sic stantibus beim öffentlichrechtlichen Vertrag, Zürcher Dissertation 1953.

Heusser, W.: Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem, Zü. Diss., 1949.

Huber, H. R.: Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten, Zü. Diss. 1955.

Jedlicka, F.: Der öffentlichrechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht, Zü. Diss. 1928.

Jellinek, W.: Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festgabe für das preußische Oberverwaltungsgericht, 1925, S. 84 ff.

Jèze, G.: Théorie générale des contrats de l'administration, 3. Bde., 1934–1936 (zugleich tomes IV, V et VI des Principes généraux du droit administratif).

Imboden, M.: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954.

– Der nichtige Staatsakt, 1944.

Ipsen, H. P.: Öffentliche Subventionierung Privater, Deutsches Verwaltungsblatt, 1956.

Kellerhals, P.: Der öffentlich-rechtliche Vertrag, insbesondere die Anwendung von Zivilrecht auf dessen Vertragsabschluß, BS. Diss. 1948 (Maschinenschrift).

Kelsen, H.: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv für öffentl. Recht 1913 (Bd. 53).

Kistler, B.: Contribution à l'étude juridique des subventions fédérales, Diss. Lausanne, 1956.

Kohl, R.: Die Möglichkeit öffentlichrechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht, Diss. Freiburg i.B., 1934.

Kormann, K.: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.

de Laubadère, A.: Traité théorique et pratique des contrats administratifs, 3 Bde., 1956.

Layer, M.: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, 1916.

Mayer, O.: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, Archiv für öffentl. Recht, 1887, (Bd. 3) S. 1ff.

Mitchell, J. D. B.: The Contracts of Public authorities, A comparative study, London 1954.

Oeschger, K.: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag, Diss. H. H. St. Gallen, 1954.

Oftinger, K.: Die Vertragsfreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», 1948, S. 315ff.

– Gesetzgeberische Eingriffe ins Zivilrecht, ZSR 57 S. 509aff.

Péquignot, G.: Contribution à la Théorie générale du Contrat administratif, Diss. Montpellier, 1945.

Reusch, W.: Der Vertrag im Verwaltungsrecht, Diss. Frankfurt, 1929.

Seidel, H.: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage, Diss. Breslau, 1927.

Speiser, R.: Über öffentlichrechtliche Verträge im Verwaltungsrecht, BS. Diss. 1922 (Maschinenschrift).

Thoma, R.: Rechtsgutachten in Sachen Ilseder Hütte gegen Deutsches Reich, 1927.

Truninger, H.: Die Freiheit des Staates bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen, Zü. Diss. 1950.

Von Tuhr/Siegwart: Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechtes, 1944.

Abkürzungen für Judikatur-Zitate

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
Archiv	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
BGer	Bundesgericht, amtliche Sammlung der Entscheidungen

BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen, Entscheidungen
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes
CE	Conseil d'Etat
EVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Eidg. Versicherungsgerichtes
MBV	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht
ORK	Oberrekurskommission des Kt. Zürich, Rechenschaftsbericht
OVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht, Entscheidungen
Revue	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen, Entscheidungen
SGGVP	St. gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SGVP	St. gallische Verwaltungspraxis
Sirey	Receuil Sirey de jurisprudence
SJZ	Schweiz. Juristenzeitung
SOGE	Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates des Kt. Solothurn
SORB	Bericht der solothurnischen Rekurskommission in Steuersachen
TiMass	Massimario di giurisprudenza dedotta delle sentenze della Commissione dell'Amministrative, 1952
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden
VerwZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereines
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Vorbemerkung

Die Vorbereitung und die Drucklegung dieser Arbeit wurden vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung in großzügiger Weise unterstützt. Der Verfasser möchte für die ihm gewährte Hilfe aufrichtig danken. Im besonderen richtet sich sein Dank an die drei Studenten (Rita Brun, Zürich; Peter Saladin, Basel; Dian Schefold, Basel), die ihm bei der Sichtung des Materials und den Korrekturarbeiten beste Dienste leisteten. – Die Arbeit wurde Ende August 1957 abgeschlossen. Von den später erschienenen Aufsätzen und Präjudizien konnte nur noch ein Teil Berücksichtigung finden.

31. Januar 1958

1. ABSCHNITT

Die Entwicklung von Lehre und Praxis

§ 1

Das ausländische Recht

I. Die deutsche Lehre und Rechtsprechung[1]

1. Die klassische deutsche Verwaltungsrechtslehre nahm in ihrem Ausgangspunkt bei Otto Mayer gegenüber der Rechtsform des öffentlichrechtlichen Vertrages eine betont negative Stellung ein. Der Vertrag wurde mit der im Verwaltungsrecht bestehenden «Ungleichheit der Rechtssubjekte» (Staat und Bürger) im Widerspruch stehend bezeichnet. «Der Vertrag gedeiht nur auf dem Boden der Gleichheit»[2]. Selbst da, wo ausnahmsweise die Gleichordnung der Rechtssubjekte – wie etwa im Verhältnis zwischen mehreren Selbstverwaltungskörpern – sichtbar verwirklicht schien, versuchte Otto Mayer, die Form des Vertrages konstruktiv durch diejenige der Verfügung zu ersetzen. Diese Zurückweisung der Vertragsform blieb freilich nicht unbestritten. Es waren aber bezeichnenderweise in erster Linie Vertreter des Staatsrechtes – vor-

[1] Allgemeine Literatur: Fleiner, F., Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, 8. Aufl., 1928, S. 193, 209–214; Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, 1. Bd., 6. Aufl., 1956, S. 239–247; Jellinek, W., Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1929, S. 243–244; Kormann, K., System der rechtgeschäftlichen Staatsakte, 1910, S. 29–44; Landmann/Giers/Proksch, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1957, S. 130–135; Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht, 2./3. Aufl., 1917/24, Bd. II, S. 262 u. 646; derselbe in Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 3, S. 1ff.; Nebinger, R., Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1949; Peters, H., Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 153–155; Turegg, K. E., Lehrbuch des Verwaltungsrechtes, 1950, S. 158; Wolff, H. J., Verwaltungsrecht I, 1956, S. 186.

[2] Mayer, S. 262.

ab Laband und Georg Jellinek –, die dem Vertrag einen weiteren Anwendungsbereich zu sichern versuchten[3]. Die Verwaltungsrechtslehre begann im allgemeinen auf die Linie Otto Mayers einzuschwenken. Immerhin konnte in einem Bereich, nämlich in dem der interkommunalen Rechtsbeziehungen, dem Konzept des öffentlichrechtlichen Vertrages die Anerkennung nur schwer versagt bleiben. Aber auch im Verhältnis des Bürgers zum Staat vermochten die auf Mayer folgenden Autoren schließlich nicht mehr zu verneinen, daß das positive Recht Institutionen verwirklicht hatte, die allen wesentlichen begrifflichen Elementen eines öffentlichrechtlichen Kontraktes genügten. So gelangte die Rechtsform des öffentlichrechtlichen Vertrages in der neueren deutschen Lehre zu einer zunächst rein registrierenden Anerkennung[4]. Es wurde das tatsächliche Bestehen dieser Institution festgestellt, ohne sie aber in das theoretische Lehrgebäude überzeugend einordnen zu können[5]. Typisch für diese unsichere und im Grunde auch ungeklärte Haltung gegenüber dem öffentlichrechtlichen Vertrag bleibt die Stellungnahme Fleiners[6]: Der öffentlichrechtliche Vertrag im Verhältnis des Einzelnen zum Staat wurde als Institution anerkannt, soweit das Gesetz eine Vertragsermächtigung enthält und soweit sich das in Frage stehende Gebilde nicht als zustimmungsbedürftiger

[3] So deuteten Laband (Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Aufl., 1901, Bd. I, S. 419 ff.) und Georg Jellinek (System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 210/11) vor allem die Beamtenernennung als Vertrag.

[4] So Walter Jellinek, aber neuerdings auch Nebinger, Turegg, Wolff und B. Bender (Allg. Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1956, S. 125/126).

[5] Das mag am überraschendsten erscheinen hinsichtlich Kormann, der doch eigentlich gerade mit seiner rechtsgeschäftlichen Deutung des Verwaltungsaktes eine zur konstruktiven Erfassung des öffentlichrechtlichen Vertrages brauchbare (wenn auch an sich reichlich problematische) Grundlage geboten hätte. Wohl am grundsätzlichsten versuchte Buddeberg, der Vertragsform dogmatisch und rechtssoziologisch ihren Platz zu sichern.

[6] Fleiner, S. 210 ff.

Hoheitsakt deuten läßt. Gegen die Verwendung der Vertragsform wurden indessen in doppelter Richtung grundsätzliche rechtspolitische Bedenken geäußert: sowohl auf eine mögliche Gefährdung der Rechtsgleichheit wie auf die sich aus der vertraglichen Bindung allenfalls ergebende Verpflichtung zur Preisgabe öffentlicher Interessen wurde nachdrücklich hingewiesen. Damit sind die beiden Gesichtspunkte klar bezeichnet, die schon bei Otto Mayer zur grundsätzlichen Ablehnung der Vertragsform geführt hatten und die auch in den späteren Auseinandersetzungen immer wieder gegen ein öffentlichrechtliches Kontrahieren geltend gemacht wurden.

Zutreffend bleibt freilich, daß sich bereits bei Otto Mayer ein Hinweis findet, der mitunter als erster Baustein einer öffentlichrechtlichen Kontraktslehre gedeutet wurde[6a]. Dieser Hinweis liegt in der Lehre, wonach die persönliche Einwilligung des Betroffenen (die sog. «Unterwerfung») im Sinne eines Verzichts auf die Freiheitsrechte und damit zugleich als «Gesetzesersatz» zu wirken vermöge[6b]. Indessen kontrastiert diese These doch zu auffällig von «der Grundtendenz des Werkes, die rechtsstaatliche Gebundenheit der Verwaltung herauszuarbeiten»[6c], um ihr eine zentrale Bedeutung beigeben zu können. Thoma[6d] wollte in ihr nichts mehr als eine «Unbedachtheit» sehen. Abgesehen davon bleibt zu beachten, daß Otto Mayer mit seiner Lehre von der Wirkung des persönlichen Einverständnisses nicht das Tor zu einem rechtsgeschäftlichen Handeln, sondern zu einem gesetzesfreien Verfügen der Verwaltung öffnen wollte.

2. Die Verwaltungsrechtslehre der Nachkriegszeit hatte vor allem durch Peters und Forsthoff einen weiteren entscheidenden Schritt in der Richtung einer Raumgewährung an den öffentlichrechtlichen Vertrag ge-

---

[6a] Thoma, S. 21 ff., vgl. auch Forsthoff, Deutsches Verwaltungsblatt, 1957, S. 725.

[6b] Mayer, I S. 108.

[6c] Thoma, S. 21. [6d] a.a.O. S. 21.

tan. Die Forderung, daß ein öffentlichrechtlicher Vertrag nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung abgeschlossen werden könne, wurde preisgegeben[7], ja sie erfuhr insofern eine grundsätzliche Kritik, als darin ein Relikt des Positivismus gesehen wurde[8].

Eine Grenze wurde dem Vertrag durch Forsthoff freilich darin gezogen, daß seine Anwendung ausgeschlossen sein soll, «wo die Gesetze die Behörden mit hoheitlichen Befugnissen zur Erfüllung ihrer typischen Aufgaben ausgestattet haben»[9]; der Kontrakt bleibt somit wohl praeter legem, nicht aber contra legem zulässig. Das öffentliche Interesse sollte in der Weise mit dem bindenden Charakter des Vertrages versöhnt werden, als dem Gemeinwesen in einem relativ weiten Umfang ein Zurückkommen auf die Vereinbarung zugestanden wurde. Dieses Zurückkommen sollte nach der einen Auffassung durch eine gegenüber dem Privatrecht erweiterte Berufung auf die clausula rebus sic stantibus[10], nach der anderen Auffassung durch eine sinngemäße Anwendung der Grundsätze über den Widerruf von Verwaltungsakten[11] möglich gemacht werden. Weitgehend ungelöst blieb jedoch das Problem, wie die Vertragsform mit dem Grundsatz der Gleichheit in Einklang zu bringen sei.

Dieser grundlegende Wandel in der Stellung der Lehre zum öffentlichrechtlichen Vertrag wird nur verständlich, wenn in Berücksichtigung gezogen wird, in welchem Maße

---

[7] Vgl. Peters, S. 154: «Solche Vereinbarungen sind auch dort zulässig, wo die Gesetze nichts bestimmen; die Behörde bindet sich hierin freiwillig im öffentlichen Interesse».

[8] Forsthoff, S. 243.

[9] Forsthoff, S. 244.

[10] Forsthoff, S. 246; vgl. auch Landmann/Giers/Proksch.

[11] Peters, S. 155: «Ein Widerruf ist unter den ... Voraussetzungen eines Widerrufes von nicht frei widerruflichen Verwaltungsakten zulässig». Diese Widerrufsmöglichkeit geht praktisch sehr weit; sie bezieht sich nicht nur auf eigentliche Revisionsgründe, sondern auch auf Gesetzwidrigkeit und Verfahrensmängel (Peters, S. 168/169).

sich die Praxis in Deutschland wie in zahlreichen anderen Staaten seit dem ersten Weltkrieg dieser rechtlichen Institution zu bedienen begonnen hatte. Die der dogmatischen Erfassung vorauseilende Entwicklung der Gesetzgebung und noch mehr die tatsächliche Rechtshandhabung hatten schließlich in dem Maße alle bisherigen Formen gesprengt, daß die Doktrin zur Preisgabe ihrer Zurückhaltung gezwungen war, sollte sie nicht – wie befürchtend geäußert wurde – «den Zusammenhang mit der Rechtswirklichkeit verlieren»[12]. So hat der vollzogene Richtungswechsel weitgehend den Charakter einer durch die äußeren Verhältnisse erzwungenen, rechtsdogmatisch im Grunde noch nicht voll untermauerten Schwenkung.

3. Die Entwicklung der Rechtsprechung – für die im folgenden die Judikatur des preußischen Oberverwaltungsgerichtes, des Reichsgerichtes und des neu geschaffenen Bundesverwaltungsgerichtes als Beispiel dienen soll – folgt einigermaßen derjenigen der Lehre. Es lassen sich die nachstehenden wesentlichen Etappen feststellen:

a) Als fraglos feststehend galt von Anfang an, daß zwischen gleichgeordneten Selbstverwaltungskörpern die Rechtsform des öffentlichrechtlichen Vertrages grundsätzlich anzuerkennen sei. Der Eingemeindungsvertrag wurde zum Schulbeispiel[13].

b) Im Prinzip richtig wurde sodann erkannt, daß sich unter einer scheinbar dem öffentlichen Recht angehörenden Vereinbarung über die Leistungspflicht eines Privaten ein Versprechen im Sinne einer privatrechtlichen Leistungsübernahme verbergen kann[14]. Das Gemeinwesen sagt im Rahmen seiner Privatautonomie dem Bürger zu,

---

[12] Forsthoff, S. 240.

[13] OVG 49/48 (5. 10. 1906), 58/88 (25. 11. 1910); RGZ 68/213 (17. 1. 1908), 159/193 (16. 1. 1939); ferner (nicht die Eingemeindung betreffend): OVG 89/42 (15. 3. 1932).

[14] OVG 33/103 (21. 2. 1898), 38/145 (24. 1. 1901), 56/122 (25. 2. 1910), 68/186 (17. 3. 1915), 76/148 (20. 5. 1920), 82/138 (2. 2. 1928); RGZ 132/225 (26. 3. 1931).

daß es ihm eine durch das öffentliche Recht an sich zwingend auferlegte Leistung (zumeist eine Geldleistung) aus frei verfügbaren Mitteln intern ersetze (vgl. unten Ziff. 108 ff.). Das Erkennen des Wesens dieser Vereinbarung als einer vom öffentlichrechtlichen Kontrakt zu trennende Erscheinung wurde indessen vielfach durch eine der Sache nicht entsprechende begriffliche Einkleidung erschwert: mitunter wurde der Anwendungsbereich dieses internen privatrechlichen Leistungsübernahme-Versprechens auch offensichtlich überspannt[15].

c) Das Eindringen des Konzeptes des öffentlichrechtlichen Vertrages in die Gesetzgebung fand seinen zwangsläufigen Niederschlag in der Rechtsprechung. Am frühesten wurde die Rechtsfigur der öffentlichrechtlichen Abmachung im Straßenrecht[16], im Enteignungsrecht[17], bei der Pauschalierung von Kommunalabgaben[18] und bezüglich der Unterhaltspflicht im Wasserbau[19] anerkannt.

d) Hatte sodann die frühere Rechtsprechung für den echten öffentlichrechtlichen Vertrag noch eine gesetzliche Grundlage gefordert – unter diesem Gesichtspunkt wurden z.B. eigentliche Verträge über Abgabeleistungen, namentlich solche über Steuern als ungesetzlich bezeichnet[20] –, so wurden mehr und mehr auch außerhalb des Gesetzes öffentlichrechtliche Vereinbarungen anerkannt[21]. Eine nicht

---

[15] Vgl. z.B. RGZ 82/326 (27. 5. 1913).

[16] OVG 51/282 (5. 12. 1907), 74/72 (7. 3. 1918), 80/221 (7. 1. 1926), 94/56 (12. 6. 1934); RGZ 68/370 (12. 5. 1908), 148/338 (20. 9. 1935).

[17] OVG 76/49 (10. 6. 1920); RGZ 61/102 (9. 6. 1905), wo freilich die Enteignung noch privatrechtlich konstruiert ist.

[18] OVG 76/256 (3. 5. 1921).

[19] OVG 79/225 (26. 6. 1924).

[20] RGZ 12/272 (14. 10. 1884), Steuerprivileg einer Bahngesellschaft; vgl. ferner auch RGZ 49/219 (24. 4. 1901).

[21] So Sonderabreden im Beamtenverhältnis (RGZ 125/295, 2.7. 1929; vgl. auch schon RGZ 53/423, 10. 2. 1903; dem gegenüber OVG 70/116, 18. 11. 1915) oder über die öffentlichrechtliche Pflicht zur Wohnraumbeschaffung (RGZ 118/379, 8. 11. 1927).

unproblematische allgemeine Formel zur Anerkennung derartiger Vereinbarungen wurde in der Weise geschaffen, daß erklärt wurde, den Beteiligten stehe es innert gewisser Grenzen frei, über ungewisse oder kontroverse öffentlichrechtliche Verhältnisse «Vergleiche» einzugehen[22].

e) Mit dieser Entwicklung ging ein immer deutlicheres Abrücken von der klassischen Begrenzung der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften zusammen. Mehr und mehr wurden auch in privatrechtlicher Form Abreden über die Erfüllung typischer öffentlicher Aufgaben getroffen[23].

f) In bemerkenswerter Weise strebt das neue Bundesverwaltungsgericht danach, wieder zu einer schärferen, rechtsstaatlichen Erfordernissen besser entsprechenden Umgrenzung des Anwendungsbereiches des öffentlichrechtlichen Kontraktes zu gelangen. Es gebe – so bemerkt das Gericht in einem neuesten Entscheid – «keinen allgemeinen Satz des Inhaltes, daß die Ausübung der staatlichen Gewalt durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung anders geregelt werden könnte, als durch das Gesetz vorgeschrieben»[24].

II. Die österreichische Lehre[25]

4. Die Entwicklung der österreichischen Lehre verlief, verglichen mit derjenigen der deutschen Lehre, in manchem entgegengesetzt. Unmittelbar nach dem ersten Weltkrieg mochte zwar der Stand der Lehrmeinungen in beiden Län-

---

[22] Vgl. hiezu RGZ 79/198 (2. 4. 1912) und neuestens BGHZ 17/61 (21. 3. 1955).

[23] Namentlich das Reichsgericht tendierte schon früh zu einer derartigen Ausweitung des privatrechtlichen Kontrahierens des Gemeinwesens, vgl. z.B. RGZ 53/187 (16. 12. 1902), 56/4 (10. 11. 1903), 78/427 (27. 2. 1912), 81/216 (18. 1. 1913).

[24] BVerwGE Bd. 4, Heft 2, Nr. 27, S. 115 (24. 10. 1956).

[25] Allgemeine Literatur: Adamovich, L., Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechtes, 5. Aufl., 2 Bde., 1953/54, Bd. I S. 83; Antoniolli, W., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954, S. 200/201, Helbling, E. C., Kommentar zu den Verwaltungsver-

dern annähernd der nämliche gewesen sein. Bezeichnend für Österreich war immerhin, daß sich die Dogmatik zwar einerseits gegenüber dem positiven Recht, das unverkennbar auch im Bereiche des Verwaltungsrechtes vertragsähnliche Gebilde geschaffen hatte, offener (und damit vielleicht auch realistischer) zeigte als die deutsche Betrachtung, daß aber anderseits in der juristischen Deutung der Phänomene vom Vertragskonzept ein betont zurückhaltender Gebrauch gemacht wurde. Mit konstruktivem juristischem Sinn wurde versucht, kontraktähnliche Gebilde in besonders gestaltete (z.B. bedingte) Verfügungen umzudeuten oder ihnen eine nur «vorbereitende» Wirkung im Hinblick auf später ergehende Verfügungen zuzuerkennen. Diese Neigung der Lehre wurde nachhaltig durch das positive Recht gefördert. Wenn der heute noch geltende berühmte Art. 18 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes vom 1. Oktober 1920 bestimmte «Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden», so blieb auf alle Fälle einer Verwendung des Vertragsinstitutes ohne gesetzliche Grundlage der Boden entzogen. Im Bereiche des formellen Rechtes erhielt dieses Prinzip eine weitere Bekräftigung in § 6 Abs. 2 des allgemeinen österreichischen Verwaltungsverfahrens-Gesetzes von 1925/50, wo jede Parteidisposition über eine behördliche Zuständigkeit ausdrücklich ausgeschlossen wird[26]. So anerkennt denn die heute herrschende Lehre Österreichs im wesentlichen nur im Verhältnis zwischen öffentlichrechtlichen Körperschaften, namentlich zwischen Gemeinden, das Vorkommen eigentlicher verwaltungsrechtlicher Verträge. Was hingegen die Beziehung Staat–Bürger anbelangt, wird festgestellt: «Die Ausübung hoheitlicher Ge-

---

fahrensgesetzen, 2 Bde., 1953/54; Herrnritt, R. H., Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921, S. 442–453; Merkl, A., Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

[26] Der Wortlaut dieser Bestimmung ist: «Durch Vereinbarung der Parteien kann die Zuständigkeit der Behörden weder begründet noch geändert werden».

walt gegenüber dem Gewaltunterworfenen kann nicht Gegenstand eines Vertrages sein»[27].

III. Der «contrat administratif» des französischen Rechtes[28]

5. In der Herausbildung der besonderen Rechtsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages, des «contrat administratif», liegt eine der interessantesten Leistungen des französischen Verwaltungsrechtes. Die Entwicklung vollzog sich unter dem entscheidenden Einfluß der Rechtsprechung des Conseil d'Etat[29]. Als Institution bleibt der contrat administratif untrennbar mit dem Gesamtsystem des französischen Verwaltungsrechtes verbunden. Seiner Übernahme durch einen fremden Rechtskreis, ja auch nur der analogen Heranziehung der zahlreichen von der französischen Praxis geprägten Sonderregeln über die rechtsgeschäftliche Tätigkeit der Verwaltung stehen daher grundsätzliche Hindernisse entgegen. Wollte man dennoch versuchen, die Bedeutung dieser Rechtsform vom Standpunkt unserer eigenen Anschauung aus zu bestimmen, so müßte vor allem betont werden, daß der contrat administratif –

---

[27] Antoniolli, S. 201.

[28] Allgemeine Literatur: Jeanneau, B., Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, 1954; Jèze, G., Théorie générale des contrats de l'administration (vgl. allgemeines Literaturverzeichnis; hier zitiert mit Jèze); derselbe, Les principes généraux du droit administratif, 3. Aufl., 3. Bd., 1926 (zitiert mit Jèze III); de Laubadère, A., Traité théorique et pratique des contrats administratifs (vgl. allg. Literaturverzeichnis; hier zitiert mit de Laubadère); derselbe, Traité élementaire de droit administratif, 2. Aufl. 1957 (zitiert mit de Laubadère droit adm.) S. 401 ff.; Long/Weil/Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 1956 (vgl. vor allem die Entscheide Nr. 9, 19, 22, 26, 36 u. 54); Mitchell (vgl. allg. Literaturverzeichnis); Mourès, Y., Eléments de droit public et administratif, 1957, S. 115–129; Péquignot, G. (vgl. allg. Literaturverzeichnis); Rolland, L., Précis de droit administratif, 10. Aufl., 1955, S. 53–57; Waline, M., Droit administratif, 7. Aufl., 1957, S. 492–563.

vom schweizerischen Blickpunkt aus gesehen – weniger fühlbar nach der Seite der hoheitlichen, als vielmehr der nicht-hoheitlichen Verwaltung hinübergreift. So geht denn auch die Herausbildung dieser Rechtsform auf den berühmt gewordenen Fall Blanco zurück, der im Jahre 1873 vom «Tribunal des conflits» entschieden worden ist[30]. Das Gericht sprach aus, daß bestimmte Tätigkeitsbereiche des Staates, die herkömmlicherweise als nicht-hoheitlich galten, der Kontrolle der Administrativjustizbehörden unterstehen. Aus der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wurde gefolgert, daß im Rahmen ihres Überprüfungsbereiches auch materiell öffentliches Recht zur Anwendung kommen müsse. Gewiß wird durch den contrat administratif der Abschluß privatrechtlicher (d.h. materiell dem Zivilrecht unterstehender, von den ordentlichen Gerichten und nicht von den Administrativjustizbehörden zu beurteilender) Abmachungen seitens der Verwaltung («contrat de droit commun») nicht ausgeschlossen; der Begriff des contrat de l'administration ist in diesem Sinne inhaltlich weiter als der Begriff des contrat administratif. Der Raum für ein rechtsgeschäftliches Handeln der Verwaltung in den Formen des Privatrechtes wird indessen durch den contrat administratif wesentlich eingeengt.

6. Die Institution des contrat administratif ist eng gebunden an die das französische Verwaltungsrecht bestimmende Vorstellung des «service public», ja, sie ist in wesentlichen Aspekten nur eine sekundäre Folge dieses Konzeptes. Der contrat administratif wird abgeschlossen «en vue de la gestion d'un service public»[31]. Als «services publics» sind zu verstehen – wie es Rolland umschrieben hat – «des entreprises ou des institutions d'intérêt général placées sous la haute direction des gouvernants et destinées à satisfaire aux besoins collectifs du public»[32]. Charakteristisch für

[29] de Laubadère, S. 18.
[30] Long, Nr. 1 S. 5 ff. (Entscheid vom 8. 2. 1873.)
[31] Waline, S. 495.
[32] Rolland, S. 16.

die Grundvorstellung des service public ist das Moment, daß sie (anders als der deutsche Begriff der «Anstalt») eine Erfassung der administrativen Funktionen losgelöst von ihrer Trägerschaft versucht. Service public ist jede dem allgemeinen Wohle dienende Funktionseinheit. Dabei kann diese einen Teil des eigentlichen Verwaltungskörpers bilden (Duguit hat den Staat als «collection de services publics»[33] gekennzeichnet) oder aber unter der Oberaufsicht der Staatsverwaltung von einer privatrechtlichen Körperschaft getragen sein. So werden etwa eine öffentliche Schule oder ein öffentliches Spital als Abteilungen der kommunalen Verwaltung in gleicher Weise als services publics betrachtet wie ein von einem Privaten organisierter öffentlicher Verkehrsbetrieb oder eine von einer privaten Gesellschaft auf Grund eines Verleihungsaktes verwirklichte lokale Elektrizitätsversorgung.

7. Über die Funktion des service public haben Rechtsprechung und Lehre drei hauptsächlichste Prinzipien entwickelt, die in entscheidender Weise auf die Institution des contrat administratif zurückwirken[34]:

a) Einmal muß die Kontinuität des service public, dessen ungestörte und ununterbrochene Funktion gesichert sein (règle de continuité);

b) Sodann müssen die übergeordneten Behörden die Möglichkeit haben, die Vorschriften über Organisation und Funktion eines öffentlichen Dienstes den sich ändernden allgemeinen Interessen anzupassen; der service public hat in Gestalt und Betrieb den jeweiligen öffentlichen Bedürfnissen zu folgen (règle de mutabilité);

c) Schließlich muß der öffentliche Dienst allen in gleicher Weise dienen; die Gleichbehandlung aller Bürger, die einen öffentlichen Dienst beanspruchen, muß gewährleistet sein (règle d'égalité).

---

[33] Waline, S. 585.

[34] Rolland, S. 18, Waline, S. 591/92, Jeanneau, S. 12 ff., 106 ff.

8. Ein contrat administratif setzt voraus, daß mindestens eine der kontrahierenden Parteien eine selbständige Verwaltungseinheit, d.h. eine Rechtsperson des öffentlichen Rechtes ist[35]. Der verwaltungsrechtliche Vertrag kann zum service public eine dreifache Beziehung haben[36]:

a) Durch den Vertrag kann ein Privater zur unmittelbaren Erfüllung eines öffentlichen Dienstes herangezogen werden. Gegenstand des Vertrages ist somit die Delegation einer öffentlichen (in den Rahmen eines service public fallenden) Funktion an einen Einzelnen. Der Prototyp dieser Abmachung liegt in dem, was als «concession de service public» bezeichnet wird: Eine Gesellschaft erhält z.B. das Recht und die Verpflichtung, einen Verkehrsbetrieb zu betreiben oder eine lokale Versorgungsaufgabe (Verteilung von Wasser, Gas oder Elektrizität) zu erfüllen.

b) Gegenstand des Vertrages kann weiter die Unterstützung eines öffentlichen Dienstes durch Lieferung von Sachen oder Erbringung von Leistungen sein. In diese Kategorie fallen zahlreiche Abmachungen, die nach schweizerischem Recht als typisch privatrechtlich gelten: die Erstellung eines öffentlichen Werkes durch einen privaten Bauunternehmer, die Ausführung von Transportaufträgen der öffentlichen Verwaltung, die Belieferung der Verwaltung mit Sachgütern, ja selbst die Kreditierung an den Staat (nicht aber an seine Selbstverwaltungskörper) auf dem Wege der Zeichnung einer öffentlichen Anleihe[37].

c) Schließlich kann der contrat administratif auch das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Dienst und den Benützern betreffen; Vertragsgegenstand ist in diesem Fall die Leistung des service public im Interesse des Einzelnen. Aus dem grundsätzlichen Bestehen dieser

---

[35] Waline, S. 494, de Laubadère, S. 55.

[36] Hiezu de Laubadère, S. 64.

[37] Jèze, III 408 ff., de Laubadère, S. 121 ff.; Waline, S. 72/73 und 497.

Möglichkeit darf indessen nicht gefolgert werden, daß die Beziehungen zwischen dem öffentlichen Dienst und den privaten Benützern grundsätzlich und allgemein durch das öffentliche Recht – unter Ausschluß des Privatrechtes – bestimmt sind. Die Praxis nimmt vielmehr wesentliche Einschränkungen vor, die den Entscheid der Frage, ob auf die Verhältnisse zwischen einem öffentlichen Unternehmen und den Bürgern öffentliches oder privates Recht Anwendung finde, kaum leichter machen als im schweizerischen Recht.

9. Obwohl sich die verwaltungsrechtlichen Verträge ihrem typischen Inhalt nach einigermaßen klar gliedern lassen, ist ihre Gruppierung keine abschließende. Es besteht kein numerus clausus der contrats administratifs[38]. Gewiß ist es in einzelnen Fällen bereits das positive Recht, das einer Abmachung dadurch öffentlichrechtlichen Charakter verleiht, daß die aus ihr entstehenden Streitigkeiten in die Kompetenz der Administrativjustizbehörden gewiesen werden («contrats administratifs par détermination de la loi»[39]); umgekehrt läßt sich vereinzelt aus dem gesetzlichen Vorbehalt des ordentlichen Rechtsweges der Schluß ziehen, daß eine Abmachung materiell dem Privatrecht unterliegt[40]. Im übrigen aber wird es in relativ weitem Rahmen der Disposition der Beteiligten überlassen, ob eine Vereinbarung als contrat administratif oder als contrat de droit commun zu verstehen sei. Der subjektiven Willkür der Beteiligten in der Wahl der Rechtsform sind freilich durch objektive Unterschiedsmerkmale wiederum Grenzen gesetzt. Einerseits sind nach überkommener Anschauung bestimmte Tätigkeitsbereiche der Verwaltung grundsätzlich vom Privatrecht erfaßt. Das trifft für die «gewerblichen» Unternehmungen («services commerciaux et industriels»[41]) und für die eigentliche Vermögens-

---

[38] CE 12. 12. 1930, Sirey 1931 III 117.

[39] de Laubadère, S. 37 ff., vgl. auch die Bemerkung von Mestre bei Sirey 1928 III 201.

[40] de Laubadère, S. 53/54.

[41] Waline, S. 496; CE 8. 11. 1929, Sirey 1930 III 39.

und Domänenverwaltung («Exploitation patrimoniale ou domaniale»[42]) zu. Anderseits ist in vielen Fällen durch den spezifischen Inhalt einer Vereinbarung ihr öffentlich-rechtlicher Charakter zwingend festgelegt. Sieht die Abmachung eine Regelung vor, die im Rahmen des Privatrechtes überhaupt nicht getroffen werden könnte – wird z. B. der Verwaltung eine Einwirkungsmöglichkeit auf den Vertrag oder gegen den privaten Gegenkontrahenten zugestanden, die das Zivilrecht nicht zuläßt –, so ist auf das Vorliegen eines contrat administratif zu schließen. Diese nicht-privatrechtskonformen Vertragsklauseln – die «clauses exorbitantes du droit commun»[43] – bilden in Lehre und Rechtsprechung einen bedeutsamen Anhaltspunkt zur Bestimmung der Rechtsnatur. Wesen und Bedeutung der «clauses exorbitantes» sind freilich vielfach umstritten.

10. Klar begrenzt ist die Institution des verwaltungsrechtlichen Vertrages gegenüber dem hoheitlichen Tätigkeitsbereich der Verwaltung. Wo das Gesetz – wie z. B. im Beamtenrecht[44] – die Beziehungen zwischen dem Einzelnen und dem Staat ordnet, bleibt kein Raum für Dispositionen der Beteiligten.

11. Nach seinen Wirkungen hebt sich der contrat administratif vor allem in doppelter Richtung von dem aus dem Privatrecht gewonnenen Vertragskonzept ab:

a) Zur Sicherung der Kontinuität des service public und zur Gewährleistung einer rechtsgleichen Behandlung der auf den öffentlichen Dienst angewiesenen Privaten (vgl. oben Ziff. 7 lit. a und c) stehen der Verwaltung einseitige Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vertragsgegner zu, die mitunter sogar Inhalt und Bestand der vertraglichen Abmachung zu verändern vermögen[45]. Die Verwaltung kann

---

[42] Waline, S. 495.

[43] Waline, S. 499; de Laubadère, S. 77 ff.

[44] CE 29. 6. 1906, Sirey 1907 III 97; CE 5. 10. 1945, Sirey 1947 III 55.

[45] Waline, S. 532/28.

durch besondere Vereinbarung oder durch die von ihr aufgestellten, zum Vertragsinhalt gewordenen allgemeinen Vertragsbedingungen – die «cahiers des charges» – zur einseitigen Verhängung von Sanktionen befugt sein; sie ist in der Lage, dem Gegenkontrahenten hinsichtlich der Vertragserfüllung Weisungen zu erteilen, die – unter Vorbehalt einer fest geordneten Anfechtungsmöglichkeit – für diesen verbindlich sind. Umgekehrt allerdings kann sich im Interesse der Aufrechterhaltung des öffentlichen Dienstes für die Verwaltung auch die Verpflichtung ergeben, dem Gegenkontrahenten eine im Vertrag nicht vorgesehene Hilfeleistung zuteil werden zu lassen[46].

b) Noch weiter gehen die Folgerungen, die die Rechtsprechung aus dem Grundsatz der Anpassung des öffentlichen Dienstes an die wechselnden Bedürfnisse (vgl. oben Ziff. 7 lit. b) gezogen hat. Sie begnügt sich nicht mit der Ausprägung eines eigenen Begriffes der höheren Gewalt[47]. Vielmehr wird bei Veränderung der Bedürfnisse der Allgemeinheit eine einseitige Modifikation der Verpflichtungen durch die Verwaltung möglich gemacht: Wer es als Privater unternommen hat, in einer Stadt die Gasbeleuchtung einzurichten und zu betreiben, ist gehalten, auch für die technisch neu erschlossene elektrische Beleuchtung zu sorgen[48]; wer als privater Unternehmer einen öffentlichen Verkehrsbetrieb führt, hat allenfalls den Fahrplan in Abweichung vom Vertrag zu ergänzen[49]. Um freilich das Gleichgewicht der vertraglichen Regelung zu wahren, um namentlich die wirtschaftliche Äquivalenz von Leistung

---

[46] CE 30. 3. 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Long, Nr. 36 S. 114 ff.; CE 9. 12. 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Long, Nr. 54, S. 180 ff.

[47] CE 29. 1. 1909, Compagnie des messageries maritimes, Long, Nr. 22, S. 68 ff.

[48] CE 10. 1. 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Deville-les- Rouen, Long, Nr. 9, S. 28 ff.

[49] CE 21. 3. 1910, Compagnie générale française des tramways, Long, N° 26, S. 84 ff.

und Gegenleistung aufrechtzuerhalten, muß mit einer Erweiterung der Pflichten des Gegenkontrahenten allenfalls auch eine Vermehrung der Leistungen der Verwaltung zusammengehen.

12. Soweit nicht im Sinne der hier gemachten Vorbehalte die Verwaltung einseitig zu handeln vermag und soweit die Praxis auch nicht andere, vom Zivilrecht abweichende Regeln aufgestellt hat – was z.B. bezüglich der Unwiderruflichkeit von Offerten geschehen ist – kann freilich auch nach französischer Auffassung nichts entgegenstehen, das «allgemeine Recht» (d.h. das Privatrecht) für die Vertragsauslegung und die Vertragsanwendung sinngemäß heranzuziehen[50]. In dem Umfange, als sich die Rechte des Gegenkontrahenten von der Verwaltung nicht einseitig modifizieren lassen, behalten diese den Charakter wohlerworbener Rechte, die im Prinzip nur durch Enteignung entzogen werden können[51].

IV. Die italienische Lehre[52]

13. Hält man sich an die greifbaren Unterlagen, so ist man geneigt, die Stellungnahme der italienischen Lehre dahin zusammenzufassen, daß sie das Konzept des öffentlichrechtlichen Vertrages grundsätzlich zwar anerkenne[53], daß sie hingegen den praktischen Anwendungsbereich dieser Institution möglichst zurückzudrängen suche. So werden Konzessionen, Beamtenernennungen und Steuerabmachungen – wenn auch nicht unwidersprochen – als «einseitige» Verwaltungsakte gedeutet[54]; ja selbst die aus dem Zusammenwirken gleichgeordneter Verwaltungsein-

---

[50] CE 31. 5. 1907, Deplanque, Long, N° 19, S. 59 ff.

[51] CE 30. 3. 1916, Long, N° 36, S. 114 ff.

[52] Cammeo (vgl. allg. Literaturübersicht); Romano, S., Corso di diritto amministrativo, 3. Aufl., 1937; Vitta, C., Diritto amministrativo, 2 Bde., 1933/35.

[53] Romano, S. 235; Vitta, I, S. 322.

[54] Vitta, I 330, II 276, 335, 408/13, 437; Romano, 317.

heiten hervorgehenden Konsortien werden, wenn immer möglich, auf die Anordnung einer übergeordneten Verwaltungseinheit und nicht auf die rechtsgeschäftliche Willensübereinstimmung der Beteiligten zurückgeführt[55]. Der Enteignungsvertrag, der als reale Erscheinung nicht zu leugnen ist, erfährt vielfach eine rein privatrechtliche Deutung[56]. Dieses Beispiel weist auf den zunächst nicht ohne weiteres erkennbaren charakteristischen Grundzug der italienischen Lehre hin. Dieser liegt im Bestreben, den Anwendungsbereich des privatrechtlichen Vertrages auszudehnen. Es läßt sich sagen, daß in Italien auf anderem Wege ein weitgehend ähnlicher praktischer Erfolg erzielt werden konnte wie in Frankreich[57]. Die nach französischer Anschauung vom contrat administratif erfaßten Beziehungen werden vom italienischen Juristen privatrechtlich konstruiert. Das allgemeine Recht erfährt indessen mit Bezug auf die vom Staat und den staatlichen Verwaltungskörpern abgeschlossenen Verträge eine spezifische Umformung; es wird in interessanter Weise den sich stellenden besonderen öffentlichen Bedürfnissen angepaßt. So wird im Enderfolg mit privatrechtlichen Konstruktionsformen eine Ordnung verwirklicht, die dem Ergebnis nach derjenigen des französischen Rechtes vielfach entspricht.

V. Die Grundsätze des «Common Law»

A. England[58]

14. Was die Betrachtungsweise des englischen Rechtes grundlegend von derjenigen des kontinentalen Rechtes

[55] Vitta, I 318, II 88; Cammeo, S. 39.

[56] Vitta, II 310.

[57] Vitta, II 460/490; Cammeo, 72.

[58] Vgl. an Literatur: Mitchell (vgl. allg. Literaturverzeichnis), S. 24–80; Hart's Introduction to the Law of Local Government and Administration, 3. Aufl., 1946, S. 448–455; Hood Phillips, The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth, 1952, S. 360ff.; Keir/Lawson, Cases in Constitutional Law, 4. Aufl., 1954, S. 190ff.

trennt, ist vor allem der Gesichtspunkt, unter dem die Befugnis zum Abschluß öffentlichrechtlicher Verträge als problematisch erkannt wird. Nicht so sehr die Vereinbarkeit des im Einzelfall geschlossenen Vertrages mit dem objektiven Recht (d.h. die Durchbrechung des Grundsatzes vom Erfordernis des Rechtssatzes) ist dem englischen Richter als Problem erschienen; fragwürdig war für ihn vor allem die sich aus dem Vertrag ergebende Bindung des Staates und der innerstaatlichen Körperschaften. Das wohl bekannteste Präjudiz der englischen Gerichte bildet der Fall des schwedischen Schiffes «Amphitrite»[59], das im Jahre 1918 mit der ausdrücklichen Zusicherung, es werde den englischen Bestimmungshafen unbehelligt wieder verlassen können, nach England fuhr, dort dann aber wegen Handels mit dem Feind festgehalten wurde; das Schadenersatzbegehren des schwedischen Reeders wurde abgewiesen. Es sei nicht möglich – so erklärten die Gerichte –, daß die Regierung in einer Sache, in der es um das Wohl der Nation gehe, sich durch Vertrag oder einseitige Zusicherung in ihrer Handlungsfreiheit beschränke («fetter its future executive action»). In Verallgemeinerung dieses Grundsatzes wurde ausgesprochen, daß sich keine Behörde, der freies Ermessen zukomme, durch öffentlichrechtliche Abmachung für die Zukunft zu binden vermöge («a discretionary power may not be hampered by contract»[60]).

15. Diese These, die namentlich für das Anstellungsverhältnis der öffentlichen Bediensteten schwerwiegende Konsequenzen haben mußte – eine feste Anstellung auf eine bestimmte Zeit wurde vielfach als für den Staat nicht bindend betrachtet –, konnte freilich in dieser Unbedingtheit nicht aufrecht erhalten werden. Rechtsprechung und Lehre wurden in der Frage der Verbindlichkeit öffentlichrechtlicher Verträge schließlich zu einer differenzierenden Lösung geführt. Von der Gegenüberstellung der auf dem Spiele

---

[59] Keir/Lawson, S. 221/22.

[60] Mitchell, S. 57.

stehenden Interessen – dem staatlichen Interesse an freier und wirksamer Gestaltung der Verhältnisse auf der einen und dem privaten Interesse an der Erhaltung früher gegebener Zusicherungen auf der anderen Seite – wird es abhängig gemacht, ob eine Abmachung gerichtlichen Schutz erhält. In einer Frage freilich blieb die Praxis kompromißlos. Verpflichtungen zu Geldleistungen kann keine Behörde eingehen, wenn nicht direkt oder indirekt die Zustimmung des Parlamentes vorliegt[61]. Darin kommt der für das englische Staatsrecht charakteristische Gedanke der umfassenden parlamentarischen Finanzhoheit zum Ausdruck.

B. Die Vereinigten Staaten[62]

16. Rechtsprechung und Rechtslehre der Vereinigten Staaten erscheinen in der grundsätzlichen Problemstellung derjenigen Englands nicht unähnlich. Die positivrechtliche Besonderheit indessen, die die Praxis aus der Diskussion um allgemeine Prinzipien heraushob und ihr eine greifbare Grundlage gab, liegt in der bedeutsamen «Contract Clause» der amerikanischen Verfassung. Die gleiche Verfassungsvorschrift[63], welche das Verbot der «Bill of Attainder» und des «ex post facto Law» enthält, verbietet den Einzelstaaten den Erlaß von «Law impairing the Obligation of Contracts». Primär auf privatrechtliche Vereinbarungen zugeschnitten und insofern der in den Verfassungen der schweizerischen Kantone enthaltenen Garantie des Privateigentums nicht unähnlich[64], ist die Contract Clause von der Rechtsprechung indessen auch auf öffentlichrechtliche Verhältnisse ausgedehnt worden. Ihr Anwendungsbereich wurde dabei über

---

[61] Mitchell, S. 68.

[62] Literatur: Mitchell, S. 81–163; The Constitution of the United States of America, herausg. vom Sekretariat des Kongresses, 1953, S. 329–362.

[63] Art. 1 sect. 10 der Unionsverfassung von 1787.

[64] Vgl. den «Federalist» Nr. 44 (S. 228 der Ausgabe Blackwell, Oxford 1948), wo von einem «constitutional bulwark in favour of private right» die Rede ist.

den Kreis jener Rechte hinaus erweitert, die nach schweizerischer Auffassung als «wohlerworbene Rechte» dem Schutz der Eigentumsgarantie unterstehen. Auch darauf wurde – gleich wie in England – nicht entscheidend abgestellt, ob sich die Beteiligten wie in einem eigentlichen Vertrag als gleichgeordnete Partner gegenübertreten oder ob es sich – im Sinne unserer Terminologie – um eine «einseitige» Rechtverleihung durch den Staat handelt. So hat z.B. die amerikanische Praxis individuelle Steuervergünstigungs-Versprechen als grundsätzlich gültig und durchsetzbar bezeichnet.

17. Anderseits freilich sah sich die amerikanische Praxis vor die Notwendigkeit gestellt, zugleich auch die Grenzen der Maßgeblichkeit öffentlichrechtlicher Vereinbarungen aufzuzeigen. Sie hat diese Schranken sehr bestimmt betont. Der Umstand, daß der verpflichtende Charakter öffentlichrechtlicher Vereinbarungen durch ausdrückliche Verfassungsnorm garantiert erscheint, führte dazu, daß die Praxis in der Frage der Maßgeblichkeit individueller Zusicherungen und Vereinbarungen stärker als diejenige Englands nach einem betonten Entweder-Oder tendierte und sich einer nuancierten Interessenabwägung im Einzelfall weniger zugänglich zeigte. So wurde ein Zurückkommen auf abgegebene Zusicherungen – vom kaum problematischen Fall abgesehen, daß ein Zurückkommen von Anfang an vorbehalten war – stets dann als zulässig erklärt, wenn die vertragliche Bindung entscheidende staatliche Hoheitsrechte berührt. In diesem Sinn geht die «Police Power» allen getroffenen Abmachungen vor; dabei ist es charakteristisch, daß dieser Begriff eine gegenüber dem kontinentalen Polizeibegriff weite[65] Deutung erfährt. Von grundsätzlichem Interesse erscheint sodann auch die Einengung der Contract Clause im Verhältnis des Staates zu seinen Selbstverwaltungskörpern. Das staatliche Aufsichtsrecht über die Ge-

[65] So gehört zur Police Power nach einer stereotypen Formel alles, was sich auf «health, safety, good order, comfort or general welfare of the community» bezieht.

meinden geht der vertraglichen Bindung vor; der Staat ist in der Lage, sein Aufsichtsrecht ohne Rücksicht auf die von den lokalen Körperschaften mit Dritten getroffenen Abmachungen zur Geltung zu bringen.

§ 2

Das schweizerische Recht

I. Die schweizerische Rechtslehre

18. Die schweizerische Verwaltungsrechtslehre hat nicht nur keine selbständige Konzeption des öffentlichrechtlichen Vertrags herauszubilden vermocht. Sie hat auch im Rahmen der sie vor allem bestimmenden deutschen Lehre nicht einheitlich Stellung genommen. Lediglich im Verhältnis zwischen koordinierten verwaltungsrechtlichen Körperschaften und Anstalten, namentlich zwischen Gemeinden, gehört der Vertrag – was angesichts des Formenreichtums der kommunalen Gliederung und des vielfältigen engen Zusammenwirkens der Gemeinden weiter nicht erstaunlich ist – zu den selbstverständlichen überkommenen Institutionen. Problematischer erschien hingegen das rechtsgeschäftliche Handeln von Bürger und Gemeinwesen. Im allgemeinen hat sich die Lehre zwar – der Linie Fleiners folgend – zu einem in den theoretischen Prämissen zwar unscharfen, dem praktischen Ergebnis nach aber einigermaßen einleuchtenden «sowohl als auch» bekannt. Die Möglichkeit, im Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Einzelnen verwaltungsrechtliche Abmachungen zu treffen, wurde «im allgemeinen verneint, aber ausnahmsweise und in besonderen Fällen bejaht»[66]. Auf diesen Boden stellen sich die meisten der in der Schweiz erschienenen Monographien, so vor allem die eine zwar sehr sorgfältige und klare, im Grundsätzlichen indessen unkritische Syn-

[66] Ruck, E., Schweizerisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1951, Bd. I, S. 123.

these der bestehenden Lehrmeinungen anstrebende Arbeit von Jedlicka. Gegenüber dieser vermittelnden, am Handgreiflich-Praktischen orientierten Lösung sind freilich unter zwei gegensätzlichen Gesichtspunkten theoretische Bedenken geäußert worden; ja es zeigte sich die Tendenz, diese vermittelnde Zwischenposition extremeren und ausschließlicheren Konzeptionen zu opfern.

19. Die eine Richtung war vor allem durch die methodenkritischen Untersuchungen von Walther Burckhardt bestimmt. Es wurde trotz aller praktischen Vorzüge der Vertragsform als ein innerlich unlösbarer Widerspruch bezeichnet, «wenn der Staat, der das sachlich Richtige verwirklichen soll, darüber mit Privatpersonen frei, d.h. willkürlich, paktiert, wenn das öffentliche Interesse sich mit dem privaten ‚vertragen' muß, um sich durchzusetzen»[67]. Dem Konzept des Vertrages wurde im Bereich öffentlichrechtlicher Gestaltung die grundsätzliche Berechtigung abgesprochen; wo sich die Praxis dennoch seiner bedient, «steht sie... mit dem öffentlichen Recht in unlöslichem Widerspruch»[68]. In der gleichen Richtung wies – wenn auch weniger unbedingt – die die Lehre von Ernst Blumenstein kennzeichnende Konzeption des formalen Legalitätsprinzips und der Autonomie der öffentlichrechtlichen Begriffe; die Wirkungen des Steuervertrages z.B. wurden ausschließlich auf «die getroffene Verfügung der zuständigen Verwaltungsbehörde» bezogen[69].

20. Einen scharfsinnigen Kritiker fand sodann die herrschende Lehre in der Arbeit von Baechi[70]. Ihr Verdienst liegt vor allem darin, aufgezeigt zu haben, daß die für die deutsche Lehre bezeichnende Zurückdrängung der Ver-

---

[67] Burckhardt, W., Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., 1944, S. 67; ebenso Vertrag S. 70. Ähnlich auch Giacometti, Grenzziehung, S. 17.

[68] Burckhardt, W., Vertrag S. 70.

[69] Blumenstein, E., System des Steuerrechtes, 2. Aufl., 1951, S. 222; vgl. auch E. Blumenstein in MBV 1930, S. 49 ff.

[70] Baechi, S. 88.

tragsform zu Gunsten der Rechtsform des zustimmungsbedürftigen Verwaltungsaktes (Verwaltungsakt auf Unterwerfung; zweiseitiger Verwaltungsakt) im Rahmen einer von allen konventionellen Anschauungsrelikten gesäuberten Begriffsbildung kaum aufrechterhalten werden kann. Sobald eine Anordnung an die Zustimmung eines Privaten gebunden ist, wird diese – wie Baechi betont – zu einer Gegebenheit, die für die Entstehung des Rechtsverhältnisses nicht anders konstitutiv wirkt als der behördliche Willensakt auf der Gegenseite. «Nur eine naturrechtliche oder polizeistaatliche Anschauung kann zu anderen Ergebnissen gelangen». Dieser Gedanke, der von späteren schweizerischen Autoren aufgenommen und weiterverfolgt wurde[71], war geeignet, der Institution des öffentlichrechtlichen Vertrages wiederum einen gesicherteren Anwendungsbereich zu geben.

21. Wenn sich indessen im schweizerischen Schrifttum neuerdings wieder ein vermehrtes Interesse für eine Auseinandersetzung mit der «an sich systemwidrigen Rechtserscheinung»[72] des verwaltungsrechtlichen Vertrages geltend macht, so liegt der Grund wohl weniger darin, daß die Last der alten und vielfach ungelösten Probleme in vermehrtem Maße als drückend empfunden wird. Der unmittelbare Anstoß geht vielmehr von der Rechtsentwicklung aus. Daß Behörde und Private auch öffentlichrechtliche Beziehungen rechtsgeschäftlich gestalten, wird in der Praxis zu einer immer verbreiteteren Erscheinung. Auch der Gesetzgeber hat im modernen Wirtschaftsrecht Institutionen entwickelt, die versteckt oder offen am Modell des verwaltungsrechtlichen Vertrages orientiert sind. So ergeht an den Theoretiker die Aufforderung, sein gedankliches Rüstzeug der Wirklichkeit anzupassen[73].

---

[71] So namentlich Heusser (S. 89), Truninger (S. 73) und die neueste Arbeit von Oeschger.

[72] Gygi, F., Verwaltungsrecht und Privatrecht, 1956, S. 7.

[73] Gygi, a.a.O.

II. Die Rechtsprechung

22. Man dürfte mit der Annahme nicht fehl gehen, daß eine relativ reiche Verwendung des Vertrages zur Erreichung öffentlicher Zwecke alter schweizerischer Rechtsüberlieferung entspricht[74]. Namentlich das Gemeinderecht ist stark von überkommenen genossenschaftsrechtlichen Institutionen erfüllt. Bezeichnend für sie bleibt ein enges Ineinandergreifen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Gestaltung. Wenn freilich trotz dieser Rechtsüberlieferung die Rechtsform des öffentlichrechtlichen Vertrages von der Praxis nicht bestimmter herausgearbeitet wurde, so erklärt sich dies wesentlich aus der für die schweizerischen Kantone charakteristischen Ordnung des Rechtsschutzes. Die Regeneration hatte dem Zivilrichter in weitem Maße Funktionen der Verwaltungsjustiz übertragen. Namentlich Streitigkeiten über Bestand und Umfang «erworbener Rechte» wurden als Reservat der ordentlichen Gerichte betrachtet[75]. Da es dabei nicht darauf ankam, ob die durch rechtsgeschäftliche Gestaltung begründeten Rechte sich im Einzelfall auf Privatrecht oder öffentliches Recht stützen, bestand für den Richter zumeist keine Notwendigkeit, zu dieser Abgrenzungsfrage überhaupt Stellung zu nehmen. Wie in Frankreich vor allem die scharfe Trennung zwischen den Kompetenzen der Verwaltungsbehörden und der Zivilgerichte (vgl. oben Ziff. 5) den Anlaß schuf, den contrat administratif als selbständige Institution zu entwickeln, verhinderte umgekehrt in der Schweiz die namentlich früher recht weitgehende Einschaltung der Zivilgerichte in die Administrativjustiz eine klare Erfassung von Wesen und Tragweite des öffentlichrechtlichen Ver-

---

[74] Vgl. Buddeberg, S. 155: «Wird der Staat von dem bürgerlichen Genossenschaftsgeist getragen ..., dann ist damit zugleich die Anerkennung des öffentlichrechtlichen Vertrages ... gegeben».

[75] Imboden, M., Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, ZSR 1947, S. 17a.

trages. Immerhin läßt sich bei einer näheren Betrachtung des schweizerischen Kommunalrechtes das Hineinragen altüberlieferter Formen öffentlichrechtlichen Kontrahierens unschwer feststellen[76].

23. Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes steht namentlich seit der Jahrhundertwende unter dem deutlichen, ja in einzelnen Phasen dominierenden Einfluß der deutschen Lehre. Die starke Betonung des Grundsatzes, die Verwaltung sei allein am objektiven Recht orientiert, führte wohl zu grundsätzlichen Vorbehalten gegenüber der Vertragsform[77]. Immerhin stand die Verwendung des öffentlichrechtlichen Vertrages zur Gestaltung der Beziehungen zwischen koordinierten Verwaltungseinheiten[78], namentlich zwischen Gemeinden[79], diskussionslos fest. Das nämliche gilt für die klassischen Beispiele der enteignungsrechtlichen Vereinbarungen[80] und einzelner Verträge aus dem Bereich der öffentlichrechtlichen Versicherung[81]. Die Rechtsprechung ist freilich dabei nicht stehengeblieben. Die Neigung, den Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu erweitern, hat sich vor allem in neuester Zeit verdeutlicht und verstärkt. Folgende

---

[76] Ti Mass Nr. 312 und 377 (Verhältnis zwischen Gemeinde und Gemeindefunktionär) sowie Nr. 388 (Vertrag zwischen Gemeinde und einem sich niederlassenden Privatarzt).

[77] BGer 41 II 314/15, 49 I 160 ff.; vgl. auch VerwZBl 1917, S. 56, wo der auch in der amerikanischen Rechtsprechung bedeutsame Grundsatz ausgesprochen wird, daß Abmachungen zwischen einer Gemeinde und einem Privaten die Aufsichtsbehörde nicht in der Erfüllung ihrer Aufsichtspflichten zu binden vermögen.

[78] BGer 66 I 304/05 (Freizügigkeit zwischen Versicherungskassen); BGer 71 II 238 (Vertrag zwischen den einen Gemeinschaftsbahnhof benützenden Bahngesellschaften); SGVP 3 Nr. 401 (Vertrag zwischen SBB und Gemeinde).

[79] BGer 58 II 447, 63 II 36ff., vgl. ferner MBV 1948, Nr. 196.

[80] BGer 52 I 37/38; vgl. die Ausdehnung auf Vereinbarungen über Rückübertragung (BGer 77 II 81) und Anliegerbeiträge (Revue 1956, S. 167).

[81] BGer 73 I 174.

Etappen erscheinen in der Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor allem bedeutsam:

a) Bemerkenswert ist die bereits vor drei Jahrzehnten erfolgte konstruktive Herausbildung der Institution des öffentlichrechtlichen Hinterlegungsvertrages[82]. Auch im Verhältnis zwischen einer öffentlichen Anstalt und deren Benützern wurde für den verwaltungsrechtlichen Vertrag Raum gelassen[83].

b) Unter dem Einfluß der deutschen Lehre wurden zwar Konzession und Beamtenernennung als zustimmungsbedürftige einseitige Hoheitsakte (Verwaltungsakte auf Unterwerfung) gedeutet[84]. Die Vorstellung, daß sich vertragliche Elemente mit diesen staatlichen Anordnungen verbinden, kam indessen verschiedentlich – und neuerdings vermehrt – zum Ausdruck[85]. Der rechtsgeschäftliche Charakter einzelner Konzessions-Klauseln hat in einem Entscheid von 1954 offene Anerkennung gefunden[86].

c) Vereinzelt und neuerdings vermehrt ist auch eine Anlehnung an die französische Lehre des contrat administratif feststellbar[87]. Eine direkte Auseinandersetzung mit ihr mangelt allerdings bis heute.

---

[82] BGer 55 II 112/13; im Gegensatz dazu war in BGer 42 II 613/15 eine derartige Institution noch grundsätzlich verneint und in BGer 47 II 150/51 ins Privatrecht verwiesen worden.

[83] BGer 71 II 238; hiezu auch AGVE 1953, S. 255 (Kostengutsprache einer Gemeinde gegenüber einem öffentlichen Spital).

[84] BGer 47 I 226, 43 II 448/49.

[85] Vgl. z.B. BGer 53 II 412 (Annahme vertraglicher Beziehungen zwischen einer öffentlichrechtlichen Anstalt und deren Organen).

[86] BGer 80 I 245/47; in gleicher Richtung weist bereits BGer 41 II 310.

[87] So, wenn in BGer 67 I 301 die Notwendigkeit einer Anpassung an die sich ändernden öffentlichen Interessen betont wird; gleich ist es zu verstehen, wenn das Bundesgericht die Verpflichtung der an einem gemeinsamen Bauwerk beteiligten Verwaltungseinheiten auch auf die Übernahme nicht vorausgesehener Leistun-

d) Weittragende Folgen scheinen indessen vor allem einem Entscheid von 1952 zuzukommen. In ihm wurde vom Bundesgericht der allgemeine Grundsatz geprägt, daß das Gemeinwesen, «wenn das Gesetz dies ausdrücklich oder auch nur stillschweigend zuläßt, selbst im Bereiche seiner Zwangsgewalt die Befugnis» habe, «mit Rücksicht auf die gegebenen Verhältnisse von einer einseitigen Regelung abzusehen und statt dessen den Weg des Vertrages zu beschreiten»[88]. In einem späteren Entscheid ist diese Auffassung bestätigt worden[89].

III. Die Gesetzgebung

24. In der überkommenen schweizerischen Gesetzgebung wird das Institut des öffentlichrechtlichen Vertrages vor allem zur Regelung interkommunaler Rechtsbeziehungen verwendet[90]; auch im Verhältnis zwischen anderen unter sich gleichgeordneten Verwaltungseinheiten wird vielfach die Möglichkeit rechtsgeschäftlichen Handelns vorgesehen. Für die Regelung der Beziehungen des Einzelnen zum Staat darf sodann die Vertragsform im Enteignungsrecht, im Sozialversicherungsrecht, im Recht der öffentlichen Sachen und im Steuerrecht als gesichert gelten[91]. Aber auch das öffentliche Dienstverhältnis ist mitunter in einzelnen Teilen schon durch das Gesetz auf eine vertragliche Basis gestellt[92]. Zwischen Privaten können öffentlichrechtliche Vereinbarungen vor allem abgeschlossen werden, soweit

---

gen ausdehnt (VerwZBl 1949, S. 563 ff., Urteil vom 2. 6. 1949 im sog. Seedammstreit); vgl. auch BGer 81 I 260, wo eine offene Anlehnung an das Konzept des service public erfolgt. Auch die neuerdings erfolgte dualistische Deutung der Konzession (BGer 80 I 246) dürfte von französischen Rechtsvorstellungen nicht unbeeinflußt sein (vgl. die auffallende Parallele bei Mourès 127/29).

[88] BGer 78 II 27/28.

[89] BGer 81 I 393.

[90] Vgl. unten Ziff. 147/48.

[91] Vgl. unten Ziff. 136 ff., 167, 185/86, 195.

[92] Vgl. unten Ziff. 128–134.

die kontrahierenden Bürger Inhaber staatlicher Konzessionen sind[93].

25. Über diese klassischen Fälle verwaltungsrechtlicher Kontrakte hinaus hat vor allem die neuere eidgenössische Wirtschaftsgesetzgebung den Verträgen oder doch vertragsähnlichen Gebilden einen weiteren Spielraum gegeben. Die bedeutsamsten Anwendungsfälle liegen im Pflichtlagervertrag und (nach der hier vertretenen Auffassung) in der Exportrisikogarantie[94]. Aber auch mit der Entrichtung von Subventionen werden mehr und mehr Abmachungen verbunden, die den Rahmen bloßer Subventionsbedingungen sprengen und selbständigen Charakter erhalten[95]. Schließlich hat sich die Praxis nicht selten ohne jede gesetzliche Grundlage zur Erreichung eines bestimmten öffentlichen Zweckes der Vertragsform bedient[96]. Dabei war man sich gelegentlich – so wenn man einen Vertrag als «Gentlemen's Agreement» bezeichnete – der rechtlichen Unvollkommenheit der eingegangenen Bindung durchaus bewußt[97].

---

[93] Vgl. unten Ziff. 167 lit. b

[94] Vgl. unten Ziff. 168–177, 194.

[95] Vgl. unten Ziff. 149 ff.

[96] Hierüber unten Ziff. 177.

[97] So die von der Nationalbank mit den anderen Banken abgeschlossenen währungspolitisch motivierten Vereinbarungen, vgl. Ackermann, Handbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, 2. Aufl., Bd. I, S. 544.

2. ABSCHNITT

Allgemeine Grundfragen

§ 3

Begriff und Merkmale des verwaltungsrechtlichen Vertrages

I. Die drei Kennzeichen des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist als Rechtsinstitut durch drei Elemente gekennzeichnet:

A. Der Vertrag als Rechtsgeschäft

26. Der Vertrag entspringt subjektiver Parteiwillkür. Er gelangt nicht zur Wirksamkeit, weil das objektive Recht ein bestimmtes Verhalten fordert; sein Bestand gründet sich darauf, daß die Beteiligten ein bestimmtes Verhalten gemeinsam gewollt haben. Die Maßgeblichkeit des Vertrages ergibt sich somit nicht aus seiner inhaltlichen «Richtigkeit», sondern aus dem «auf Rechtswirkungen gerichteten Willen»[98]. Jeder Vertrag steht unter dem Leitsatz «stat pro ratione voluntas»[99]. Die Ausrichtung auf den subjektiven Parteiwillen ist das charakteristische Merkmal, das den Vertrag von der Verfügung unterscheidet. Die Erkenntnis dieser fundamentalen Gegebenheit ist freilich dadurch erschwert, daß die Verfügung vielfach als «einseitiger Hoheitsakt» oder gar als «einseitiges Rechtsgeschäft»[100] gekennzeichnet wird. Nicht ihre «Einseitigkeit» unterscheidet indessen die Verfügung vom verwaltungsrechtlichen Vertrag, sondern ihre nichtrechtsgeschäftliche Natur. Als gesetzesbezogener Akt

[98] Regelsberger, Pandekten, 1893, S. 489.

[99] Der «Wille» trägt das Rechtsgeschäft und nur in einem übertragenen Sinn auch Gesetz und Verfügung.

[100] Kormann, S. 29.

ist die Verfügung weder «einseitig» noch «zweiseitig»: sie ist die konkrete Verwirklichung des objektiven Rechtes[101]. Eine einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung des Staates – die Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung z.B.[102] – steht dem Vertrag näher als der Verfügung. Dieser Zusammenhang wird im Sprachgebrauch des angelsächsischen Rechtes klarer zum Ausdruck gebracht; in der Abgrenzung gegenüber dem Hoheitsakt wird der Begriff des «contract» auch auf einseitige rechtsgeschäftliche Erklärungen öffentlichrechtlicher Körperschaften angewendet. So lag im klassischen Fall der «Amphitrite» keine dem Modell des Vertrages entsprechende zweiseitige Abrede vor[103].

27. Entsprechend seiner rechtsgeschäftlichen Natur geht mit jedem Vertrag ein Rechtsverhältnis, d.h. eine «rechtlich bestimmte Beziehung zwischen Personen»[104], ein Komplex gegenseitiger Rechte und Pflichten zusammen. Die durch Gesetze begründeten und durch Verfügung konkretisierten Pflichten und Rechte des einzelnen Bürgers entsprechen nicht oder nur in einem übertragenen (und daher mißverständlichen) Sinne einem «Rechtsverhältnis»; es sind keine «Pflichten jemand gegenüber» oder «im Verhältnis zu jemand», sondern «Pflichten im Verhältnis zum Gesetz»[105]. Aus diesem Grunde ist auch eine Konstruktion des Staates als Rechtsperson im Hinblick auf sein internes hoheitliches Handeln (anders für das Tätigwerden im Rahmen der Privatautonomie und des Völkerrechtes) methodisch verfehlt.

B. Die Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäftes

28. Es würde vieles dafür sprechen, das Augenmerk nicht so sehr auf den öffentlichrechtlichen Vertrag als

---

[101] Apelt, S. 70 ff., 95 ff.

[102] VEB 13, Nr. 16.

[103] Dem Schiff wurde auf Anfrage hin vom englischen Staat eine freie Rückkehr einseitig zugesichert; vgl. hiezu oben Ziff. 14.

[104] Regelsberger, S. 73.

[105] Burckhardt, Organisation, S. 82.

auf das öffentlichrechtliche Rechtsgeschäft zu richten. Hält man sich indessen an den Begriff des Vertrages, so ist damit eine Einschränkung verbunden. Es scheiden – auf alle Fälle nach der auf dem europäischen Kontinent vorherrschenden Auffassung[106] – jene Rechtsgeschäfte aus, die einseitigen Charakter haben. Der Vertrag als «geäußerte Willenseinigung von zwei oder mehr Personen zur Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung unter ihnen»[107] hat zweiseitigen Charakter. Zu seiner Entstehung ist eine Willensübereinstimmung erforderlich[108].

C. Der Ausschluß des Privatrechtes

29. Als «öffentlichrechtlich» ist eine vertragliche Abrede zu qualifizieren, soweit das durch sie begründete Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht angehört[109]. Ob das zutrifft, läßt sich nur nach dem auf das Rechtsverhältnis anwendbaren Recht entscheiden. Ein Vertrag hat somit öffentlichrechtlichen Charakter, soweit sich seine Entstehung und seine Rechtswirkungen nach öffentlichem Recht bestimmen. Da im geschriebenen Verwaltungsrecht Normen über Kontrakte aller Regel nach fehlen, läßt sich die Zuordnung eines Vertrages praktisch zumeist nur negativ vornehmen: sein öffentlichrechtlicher Charakter ist m.a.W. daraus herzuleiten, daß er nicht durch das Zivilrecht bestimmt wird, daß er – im Sinne der französischen Lehre – den Rahmen des Privatrechtes sprengt. So wird denn auch in den weiteren Untersuchungen so vorzugehen sein, daß zunächst Umfang und Grenzen der Privat-

---

[106] Vgl. den oben in Ziff. 26 hinsichtlich des angelsächsischen Rechtes gemachten Vorbehalt.

[107] Regelsberger, S. 543.

[108] Vgl. für das Privatrecht: Puchta, Pandekten, 10. Aufl., 1866, S. 395; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 9. Aufl., 1906, S. 243 ff. Für den öffentlichrechtlichen Vertrag: Baechi, S. 64 und die dortigen Verweise; Jedlicka, S. 23.

[109] Apelt, S. 25; Kellerhals, S. 18; Layer, S. 19; Oeschger, S. 53.

autonomie des Staates und seiner öffentlichrechtlichen Körperschaften (d.h. deren Befugnis zu rechtsgeschäftlichem Handeln in den Formen des Privatrechtes) abzustecken sind. Daraus wird sich ergeben, welche Verträge als außerhalb der Privatautonomie stehend dem öffentlichen Recht zugeordnet werden müssen.

II. Unwesentliche Kriterien

30. Die Theorie des verwaltungsrechtlichen Vertrages ist wesentlich damit belastet, daß zur Kennzeichnung dieser Institution zahlreiche in Wirklichkeit nur zufällige oder gar wesensfremde Kriterien verwendet werden. Eine negative Selektion unter den vorgeschlagenen Kennzeichen ist daher ebenso notwendig wie eine Erwähnung der positiv verwendbaren Merkmale. Folgende Elemente vor allem sind zu Unrecht zur Charakterisierung des verwaltungsrechtlichen Vertrages herangezogen worden.

A. Die Gleichwertigkeit der Parteien

31. Die immer wieder geäußerte Auffassung, wonach der publizistische Vertrag die «Gleichheit», die «Gleichberechtigung», die «Gleichwertigkeit» oder die «Gleichordnung» der Parteien voraussetze[110], ist ein Schulbeispiel einer methodisch unrichtigen Vermengung zweier verschiedenartiger Vorstellungsinhalte. Bei einer kritischen Betrachtung löst sich diese These in zwei verschiedene Aussagen auf, wovon die eine zwar allgemeingültig, aber selbstverständlich, die andere zwar nicht selbstverständlich, aber dafür auch nicht allgemeingültig ist:

32. Bezieht man die Gleichwertigkeitsthese auf den Wert der abgegebenen Willenserklärungen, wird also gefordert, den beiden für den Vertrag konstitutiven rechtsgeschäftlichen Parteierklärungen habe gleiches Ge-

---

[110] Vgl. Kormann, S. 30; Apelt, S. 57; Oeschger, S. 60 ff.; Péquignot, S. 186; Jedlicka, S. 23; Buddeberg, S. 104/119.

wicht zuzukommen[111], so wird damit nur eine definitorische Wahrheit festgehalten. Ist nämlich der Kontrakt definitionsgemäß das durch Willensübereinstimmung begründete Rechtsverhältnis, dann läßt es diese Umschreibung nicht zu, einer der beiden Willensäußerungen einen höheren Wert beizulegen als der anderen. Eine neue Erkenntnis wird somit durch diese Aussage nicht vermittelt; sie wandelt nur eine in der Umschreibung des Vertragsbegriffes liegende Prämisse ab.

33. Die Gleichwertigkeitsthese läßt sich aber auch auf die allgemeine Rechtsstellung der Beteiligten – nicht auf ihr Verhältnis im konkret abgeschlossenen Vertrag – beziehen. Sie verlangt in diesem Fall, daß sich die Partner auch außerhalb ihrer besonderen Rechtsbeziehung gleichwertig gegenüberstehen. Konsequent zu Ende gedacht muß diese Betrachtung dazu führen, die Möglichkeit öffentlichrechtlichen Kontrahierens zwischen Bürger und Staat überhaupt zu verneinen (als Imperiumsträger bleibt der eine der Beteiligten dem anderen stets überlegen). Diese Konsequenz wurde denn auch von Walter Jellinek in klarer Weise gezogen. Wenn er den Begriff des zweiseitigen Verwaltungsaktes prägte[112] – und damit für Institutionen, die vielfach als öffentlichrechtliche Verträge gedeutet wurden, ein neues Kleid suchte –, so ließ er sich letztlich von der Vorstellung leiten, daß es für den Vertragsbegriff nicht genüge, wenn ein Rechtserfolg von einer Willensübereinstimmung abhängig sei, daß vielmehr die Kontrahenten auch in ihren allgemeinen rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten irgendwie ebenbürtig sein müssen. Mit der Begriffsbildung des «zweiseitigen Verwaltungsaktes» wird aber zugleich die Schwäche der eigenen Position enthüllt. Es wird ein Zugeständnis an eine letztlich rein soziologische Vorstellung gemacht; es wird ein wesensfremdes

[111] Kellerhals, S. 16.

[112] Vgl. «Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung» (allgemeines Literaturverzeichnis); ferner Verwaltungsrecht, S. 240 ff.

Element in die Betrachtung einbezogen. In den praktischen Rechtswirkungen zwischen den Beteiligten – und auf diese Wirkungen allein kommt es an[113] – unterscheidet sich das durch «zweiseitigen» Verwaltungsakt begründete Rechtsverhältnis in nichts von der durch «Vertrag» begründeten Beziehung[114]. Die Umbenennung der Erscheinungen erfolgt mit dem Seitenblick auf eine eigentlich sachfremde Gegebenheit. Für den Vertragsbegriff muß es – wie in der Schweiz vor allem Baechi und in Deutschland Apelt nachgewiesen haben – genügen, «wenn der gesetzliche Tatbestand aus zwei Willenserklärungen besteht»; damit ergibt sich zwangsläufig, daß «beide in gleicher Weise wirken»[115]. Entscheidend für den Vertragsbegriff ist somit lediglich, «daß die konkrete Rechtsbeziehung... nur durch die Erklärung beider Parteien entsteht»[116]. Wie die Beteiligten außerhalb des sie bindenden Rechtsverhältnisses zueinander stehen, bleibt unerheblich[117].

B. Die Beteiligung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft

34. Die umstrittene Frage, ob an einem verwaltungsrechtlichen Vertrag notwendigerweise der Staat bzw. eine selbständige öffentlichrechtliche Körperschaft oder Anstalt

---

[113] Vgl. unten, Ziff. 40.

[114] Vgl. der die eigene Unsicherheit zeigende Hinweis bei Jellinek (Zweiseitiger Verwaltungsakt, S. 97), wonach der staatliche Wille «irgendwie» überwiege. Daß eine im Rahmen eines zweiseitigen Verwaltungsaktes getroffene staatliche Anordnung – im Unterschied zu der bei einem Vertragschluß abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung – immerhin noch «die Vermutung der Rechtsmäßigkeit für sich habe» (S. 107), trifft nicht zu. Gegenüber den Mitbeteiligten wirkt diese Vermutung überhaupt nicht; sie wirkt allenfalls in gewissen externen Beziehungen. Hier aber äußert sich eine andere Gegebenheit als der Vertrag (vgl. hiezu unten, Ziff. 40).

[115] Baechi, S. 88 und die vorangehenden Darlegungen.

[116] Heusser, S. 89; vgl. auch Truninger, S. 73.

[117] Apelt, S. 57.

mitbeteiligt sein muß[118] – eine Frage, deren Bejahung zur Folge hätte, daß ein öffentlichrechtlicher Vertrag zwischen natürlichen Personen oder juristischen Personen des Privatrechtes ausgeschlossen wäre – kann negativ entschieden werden. Eine innere Notwendigkeit, den verwaltungsrechtlichen Kontrakt nur im Verhältnis zwischen öffentlichrechtlichen Einheiten oder zwischen einer öffentlichrechtlichen Einheit und einem Privaten, nicht aber zwischen mehreren Privaten zuzulassen, besteht nicht. Auch die Praxis kennt öffentlichrechtliche Verträge, die Rechtsverhältnisse zwischen Einzelpersonen oder juristischen Personen des Privatrechtes ordnen[119].

C. Die Freiheit in der Gestaltung des Vertragsinhaltes

35. In Theorie und Praxis klingt vielfach die Vorstellung an, ein verwaltungsrechtlicher Vertrag setze notwendigerweise voraus, daß die Parteien den Inhalt ihrer Beziehungen in einem bestimmten Rahmen frei bestimmen können[120]; nur aus einer «mitgestaltenden Beteiligung... an der Inhaltsbestimmung»[121] eines Verhältnisses soll sich ein öffentlichrechtlicher Vertrag ergeben können. Diese Anschauung bedarf der Präzisierung. An sich ist die Freiheit ein Wesenselement des Vertrages; «le contrat, de sa nature, respire la liberté»[122]. Die Freiheit äußert sich indessen nicht notwendigerweise in der Bestimmung des Vertragsinhaltes; sie besteht grundsätzlich in vier Aspekten[123], nämlich darin, daß

a) die Parteien frei entscheiden, ob sie ein Rechtsverhältnis begründen wollen (Abschlußfreiheit),

---

[118] Vgl. die gegenteiligen Thesen bei Kellerhals (S. 8) einerseits und bei Seidel (S. 26) anderseits.

[119] Vgl. unten, Ziff. 167 lit. b, 179.

[120] Vgl. z.B. BGer 76 II 105.

[121] Ipsen, S. 610.

[122] Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français, Bd. VI, 2. Aufl., 1952, S. 19.

[123] Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 316.

b) der Gegenkontrahent frei bestimmt werden kann (freie Wahl des Vertragspartners),

c) die Beteiligten den Inhalt ihrer gegenseitigen Beziehungen frei festlegen (Gestaltungsfreiheit bezüglich des Vertragsinhaltes),

d) der einmal begründete Vertrag frei aufgehoben werden kann (Freiheit der Vertragsaufhebung).

36. Ein Vertrag liegt vor, sobald irgend ein positiver Rechtserfolg ins subjektive Belieben der Beteiligten gestellt ist; lediglich die sich rein negativ entfaltende Möglichkeit nachträglicher freier Beseitigung einer Rechtswirkung vermag für sich allein eine Beziehung nicht zum Vertrag werden zu lassen. Abschlußfreiheit verbunden mit Freiheit in der Partnerwahl begründen hingegen jedenfalls jene minimale Autonomie, um ein Verhältnis als Vertrag konstruieren zu können. Die Möglichkeit, den Vertragsinhalt frei zu gestalten, kann fehlen. Auch im Privatrecht verhält es sich nicht anders; so kann z.B. durch die zwingenden Vorschriften eines Gesamtarbeitsvertrages den Beteiligten die freie Ausgestaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen verunmöglicht sein. Richtig bleibt lediglich, daß die freie Gestaltungsmöglichkeit des Vertragsinhaltes ein praktisch besonders brauchbares Indiz dafür bildet, daß eine öffentlichrechtliche Beziehung grundsätzlich als eine vertragliche anzusprechen ist[124]; je größer der Umfang der Einwirkung der Beteiligten, desto angemessener erscheint es, eine Erscheinung als Vertrag und nicht als Verfügung zu deuten.

D. Fehlende Genehmigungsbedürftigkeit

37. Bedarf eine Parteiabrede mit öffentlichrechtlicher Wirkung zu ihrer Verbindlichkeit der Genehmigung durch eine an der Vereinbarung direkt nicht beteiligte Behörde, so wird darin vielfach ein zwingendes Indiz gegen das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Vertrages gesehen.

[124] Vgl. z.B. unten Ziff. 168.

Die «schöpferische Kraft» wird dem die Abrede sanktionierenden Verwaltungsakt beigelegt[125]. Diese These bedeutet, daß mit der Genehmigungsbedürftigkeit eines «Vertrages» notwendigerweise dessen «vertraglicher» Charakter entfalle. Auch diese Deduktion ist indessen keineswegs zwingend, es wird auch hier zu differenzieren sein.

38. Denkbar ist, daß die Genehmigung lediglich die Erklärung der am Rechtsgeschäft primär beteiligten Behörde bestätigt (bloße Ratifikation des Parteiwillens). So kann das Gesetz etwa vorsehen, daß Enteignungsverträge zunächst durch das Bauamt einer Gemeinde abzuschließen und sodann durch den Gemeinderat zu «genehmigen» seien. In diesem Fall kommt der «Genehmigung» nur die Tragweite zu, daß der Staat bzw. die beteiligte öffentlichrechtliche Körperschaft eine provisorisch in ihrem Namen getätigte Vereinbarung definitiv gegen sich gelten läßt. Eine Genehmigung in diesem Sinne steht mit dem Vertragscharakter nicht im Widerspruch; im Gegenteil bestätigt sie diesen.

39. Die Genehmigung kann aber auch das Rechtsverhältnis als solches zum Gegenstand haben. Nicht der Parteiwille wird ratifiziert; die durch Willensübereinstimmung geschaffene rechtliche Beziehung wird geprüft und sanktioniert. So verhält es sich z.B., wenn Enteignungsverträge der Genehmigung der Schätzungskommission unterliegen[126]. Einer derartigen Genehmigung kann eine zweifache Tragweite zukommen:

a) Der Genehmigungsakt kann die Perfektionierung des Vertrages bewirken. Die Genehmigung ist zwar Gültigkeitserfordernis für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes; ist sie indessen einmal erteilt, so entfaltet die Abrede unter den Beteiligten die gleichen Rechtswirkungen wie ein nicht genehmigungsbedürftiger Vertrag.

---

[125] Layer, S. 22.

[126] Vgl. z.B. § 79 Abs. 1 des basellandschaftlichen Gesetzes über die Enteignung vom 19. Juni 1950.

b) Die Genehmigung kann aber auch den Vertragscharakter der inter partes erzielten Verständigung ausschließen und für eine rechtsgeschäftliche Beziehung keinen Raum mehr lassen. Rechte und Pflichten der Beteiligten ergeben sich ausschließlich aus der behördlichen Anordnung; ihr anfängliches «Übereinkommen» hat rechtlich nur die Tragweite eines gemeinsamen Antrages an die Behörde.

Welche Annahme zutrifft, läßt sich nicht allgemeingültig festlegen. Die Antwort muß im Einzelfall mit Rücksicht auf die Angemessenheit der Rechtsfolge erteilt werden. Je nachdem, ob eine vertragliche oder eine verfügungsmäßige Gestaltung der Sache besser entspricht, wird die Genehmigung als «vertrags-perfektionierend» oder als «vertrags-ersetzend» zu deuten sein. Im Sinne eines generellen Hinweises läßt sich lediglich sagen, daß auf eine bloße Vertragsperfektionierung vor allem dann zu schließen ist, wenn der Umfang der behördlichen Überprüfung begrenzt bleibt.

E. Die Abhängigkeit externer Rechtswirkungen von der internen Willensübereinstimmung

40. Es ist ein vielfach gegen die vertragliche Natur der Beamtenanstellung angeführtes Argument, daß ein Mangel in der Willensübereinstimmung zwischen Staat und Bedienstetem die in der Zwischenzeit vom «Scheinbeamten» getätigten Anordnungen nicht ungültig werden lasse. Dieser Einwand trifft indessen die Sache nicht. Ist ein privater Dienstvertrag rechtsunwirksam, so erfolgt daraus keineswegs, daß die vom Angestellten auf Grund einer erteilten Prokura eingegangenen Verpflichtungen den Arbeitgeber nicht binden. Die extern wirksame Vollmacht ist nicht an das intern wirksame Anstellungsverhältnis gebunden. Auch ein öffentlichrechtlicher Vertrag entfaltet Wirksamkeit nur inter partes. Die ihm durch Gesetz oder besondere behördliche Anordnung verliehenen «Außenwirkungen» haben ihren Rechtsgrund nicht unmittelbar in der getätig-

ten Vereinbarung, sondern in anderen Gegebenheiten, im Falle des Beamten z.B. in jenem Akt, durch den diesem nach erfolgter Anstellung bestimmte Funktionen übertragen werden. Dem Vertrag ist somit eine andere Institution überlagert. Die rechtlichen Verhältnisse innerhalb dieser überlagerten Institution bilden keine direkten Vertragsfolgen.

III. Der Begriff der Vereinbarung

41. Zu den kaum sehr glücklichen Schöpfungen der älteren deutschen Theorie, der von der neueren Lehre mit Recht nur noch wenig Beachtung geschenkt wird, gehört der Begriff der Vereinbarung[127]. Unter dieses Konzept wurde z.B. die Gründung einer öffentlichrechtlichen Körperschaft (etwa die Gründung eines Bundesstaates) oder die Beschlußfassung durch eine Kollegialbehörde gebracht. Wesentlich für diese Vorgänge bleibt äußerlich gewiß der Umstand, daß eine faktische Willenseinigung zwischen einer Mehrzahl von physischen oder juristischen Personen herbeigeführt wird. Durch diese Willenseinigung werden indessen keine rechtsgeschäftlichen Beziehungen begründet; in ihr vollzieht sich lediglich das zum Erlaß eines Hoheitsaktes erforderliche Zusammenwirken. Weil sich aus der faktischen Willensübereinstimmung keine Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten ergeben, kann mit Recht gesagt werden, daß diese Erscheinung «mit dem Vertragsbegriff nicht das geringste zu tun»[128] hat.

§ 4

Umfang und Grenzen der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften

42. Für den von der deutschen Verwaltungsrechtslehre beeinflußten Rechtskreis ist die starke Betonung der dualistischen Konzeption der staatlichen Rechtsbeziehungen

---

[127] Hiezu Apelt, S. 59 ff.

[128] Apelt, S. 64.

bezeichnend: das Gemeinwesen untersteht sowohl dem öffentlichen wie dem privaten Recht; es ist Träger hoheitlicher und nicht hoheitlicher Verwaltung. Der Vertrag ist das bedeutsamste Gestaltungsmittel der nicht hoheitlichen Verwaltung. Um die Möglichkeiten eines Kontrahierens in öffentlichrechtlichen Formen klarzustellen, ist vor allem eine Besinnung auf den Rahmen der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften unerläßlich. Die herrschende Lehre hat wohl versucht, die Institutionen der hoheitlichen und der nicht hoheitlichen Verwaltung juristisch zu durchdringen und die privatrechtlichen von den öffentlichrechtlichen Beziehungen nach formalen Kriterien zu scheiden; um eine funktionelle Einordnung und um eine klare Begrenzung der Privatautonomie staatlicher Körperschaften hat sie sich indessen weniger gekümmert[129]. Die zum Schlagwort gemachte «Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Gestaltung» ist mit dadurch ermöglicht worden, daß im allgemeinen Rechtsbewußtsein keine überzeugenden Grundsätze über die inhaltlichen Grenzen privatrechtlicher Gestaltung lebendig waren.

I. Die Sonderstellung der nicht-hoheitlichen Verwaltung

A. Die Willensäußerung des Gemeinwesens als Verwaltungsakt im formellen Sinn

43. Auch nicht-hoheitliche Handlungen der Verwaltung, so namentlich rechtsgeschäftliche Erklärungen öffentlichrechtlicher Körperschaften, bilden formal betrachtet, Verwaltungsakte. Das Zivilrecht hat keine Vorschriften darüber aufgestellt, welche Behörde eine öffentlichrechtliche Körperschaft im Rahmen der nicht-hoheitlichen Tätigkeit zu verpflichten vermag und in welchem Verfahren die maßgeblichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen abzugeben sind. Darüber hat ausschließlich das Verwaltungsrecht be-

[129] Vgl. Heusser, S. 72 ff.

stimmt[130]. Ist somit auch das vertraglich begründete Rechtsverhältnis mit dem Staat ein privatrechtliches, so gehört doch die dieses Rechtsverhältnis tragende Willensäußerung des Gemeinwesens dem öffentlichen Recht an[131]. So ist zwar die Gültigkeit eines von einer öffentlichrechtlichen Körperschaft abgeschlossenen Kaufvertrages vom Richter zu beurteilen. Die Verpflichtungserklärung des Gemeinwesens (wenn sie auch nicht Gegenstand eines förmlichen Verwaltungsjustizverfahrens sein kann[132]) unterliegt indessen als Verwaltungsakt im formellen Sinn unter Umständen einer Nachkontrolle durch die Aufsichtsbehörde; wird sie von dieser kassiert, so ist in einer für den Richter verbindlichen Weise dem Kaufvertrag die Grundlage entzogen[133].

44. Im allgemeinen richten sich die dem Einzelnen zustehenden administrativen Rechtsbehelfe nur gegen Verfügungen, d.h. gegen hoheitliche Verwaltungsakte. Das Recht des Bürgers, eine behördliche Anordnung anzufechten, ist das Korrelat der öffentlichrechtlichen Zwangsgewalt. Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen des Gemeinwesens sind daher weder mit staatsrechtlichem Rekurs[134] noch im Rahmen der kantonalen oder eidgenössischen Verwaltungsrechtspflege weiterziehbar[135]. Hat indessen eine Beschwerde ausnahmsweise zugleich den Charakter einer Aufsichtsbeschwerde – was namentlich für den kantonalrechtlichen Rekurs in Gemeindesachen vielfach zutrifft –, so kann in ihrem Rahmen auch das rechts-

---

[130] BGer 78 I 277.

[131] Vgl. Imboden, M., Der nichtige Staatsakt, 1944, S. 14/15.

[132] BGer 60 I 369; VerwZBl 1939, S. 379/80, 1946, S. 406; MBV, 1941, Nr. 3.

[133] VerwZbl 1934 (Bd. 35), S. 449/450 (Urteil des Appellationsgerichtes Tessin vom 3. 10. 1932); anders, aber mit Recht kritisiert, das Kantonsgericht Graubünden in einem Urteil vom 4. 7. 1912 (Rekurspraxis Graubünden Bd. II, Nr. 805).

[134] BGer 60 I 369; VerwZbl 1941, S. 134/35.

[135] VerwZbl 1939, S. 379/80; vgl. auch BVerwGE Bd. 2, Nr. 77.

geschäftliche Handeln des Gemeinwesens überprüft werden. Auf Veranlassung eines Einzelnen werden dann Verwaltungsakte, die rechtsgeschäftliche Erklärungen beinhalten, einer Nachkontrolle unterzogen; die Aufsichtsbehörde kann diese Akte kassieren[136] oder verbindliche Weisungen[137] über die Betätigung der Privatautonomie erteilen. Die Rechtssicherheit läßt es freilich nicht zu, daß diese Aufsichtsbefugnisse ohne zeitliche Begrenzung ausgeübt werden. Müßte ein mit einer Gemeinde privatrechtlich Kontrahierender damit rechnen, daß die Verpflichtung der öffentlichrechtlichen Körperschaft jederzeit administrativ annulliert werden kann, so wäre die Vertragsfähigkeit der Gemeinde in Frage gestellt. Nur innerhalb der gesetzlichen Frist für die Gemeindebeschwerde wird daher ein Überprüfungsverfahren eingeleitet werden dürfen.

B. Die Wahrung des öffentlichen Interesses im Rahmen der Privatautonomie

45. Das Tätigwerden des Staates im Rahmen seiner Privatautonomie steht nach einer verbreiteten Anschauung im Gegensatz zu jenem Handeln, das «in Wahrnehmung öffentlicher Interessen» erfolgt. Diese Betrachtung bleibt indessen an der Oberfläche haften. Die Tatsache, daß das Gemeinwesen nach außen – d.h. im Verhältnis zu seinem Vertragspartner – rechtsgeschäftlich gebunden ist, schließt nicht aus, daß sich die staatliche Körperschaft bei Abgabe ihrer Willenserklärungen intern vom Bestreben leiten läßt, das Gemeininteresse zu wahren und auch im privatrechtlichen Handeln Gerechtigkeit walten zu lassen[138]. Im Gegenteil liegt in der Betätigungsform des Vertrages für das Gemeinwesen der konstruktive Versuch, zwei verschiedene Anliegen miteinander in Einklang zu bringen: einerseits die Notwendigkeit, sich mit dem pri-

[136] SGGVP 1952, Nr. 52; VerwZBl 1934, S. 449/50; MBV 1941, Nr. 3.

[137] AGVE 1950, S. 371/72.

[138] AGVE a.a.O.

vaten Vertragsgegner zu einigen, und anderseits das Bedürfnis, dem Gemeinwohl zu dienen[139]. Nach außen ist Rechtens, was das Gemeinwesen gewollt hat; der Parteiwille ist Richtpunkt und Maßstab der rechtsgeschäftlich begründeten Beziehung. Nach den ihm auferlegten internen Bindungen kann aber das Gemeinwesen nicht nach Willkür handeln; es hat selbst seine im Rahmen der Privatautonomie abgegebenen Willenserklärungen dem allgemeinen Interesse unterzuordnen. Die Feststellung, daß eine Behörde eine Vereinbarung «nach pflichtgemäßem administrativem Ermessen» [140] zu schließen habe, ist daher noch kein zwingendes Indiz dafür, daß sich die Abmachung als solche nach öffentlichem Recht beurteilt[141]. Umgekehrt liegt in der Freiheit, eine Sache «von Fall zu Fall verschieden zu gestalten»[142], nicht notwendigerweise eine Bestätigung der privatrechtlichen Regelung.

46. Die Gegenüberstellung von Vertragsfreiheit nach außen und von normativer Bindung nach innen bestimmt je länger je sichtbarer die Struktur unserer Rechtsordnung. Ein praktisches Beispiel mag dies erhärten: Kommunale Wohnbauten werden im Rahmen privatrechtlicher Verträge vermietet. Bei Auswahl der Mieter läßt sich das Gemeinwesen von sozialpolitischen Überlegungen leiten: die Wohnungen sollen vorab jenen Familien zur Verfügung stehen, die auf dem freien Wohnungsmarkt nur schwer eine angemessene Unterkunft finden können. Die Richtlinien, die bei Auswahl neuer Mieter zu beachten sind, können in einem «Reglement» niedergelegt sein. Dieses Reglement bindet zwar die für das Gemeinwesen handelnde Behörde. Hingegen ist es für den Richter, der Streitigkeiten aus dem Mietvertrag zu beurteilen hat, ohne Belang; für ihn bleibt

---

[139] Burckhardt (Vertrag S. 71) betrachtet diese Gegebenheiten als letztlich unvereinbar.

[140] BGer 67 I 294

[141] Was das Bundesgericht in BGer 67 I 294 nicht genügend klar hervorhebt.

[142] BGer 76 II 105.

allein die getroffene Vereinbarung maßgeblich. Ob bei ihrem Abschluß die im Reglement niedergelegten Richtlinien beachtet wurden, beeinflußt die Gültigkeit und die Tragweite der Abmachung nicht. Die Verhältnisse sind keine anderen als bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten. Die sog. Submissionsvorschriften werden, soweit sie nicht ähnlich den «Geschäftsbedingungen» privater Vertragskontrahenten allgemeine Vertragsbestimmungen enthalten[143], nach herrschender Auffassung als «Verwaltungsverordnungen» gekennzeichnet[144]. Ob diese Bezeichnung glücklich ist, mag hier dahingestellt bleiben[145]; jedenfalls aber sind diese Vorschriften nichts anderes als «interne Weisungen über die Ausübung der Privatautonomie».

47. Das Ineinandergreifen von rechtsgeschäftlicher Gestaltung nach außen und von interner normativer Verpflichtung wird am augenfälligsten in der Institution des Kontrahierungszwanges. Eine wirklich freie Wahl – und damit «Autonomie» – steht dem dem Kontrahierungszwang unterworfenen Vertragspartner überhaupt nicht zu; er ist öffentlichrechtlich verpflichtet, eine rechtsgeschäftliche Beziehung einzugehen. Dieser Zwang schließt indessen – wie das Bundesgericht mit Recht anerkannt hat[146] – nicht aus, daß die vertragliche Beziehung als privatrechtlich zu betrachten ist. Weil der Abschlußzwang und die rechtsgeschäftliche Beziehung auf verschiedenen Ebenen liegen, geht es auch nicht an, die Institution des Kontrahierungszwanges als contradictio in adiecto zu bezeichnen und grundsätzlich zu verwerfen. Sie hat als Versuch zur Vereinigung zweier gegensätzlicher Anliegen nicht

---

[143] Truninger, S. 42.

[144] Truninger, S. 38 und die dortige Literatur.

[145] Man kann sich mit Grund fragen, ob als «Verwaltungsverordnungen» nicht nur die im Bereiche der hoheitlichen Verwaltung ergehenden Dienstinstruktionen bezeichnet werden sollten.

[146] BGer 79 II 97; vgl. auch VEB 18, Nr. 86, 23, Nr. 63; Kistler, S. 66.

nur ihre prinzipielle Berechtigung; auch praktisch ist sie nicht zu entbehren[147].

Hingegen dürfte die Verbindung von Kontrahierungszwang und verwaltungsrechtlichem Vertrag – wenigstens im Verhältnis des Bürgers zum Staat – nicht möglich sein. Ein «unter Abschlußzwang getätigter verwaltungsrechtlicher Kontrakt» ist, wenn daran das Gemeinwesen und ein Privater beteiligt sind, eine Verfügung. Nur im Gleichordnungsverhältnis, also zwischen koordinierten Gemeinwesen oder zwischen Privatpersonen, läßt sich bei mangelnder Abschlußfreiheit die Vorstellung des öffentlichrechtlichen Vertrages allenfalls aufrecht erhalten.

II. Der klassische Bereich der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften

Drei Funktionen fallen nach überlieferter Anschauung in den Bereich privatrechtlicher Gestaltung des Gemeinwesens.

A. Die privatrechtlichen Hilfsgeschäfte

48. Zur Ausübung seiner öffentlichen Funktionen ist der Staat auf Sachlieferungen an die Verwaltung (Erwerb von Grundstücken und Mobilien) und auf Leistungen Privater (Transportleistungen, werkvertragliche Leistungen usw.) angewiesen. Diese Hilfsgeschäfte[148] werden nach schweizerischer Auffassung – anders nach französischem Recht – in ausschließlich privatrechtlicher Form getätigt[149]. Charakteristisch bleibt ihre funktionelle Einordnung: durch sie werden nicht unmittelbar öffentliche Anliegen verwirklicht; sie dienen lediglich indirekt der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

---

[147] Man wird aber, wie Oftinger (Eingriffe, S. 510a) mit Recht betont, nur da von Kontrahierungszwang sprechen dürfen, wo dieser auf einen Privaten einwirkt.

[148] Dürig, G., Grundrecht und Zivilrechtsprechung, Festschrift H. Nawiasky, 1956, S. 186/87.

[149] Vgl. z. B. SGVP 2, Nr. 146; BGer 60 I 369.

3. *Die Verwaltung des Finanzvermögens*

49. Durch Anlage und Verwaltung seiner frei verfügbaren Mittel, des sog. Finanzvermögens, tätigt der Staat letztlich ebenfalls Hilfsgeschäfte im Hinblick auf seine primären öffentlichen Aufgaben. Angesichts der praktischen Tragweite und der mannigfachen Besonderheiten dieser Funktion wird indessen die nicht hoheitliche Vermögensverwaltung, d.h. die fiskalische Hilfstätigkeit, üblicherweise von der übrigen Hilfstätigkeit geschieden. Auch sie vollzieht sich nach schweizerischer Anschauung ausschließlich in den Formen des Privatrechtes. Das gilt selbst da, wo in Frankreich – wie z.B. hinsichtlich der Anleihen[150] – teilweise öffentlichrechtliche Konstruktionen üblich sind.

C. *Die fiskalische Wettbewerbswirtschaft*

50. Aus dem Bereich der freien Vermögensverwaltung läßt sich wiederum ein Sonderbereich herausheben. Das Gemeinwesen wird vielfach erwerbstätig wie ein Privater (so z.B. beim Betrieb einer Gastwirtschaft in einer zum Finanzvermögen gehörenden Liegenschaft). Charakteristisch für die dabei eingenommene Stellung ist zweierlei: Einerseits tritt das Gemeinwesen mit den Privaten in wirtschaftliche Konkurrenz[151]. Anderseits erfüllt es mit der ausgeübten Erwerbstätigkeit direkt keine öffentliche Aufgabe. Die Tätigkeit dient der sachgemäßen Verwaltung eines Vermögenswertes und der bloßen Erzielung von Einkünften und läßt sich insofern ebenfalls als bloße fiskalische Hilfstätigkeit charakterisieren.

III. Die Ausweitung der Privatautonomie

A. *Der allgemeine Gesichtspunkt*

51. Der klassische Bereich der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften liegt in der sachlichen und

---

[150] Jèze, III 408 ff., de Laubadère, I, S. 121 ff.

[151] Dürig (a.a.O.) spricht von «fiskalischer Wettbewerbswirtschaft».

fiskalischen Hilfstätigkeit der Verwaltung. Mit Rücksicht auf diesen Kreis von Funktionen wird dem Staat, den staatlichen Körperschaften und den selbständigen staatlichen Anstalten die Rechtspersönlichkeit zuerkannt. Mit dem Blick auf diese Zweiteilung des administrativen Bereiches – die Verwirklichung der eigentlichen administrativen Gestaltungsziele einerseits und die in den Dienst dieser primären Obliegenheiten gestellten Beschaffung der sachlichen und finanziellen Hilfsmittel anderseits – wurde der heutige Rechtsdualismus begründet. Es bleibt nun aber kennzeichnend für eine neuere Entwicklung, daß diese an sich klare Grenzziehung mehr und mehr verloren geht. Mit dieser Feststellung ist freilich die namentlich für das schweizerische Recht bedeutungsvolle Präzisierung zu verbinden, daß neben neuen Rechtsformen auch ein relativ ausgedehnter Komplex überkommenen Rechtsgutes besteht, der sich nur schwer in die beiden Kategorien «privatrechtlich» und «öffentlichrechtlich» weisen läßt und von dem auch nicht leicht gesagt werden kann, ob er die primären administrativen Funktionen oder die sekundäre Hilfstätigkeit betrifft. Damit sind jene – bereits früher erwähnten[152] – vor allem im überlieferten schweizerischen Kommunalrecht fortlebenden Institutionen gemeint, die man als «genossenschaftsrechtlich»[153] kennzeichnen kann. Zu ihnen gehört z.B. das Gemeinwerk. Einer derartigen Erscheinung tut die hier getroffene Unterscheidung deshalb Gewalt an, weil sich in ihr in eigenartiger Weise ein primärer administrativer Gestaltungszweck und eine sekundäre Hilfstätigkeit verbinden. Sowohl im Rahmen dieser alt überlieferten wie auch der neu entstandenen Zwischenformen erscheint die klassische Grenzziehung zwischen dem öffentlichrechtlichen und dem privatrechtlichen Bereich unter zwei (im nachstehenden näher darzustellenden) Gesichtspunkten zugunsten der privatrechtlichen Gestaltung verschoben.

[152] Vgl. oben Ziff. 22.

[153] Vgl. z.B. MBV 1949, Nr. 137.

B. Das Gemeinwesen als Träger verwaltungsmäßiger Leistungen in privatrechtlicher Form

52. Gegenüber dem vorab auf die sog. Eingriffsverwaltung (Polizeirecht, Steuerrecht, Enteignung und Eigentumsbeschränkung usw.) festgelegten Staat des vorigen Jahrhunderts ist der heutige Verwaltungsstaat in weitem Maße zum Träger von Leistungen, ja zur eigentlichen sozialen Verteilungsinstitution geworden. Es ist vor allem die jüngste deutsche Lehre, welche sich fruchtbar um die Probleme bemüht hat, die sich aus diesem grundlegenden Strukturwandel des heutigen Staates, der immer bedeutungsvolleren staatlichen «Daseinsvorsorge» ergeben. In der formalen Ausgestaltung der modernen sozialen Verteilungsmechanismen bleibt charakteristisch, daß sich die staatlichen Leistungen zugunsten der Privaten vielfach in privatrechtlicher Form vollziehen[154]. In doppelter Hinsicht unterscheidet sich diese neue Art privatrechtlichen Handelns von der überkommenen privatrechtlichen Hilfstätigkeit: einmal geht es um Leistungen des Staates zugunsten des Einzelnen und nicht um Leistungen Privater an den Staat; sodann sind primäre Verwaltungsobliegenheiten und nicht nur sekundär-unterstützende Funktionen in privatrechtliche Form verwiesen.

C. Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Einzelpersonen oder juristische Personen des Privatrechtes

53. Mit der Funktionsausweitung des modernen Verwaltungsstaates werden in zunehmendem Maße Einzelpersonen oder juristische Personen des Privatrechtes zu Träger öffentlicher Aufgaben. Die Übertragung derartiger Obliegenheiten und die Integration ihrer privatrechtlichen Träger in die öffentliche Verwaltung als Ganzes wird mitunter in privatrechtlichen Formen vollzogen: das Gemeinwesen stellt z.B. einem privaten gemeinnützigen Verein ein Gebäude zur Verfügung; im Vertrag auf Überlassung

[154] Dürig, a.a.O., S. 187; E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 54/55.

der Liegenschaft wird zugleich bestimmt, in welcher Weise die mit dem Staat kontrahierende private Vereinigung an die Erfüllung öffentlicher Aufgaben beizutragen habe, d.h. wie die Vereinstätigkeit im allgemeinen Interesse zu entfalten sei. Es läßt sich heute – namentlich auf der Stufe der Gemeinde – ein nicht wenig verbreiteter Vertragstypus feststellen, den man als «Vertrag über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private» kennzeichnen könnte.

IV. Die Abgrenzung von Privatautonomie und öffentlichrechtlicher Gestaltung

A. Der Vorrang der Privatautonomie

54. Daß sich das Gemeinwesen im Rahmen der von ihm ausgeübten administrativen Hilfstätigkeit (d.h. zur Beschaffung von Sachgütern und Leistungen, für die Verwaltung des Finanzvermögens und zur Betätigung im Rahmen der Konkurrenzwirtschaft) der Formen des Privatrechtes zu bedienen hat, stellt ein staatliches Leitprinzip dar. Vom eidgenössischen Zivilrecht wird vorausgesetzt, daß es im Rahmen des klassischen Bereiches nicht hoheitlicher Verwaltung grundsätzlich Anwendung finde. Man setze den Fall, ein Kanton würde seine Beziehungen zu privaten Bauunternehmern öffentlichrechtlich ordnen, den privatrechtlichen Werkvertrag also durch eine öffentlichrechtliche Regelung ablösen. Damit würde er gegen den Grundsatz des Vorranges eidgenössischen Rechtes verstoßen: der Anwendungsbereich des Bundesprivatrechtes würde im Widerspruch zu den Intentionen des Privatrechtsgesetzgebers eingeengt. Ein praktisches Bedürfnis, diese Schranke in Annäherung an die Vorbilder des französischen Rechtes zu lockern, besteht nicht. Die universelle Geltung des Bundesprivatrechtes als Regel für den wirtschaftlichen Austausch von Gütern und Leistungen und als Statut frei verfügbaren Vermögens entspricht nicht nur einem Ordnungswert, d.h. dem Interesse an einheitlicher und gleichmäßiger

Normierung, sondern auch dem das schweizerische Recht bestimmenden Freiheitsgedanken[155].

55. Ist somit auch der klassische Bereich administrativer Hilfstätigkeit als Reservat des Privatrechtes zu betrachten, so läßt sich doch unter Umständen auch hier dem rechtsgeschäftlichen Handeln eine zwangsweise geltende normative Ordnung substituieren. Ein Beispiel bietet das Enteignungsrecht: kann die Beschaffung der vom Gemeinwesen benötigten Sachgüter nicht mehr auf dem Wege freien Austausches erfolgen, so tritt die Verpflichtung zur Zwangsleistung ein. Diese Ersetzung der vertraglichen Vereinbarung durch eine öffentlichrechtliche Institution beschränkt indessen zwangsläufig die private Freiheit (im konkreten Fall: die Eigentumsfreiheit). Sie kann daher – entsprechend einem allgemeinen Grundsatz des liberalen Rechtsstaates – nur aus hinreichenden öffentlichen Interessen zulässig sein. Das gleiche trifft zu, wenn eine administrative Hilfsfunktion – so wie dies für die persönlichen Dienstleistungen im Beamtenrecht geschehen ist – im Hinblick auf ihre große Ausdehnung und ihre enge Verflechtung mit primären Verwaltungsausgaben dem öffentlichen Recht unterstellt wird. Auch hier liegt zum mindesten mittelbar eine Beengung der allgemeinen bürgerlichen Freiheit vor; das Gemeinwesen kann daher nicht ohne haltbare Gründe zur öffentlichrechtlichen Gestaltung übergehen. Niemals also vermag der Staat im Rahmen der klassischen administrativen Hilfsfunktion frei zwischen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Gestaltung zu wählen. Die rechtsgeschäftliche Gestaltung in den Formen des Privatrechtes bildet das leitende Prinzip; nur im Hinblick auf hinreichende öffentliche Interessen kann zu einer anderen Ordnung übergegangen werden.

56. Auch wo die externen Rechtsbeziehungen privatrechtlich geordnet sind, kann freilich – im Sinne der frühe-

---

[155] Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 323/24.

ren Hinweise[156] – das Gemeinwesen in seinem rechtsgeschäftlichen Handeln internen Bindungen unterliegen. Im geltenden Recht treten diese vor allem im Rahmen der Submissionsvorschriften zutage. Sie können formal eine doppelte Tragweite aufweisen.

a) Einmal können sich die aufgestellten Richtlinien darin erschöpfen, als bloßes Postulat an die handelnde Behörde zu wirken. Nur soweit ihnen bei Abschluß des Vertrages durch die Auswahl des Vertragsgegners oder im Inhalt der Vereinbarung entsprochen ist, erhalten sie Maßgeblichkeit.

b) Sodann können diese Regeln ähnlich den Geschäftsbedingungen privater Unternehmungen ein Mittel zur «Standardisation der Verträge»[157] bilden. Sie gelten, weil sie durch Generalverweis in der geschlossenen Vereinbarung bestätigt wurden oder weil die Richtlinien in Ermangelung ausdrücklicher Übernahme üblich oder allgemein bekannt sind und insofern als stillschweigend übernommen gelten.

57. Ausnahmsweise kann das Privatrecht – freilich nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung– als unbedingt maßgebliches Recht selbst in den befugterweise öffentlichrechtlich geordneten Bereich hinausgreifen. Eine solche Tragweite muß heute dem Art. 61 Abs. 2 OR (der Bestimmung, wonach «für gewerbliche Verrichtungen von öffentlichen Beamten oder Angestellten» die Haftbarkeitsvorschriften von OR Art. 41 ff. vorbehaltlos gelten) beigelegt werden. Diese Vorschrift wurde in einem Zeitpunkt geschaffen, als man glaubte, die hoheitliche und die nicht-hoheitliche Verwaltung klar trennen zu können. Als «gewerbliche Verrichtung» wurde der klassische Bereich administrativer Hilfstätigkeit verstanden. Wollte man dieser historischen Betrachtung auch heute noch folgen, dann wäre die Anwendbarkeit von OR Art. 61 Abs. 2 überall da

---

[156] Vgl. oben Ziff. 45.

[157] Oftinger, a.a.O., S. 329.

auszuschließen, wo der Staat (wenn auch in privatrechtlicher Form) verwaltungsmäßige Leistungen erbringt[158]. Eine solche Einengung muß Bedenken rufen; vor allem ergäben sich praktische Unterschiede, die kaum zu rechtfertigen wären. Überzeugender erscheint eine Auslegung, wonach – ohne Rücksicht auf die Rechtsform – als «gewerblich» alle jene Verrichtungen gelten, die in gleicher Weise auch von Privaten ausgeübt werden (Beispiele: Betrieb einer Badeanstalt[159], Führung eines Spitals[160]). Zum maßgeblichen Gesichtspunkt für die «Gewerblichkeit» einer Handlung wird dann die Übereinstimmung des ihr innewohnenden Risikos mit dem Risiko der Tätigkeit Privater (Gesichtspunkt der Risikogleichheit): das Gemeinwesen soll (ohne Rücksicht auf subjektive Erwerbsabsichten) da wie eine Privatperson haften, wo es Obliegenheiten wahrnimmt, die in gleicher Weise auch von Privaten wahrgenommen werden können und effektiv wahrgenommen werden.

B. Der Ausschluß rechtsgeschäftlicher Gestaltung (Der unbedingte Vorrang der öffentlichrechtlichen Ordnung)

58. Für die Privatautonomie des Gemeinwesens bleibt außerhalb des Bereiches der administrativen Hilfstätigkeit überall da kein Raum, wo eine Beziehung überhaupt nicht rechtsgeschäftlicher Gestaltung zugänglich ist, wo vielmehr das Verhalten der Beteiligten durch objektives Gesetzesrecht bestimmt wird. Die Frage, die sowohl grundsätzlich wie im praktischen Fall zuerst gestellt werden muß, ist somit nicht die, ob ein Verhältnis vom Privatrecht oder vom

---

[158] In diesem Sinne möchte offenbar Kaufmann (Die Verantwortlichkeit der Beamten und die Schadenersatzpflicht des Staates in Bund und Kanton, 1953, S. 289a) den Art. 61, Abs. 2 OR deuten, wenn er dessen Maßgeblichkeit auf das «Finanzvermögen» beschränkt.

[159] So richtig BGer 55 II 195.

[160] Nicht richtig erscheint daher die Nichtanwendung von OR Art. 61, Abs. 2 auf öffentliche Spitäler; vgl. BGer 48 II 417, 70 II 207ff.

öffentlichen Recht erfaßt werde; als erstes ist vielmehr abzuklären, ob ein rechtsgeschäftlich beeinflußbares Verhältnis oder eine durch allgemeines objektives Verhaltensrecht geordnete Beziehung vorliege. Trifft das zweite zu, so scheidet das Privatrecht in jedem Fall aus[161]; trifft das erste zu, so ist in einem weiteren gedanklichen Schritt zu untersuchen, ob es sich um ein Rechtsgeschäft des Privatrechtes oder des öffentlichen Rechtes handelt. Mit diesem allgemeinen Hinweis soll es hier zunächst sein Bewenden haben. Die bedeutsame Frage, wie weit eine Sache überhaupt rechtsgeschäftlicher Gestaltung zugänglich ist, wird in späterem Zusammenhang[162] zu prüfen sein.

C. Die Wahl zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Gestaltung

59. Kann eine Beziehung außerhalb des klassischen Bereiches der Privatautonomie (d.h. außerhalb der administrativen Hilfstätigkeit) grundsätzlich rechtsgeschäftlich gestaltet werden, ist sie also nicht durch allgemeines objektives Recht zu ordnen[163], so liegt es im Ermessen der rechtssetzenden Instanzen, den privatrechtlichen oder den öffentlichrechtlichen Vertrag zu wählen. Diese Wahl ist freilich in vielen Fällen nicht ausdrücklich vollzogen. Der Jurist sieht sich einer Ordnung gegenüber, deren Sinn er erst noch zu ermitteln hat. Woran hat er sich dabei zu halten? Welches sind die Indizien dafür, ob mit der Zulassung einer rechtsgeschäftlichen Ordnung privatrechtliches oder öffentlichrechtliches Kontrahieren ermöglicht werden sollte? Praxis und Theorie zeigen in dieser Frage eine auffallende und verwirrende Unsicherheit[164].

60. Wie jede praktische Rechtsfrage kann auch dieses Problem nicht begrifflich, sondern nur wertend gelöst

---

[161] Vgl. Praxis der Rekurskommission der Eidg. Militärverwaltung 1929–1949, S. 24.

[162] Vgl. unten Ziff. 68ff.

[163] Vgl. oben Ziff. 58.

[164] Vgl. BGer 76 II 103ff.; VerwZBl 1949, S. 386.

werden. Die sinnvollere, den praktischen Gegebenheiten besser entsprechende Lösung verdient den Vorzug. Dabei wird davon auszugehen sein, daß das Privatrecht – im Unterschied zum öffentlichen Recht – ein institutionell durchgebildetes System rechtsgeschäftlicher Handlungsformen anzubieten vermag. Führt die Anwendung dieser nuancierten privatrechtlichen Vertragstypen nicht zu inadäquaten Ergebnissen, so ist, wenn immer möglich, diesem durchgebildeten Rechtssystem der Vorzug zu geben. Ausschlaggebend muß somit der Gesichtspunkt sein, ob sich das private Vertragsrecht zur Erfassung der in Frage stehenden Verhältnisse eignet[165] (Maßstab der «Privatrechts-Eignung»[166]). Nur wo diese Eignung zu verneinen ist, wird auf ein öffentlichrechtliches Vertragsverhältnis zu schließen sein[167].

D. Die Geltung der Grundrechte im privatrechtlich gestalteten Bereich

61. Der Übergang zu privatrechtlichen Leistungsformen im Bereiche der staatlichen Daseinsvorsorge muß zur Frage führen, ob sich der Staat durch Bevorzugung des Privatrechtes auch jener Bindungen zu entschlagen vermöge, die ihm durch die Grundrechte der Verfassung im Verhältnis zum Bürger auferlegt sind. Die These, daß die Grundrechte nicht im horizontalen Verhältnis zwischen Gleichberechtigten, sondern nur im Überordnungsverhältnis zwischen Staat und Einzelnem Anwendung finden, hat zur Anschauung geführt, daß die Grundrechte im Bereiche der Privat-

[165] So wurde unter diesem Gesichtspunkt mit Recht entschieden, daß die Zurverfügungstellung von Gerätschaften durch eine Gemeinde zur Erfüllung der Anbaupflicht in privatrechtlichen Formen geschehe, BGer 77 II 310/11.

[166] Auf diesen Maßstab weist hin Ipsen, S. 605; ebenso VerwZbl 1934, S. 44.

[167] Mit Recht wurde ein Reklameverpachtungsvertrag einer Stadtgemeinde öffentlichrechtlich konstruiert; VerwZbl 1938, S. 289/90. Richtigerweise wäre auch der Jagdpachtvertrag in diesem Sinne zu deuten; VerwZbl 1941, S. 134/35.

autonomie des Staates grundsätzlich nicht maßgeblich seien[168]. Das kann – wie neuerdings namentlich die deutsche Lehre betont[169] – jedenfalls da nicht richtig sein, wo der Staat den Bereich der klassischen administrativen Hilfsfunktionen überschreitet, wo er also durch privatrechtliche Gestaltung in einen Bereich vordringt, der nach der ursprünglichen Konzeption dem öffentlichen Recht vorbehalten war. Die vom Staat begründeten, in privatrechtliche Form gekleideten Rechtsverhältnisse können somit nicht prinzipiell den Auswirkungen der Grundrechts-Garantien entzogen sein.

§ 5

Vertrag und allgemeine Norm

(Der öffentlichrechtliche Vertrag und das Gesetz)

I. Grundprinzipien des Rechtsstaates

A. Die formale Einheit der Rechtsordnung

62. Die Verfassung als «die Grundlage der ganzen staatlichen Rechtsordnung»[170] erfüllt eine doppelte Funktion. Materiell bringt sie die ein Rechtssystem tragenden Grundwerte zum Ausdruck. Formal ist sie der Geltungsgrund allen staatlichen Rechtes. Hält man sich an den zweiten Aspekt, so charakterisiert sich die Rechtsordnung als geschlossener Delegationszusammenhang. Auch der Vertrag – der privatrechtliche wie der öffentlichrechtliche – kann

[168] BGer 78 II 31.

[169] Bachof, Die öffentliche Verwaltung, Bd. 53, S. 423; Dürig, a.a.O., S. 187; Ipsen, S. 465: «Nur insoweit Träger öffentlicher Verwaltung sich ... gänzlich auf den Boden des Privatrechtes stellen und in seinen Formen aktiv und unmittelbar als Produzent, Verteiler oder Konsument von Bedarfsgütern ... am Wirtschaftsablauf teilnehmen, kommt nach heute zutreffender Auffassung eine Emanzipation der Exekutive von den rechtsstaatlichen Verfassungsprinzipien überhaupt in Betracht.»

[170] Kägi, W., Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, S. 42.

seine normative Kraft nicht aus sich selbst schöpfen[171]. Er ist Rechtens, soweit er durch das objektive Recht als Form der Rechtsbildung anerkannt wird[172]. Die Privatautonomie muß sich daher in gleicher Weise auf Gesetz und Verfassung gründen wie eine behördliche Kompetenz. «Die in der Privatautonomie liegende Machtbefugnis ist dem Privaten kraft Delegation verliehen»[173].

63. Der Gesichtspunkt, daß alle Verträge direkt oder indirekt, ausdrücklich oder stillschweigend, durch die Rechtsordnung anerkannt sein müssen, bildet indessen nicht die einzige Schranke des öffentlichrechtlichen Kontraktes. Wäre es anders, würde allein die formale Rechtsbezogenheit genügen, um eine Vereinbarung als gültigen Vertrag anzuerkennen, dann hätte jene Auffassung recht, wonach jeder Träger von Staatsgewalt im Rahmen seiner Kompetenz an Stelle hoheitlicher Anordnung öffentlichrechtliche Verträge zu schließen vermöge. Diese These, die namentlich von Apelt vertreten worden ist, spricht jedem Selbstverwaltungskörper im Rahmen seiner Autonomie (wobei dieses Wort hier nicht «Privatautonomie», sondern Befugnis zu öffentlichrechtlicher Gestaltung bedeutet) öffentlichrechtliche Vertragsfähigkeit zu. «Wenn dieser Wille... imstande ist, nicht nur die seiner Gewalt Unterworfenen, sondern auch sich selbst an eine von ihm selbst hervorgebrachte Norm zu binden, so muß ihm auch die geringere Fähigkeit zugesprochen werden, die implicite in der Autonomie mit enthalten liegt, eine öffentlichrechtliche Verpflichtung vertraglicher Art mit für sich selbst rechtsverbindlicher Wirkung einzugehen»[174]. Diese Deutung des Kontraktes als das bloße Minus einer hoheitlichen Anordnung sieht indessen an einer Grundgegebenheit der bestehenden verfassungs-

---

[171] Apelt, S. 45 ff.

[172] Richtig daher die von Buddeberg (S. 102 ff.) kritisierte Lehre.

[173] Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 322.

[174] Apelt, S. 51.

rechtlichen Ordnung vorbei; sie verkennt, daß nach einem Grundprinzip des Rechtsstaates – dem Grundsatz gesetzmäßiger Verwaltung – das rechtsgeschäftliche Handeln nicht beliebig der hoheitlich-rechtssatzmäßigen Normsetzung substituiert werden kann. Die Wahl zwischen Gesetz und Vertrag kann den rechtsetzenden Behörden nicht freistehen.

B. Der Grundsatz vom Erfordernis des Rechtssatzes

64. Im Rechtsstaat ist die Verwaltung unbedingt auf das Gesetz verwiesen[175]. Dabei ist der Begriff «Gesetz» zunächst im inhaltlichen Sinn zu verstehen; er ist gleichbedeutend mit Rechtssatz, mit allgemeiner Norm. Die Verpflichtung auf das Gesetz besagt, «daß nur auf Grund und nach Maßgabe einer allgemeinen Norm dem Einzelnen Verpflichtungen überbunden und Rechte gewährt werden können»[176]. Was die Staatsgewalt vom Bürger verlangt und was der Bürger «zu leisten, zu tun, zu unterlassen oder zu dulden hat, bestimmt sich letzten Endes nach dem Gesetz»[177]. Nur was allgemein geboten und zugestanden ist, kann somit im Einzelfall verlangt und gewährt werden.

65. Wird die allgemeine Norm zur unbedingten Richtlinie staatlichen Handelns, so soll damit vor allem dem Anliegen der Rechtsgleichheit gedient werden. Das Prinzip vom Erfordernis des Rechtssatzes steht im engsten Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot. An sich könnte eine Gleichbehandlung freilich auch im Rahmen rechtsgeschäftlichen Handelns gewährleistet sein; die erforderlichen Schranken müßten dem

---

[175] Vgl. Roos, G., Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung, in «Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht», 1955, S. 117 ff.; Nef, H., Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, 1950, S. 137a. Aus der Praxis: VerwZbl 1954, S. 18; BVerwGE Bd. 2, Nr. 46, S. 175 ff.

[176] Imboden, Gesetz, S. 9.

[177] Blumenstein, E., Der rechtsstaatliche Ausbau der schweizerischen Demokratie, 1930, S. 5.

Gemeinwesen in diesem Fall durch interne Richtlinien über die Ausübung der rechtsgeschäftlichen Autonomie gesetzt werden. Nach außen wäre der Staat in seinen Verpflichtungserklärungen dann zwar frei; intern aber wäre die für den Staat handelnde Behörde auf allgemeine Weisungen verpflichtet. Solange diese internen Richtlinien wirklich befolgt würden, wäre dem praktischen Erfolg nach das nämliche erreicht wie durch eine Bindung an Rechtssätze. Der grundlegende Unterschied der beiden Wege normativer Verpflichtung der Verwaltung zeigt sich indessen, sobald die nach außen getätigte Vereinbarung von der allgemeinen internen Wegleitung abweicht: die externe Bindung ginge vor; es bestünde keine Möglichkeit, sich der Wirkung einer zu Unrecht eingegangenen Verpflichtung zu entziehen. Ein derartiges Zurücktreten der allgemeinen Norm hinter die konkrete Anordnung widerspricht indessen den vom bestehenden Staat gesetzten Rangstufen. Der Rechtssatz soll als allgemeine Norm unbedingte Maßgeblichkeit haben; er soll nicht nur lex imperfecta sein; seine Einhaltung soll institutionell gesichert werden[178]. Den Verfügungen soll «verbindliche Kraft nur insoweit» zukommen, «als sie rechtmäßig sind»[179]. Dieser Vorstellung wird in der Forderung nach «zweiseitiger Unverbrüchlichkeit» der allgemeinen Norm, nach gleicher Bindung von Verwaltung und Bürger Ausdruck gegeben[180]. An Stelle einer bloßen Binnenwirkung soll die allgemeine Regel auch die äußeren Beziehungen unmittelbar erfassen. Das führt – wird der Gedanke zu Ende gedacht – nicht nur zur Verneinung jeder rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit contra legem[181]; auch praeter legem kann der Bürger durch vertragliche Zustimmung keine zusätzlichen öffentlichrechtlichen Verpflichtungen begründen[182].

---

[178] Nef, a.a.O., S. 137a.
[179] BGer 71 I 197.
[180] Fleiner, Institutionen, S. 136.
[181] BGer 41 II 314/15; 49 I 160 ff. Revue 1955, S. 255.
[182] Vgl. hiezu vor allem die vorbildlich klare Rechtsprechung

C. Die Verfügungsermächtigung als Durchbrechung des Grundsatzes vom Erfordernis des Rechtssatzes

66. Der konsequent rechtssatzmäßigen Gestaltung – der Ordnung, die dem Grundsatz folgt, daß Pflichten und Rechte des Einzelnen im Verhältnis zum verwaltenden Staat durch allgemeines Gesetz festgelegt sein müssen – steht als gegenteilige Gestaltungsform die Verfügungsermächtigung gegenüber. Durch sie erhält die Behörde die Befugnis, dem Bürger außerhalb einer allgemeinen rechtssatzmäßigen Verhaltensnorm einen Befehl zu erteilen. Die Zwischenstufe des Rechtssatzes ist übersprungen; der Einzelne unterliegt unmittelbar dem Einzelverfügungsrecht der Behörde[183]. Da innerhalb der Verfügungsermächtigung rechtssatzmäßige Schranken fehlen, steht der Behörde in deren Umfang echtes freies Ermessen zu – wie dies z.B. bei der Erteilung von Konzessionen beansprucht wird[184].

67. Sind die Möglichkeiten und die Grenzen öffentlichrechtlichen Kontrahierens zu klären, so erscheint es vor allem bedeutungsvoll, über die Tragweite der im hoheitlichen Verwaltungsbereich ausgesparten Verfügungsermächtigungen Gewißheit zu erlangen. An den Versuch einer systematischen Darstellung dieser Fälle wird später[185] heranzutreten sein. Lediglich auf die folgende Unterscheidung sei hier schon hingewiesen:

a) Verfügungsermächtigungen sind vor allem bedeutungsvoll im Bereiche des organisatorischen Rechtes. Der Begriff des Rechtssatzes wurde aus dem Verhaltensrecht entwickelt. Seine Übertragung auf die organisatori-

---

der zürcherischen Oberrekurskommission in Steuersachen, ORK 1950 Nr. 92, 1949 Nr. 1, 1948 Nr. 66, 1947 Nr. 35, 1946 Nr. 31 (= Verw. ZBl 1946, S. 352 ff.). Vgl. ferner auch MBV 1946 Nr. 72; EVGE 1949 Nr. 8, S. 35; AGVE 1950, S. 86.

[183] Imboden, Gesetz, S. 13.

[184] BGer 65 I 290 ff.; 32 I 472/73; MBV 1938, Nr. 211.

[185] Vgl. Ziff. 74 ff.

schen Beziehungen bietet Schwierigkeiten, die bis heute nicht grundsätzlich geklärt sind. Jedenfalls ist die Organisationsgewalt des Staates nicht in gleichem Maße an Rechtssätze gebunden wie die das Verhalten des Einzelnen bestimmende hoheitliche Gewalt.

b) Problematischer erscheinen die Verfügungsermächtigungen im Bereiche des Verhaltensrechtes. Ihr Vorhandensein ist freilich nicht zu leugnen. Die bekanntesten Beispiele bilden – außer dem bereits erwähnten Fall der Rechtsgestaltung durch Konzession – die polizeiliche Generalklausel[186], die Herrschaft über öffentliche Sachen[187], die Befugnis zur Subventionsgewährung[188] und das Recht des öffentlichen Dienstes[189].

II. Der Ausschluß rechtsgeschäftlichen Handelns im Bereiche rechtssatzmäßiger Ordnung

A. Die Problemstellung

68. Soweit das Gesetz als zweiseitig-unverbrüchliche allgemeine Norm unmittelbar das Verhalten des Einzelnen bestimmt, kann für den öffentlichrechtlichen Vertrag kein Raum bleiben[190]. Mit der Zulassung des Kontraktes contra legem wären die Grundgegebenheiten der Rechtsordnung in ihr Gegenteil verkehrt. Wie weit aber ein Vertrag praeter legem zulässig sein kann, hängt davon ab, in welchem Maße die Forderung nach abschließender rechtssatzmäßiger Durchnormierung aller administrativen Bereiche Wirklichkeit wurde. Das soll im folgenden mit dem Blick auf die beiden hauptsächlichsten Tätigkeitsgebiete der Verwaltung näher geprüft werden.

---

[186] BGer 60 I 121/22; VerwZbl 1955, S. 120 ff.; 1950, S. 453.

[187] BGer 75 I 15.

[188] BGer 37 I 84; MBV 1943, Nr. 205.

[189] BGer 37 I 84; MBV 1955, Nr. 117.

[190] BGer 49 I 160 ff. namentlich S. 180; 41 II 314/15; Revue 1957, S. 153.

B. Die Eingriffsverwaltung als Reservat des Gesetzes

69. Entsprechend dem von Otto Mayer geprägten[191], das klassische deutsche Verwaltungsrecht bestimmenden[192] und auch von der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes in weitem Maße übernommenen[193] «historisch-konventionellen» Rechtssatzbegriff gehören «Eingriffe in Freiheit und Eigentum zum Vorbehalt des Gesetzes»[194]. Die sog. Eingriffsverwaltung gilt als abschließend rechtssatzmäßig normiert; sie muß damit rechtsgeschäftlicher Gestaltung verschlossen bleiben. Das gilt nicht nur, soweit ein Kontrakt mit einer allgemeinen öffentlichrechtlichen Verhaltensnorm kollidiert; das gilt auch, soweit das Gesetz überhaupt keine Regel enthält. Im Fehlen einer Norm liegt eine negative Norm, nämlich die Bestätigung der Freiheit[195]. Dem öffentlichrechtlichen Vertrag[196] praeter legem ist damit der Boden entzogen[197]. Nicht nur die durch Gesetz geordneten Einzelfragen, sondern auch der gesamte Bereich eingreifender Verwaltungstätigkeit ist einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung nicht zugänglich[198]. So bleibt für den öffentlichrechtlichen Vertrag namentlich überall da kein Raum, wo es um Einschränkungen der Grundrechte geht[199]. Aus dem Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung folgt – wie es Thoma ausgedrückt hat –, «daß

---

[191] Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, Bd. I, S. 70.

[192] Vgl. Anschütz/Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechtes, 1932, Bd. II, S. 223.

[193] BGer 45 I 317; 51 I 147/48; 60 I 121; 65 I 300.

[194] Imboden, Gesetz, S. 18 ff.

[195] Burckhardt, Organisation, S. 117.

[196] Selbstverständlich trifft das gleiche zu für den privatrechtlichen Vertrag contra legem (Praxis der RK der Militärverwaltung 1929/49, S. 24).

[197] Was das Bundesgericht in BGer 78 II 27/28 (Entscheid vom 2. 4. 1952) übersieht. Richtig Revue 1957, S. 153.

[198] Vgl. z.B. MBV 1946 Nr. 72; ORK Zürich 1950 Nr. 92 (keine Steuerübernahmevereinbarung mit externer Wirkung).

[199] BGer 83 I 113.

die öffentliche Verwaltung grundsätzlich nicht in der Lage ist, sich durch Unterwerfung des Bürgers außergesetzliche Befugnisse zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum zu verschaffen»[199a]. Eine Berufung auf die Parömie «volenti non fit iniuria»[199b] erscheint ausgeschlossen[199c].

70. Mit dieser Auffassung lassen sich zwei neueste schweizerische Gerichtsentscheide schwer vereinbaren. Ohne hinreichende Klärung des theoretischen Fundamentes und der praktischen Konsequenzen hat das Bundesgericht (in einem Fall die staatsrechtliche und im anderen Fall die verwaltungsrechtliche Kammer) in den Jahren 1952 und 1955 zwei Urteile gefällt, die – wenn sie nicht einer erneuten kritischen Prüfung unterzogen werden – dem öffentlich-rechtlichen Vertrag eine noch kaum übersehbare Entfaltungsmöglichkeit geben:

a) Dem ersten Entscheid[200] lag folgender Tatbestand zugrunde: Im Bestreben, die Zahl der Gaststätten zu vermindern, wurde in einer Liegenschaft der Stadt Zürich von der zuständigen kantonalen Behörde im Einvernehmen mit dem Wirt eine Gastwirtschaft geschlossen. Dem bisherigen Patentinhaber wurde auf Grund der Vollziehungsverordnung zum Gastwirtschaftsgesetz eine Entschädigung ausgerichtet, die «vor allem die Umänderung der bisher für den Wirtschaftsbetrieb benützten Räumlichkeiten zur Verwendung für andere Zwecke ermöglichen oder erleichtern»[201] sollte. Das mit der Schließung verbundene Verbot der Neueröffnung einer Wirtschaft wurde als privatrechtliche Dienstbarkeit zugunsten des Kantons im Grundbuch eingetragen. Ein späterer Eigentümer der Liegenschaft verlangte, daß das gänzliche Wirtschaftsverbot auf ein

---

[199a] Thoma, S. 25.

[199b] Forsthoff, Deutsches Verwaltungsblatt 1957 S. 725.

[199c] Mit Recht hält Thoma (S. 19) dieser Auffassung die andere Parömie entgegen «ius publicum privatorum pactis mutari nequit».

[200] BGer 78 II Nr. 5, S. 21 ff.

[201] Vollziehungsverordnung vom 6. 3./21. 5. 1939, § 24, Abs. 1.

Wirtschaftsverbot für Alkoholwirtschaften begrenzt werde. Er machte geltend – was dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften entspricht –, daß das zürcherische Recht lediglich eine Verminderung der Zahl der der Bedürfnisklausel unterstellten Alkoholwirtschaften anstrebe und demnach auch die vereinbarungsweise Schließung anderer als Alkoholwirtschaften nicht vorsehe; da die frühere Entschädigung offenbar im Hinblick auf ein gänzliches Wirtschaftsverbot ausgerichtet worden war, bot er die Rückzahlung eines Teils dieser Entschädigung an. – Die beim Bundesgericht gegen den Kanton auf Abänderung des Grundbucheintrages eingereichte Klage wurde abgewiesen. Das Bundesgericht begründet seinen Standpunkt in folgender Weise: «Selbst wenn die Verwaltung den Partner auf dem Vertragswege gegen Entschädigung Verpflichtungen eingehen läßt, welche ihm durch einseitigen Hoheitsakt nicht auferlegt werden können, so liegt doch keine Rechtsverletzung vor, da das zürcherische Recht ausdrücklich beide Wege vorsieht und die Vollziehungsverordnung bestimmt, daß die freiwillige Regelung vorzuziehen ist.»[202] Daraus, daß die Verzichtsentschädigung formal auf dem Verständigungsweg festgelegt werden kann, wird somit gefolgert, daß die Beteiligten im Zusammenhang mit der Entschädigungsfestsetzung Verhaltenspflichten zu begründen vermögen, die in der allgemeinen normativen Ordnung nicht vorgesehen sind. Zu dieser Deutung der positivrechtlichen Verständigungsklausel gelangt das Gericht aber offenbar nur deshalb, weil es eine rechtsgeschäftliche Begründung von Verpflichtungen praeter legem im Bereiche der Wirtschaftspolizei (die zur Eingriffsverwaltung gehört) grundsätzlich nicht ausschließen wollte.

b) Weniger problematisch mag der zweite Fall[203] erscheinen. Ein Häftling wurde gegen Leistung einer Flucht-Kaution aus dem Sicherheitsverhaft in eine Klinik ver-

---

[202] a. a. O., S. 30.

[203] BGer 81 I Nr. 61, S. 393.

bracht, obwohl das Gesetz die Möglichkeit einer Freilassung oder einer Haftmilderung gegen Kaution nicht vorsieht. Die Rechtmäßigkeit der Kautionsstellung wurde, nachdem auf die Sicherheit gegriffen werden sollte, unter Hinweis auf das Vorliegen eines mit dem Leistenden gültig abgeschlossenen öffentlichrechtlichen Vertrages bejaht.

71. Die sich erhebenden kritischen Einwände gegenüber den beiden Präjudizien sind ungleicher Art. Im zweiten Fall wird das Ergebnis kaum zu bemängeln sein. Die Frage stellt sich aber, ob es überhaupt der Konstruktion eines Vertrages bedurft hätte. Nichts wäre entgegengestanden, die Kautionsleistung mit einer allgemeinen ungeschriebenen Norm übereinstimmend zu bezeichnen. Insofern mag das Urteil für eine gewisse positivistische Ängstlichkeit des Richters symptomatisch sein: versagt das geschriebene Gesetz, so wird die handfeste Annahme eines Kontraktes zwischen Behörde und Bürger der Berufung auf eine ungeschriebene allgemeine Rechtsregel vorgezogen. – Von wesentlich weittragenderen Folgen ist der erste Entscheid. Drei kritische Einwände erheben sich nacheinander: Der Patentverzicht durch Übereinkommen wird nach dem maßgeblichen kantonalen Gesetz als Mittel zur Reduktion der dem Bedürfnisnachweise unterstellten Alkoholwirtschaften verstanden; dafür, daß sich im Rahmen einer Verständigung noch andere Verhaltensregeln begründen lassen, als sie dem gesetzlich festgelegten Ziel entsprechen, fehlt ein greifbarer Anhaltspunkt. Selbst wenn sich aber das positive Recht noch im Sinne der Annahme des Gerichtes deuten ließe, dann könnte diese Ausweitung des rechtsgeschäftlichen Handlungsbereiches wohl nicht durch eine bloße Vollziehungsverordnung bewirkt werden[204]. Und wollte man auch diesen formalen Einwand verwerfen, wollte man die fragliche Verordnungs-Bestimmung im Gesetz verankert sehen, dann müßte sich die letzte und wohl entscheidende Frage stellen: kann denn überhaupt das

[204] Vgl. hiezu BGer 78 I 213/15.

Gesetz im Rahmen des Gleichheitssatzes der Verfassung den Behörden die Befugnis erteilen, durch rechtsgeschäftliches Übereinkommen ein Tun (den Betrieb einer alkoholfreien Wirtschaft) auszuschließen, das nach allgemeiner Norm unter Vorbehalt bloß polizeilicher Hinderungsgründe (also unter Verzicht auf eine Beschränkung, die, wie der Bedürfnisnachweis, das Gleichheitsprinzip in Frage stellt) jedermann und überall gestattet ist? Es muß auffallen, daß der Staatsgerichtshof ohne viel Aufhebens eine Position preisgibt, die bisher doch einigermaßen selbstverständlich schien. Man mag dies vielleicht damit erklären, daß die besonderen Umstände des konkreten Falles das Bundesgericht die grundsätzliche Fragestellung nicht hinreichend deutlich erkennen ließ.

C. Staatliche Daseinsvorsorge und Rechtssatz

72. Die vielfach erfolgte Umdeutung der klassischen Formel «Eingriffe in Freiheit und Eigentum gehören zum Vorbehalt des Gesetzes» in dem Sinne, daß die leistungsgewährende Verwaltung a contrario nicht an rechtssatzmäßige Anordnungen gebunden sei, wonach sich also begünstigende administrative Anordnungen unter Überspringung der allgemeinen Norm treffen lassen, ist vom Verfasser an anderer Stelle der Kritik unterzogen worden[205]. Im modernen Verteilungsstaat können für die Anordnung von Eingriffen keine anderen konstitutionellen Sicherungen gelten als für die Erbringung von Leistungen; Last und Begünstigung sind durch die staatlichen Ausgleichsmechanismen, namentlich durch die Interdependenz von Aufwendung und Steuerbelastung, untrennbar miteinander verknüpft. Wie die klassische Eingriffsverwaltung steht daher auch die administrative Daseinsvorsorge unter dem Prinzip normativ-rechtssatzmäßiger Durchdringung. Der rechtsgeschäftlichen Einräumung besonderer Vergünstigungen steht das Gleichheitsgebot ebenso entgegen wie der rechtsgeschäftlichen Übernahme zusätzlicher Lasten.

---

[205] Vgl. Imboden, Gesetz, S. 10 ff., S. 18 ff.

73. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Eingriffsverwaltung und Daseinsvorsorge bleibt freilich bestehen. Er liegt im Aspekt der Sanktion. Rechtsgeschäfte im Bereiche der Eingriffsverwaltung werden nur schon deshalb, weil sie eine vom Gesetz nicht vorgesehene Last überbinden oder von einer gesetzlichen Last befreien, als ungültig zu betrachten sein. Muß in gleicher Weise auch auf die Unwirksamkeit einer Vereinbarung über eine nicht durch allgemeine Norm gedeckte administrative Leistung geschlossen werden? Die Praxis geht dieser Folgerung aus dem Wege. Das läßt sich nur unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes begründen. Der mit dem Staate kontrahierende Einzelne wird der Verpflichtung enthoben, die rechtssatzmäßige Grundlage einer ihm vertraglich zugestandenen Leistung zu ermitteln; die Prüfungspflicht fällt auf den Staat. So wird der Bereich staatlicher Daseinsvorsorge wohl vom Gesetzmäßigkeitsprinzip im Sinne eines allgemeinen Postulates erfaßt; es mangelt diesem aber die Sanktion in einer unmittelbaren Ungültigkeitsfolge. Seine Durchsetzung erfolgt primär auf dem Wege der internen Verwaltungsaufsicht. Nur da, wo ein getätigtes Rechtsgeschäft an qualifizierten Mängeln leidet, wo es in besonders schwerwiegender Weise gegen das Gleichheitsgebot vorstößt, kann es durch die Annahme der Ungültigkeit direkt zu Fall gebracht werden.

III. Nicht-rechtssatzmäßig geordnete Verwaltungsbereiche

A. Durchbrechung des Erfordernisses des Rechtssatzes

74. Die beiden Hauptbereiche administrativer Wirksamkeit, die Eingriffsverwaltung wie die Daseinsvorsorge, stehen – wie festgestellt wurde – unter dem Postulat rechtssatzmäßiger Bindung. Dem öffentlichrechtlichen Kontrakt kann nur da eine Chance verbleiben, wo sich innerhalb dieser Bereiche Sondergebiete feststellen lassen, die sich der Tendenz zur konsequenten Durchnormierung zu ent-

ziehen vermochten[205a]. Daß derartige ausgesparte Bezirke bestehen, wird durch die Institution der Verfügungsermächtigung belegt. Das Motiv dieser Durchbrechungen des Grundsatzes vom Erfordernis des Rechtssatzes ist freilich kein einheitliches. Zum Teil liegt der Grund im Hineinragen vorkonstitutioneller Rechtsformen in die heutige Ordnung; zum Teil handelt es sich um Ausstrahlungen bewußter Preisgaben des Gleichheitsprinzips. Da der Grundsatz vom Erfordernis des Rechtssatzes letztlich den Ausdruck einer Grundnorm der Verfassung bildet, werden auch Durchbrechungen nur hingenommen werden können, wenn sie sich ihrerseits auf Verfassungsprinzipien zurückführen lassen. Wieweit solche das Gleichheitsprinzip einschränkende oder doch abschwächende Gegenprinzipien wirksam sind, soll im folgenden näher geprüft werden. Dabei kann freilich das Vorhandensein einer Verfügungsermächtigung noch nicht bedeuten, daß im Bereiche der Einschränkung rechtssatzmäßiger Ordnung ohne weiteres auch öffentlichrechtliche Verträge zulässig sind. Gewiß vermag der Gleichheitssatz einem öffentlichrechtlichen Kontrahieren nicht mehr entgegenzustehen; andere Gesichtspunkte können indessen die Vertragsform ausschließen[206].

B. Die Organisationsgewalt

75. Der Rechtssatz wird üblicherweise als generell-abstrakte Norm gekennzeichnet. Er ist generell dem Adressaten nach: eine unbestimmte Vielzahl von Personen wird verpflichtet oder berechtigt. Er ist abstrakt dem Gegenstande nach: die rechtlich bestimmte Handlung bleibt nach Ort und Zeit unbestimmt; sie bedarf, um erzwungen zu werden, der Konkretisierung. Der so bestimmte Rechtssatzbegriff ist am Verhaltensrecht orientiert[207]. Im organisatorischen Recht, d.h. im Bereiche

---

[205a] Vgl. Thoma S. 20.

[206] Vgl. unten Ziff. 83.

[207] Vgl. oben Ziff. 67; hiezu Forsthoff, E., Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 224.

der Zuständigkeits- und Verfahrensnormen, läßt sich eine «allgemeine» Bestimmung nicht in gleicher Weise durch ihren Adressaten kennzeichnen. Sie kann sich trotz ihrer «Allgemeinheit» auf eine einzige Verwaltungseinheit oder eine einzige Behörde beziehen. Was sie von der «besonderen» Vorschrift unterscheidet, ist lediglich ihre personelle Unbestimmtheit, d.h. die Tatsache, daß sie eine Behörde oder eine Körperschaft als normative Gegebenheit berührt und nicht einen persönlich namhaft gemachten Amtsträger betrifft. Dieser Unterschied wird von der herrschenden Lehre nicht genügend hervorgehoben, indem die Verhaltensnorm wie die organisatorische Norm einem einheitlichen Rechtssatzbegriff unterstellt werden.

76. Weil auch die als «Rechtssatz» ergehende organisatorische Norm in vielen Fällen nur eine einzige Verwaltungseinheit oder eine einzige Behörde berührt, bilden im Bereiche des organisatorischen Rechtes «Rechtssatz» und «Rechtsgeschäft» nicht in gleicher Weise Gegensätze wie im Bereiche des Verhaltensrechts. Zwei Gemeinden können sich vertraglich zur Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe verbinden; diese Verbindung kann aber auch durch Hoheitsakt der übergeordneten Gebietskörperschaft «rechtssatzmäßig» vollzogen werden. Ein privater Verein kann sich im Rahmen einer «Vereinbarung» zur Übernahme bestimmter öffentlicher Funktionen bereitfinden; seine funktionelle Eingliederung in die Administration kann aber auch durch Gesetz oder Verordnung erfolgen. Gewiß unterscheiden sich beide Gestaltungsmöglichkeiten ihrem juristischen Prinzip nach: der «Rechtssatz» bleibt auch hier objektives Recht; das Rechtsgeschäft hingegen ist Ausdruck subjektiver Gestaltungswillkür. Hingegen sind beide Rechtsformen – da jede Verwaltungseinheit eine Individualität ist – in nämlicher Weise gegenüber dem Gleichheitsprinzip indifferent; man kann nicht sagen, die Rechtsgleichheit bevorzuge die eine Möglichkeit und disqualifiziere die andere. Auch wenn eine Gestaltung in den Formen des objektiven Rechtes gewählt wird, bewegt man sich

auf einem Boden, der demjenigen der Verfügungsermächtigung im Grunde genommen gleich ist.

77. Daß der öffentlichrechtliche Vertrag vor allem als Entfaltungsmittel der Organisationsgewalt des Staates und seiner Selbstverwaltungskörper Anwendung findet, ist zwar schon wiederholt bemerkt worden[208]; hingegen wurde die grundsätzliche Bedeutung dieser Feststellung noch kaum erkannt. Im Bereiche der Organisationsgewalt – aber nur hier – mag es richtig sein, daß in der Autonomie (d.h. in der einem Selbstverwaltungskörper verliehenen Befugnis, seine Organisation selbst zu bestimmen) auch die Befugnis zu rechtsgeschäftlichem Handeln eingeschlossen ist. Klassische Beispiele öffentlichrechtlicher Kontrakte berühren in diesem Sinn den organisatorischen Bereich:

a) Das gilt vor allem für praktisch fast alle öffentlichrechtlichen Verträge zwischen Selbstverwaltungskörpern, namentlich zwischen Gemeinden. Durch Vertrag erfolgt in weitem Maße die Bildung neuer Verwaltungseinheiten und vollzieht sich die organisatorische Koordination fortbestehender Verwaltungskörperschaften.

b) Das gleiche gilt ferner für alle jene Subventionsvereinbarungen, durch die nicht unmittelbar eine Leistung an den Privaten erbracht, sondern durch die eine öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Körperschaft, ja mitunter auch eine Einzelperson, in der Erfüllung einer der Allgemeinheit dienenden Tätigkeit unterstützt wird[209]. Derartige Subventionsvereinbarungen erweisen sich – wie vor allem die französische Lehre klargestellt hat[210] – in Wirklichkeit als ein Mittel sachlicher administrativer Dezentralisation. Eine öffentliche Aufgabe wird einem privaten Rechtsträger überbunden oder die von einem privaten Rechtsträger bereits ausgeübte Tätigkeit wird als

---

[208] Vgl. z.B. Apelt, S. 21 ff.; Jedlicka, S. 95.

[209] Schindler, D., Die Bundessubvention als Rechtsproblem, 1952, S. 126ff.

[210] de Laubadère, Bd. I, S. 71ff.

öffentliche Aufgabe anerkannt. Der Subventionsempfänger wird nicht im Rahmen der unmittelbaren administrativen Daseinsfürsorge gefördert; er wird vielmehr gefördert, weil er sich seinerseits (und im Gegensatz zu andern) in die staatliche Daseinsfürsorge einschaltet.

c) Im Grunde nicht anders verhält es sich aber auch mit den Abmachungen, die – ohne eigentliche Subventionen vorzusehen – private Unternehmungen in besonderer Weise zur Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Allgemeinheit verpflichten. Durch solche Bindungen wird ein erster Schritt zur Gemeinwirtschaft vollzogen; es wird eine Entwicklung eingeleitet, die die Unternehmung in einem Teilbereich in das Gesamtgefüge eines der Daseinsvorsorge verpflichteten Wirtschaftsorganismus integriert.

C. Relikte früherer Verfassungsstrukturen

78. Auch eine Rechtsordnung unterliegt in ihren Strukturprinzipien den Gesetzen des Wachstums. In ihrem inhaltlichen Aufbau überlagern sich zumeist verschiedene Schichten. Die vom wachen Bewußtsein der Gegenwart getragenen Bauprinzipien ruhen vielfach auf Fundamenten, die eine andere Vorstellungswelt beinhalten und die immer wieder – vom Juristen als systemswidrige Störung empfunden – an die Oberfläche vorstoßen. Entgegen dem normativ-rechtsstaatlichen Grundgedanken haben sich im geltenden Verwaltungsrecht als Relikte früherer Strukturen namentlich zwei Komplexe zu erhalten vermocht[211]:

a) Unverkennbar sind einmal die Nachwirkungen lehnrechtlicher Vorstellungen. Daß Hoheitsrechte privater Verfügungsmacht unterliegen, ist der Kerngedanke des Lehnrechtes. Im Institut der Konzession lebt dieses Prinzip auch heute fort. Das Regal als wirtschaftliches Vorrecht des Staates muß in einer konsequent rechtssatzmäßig gestalteten und überdies die Wirtschaftsfreiheit zum Prinzip erhebenden Ordnung zum Fremdkörper werden. Setzt der Staat einen Privaten durch individuelle Rechtsübertra-

[211] Hiezu Imboden, Gesetz, S. 11ff.

gung in eine Vorzugsstellung ein, so kann dies nicht im Rahmen einer normativ durchgebildeten Ordnung geschehen – es sei denn, das Regal werde zu einer leeren Fiktion. Echte Konzessionen – Monopol-Konzessionen wie Sondernutzungs-Konzessionen – lassen sich nicht unter Wahrung der rechtssatzmäßig gesicherten Gleichheit aller erteilen; der Beliehene ist gegenüber den andern stets ein Privilegierter[212]. Die Konzessionshoheit gewinnt damit den Charakter einer Verfügungsermächtigung. Es ist kein Zufall, daß hier zugleich einer der klassischen Anwendungsbereiche des verwaltungsrechtlichen Vertrages liegt. – Von lehnrechtlichen Vorstellungen bleibt aber auch das «besondere Gewaltverhältnis» – es ist stets zugleich ein besonderes «Treueverhältnis»[213] – durchsetzt. Auch in seinem Bereiche ist der Gesichtspunkt konsequent rechtssatzmäßiger Normierung verlassen. Die Wahl eines Beamten ist letztlich in gleicher Weise ein privilegierender (d.h. den strengen Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aller preisgebender) Akt wie eine Konzessionserteilung[214].

b) In ihren Auswirkungen nicht weniger bedeutungsvoll sind jene Einbrüche in den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes, die historisch auf den absolutistischen Polizeistaat hinweisen. Im Rahmen der polizeilichen Generalklausel ist den Behörden die Befugnis verliehen, «ohne allgemeinen Rechtsregeln folgen zu müssen, das im Einzelfall zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung Erforderliche vorzukehren»[215]. Freilich vermögen sich die spezifisch polizeilichen Verfügungsermächtigungen –

---

[212] Burckhardt, Organisation, S. 109ff.

[213] So ist nach Buddeberg (S. 157) der öffentlichrechtliche Vertrag dann die gegebene Institution, wenn es um die Begründung von Pflichten geht, die Treue und Hingabe voraussetzen. Vgl. hiezu auch Krüger, H., Das besondere Gewaltverhältnis, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 15, S. 115ff.

[214] Burckhardt, a.a.O., S. 109ff.

[215] Imboden, Gesetz, S. 12.

im Unterschied zu Verfügungsermächtigungen anderer Art – kaum als Grundlage rechtsgeschäftlichen Handelns auszuwirken. Auf die Gründe wird später[216] hinzuweisen sein. Von polizeistaatlichen Vorstellungsrelikten wird – neben lehnrechtlichen Residuen – aber auch das besondere Gewaltverhältnis erfüllt; man kann in ihm – sit venia verbo – eine polizeistaatlich umgedeutete lehnrechtliche Institution sehen.

D. Dezentralisation und Gleichheit

79. Zwischen den Prinzipien föderalistischer Dezentralisation und unbedingter Gleichheit besteht ein Spannungsverhältnis. In der schematischen Gleichmacherei erstickt jede Autonomie[217], gleich wie die unbesehene Betonung selbstherrlicher lokaler Eigenständigkeit[218] das im Gleichheitsgebot liegende Gerechtigkeitsgebot zu erdrücken vermag. Der latente Gegensatz der beiden Prinzipien verstärkt sich mit der Kleinräumigkeit der Selbstverwaltungskörper. Es ist die Grundvorstellung föderalistischer Dezentralisation, daß Unterschiede im Inhalt der lokalen Rechtsordnungen den Gleichheitssatz nicht beeinträchtigen, sondern als innerlich begründet gelten. Umgekehrt freilich ist die autonome lokale Körperschaft gehalten, in ihrem beschränkten Raum eine den Anliegen der Gleichheit und Gerechtigkeit genügende grundsätzliche Ordnung zu verwirklichen. Dieser letzte Gesichtspunkt wird in dem Maße fragwürdig, als es innerhalb des lokalen Rechtskreises an Vergleichsmöglichkeiten mangelt. Wie ist z.B. die Befugnis autonomer Ausgestaltung der kommunalen Abgaben zu handhaben, wenn sich die Gemeinde nur wenigen oder gar nur einem einzigen leistungsfähigen Abgabeschuldner

---

[216] Vgl. unten Ziff. 84.

[217] Imboden, Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus, ZSR Bd. 74, 1955, S. 221.

[218] Imboden, Gemeindeautonomie und Rechtsstaat, in «Demokratie und Rechtsstaat», Festschrift für Z. Giacometti, 1953, S. 97.

gegenübergestellt sieht? Allgemeine Norm und Einzelakt lassen sich wohl noch formal, aber kaum mehr inhaltlich unterscheiden. Es ist daher kein Zufall, daß vor allem im kommunalen Recht den Zwischenformen von Rechtssatz und Verfügung eine besondere Bedeutung zukommt. In der gleichen Linie liegt es, wenn gerade im kommunalen Rechtsbereich der öffentlichrechtliche Vertrag eine besondere Tragweite besitzt. Auf diese Erscheinung wird später – bei Betrachtung der einzelnen Vertragstypen[219] – zurückzukommen sein.

E. Andere Vorbehalte gegenüber dem Gleichheitsgrundsatz

80. Jede Durchbrechung des Gleichheitsprinzips führt zu einer Einschränkung normativ-rechtssatzmäßigen Ordnens und damit – zum mindesten potentiell – zur Ausdehnung der Möglichkeiten rechtsgeschäftlicher Gestaltung. Das Beispiel des Bedürfnisnachweises (und überhaupt des Kontingentes) mag diesen Zusammenhang erhellen. Im Bedürfnisnachweis liegt nicht nur eine Durchbrechung der Handels- und Gewerbefreiheit, sondern auch, was vielfach zu wenig beachtet wird, eine Einschränkung von Art. 4 BV. Jeder numerus clausus zwingt praktisch dazu, nach der zufälligen Tatsache des Besitzstandes zu differenzieren. Wer eine Tätigkeit schon ausübt, wird darin geschützt und insofern zum Träger eines «Rechtes» emporgehoben; wer die Tätigkeit noch nicht ausübt, bleibt – unter Vorbehalt eintretenden Bedürfnisses – davon ausgeschlossen. In diesem Vorgehen liegt rechtlich der Verzicht auf eine normativwertende Differenzierung. Das «prior tempore» genügt, um Inhaber eines erworbenen Rechtes zu werden. Der Staat kann in dieses nur eingreifen, wenn er sich mit dem Berech-

---

[219] Vgl. unten Ziff. 179, 186, 190.

[220] Vgl. oben Ziff. 70 lit. a und Ziff. 71. Das Fragwürdige des Entscheides liegt eben darin, daß eine den Gegebenheiten des Bedürfnisnachweises an sich entsprechende Institution auf Verhältnisse übertragen wird, die anders gestaltet sind, indem sie den Rahmen gleichheitsbezogener normativer Regelung wahren.

tigten «verständigt». Insofern ist es kein Zufall, daß sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Durchbruch zu einer breiteren Anerkennung des öffentlichrechtlichen Kontraktes angesichts eines Beispiels vollzog, das den Bedürfnisnachweis betraf[220]. Der verwaltungsrechtliche Vertrag folgt jeder Art von Privilegierung und Diskriminierung auf dem Fuß. So ist er vor allem eine Begleiterscheinung einer sich von der privaten Erwerbswirtschaft zur staatlich geförderten Volkswirtschaft wendenden Wirtschaftsordnung. Dieser Umschlag läßt sich niemals vollziehen, ohne das im System einer freien Wettbewerbsordnung entwickelte Gleichheitskonzept zu beeinträchtigen.

IV. Der praktische Anwendungsbereich des öffentlichrechtlichen Vertrages

A. Allgemeine Gesichtspunkte

81. Die Lehre des deutschen Rechtskreises hat den öffentlichrechtlichen Vertrag als systemwidrigen Einbruch empfunden, mit dem sie sich je nach Temperament des Autors resigniert oder durch ein forsch-fortschrittliches Bekenntnis abfand. Wie wenig sie aber im Grunde gegenüber dieser Institution aus ihrer anfänglichen Verlegenheit hinausgelangte, erhellt vor allem daraus, daß es nur in ersten Ansätzen gelungen ist, den Bereich des verwaltungsrechtlichen Kontraktes einigermaßen sicher abzustecken und damit diese Erscheinung systematisch in die großen Zusammenhänge der Rechtsordnung einzufügen. Man begnügt sich zumeist damit, die Anwendung des Vertragsinstitutes von dessen Brauchbarkeit im konkreten Fall abhängig zu machen. Gewiß ist es richtig, wenn der öffentlichrechtliche Kontrakt als Institut gekennzeichnet wird, «das wie kein zweites geeignet erscheint, gegeneinander gerichtete Interessen der Rechtssubjekte auszugleichen und zum befriedigenden Nebeneinander zu formen»[221]. Die Frage

---

[221] Apelt, S. 11.

bleibt aber, wo der Staat oder staatliche Verwaltungseinheiten in die an sich nicht selbstverständliche Situation versetzt sind und versetzt sein können, sich als bloße «Rechtssubjekte», und nicht als Imperiumsträger, um einen Interessenausgleich bemühen zu müssen. Es zeigt sich, daß hierüber einiges Allgemeingültiges ausgesagt werden kann und daß sich demnach der Anwendungsbereich des öffentlichrechtlichen Kontraktes weit bestimmter umreißen läßt, als vielfach angenommen wird.

B. Rechtsgeschäftliches Handeln im Bereiche der öffentlichrechtlich geordneten administrativen Hilfstätigkeit

82. Die administrative Hilfstätigkeit (die Beschaffung von Sachgütern und Leistungen für die Administration, die Anlage und Verwaltung von Finanzvermögen sowie die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung des Gemeinwesens) unterliegt grundsätzlich dem Privatrecht[222]. Ausnahmsweise und unter den früher dargelegten Vorbehalten[223] kann indessen an die Stelle des Privatrechtes eine zwangsweise geltende normative Ordnung treten. Da bei diesem Prozeß die öffentlichrechtliche Gestaltung eine rechtsgeschäftlich-privatrechtlich konzipierte Regelung ablöst, kann nichts entgegenstehen, wenn auch die öffentlichrechtliche Ordnung eine rechtsgeschäftliche bleibt. Im Rahmen der vom öffentlichen Recht erfaßten administrativen Hilfstätigkeit findet denn auch der verwaltungsrechtliche Vertrag häufig Verwendung. Sowohl der «Expropriationsvertrag»[224] wie der «beamtenrechtliche Vertrag»[225] (obwohl der letztere auch noch andere Aspekte aufweist[226]) gehören hieher.

---

[222] Oben Ziff. 54.

[223] Vgl. oben Ziff. 55.

[224] Vgl. unten Ziff. 136ff.

[225] Vgl. unten Ziff. 126ff.

[226] Vgl. oben Ziff. 77 lit. a/b.

C. Rechtsgeschäftliches Handeln im Bereiche der Organisationsgewalt

83. Daß sich die Organisationsgewalt im Rahmen der Verfassung in rechtsgeschäftlichen Formen zu entfalten vermag und sich auch häufig so entfaltet, wurde früher dargelegt[227]. Nicht nur die meisten öffentlichrechtlichen Verträge zwischen Selbstverwaltungskörpern[228] (namentlich zwischen den Gemeinden), müssen in diesen Zusammenhang gestellt werden. Auch Subventionsverträge[229] und andere Abmachungen[230], durch die ein Rechtssubjekt mittelbar zum Träger administrativer Daseinsvorsorge wird, sind unter diesem Gesichtspunkt zu verstehen.

D. Rechtsgeschäftliches Handeln im Bereiche des nicht-rechtssatzmäßig geordneten Verhaltensrechtes

84. Soweit ein Bereich des Verhaltensrechtes durch verfassungskonforme Aussparung einer sog. Verfügungsermächtigung rechtssatzmäßiger Gestaltung entzogen bleibt, vermag zwar der Gleichheitssatz einem öffentlichrechtlichen Kontrahieren nicht entgegenzustehen[231]; hingegen können andere Anliegen eine rechtsgeschäftliche Gestaltung ausschließen und die Regelung durch Hoheitsakt – in diesem Fall durch den materiell nicht gesetzesgebundenen Einzelakt – verlangen. Diese Situation ist gegeben im Falle der klassischen polizeilichen Generalklausel und der ihr verwandten Institutionen. Es ist das Übergewicht des staatlichen Sicherheits- und Ordnungsinteresses, welches die Polizei in einzelnen Bereichen von einer rechtssatzmäßigen Ordnung befreit hält. Das nämliche Interesse muß aber auch mit der dem rechtsgeschäftlichen Handeln eigenen Bindung und mit der unbedingten Ab-

---

[227] Vgl. oben Ziff. 75–77.

[228] Vgl. unten Ziff. 147/48.

[229] Vgl. unten Ziff. 150ff.

[230] BGer 82 I 217ff.

[231] Vgl. oben Ziff. 74.

hängigkeit vom einmal gemachten Zugeständnis unvereinbar sein. Es ist vor allem das englisch-amerikanische Recht, das diesen Gesichtspunkt unterstreicht und dementsprechend die Polizeigewalt als keiner kontraktmäßigen Verpflichtungen fähig bezeichnet[232]. In gleicher Weise muß es dem Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge durch einen Selbstverwaltungskörper entgegenstehen, wenn das positive Recht in einem bestimmten Bereich trotz unvollständiger rechtssatzmäßiger Normierung die Befugnisse der den Selbstverwaltungskörper beaufsichtigenden Instanz besonders hervorhebt und die Freiheit der von der Aufsichtsbehörde zu treffenden Entscheidungen betont[233].

85. Liegt indessen der Grund der Einschränkung rechtssatzmäßiger Normierung nicht darin, daß dem staatlichen Interesse ein besonderes Gewicht beigelegt, daß namentlich die Entschlußfreiheit der handelnden Behörde in einem möglichst weiten Rahmen gewahrt und die jederzeitige Anpassung ihrer Anordnung an die wechselnden Bedürfnisse garantiert sein soll, so wird (immer vorausgesetzt, diese Abschwächung des Gleichheitsprinzips halte vor der Verfassung stand) im Umfange der nur beschränkt rechtssatzgebundenen Verwaltung ein öffentlichrechtliches Kontrahieren nicht ausgeschlossen werden können[234]. Hieher zählen denn auch die bedeutsamen Beispiele verwaltungsrechtlicher Verträge im Bereiche der staatlichen Monopole und Regale[235], der öffentlichen Sachen[236], des besonderen Gewaltverhältnisses[237] (namentlich der Anstaltsnutzung) und der sich aus dem modernen Wirtschaftsrecht ergebenden Sonderbefugnisse[238].

---

[232] Vgl. oben Ziff. 14 und 17.
[233] Vgl. z. B. VerwZBl 1917, S. 56.
[234] Jedlicka, S. 83.
[235] Vgl. unten Ziff. 167 lit. b, 192.
[236] Vgl. unten Ziff. 167 lit. a.
[237] Vgl. unten Ziff. 190ff.
[238] Vgl. unten Ziff. 168ff., 194ff.

§ 6

Abschluß und Wirkung öffentlichrechtlicher Verträge

I. Die Maßgeblichkeit des Parteiwillens

A. Rechtsgeschäft und Verfügung

86. Wie die Verfügung als konkrete Manifestation des objektiven Rechtes unter dem Gesichtspunkt ihrer «Richtigkeit» (d.h. ihrer rationalen Normgemäßheit und Grundsätzlichkeit) zu beurteilen ist, so ist das Rechtsgeschäft als gewillkürte Norm unter dem Gesichtspunkt seiner subjektiven Motivierung (d.h. im Hinblick auf den sie tragenden Parteiwillen) zu handhaben und zu deuten[239]. Drei praktische Folgerungen vor allem ergeben sich aus dieser grundlegenden Verschiedenheit:

a) Der Vertrag ist in der Auslegung nach dem Parteiwillen zu deuten. Die Verfügung ist gemäß dem «Gesetzeswillen» zu interpretieren[240]; es ist ihr der im Rahmen der Rechtsordnung vernünftigste (richtigste) Gehalt beizulegen.

b) Sodann stellt sich die Frage der fehlerhaften Norm für die beiden Rechtsformen grundsätzlich anders. Vom Falle der Verletzung zwingenden Gesetzesrechtes abgesehen, erscheint der Vertrag dann mangelhaft, wenn er aus mangelhaftem Willen hervorgegangen ist. Eine Verfügung hingegen kann – was Praxis und Lehre gelegentlich übersehen[241] – nicht deshalb als fehlerhaft taxiert werden, weil sie den persönlichen Intentionen der an ihrem Erlaß beteiligten Beamten und Behördemitgliedern nicht entspricht; mangelhaft erscheint sie nur durch ihren Gegensatz zum allgemeinen Gesetzesrecht[242].

---

[239] Burckhardt, W., Methode und System des Rechts, 1936, S. 276ff.

[240] BGer 49 I 185; MBV 1947 Nr. 142.

[241] BGer 56 I 194; VerwZBl 1931, S. 395.

[242] Imboden, Der nichtige Staatsakt, 1944, S. 128ff.

c) Vielleicht am entscheidendsten aber tritt der dargelegte prinzipielle Gegensatz in der Frage des Fortbestandes einer Norm in Erscheinung. Da die Verfügung als Konkretisierung einer allgemeinen Regel begründet wird, bleibt sie auch in ihrem Weiterwirken auf diese allgemeine Norm ausgerichtet[243]. Sie ist neuen Verhältnissen und besserer Einsicht anzupassen; sie entfällt der Regel nach mit dem sie stützenden Rechtssatz. Diese Erkenntnis wurde von der Lehre in die Formel gebracht, daß Verwaltungsakte materieller Rechtskraft im allgemeinen nicht teilhaftig sind; die Praxis – auch die schweizerische Verwaltungsrechtsprechung[244] – hat sich immer wieder ausdrücklich auf diesen Grundsatz berufen. Der Vertrag hingegen bleibt wie in seiner Begründung, so auch in seinem Fortbestand an den subjektiven Parteiwillen gebunden; nur die Beteiligten selbst können über rechtsgeschäftlich begründete Ansprüche verfügen.

B. Treu und Glauben im öffentlichen Recht

87. Die bona fides des prätorischen Rechtes findet in dem das private Vertragsrecht bestimmenden Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben ihre Parallele. Die vielfachen Versuche, dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht Heimatrecht zu geben[245], machen es zum dringenden Gebot, immer wieder darauf hinzuweisen, daß «Treue und Glauben» als eine das rechtsgeschäftliche Handeln im Rahmen der Privatautonomie bestimmende Maxime entwickelt worden ist. Gewiß erschöpft sich dieser Gesichtspunkt nicht im Vertrauensprinzip bei Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen. «Die Anwendung dieses Maßstabes auf den einzelnen Fall

---

[243] Burckhardt, Organisation, S. 73.

[244] So namentlich die ältere Rechtsprechung, vgl. z.B. BGer 43 I S. 2/3 und das Fortwirken dieser Auffassung in neueren Entscheiden wie etwa BGer 79 I 8.

[245] Vgl. Baumann, Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht, Zü. Diss. 1952.

beruht... auf Werturteilen, d.h. darauf, daß von zwei einander gegenüberstehenden Interessen das eine als wertvoller und daher als maßgebend für den Inhalt der Leistungspflicht empfunden wird»[246]; der Maßstab von Treu und Glauben mag in manchem demjenigen von «Recht und Billigkeit», dem Handeln nach den Regeln praktischer Vernunft nahekommen[247]. Trotz dieses allgemeinen Inhaltes bleibt aber die Berufung auf Treu und Glauben ein Hilfsmittel für die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Beziehungen. Sie fordert Rücksicht im Rahmen konkreter Rechtsverhältnisse. Treu und Glauben ist die gute Ordnung in Ausübung der Privatautonomie[248]. Die Regeln von Treu und Glauben – so etwa das grundlegende, ja vielleicht zentrale Gebot des widerspruchlosen Verhaltens, des venire contra factum proprium[249] – sind auf konkrete rechtsgestaltende Handlungen und Erklärungen abgestimmt.

88. Wird Treu und Glauben als Richtpunkt für die Handhabung objektiven Gesetzesrechtes, des Verwaltungsrechtes im besonderen, übernommen, so läßt sich diese Maxime in zweifachem Sinne deuten:

a) Sie läßt sich in diesem Rahmen als allgemeiner Appell an die praktische Vernunft, als Verweis auf Recht und Billigkeit verstehen[250]. So gedeutet verliert aber dieser Maßstab jeden greifbaren Gehalt. Er verblaßt zum bloßen Hinweis auf das objektiv Richtige; er sinkt zu einer repetitorischen Aussage herab, indem er lediglich wiedergibt, was die Grundintention der gesetzlichen Ordnung bildet.

b) Treu und Glauben als Maxime für die Handhabung öffentlichen Rechtes läßt sich aber auch als Verweis auf

---

[246] Von Tuhr/Siegwart, S. 48.

[247] Von Tuhr/Siegwart, S. 49.

[248] Insofern bestimmt dieses Prinzip die Vertragsverhandlungen; vgl. von Tuhr/Siegwart, S. 303.

[249] Vgl. z.B. Bosshardt, O., Treu und Glauben im Steuerrecht, Archiv f. schweiz. Abgaberecht, Bd. 13, S. 56; Baumann, a.a.O., S. 122.

[250] Bosshardt, a.a.O., S. 60.

die Billigkeits- und Anstandsregeln des rechtsgeschäftlichen Verkehrs verstehen. Gewiß sind der Einzelne und die Verwaltungsbehörde normalerweise nicht Partner eines frei begründbaren Rechtsverhältnisses. Aber auch bei Vorbereitung und Erlaß von rechtssatzmäßig bestimmten Verfügungen sollen sich Bürger und Beamte nach Vertrauens- und Billigkeitsgrundsätzen verhalten[251], die denen des rechtsgeschäftlichen Handelns einigermaßen entsprechen. Nur in diesem Sinne verstanden, gewinnt das Prinzip von Treu und Glauben als Maxime des Verwaltungsrechtes einen faßbaren Inhalt.

89. Die Praxis hat Treu und Glauben im Bereiche publizistischer Verhältnisse unverkennbar im zweiten Sinn gedeutet. Das erhellt schon daraus, daß sie diese nämliche Maxime einerseits auf rechtsgeschäftliche Beziehungen des öffentlichen Rechtes[252] – wo sie ihrer Herkunft nach durchaus am Platze ist[253] – und anderseits auf Vorbereitung und Erlaß hoheitlicher Verwaltungsakte anwendet[254]. Durch diesen Maßstab wird somit letztlich ein rechtsgeschäftliches Element in den Bereich rechtssatzmäßiger Gestaltung hineingetragen[255]. Die konkrete Anordnung wird nicht mehr nur am Maßstab

---

[251] Bosshardt, a.a.O., S. 57.

[252] BGer 61 I 75; Baumann, a.a.O., S. 131.

[253] Vgl. RGZ 148/266 (9. 7. 1935); OVG 82/305 (28. 4. 1927) und 84/301 (13. 6. 1929).

[254] Vgl. z.B. ORK 1941, Nr. 50.

[255] Wenn Burckhardt (Organisation, S. 73/74) diese Tatsache nicht wahr haben will und den im öffentlichen Recht maßgeblichen Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes als etwas grundsätzlich anderes als den das Privatrecht bestimmenden Gesichtspunkt von der Maßgeblichkeit des subjektiven Parteiwillens betrachtet, so ist das wohl eine konstruktiv-begriffliche Überspitzung. Der privatrechtliche Leitsatz «pacta sunt servanda» hat seinen Zweck nicht in sich selbst; er will die im Vertrauen auf eine Erklärung des Vertragsgegners getroffenen Dispositionen schützen, gleich wie dies auch der Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht anstrebt.

des objektiv Richtigen gemessen; sie wird, zu mindesten in einzelnen Aspekten, aus diesem Zusammenhang gelöst und an «Wille» und «Handlung» der beteiligten Privaten und der ihnen gegenüberstehenden Vertreter des Staates gebunden. Ein nicht rechtssatzgemäßes Tun staatlicher Funktionäre vermag unter Umständen in rechtsbeständiger Weise Abweichungen von der gesetzlichen Ordnung zu begründen[256]. Dieser Zusammenhang wird verdunkelt, wenn erklärt wird, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung «soll durch den Grundsatz von Treu und Glauben... gefördert und gesichert werden»[257]. Zwischen den beiden Gesichtspunkten – dem Legalitätsprinzip einerseits und dem Grundsatz von Treu und Glauben anderseits – besteht in vielen Fällen ein Moment der Spannung. Soll z.B. der die Rechtsmittelfrist allgemein festlegende Rechtssatz oder die in Verletzung des Gesetzes ergangene konkrete Rechtsmittelbelehrung maßgeblich sein[258]? Darf der Einzelne darauf vertrauen, was die Behörde ihm gegenüber durch konkrete Verfügung vorkehrt und zum Ausdruck bringt, oder soll er sich nur an das allgemeine Gesetz halten dürfen? – Wenn die Praxis in der Handhabung öffentlichen Rechtes zu einer immer stärkeren Betonung des Vertrauensschutzes[259] (als eines Aspektes der Rechtssicherheit) gelangt, wenn sie Treu und Glauben als Maßstab zur Beurteilung konkreter hoheitlicher Anordnungen anerkennt, ja wenn sie vielfach offen unter Berufung auf diesen Gesichtspunkt von der starren Durchsetzung der allgemeinen Norm

---

[256] Vgl. Geering, W., Von Treu und Glauben im Steuerrecht, Festgabe für E. Blumenstein, 1946, S. 139.

[257] Ruck, E., Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung, Festgabe für A. Simonius, 1955, S. 344.

[258] Mit Recht wird die objektiv gesetzwidrige Rechtsmittelbelehrung als maßgeblich betrachtet: BGer 78 I 297/98, 77 I 274, 76 I 190, 49 I 224ff.; VEB 12 Nr. 95.

[259] Vgl. den grundlegenden Entscheid BGer 56 I 194 und die sich darauf gründende Judikatur: BGer 63 I 38, 75 I 287/88, 78 I 406/7, 79 I 6; VerwZBl 1956, S. 286; VEB 18 Nr. 23.

absieht[260], dann wird damit eingeräumt, daß es die Realität nicht zuläßt, Verfügungen nur nach ihrer rationalen Normgemäßheit zu werten[261]. Das Konkrete kann niemals ganz dem Abstrakten weichen. Der Bürger kann nicht nur auf allgemeine Normen verwiesen sein; in gewissem Umfang muß er sich endgültig und sicher an greifbaren Erklärungen und Hinweisen orientieren können. Das öffentliche Interesse, das dem Grundsatze nach die jederzeitige Anpassung eines durch öffentliches Recht geordneten Verhältnisses an die allgemeinen Interessen verlangt, kann nicht ausnahmslos das die Unabänderlichkeit eines begründeten Rechtes verlangende private Interesse verdrängen[262].

90. Der Maßstab von Treu und Glauben besitzt somit im öffentlichen Recht eine doppelte Tragweite:

a) Er bildet eine unbedingte Richtlinie zur Bestimmung der gegenseitigen Rechte und Pflichten im Rahmen öffentlichrechtlicher Rechtsverhältnisse, d.h. rechtsgeschäftlich begründeter Beziehungen[263].

b) Er ist ein bedingt maßgeblicher Gesichtspunkt im Bereiche hoheitlicher Verfügungsgewalt. Die Begrenzung des Prinzips ergibt sich aus seiner möglichen Antinomie zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit. Welches Anliegen bei Aktualisierung des Konfliktes vorgeht – das staatliche Interesse an der unbedingten Durchsetzung des objektiven Rechtes oder das private Interesse an der Wahrung begründeten Vertrauens, d.h. an der Nicht-Zerstörung eines bewirkten Rechtsscheines – läßt sich nicht generell entscheiden. Es bedarf dazu, wie von der Rechtsprechung

---

[260] ORK 1941, Nr. 50; MBV 1956, Nr. 125; VerwZBl 1956, S. 151; BVerwGE Bd. 3, Nr. 52.

[261] BGer 78 I 206.

[262] Burckhardt, Organisation, S. 72ff.

[263] In diesem Sinn wird der Maßstab von Treu und Glauben durch Baumann (a.a.O., S. 131) geradezu mit dem Grundsatz pacta sunt servanda gleichgesetzt; vgl. auch oben Anm. 253 und BGer 61 I 75.

des schweizerischen Bundesgerichtes[264] in Anlehnung an Burckhardt[265] klar betont wird, wertender Interessenabwägung.

91. Vom formalen Gleichheitsprinzip aus gesehen muß freilich auch der das Legalitätsprinzip mäßigende Grundsatz von Treu und Glauben als systemwidriger Einbruch erscheinen. Die Antinomie liegt indessen in der Verfassung selbst. Die Schonung berechtigt geschaffenen Vertrauens ist nicht nur ein allgemeines Gerechtigkeitspostulat; sie ist vor allem auch ein liberales Anliegen. Seine Hervorhebung entspricht dem freiheitlichen Gehalt unserer verfassungsrechtlichen Ordnung. Zwischen dem Schutz des Konkreten und der Wahrung der Gleichheit ist im Einzelfall der Ausgleich zu suchen.

91a. Kann selbst für den Gesetzgeber das Prinzip von Treu und Glauben zur Schranke werden? Die Frage weist auf den Gegenstand eines berühmten Reichsgerichts-Prozesses[265a] hin: ließen sich der vorzeitigen Rückgängigmachung einer für bestimmte Zeit in Aussicht genommenen Steuererleichterung die «Rechte» jener entgegenhalten, die im Vertrauen auf das Andauern der steuerlichen Entlastung nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hatten? Mit dem allgemeinen Hinweis, es stehe dem Gesetzgeber jederzeit frei, das objektive Recht zu ändern, läßt sich das Problem nicht lösen. Betrachtet man den Gesichtspunkt von Treu und Glauben als Folge eines Verfassungs-Prinzips (Art. 4 BV), dann wird eine gesetzgeberische Maßnahme, die ohne hinlängliches Motiv beim Bürger begründete Vertrauensinteressen – auch wenn sich diese nicht zu wohlerworbenen Rechten verdichtet haben – preisgibt, als verfassungswidrig gelten müssen.

---

[264] Vgl. oben Anm. 259.

[265] Burckhardt, Organisation, S. 73/74.

[265a] RGZ 139, 177. Kurzausgabe, Gruppe V, Staatsrecht, hrg. von Reuss, S. 121ff.

II. Übertragung privatrechtlicher Vorschriften auf öffentlichrechtliche Verträge

A. Abschluß, Erfüllung und Auflösung von Verträgen

92. Das die Selbständigkeit öffentlichrechtlicher Begriffsbildung betonende klassische Verwaltungsrecht hat die privatrechtliche Analogie – die sinngemäße Heranziehung zivilrechtlicher Grundsätze – mehr und mehr aus dem Verwaltungsrecht verdrängt[266]. Diese sich auf eine überspitzte Begrifflichkeit gründende These[267] hat mit dazu beigetragen, eine klare rechtliche Durchbildung des Institutes des öffentlichrechtlichen Vertrages zu verhindern[268]. Das Privatrecht läßt sich als Fundus bewährter Regeln für die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Beziehungen im Bereiche des öffentlichrechtlichen Kontraktes niemals entbehren[269]. Da die Interessenlage im Bereiche des privatrechtlichen wie des verwaltungsrechtlichen Vertrages im wesentlichen übereinstimmt, wird im Gegenteil zu fordern sein, daß die allgemeinen Grundsätze des Bundesprivatrechtes insoweit vom publizistischen Kontraktsrecht zu rezipieren sind, als nicht besondere Bedürfnisse eine abweichende Ordnung nahelegen.

93. Für eine sinngemäße Übertragung auf öffentlichrechtliche Kontrakte eignen sich namentlich folgende Vorschriften des Bundesprivatrechtes: die Regeln über den Vertragsabschluß[270], insbesondere über die Verbindlichkeit der an einen Abwesenden gerichteten Offerte[271] und über die Befugnis zum Widerruf rechtsgeschäftlicher Erklärun-

---

[266] In diesem zurückhaltenden Sinne noch Flückiger, Das Zivilrecht als Quelle des Verwaltungsrechtes, in «Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht», 1955; vgl. auch MBV 1930, Nr. 77 und RGZ 110, 293.

[267] Imboden, Gesetz, S. 46.

[268] Vgl. die widerspruchsvolle These in RGZ 110/293 (13. 3. 1925).

[269] Um eine sinngemäße Übernahme privatrechtlicher Vorschriften geht es im Grunde auch in BGer 71 II 238.

[270] OR Art. 1–7, 9 und 10.

gen[272], die gesetzlichen Normen hinsichtlich Erfüllung[273] und Erlöschen[274] der Obligation sowie die Regeln über die einem Vertrag beigefügten Bedingungen[275]. Was im besonderen die Regeln über die Vertragserfüllung anbelangt, ist hervorzuheben, daß die neuere Lehre und Praxis bestimmte Institutionen wie die Verjährung[276] und (unter Vorbehalt von Art. 125 Ziff. 3 OR[277]) die Verrechnung[278], für die nach früherer Auffassung in Ermangelung ausdrücklicher positivrechtlicher Normierung im öffentlichen Recht kein Raum sein sollte[279], nunmehr sogar auf gesetzlich bestimmte Leistungen anwendet; um so mehr müssen sie für rechtsgeschäftlich begründete Ansprüche Geltung haben. Andere Bestimmungen des Privatrechtes wie etwa die Vorschriften über die Rechtsfähigkeit[280], über die Handlungsfähigkeit[281] und über die gewillkürte Stellvertretung[282] werden naturgemäß ausschließlich oder doch vor allem für die an einem öffentlichrechtlichen Vertrag beteiligten Privatpersonen – nicht für das Gemeinwesen – Anwendung finden können. Schließlich hat für eine Reihe von Instituten (so für die Zession durch den Vorbehalt der «Natur des Rechtsverhältnisses»[283] und für die Schuldübernahme durch

---

[271] OR Art. 5.

[272] OR Art. 9; vgl. Imboden in BJM 1957, S. 79ff.

[273] OR Art. 68–96.

[274] OR Art. 114–142.

[275] OR Art. 151–157.

[276] BGer 78 I 89/90, 191/92; VerwZBl 1954, S. 302, 1940 S. 16ff., 1933 S. 640; VEB 17 Nr. 146; SOGE 1954 Nr. 17. Anders MBV 1944 Nr. 231, 1943 Nr. 221.

[277] Diese Vorschrift betrifft wohl nur die Verrechnung eines privatrechtlichen Anspruches mit einer öffentlichrechtlichen Forderung des Gemeinwesens.

[278] BGer 72 I 379/80; VerwZBl 1926 S. 108; VEB 22 Nr. 80. Anders Apelt, S. 194.

[279] Vgl. z.B. MBV 1930, Nr. 77.

[280] ZGB Art. 11.

[281] ZGB Art. 12–19.

[282] OR Art. 32ff.

[283] OR Art. 164 Abs. 1.

das Erfordernis der Zustimmung des Gläubigers[284]) das Privatrecht selbst die bei der Übertragung auf publizistische Verhältnisse bedeutsamen Einschränkungen getroffen.

B. Unwirksame Verträge

94. Der öffentlichrechtliche Kontrakt kann unter vier hauptsächlichsten Gesichtspunkten ungültig erscheinen[285]:

a) Es kann seitens einer der Beteiligten an einer wirksamen Verpflichtungserklärung mangeln. Soweit die Partei eine Privatperson ist, sind die Vorschriften des Zivilrechtes über die Rechts- und Handlungsfähigkeit sinngemäß anwendbar. Soweit eine öffentlichrechtliche Körperschaft als Beteiligte in Frage steht, hängt die Maßgeblichkeit der von ihr ausgehenden vertragsbegründenden Erklärung vor allem von der Kompetenz der handelnden Behörde ab[286]. Zuständigkeit ist die Befugnis, sich im Verhältnis zu einer anderen Instanz mit einer Sache zu befassen[287]. Die Kompetenzfrage weist stets auf eine Alternative hin: es bleibt zu entscheiden, welche von mehreren Verwaltungseinheiten oder welche von mehreren Behörden in einer Angelegenheit tätig werden darf. Aus jeder Inkompetenz resultiert daher virtuell ein Kompetenzkonflikt. Die Wahrung der Zuständigkeit entspricht einem primären Interesse der Rechtssicherheit. Mangelt der öffentlichrechtlichen Körperschaft, in deren Namen eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben wird, die Kompetenz zur Eingehung einer Verpflichtung, so fehlt es an einer wirksamen Willenserklärung; der Vertrag ist nichtig[288]. Das gleiche ist anzunehmen, wenn nicht das als Träger des begründeten Rechtes beteiligte Rechtssubjekt unzuständig erscheint, sondern wenn lediglich der für den Rechtsträger handelnden Behörde die Verpflichtungsbefugnis (gewissermaßen die «Ver-

[284] OR Art. 175 Abs. 1.

[285] Vgl. Apelt, S. 214ff.

[286] Imboden, Staatsakt, S. 15.

[287] Imboden, Staatsakt, S. 102.

[288] de Laubadère, I, S. 216; Apelt, S. 214.

tretungsermächtigung») mangelt[289]. Eine Einschränkung wird nur in dem praktisch nicht häufigen Fall zu machen sein, daß die Zuständigkeit der verpflichteten Körperschaft oder Anstalt zwar gegeben ist, diejenige der handelnden Behörde jedoch in ausschließlich örtlicher Hinsicht mangelt[290].

b) Die rechtsgeschäftliche Erklärung kann mit Willensmängeln behaftet sein. Nichts steht entgegen, die Vorschriften des Obligationenrechtes über die Folgen von Irrtum, Täuschung oder Drohung sinngemäß auf den verwaltungsrechtlichen Kontrakt zu übertragen[291].

c) Ein öffentlichrechtlicher Vertrag vermag an Formnichtigkeit zu leiden; darauf wird später einzugehen sein[292].

d) Schließlich kann das objektive Recht einem Vertrag entgegenstehen. Dieser Fall der inhaltlichen Rechtswidrigkeit eines Kontraktes ist von dem der inkompetent handelnden Instanz zu trennen; nicht die vertragsbegründende Erklärung, sondern der Vertrag als solcher verstößt gegen das Gesetz. Die Lehre und mit ihr die deutsche und französische Rechtsprechung bedienen sich der Formel: «Ein öffentlichrechtlicher Vertrag, der gegen das positive Gesetz verstößt, ist absolut unwirksam»[293]. Es fragt sich indessen – was im folgenden zu untersuchen sein wird –, ob in dieser Betrachtung nicht eine allzu schematische Vereinfachung liegt.

95. Der inhaltliche Widerspruch zwischen Vertrag und allgemeiner Norm kann äußerlich in verschiedener Weise in Erscheinung treten:

---

[289] de Laubadère, I. S. 217.

[290] Imboden, Staatsakt, S. 114ff.

[291] de Laubadère, I, S. 202ff. und die dort verzeichnete französische Praxis; Apelt, S. 217ff.; Ruppert, S. 22; RGZ 148/266 (9. 7. 1935).

[292] Vgl. unten Ziff. 97.

[293] Apelt, S. 216; de Laubadère, I, S. 226 und die dort verzeichneten Präjudizien.

a) Am augenfälligsten ist die Kollision, wenn Vertragsinhalt und allgemeine Norm Widersprechendes verlangen. An der Unverbindlichkeit des Kontraktes kann kein Zweifel bestehen; durch Rechtsgeschäft kann nicht das Gesetz verdrängt werden.

b) Der Vertrag kann sich äußerlich *praeter legem* entfalten: er begründet eine Pflicht, die das Gesetz scheinbar nicht ausschließt, oder ein Recht, das durch allgemeine Norm scheinbar nicht versagt ist. Ein derartiger Kontrakt läßt sich nicht anders behandeln als eine unmittelbar gesetzwidrige Vereinbarung. Der Bereich hoheitlichen Handelns ist im Rechtsstaat grundsätzlich vom Gesetz erfaßt[294]; die öffentlichrechtliche Verhaltensordnung ist als ein lükkenloses Ganzes gedacht[295].

c) Auch der das objektive Recht bestätigende, mit dessen Inhalt sachlich übereinstimmende Vertrag ist unwirksam. Das mag eine theoretische Frage bleiben, solange die Übereinstimmung anerkannt bleibt. Sobald indessen die Nichtübereinstimmung behauptet wird, tritt die Unwirksamkeit in Erscheinung. Aus dem gleichen Gesichtspunkt muß auch ein im Rahmen einer Verfügungsermächtigung geschlossener, mit keinem Rechtssatz kollidierender Vertrag als unverbindlich gelten, soweit anzunehmen ist, daß die im Spiele stehenden staatlichen Interessen einer rechtsgeschäftlichen Bindung der Staatsgewalt prinzipiell entgegenstehen[296].

d) Ohne Einfluß auf die Gültigkeit eines Vertrages bleibt eine Mißachtung jener Regeln, die nicht als objektives Recht, sondern als bloße interne Anweisungen an die rechtsgeschäftlich handelnde Behörde erlassen sind[297]. Ob eine Vorschrift diesen oder jenen Charakter aufweise, mag mitunter zweifelhaft sein. Ergibt sich nicht aus dem Tenor

---

[294] Oben Ziff. 68ff.; H. R. Huber, S. 59.

[295] Burckhardt, Organisation, S. 117ff.

[296] Vgl. oben Ziff. 83.

[297] Vgl. oben Ziff. 46.

der Bestimmung, wer als ihr Adressat gedacht ist, und versagen auch formelle Unterscheidungskriterien (so namentlich im Hinblick auf die Kompetenz der normierenden Behörde), so ist nach dem Inhalt der Vorschrift, nach dem ihr eigenen Gerechtigkeitsgehalt zu differenzieren. Entscheidend erscheint, wie weit eine Vorschrift das Gleichheitsgebot zu verwirklichen anstrebt.

96. Eine weitere wesentliche Präzisierung ist insofern unerläßlich, als die Unverbindlichkeit eines öffentlichrechtlichen Vertrages nicht mit dem Dahinfallen schlechthin jeglicher Rechtswirkung gleichbedeutend ist. Wie hinsichtlich der Unwirksamkeitsfolgen differenziert werden muß, wird später [298] zu untersuchen sein.

C. Die Vertragsform

97. Die Behandlung der Frage nach der Formgebundenheit öffentlichrechtlicher Kontrakte ist ein Schulbeispiel eines wenig fruchtbaren Theoretisierens. Von den einen wird mit dem gleichen Nachdruck das Prinzip der Formlosigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge vertreten[299], wie die anderen das Prinzip der Schriftlichkeit postulieren[300]. Diese Divergenz ist wesentlich darauf zurückzuführen, daß unterlassen wird, zwei Aspekte voneinander zu trennen:

a) Festzustellen ist in erster Linie, wie weit die vom beteiligten Gemeinwesen ausgehende vertragsbegründende Erklärung – nicht der Vertrag als solcher – einer formellen Verurkundung bedarf. Diese Frage läßt sich mit einiger Sicherheit aus dem jeweiligen positiven Recht beantworten. Maßgeblich sind die für die handelnde Behörde aufgestellten oder durch die Übung anerkannten Verfahrensregeln. Akte qualifizierter Behörden, namentlich der kollegialen Spitzenbehörden der Verwaltung, werden im Prinzip schriftlich festgehalten werden müssen. Das vermag freilich nicht auszuschließen, daß mitunter ein ostentatives

---

[298] Vgl. unten Ziff. 118.

[299] Kohl, S. 28; Seidel, S. 32.

[300] Kellerhals, S. 82; ähnlich Apelt, S. 187.

Gewährenlassen nach den Regeln von Treu und Glauben als stillschweigender Verwaltungsakt zu deuten ist[301]. Fehlt der vertragsbegründenden Erklärung die erforderliche Form, so mangelt die gültige rechtsgeschäftliche Zustimmung; der Vertrag ist ungültig.

b) Anders stellt sich die Frage nach der Formgebundenheit des Vertrages an sich. Hier wird davon auszugehen sein, daß ein Vertrag – in Übereinstimmung mit den Regeln des Zivilrechtes[302] und mit den von der administrativen Praxis verfolgten Gesichtspunkten[303] – auch formlos geschlossen werden kann, sofern nicht (wie etwa für den Enteignungsvertrag) eine besondere Formvorschrift besteht.

III. Die Begründung subjektiver Rechte

A. Die doppelte Garantie vertraglicher Ansprüche

98. Durch Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages werden bei den Beteiligten subjektive Rechte begründet. In doppelter Hinsicht haben diese eine erhöhte Rechtsbeständigkeit: in gewissem Umfang können sie selbst vom Gesetzgeber nicht verändert werden; sodann bleiben sie dem Zugriff der hoheitlich tätigen Verwaltung entzogen.

B. Der vertragliche Anspruch als wohlerworbenes Recht gegenüber dem Gesetzgeber

99. Wie der Vertragsschluß steht auch die Verfügung über die vertraglich begründeten Ansprüche allein bei den Vertragspartnern. Privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Vertrag unterscheiden sich hierin nicht. Folgerichtigerweise müssen die sich aus einem öffentlichrechtlichen

---

[301] Zu apodiktisch Apelt, S. 32; demgegenüber BGer 78 I 386/87. Mitunter werden durch Gesetz dem «Schweigen der Verwaltung» ganz bestimmte Rechtsfolgen zuerkannt; vgl. Revue 1951, S. 94; 1953, S. 103ff. und S. 156.

[302] OR Art. 11, Abs. 2.

[303] BVerwGE 1956 (Bd. 3), Nr. 53, S. 199ff.

Kontrakt ergebenden Ansprüche in gleicher Weise durch die Eigentumsgewährleistung der Verfassung geschützt sein wie subjektive Privatrechte[304]. Die öffentlichrechtlichen Vertragsrechte werden damit zu wohlerworbenen Rechten. Diese Verbindung ist zwangsläufig; nur wenn die Begründung wohlerworbener Rechte als praktische Konsequenz hingenommen wird, ist das Vertragskonzept zu Ende gedacht. Umgekehrt legt jede Anerkennung wohlerworbener Rechte im Bereiche des öffentlichen Rechtes den Schluß auf einen zum mindesten «partiellen Vertragscharakter»[305] der in Frage stehenden Beziehung nahe.

100. Die sich aus dem verwaltungsrechtlichen Vertrag ableitenden Ansprüche haben als wohlerworbene Rechte auch gegenüber dem Gesetzgeber Bestand[306]; das wohlerworbene Recht ist seinem Wesen nach ein gesetzesbeständiges Recht. Dieser Hinweis wird freilich üblicherweise durch die Beifügung abgeschwächt, daß wohlerworbene Rechte – unter Vorbehalt von Entschädigungsansprüchen, falls der Eingriff eine bestimmte Intensitätsgrenze übersteigt[307] – immerhin gesetzlich beschränkbar seien[308]. So richtig diese Aussage in ihrem Kern ist, so sehr bedarf sie, um nicht im Falle des öffentlichrechtlichen Kontraktes zu Mißverständnissen zu führen, der Präzisierung. Den Fall förmlicher Enteignung vorbehalten, bleiben öffentliche Kontraktsansprüche dem Eingriff des hoheitlich tätigen Staates grundsätzlich entzogen. Was als «Beschränkbarkeit» subjektiver Einzelrechte gilt, ist nichts anderes als der Vorbehalt von Gesetzesänderungen in jenen Bereichen der

---

[304] Hiezu Imboden, Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, Schweiz, Juristenzeitung, Bd. 40, Heft 18/19.

[305] H. Huber, Der Schutz wohlerworbener Rechte in der Schweiz; Gedächtnisschrift W. Jellinek, 1955, S. 464.

[306] Es ist nicht zutreffend, daß der Vertrag gegenüber dem Gesetz grundsätzlich zurückzutreten hat, wie Apelt (S. 218) meint.

[307] Vgl. z.B. BGer 69 I 241/42; 82 I 165; VerwZBl 1956, S. 72.

[308] Imboden, Garantie des Privateigentums, a.a.O., Ziff. III.

Rechtsordnung, die außerhalb der direkt durch Vertrag geregelten Beziehungen liegen. So steht eine Monopolkonzession (vorausgesetzt sie enthalte keine Steuervereinbarung) einer Änderung der fiskalischen oder polizeilichen Vorschriften nicht entgegen, obwohl der wirtschaftliche Nutzen der Verleihung entscheidend durch diese Gegebenheiten bestimmt sein mag. Umgekehrt aber bleibt es dem Gesetzgeber versagt, eine auch noch so geringfügige Abkürzung einer kontraktmäßig festgelegten Konzessionsdauer anzuordnen. Zur gesetzlich-normativen Gestaltung bleibt der Staat nur neben dem Vertrag, in dem von der lex contractus direkt nicht erfaßten Bereich, befugt. Und auch hier vermag sie sich nur unter dem Vorbehalt zu entfalten, daß nicht die Rückwirkungen auf den Vertrag einer Substanzschmälerung des zugestandenen Rechtes gleichkommen und somit Entschädigungsfolgen nach sich ziehen.

C. Der Vertrag als Schranke der staatlichen Verfügungsgewalt

101. Auch durch hoheitliche Einzelanordnung können vertragliche Rechte nicht geschmälert werden. Anders ist freilich die Stellungnahme der französischen Rechtslehre[309]. Der contrat administratif kann durch die Verwaltung in relativ weitem Maße einseitig den sich ändernden öffentlichen Interessen angepaßt werden[310]. Freilich muß dabei das finanzielle Gleichgewicht im Rahmen des Vertrages gewahrt bleiben. Die vermögensrechtliche Substanz der Kontraktansprüche darf somit nicht angetastet werden; sie, und nur sie, gilt als wohlerworbenes Recht[311]. Im Grunde ist mit dieser Konstruktion das Kontraktschema verlassen; der contrat administratif nimmt – was die Stellung der Verwaltung anbelangt – eine Mittelstellung zwischen Verwaltungsakt und Vertrag ein. Das nämliche prak-

[309] Vgl. oben Ziff. 11.

[310] Vgl. z.B. Long, Nr. 9 (CE 10. 1. 1902), Nr. 26 (CE 21. 3. 1910) und Nr. 54 (CE 9. 12. 1932).

[311] Vgl. z.B. Long, Nr. 36 (CE 30. 3. 1916).

tische Resultat hätte – gewissermaßen von der Gegenseite herkommend – durch die Konstruktion eines «qualifiziert unabänderlichen Verwaltungsaktes» erreicht werden können. – Es ist nicht ohne Interesse, daß sich Anlehnungen an die Vorstellung des französischen Rechtes auch im deutschen[312] und schweizerischen Verwaltungsrecht feststellen lassen. Nach der einen These kann ein verwaltungsrechtlicher Vertrag unter sinngemäßer Übernahme der Prinzipien über den Widerruf von Verwaltungsakten von der als Partei engagierten Verwaltung einseitig verändert werden[313] – was, richtig besehen, ein offenes Abrücken vom Vertragskonzept bedeutet. Nach der anderen These öffnet zwar nur die Anrufung der *clausula rebus sic stantibus* den Weg zur Durchbrechung der vertraglichen Bindung[314]; die clausula soll jedoch in einem gegenüber dem Privatrecht erweiterten Umfang ein Zurückkommen auf rechtsgeschäftliche Verpflichtungen erlauben[315]. Die Möglichkeit der Übertragung der clausula auf öffentlichrechtliche Verträge ist später[316] zu prüfen. Hier aber schon wird darüber Klarheit zu schaffen sein, daß die Berufung auf veränderte Vertragsumstände nicht mit der Geltendmachung eines veränderten öffentlichen Interesses, d. h. mit der Berufung auf die inhaltliche Unrichtigkeit oder Unzweckmäßigkeit, verknüpft werden darf. Die clausula ist ein Rechtsbehelf zur Korrektur eines der subjektiven Parteiwillkür unterstellten Vertrages. Sie ist darauf zu beziehen, daß sich für die Parteien eine – an ihren ursprünglichen subjektiven Beweggründen gemessen – abweichende Lage ergeben hat. Nicht aber kann auf diesem Wege der dem Wesen rechtsgeschäftlicher Vereinbarung widersprechende Maßstab der objektiven Richtigkeit einer konkreten Norm ins Vertragsrecht eingefügt werden. Was

[312] Vgl. oben Ziff. 2.

[313] Peters, a.a.O., S. 155.

[314] Apelt, S. 218ff.

[315] BGer 67 I 301.

[316] Vgl. unten Ziff. 106.

ursprünglich nicht sachlich richtig sein muß, braucht es ebensowenig bei veränderten Verhältnissen zu sein. In der clausula (bzw. in der statt ihrer namhaft gemachten Maxime von Treu und Glauben[317]) kann daher nur ein relativer Maßstab liegen: die ursprüngliche Vereinbarung hat als feststehend zu gelten; nur die ihr gegenüber eingetretenen Veränderungen sind unter dem Gesichtspunkt ihrer mutmaßlichen Bedeutung für die Parteien zu würdigen.

IV. Die Vertragserfüllung

A. Erfüllungszwang

102. Die Parteien sind in erster Linie gehalten, einen abgeschlossenen verwaltungsrechtlichen Vertrag durch Realleistung zu erfüllen[318]. Im Streitfall haben im Prinzip die mit der Handhabung öffentlichen Rechtes betrauten Behörden zu entscheiden; Differenzen sind auf dem Wege der Verwaltungsrechtspflege auszutragen. Da allerdings mitunter das kantonale Recht und vereinzelt auch noch das Bundesrecht solche Streitigkeiten an den Zivilrichter weist[319], mag die Vertragsdurchsetzung zunächst mit der Durchsetzung privatrechtlicher Abmachungen Ähnlichkeiten aufweisen. Der Unterschied zeigt sich jedoch (soweit es sich nicht um Geldansprüche handelt) im eigentlichen Exekutionsstadium. Die allgemeinen administrativen Sanktionsmittel kommen zur Anwendung. Zwei Umstände bewirken dabei, daß dem direkten Erfüllungszwang im öffentlichen Recht eine größere Bedeutung zukommen dürfte als im Privatrecht: Einmal sind die bei Erfüllungsverweigerung zur Verfügung stehenden administrativen Zwangsmittel im allgemeinen rascher, wirksamer und nuancierter als die entsprechenden Behelfe der zivilprozessualen Vollstrek-

---

[317] von Tuhr/Siegwart, S. 614.

[318] Vgl. z.B. VerwZBl 1949, S. 563 ff.; BGer 71 II 238.

[319] Vgl. Imboden, Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund; ZSR 1947, S. 16a ff.

kung. Dem Fall, daß die Erfüllung «überhaupt nicht... bewirkt werden» kann[320], dürfte eine geringere praktische Bedeutung zukommen als im Privatrecht. Sodann wird die in Art. 107 OR vorgesehene Rücktrittsmöglichkeit bei Verzug, wenn überhaupt, so gewiß nur in Ausnahmefällen für öffentlichrechtliche Verträge aktuell werden können. Der von dieser Bestimmung vorausgesetzte, dem raschen Güteraustausch des modernen Verkehrs[321] entsprechende Typus des «zweiseitigen Vertrages» ist dem Verwaltungsrecht kaum bekannt; wo die Verwaltung unter Verwendung dieser Rechtsformen am Verkehr teilnimmt, bedient sie sich (anders vielleicht in Frankreich) zumeist des Privatrechtes.

B. Schadenersatzpflicht bei Nichterfüllung

103. In einem Entscheid aus dem Jahre 1923 hat das Bundesgericht ausgesprochen, daß eine Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung konzessionsmäßig begründeter Verpflichtungen – die, wie später[322] darzulegen sein wird, zu den öffentlichrechtlichen Vertragspflichten zu zählen sind – «jedenfalls nur da» eintreten könne, «wo dies vorgesehen ist oder sich aus der besonderen Natur des betreffenden Verhältnisses ergibt»[323]. Wäre dies zutreffend, so erschiene das Konzept der rechtsgeschäftlichen Bindung in Frage gestellt. Kann die primäre Vertragsleistung nicht mehr bewirkt werden, so muß die sekundäre (die Schadenersatzpflicht) eintreten. Wenn im Bereiche des Verwaltungsrechtes eine Schadenersatzfolge nach verbreiteter These nur eintritt, sofern dies im Gesetz vorgesehen ist, so kann sich dies, wenn überhaupt, so jedenfalls nur auf den Bereich rechtssatzmäßig-normativer Gestal-

---

[320] OR Art. 97, Abs. 1.

[321] Kommentar Oser/Schönenberger zu Art. 107, N. 1, S. 569.

[322] Vgl. unten Ziff. 161–167.

[323] BGer 49 I 572.

tung beziehen; hier läßt sich allenfalls[324] die These vertreten, in Ermangelung einer besonderen Ersatznorm fehle ein Rechtsgrund für die Ersatzleistung. Sind sich aber zwei Rechtssubjekte rechtsgeschäftlich verpflichtet, so versagt diese Argumentation. Der Grund der Ersatzleistung liegt dann eben im begründeten Rechtsverhältnis[325]. Das Ergebnis ist somit folgendes: Verletzt die Verwaltung eine ihr durch Rechtssatz auferlegte Pflicht, haftet sie nur nach Maßgabe der Gesetze – was praktisch in vielen Fällen dem Ausschluß jeder Haftung gleichkommt. Wird hingegen von der Verwaltung eine durch Rechtsgeschäft begründete Pflicht verletzt, dann wird man entsprechend OR Art. 97 unter Vorbehalt einer bloßen Exkulpationsmöglichkeit grundsätzlich eine Ersatzpflicht annehmen müssen. Der Frage nach der Natur der verletzten Norm kommt somit im Hinblick auf die Haftbarkeit eine weittragende Bedeutung zu.

104. Trotz dieser grundsätzlichen Kritik erscheint indessen das wiedergegebene Bundesgerichtsurteil unter einem anderen Gesichtspunkt als richtig. In Frage stand im konkreten Fall, ob der Kanton einen Konzessionär dafür haftbar zu machen vermöge, daß ihm wegen konzessionswidrigen Verzugs in der Erstellung einer Wasserkraftanlage Einkommens- und Vermögenssteuern entgangen waren. Mit Recht wurde der Ersatzanspruch zurückgewiesen. Was der Kanton als «Schaden» ausgab (der Steuerausfall), bildete einen Vorgang innerhalb der rechtssatzmäßig geordneten hoheitlichen Verwaltung. Rückwirkungen, die eine Vertragsverletzung innerhalb des gesetzlich geordneten Verwaltungsbereiches haben, können zur Begründung einer Schadenersatzforderung aus einem öffentlichrechtlichen Vertrag überhaupt nicht herangezogen werden.

---

[324] Der Verfasser kann die Berechtigung des Grundsatzes freilich auch hier nicht anerkennen.

[325] Jedlicka, S. 110.

C. Verzugszins

105. Zu den ordentlichen Ersatzleistungen gehört auch ein Verzugszins bei Rückstand in der Erbringung einer rechtsgeschäftlich begründeten Geldzahlung. Die Verzugszinspflicht entspricht im öffentlichen Recht einem allgemeinen Ausgleichsprinzip[326]. Einleuchtend erscheint freilich, wenn die Praxis nicht den starren Satz von 5%, sondern einen den Geldmarktverhältnissen entsprechenden Zinsfuß bevorzugt[327].

D. Die clausula rebus sic stantibus

106. In der Frage nach der Anwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* hat man, um zu praktisch brauchbaren Ergebnissen zu gelangen, jede schematische Formel zurückzuweisen. Grundsätzlich wird man sich daran zu orientieren haben, daß die clausula – im Sinne der früheren Darlegungen[328] – der Korrektur des durch die Verhältnisse überholten Parteiwillens, nicht aber der Durchsetzung einer objektiv-richtigen an Stelle einer subjektiv-willkürlichen Lösung dient. Wie weit den Beteiligten wegen veränderter Lage die Preisgabe eines vertraglichen Anspruchs zuzumuten und das Abgehen von einer vertraglichen Pflicht zu ermöglichen ist, wird nicht ohne Blick darauf, wer die Beteiligten sind, beantwortet werden können[329]. Einer öffentlichrechtlichen Körperschaft oder Anstalt, die selbst im Rahmen rechtsgeschäftlicher Autonomie zur Wahrung des allgemeinen Interesses gehalten bleibt, wird die Preisgabe vertraglicher Rechte eher zuzumuten sein, als einem frei handelnden Privaten. Kontrakte zwischen koordinierten Rechtssubjekten des öffentlichen Rechtes erscheinen

---

[326] Vgl. BGer 51 I 12; VerwZBl 1940, S. 18; MBV 1937, Nr. 135; 1944, Nr. 231. Anders EVGE 1952, Nr. 18; MBV 1929, Nr. 172; 1940, Nr. 79.

[327] BGer 78 I 90.

[328] Vgl. oben Ziff. 101.

[329] Hiezu (wenn freilich nicht immer hinreichend präzis) Grätzer, S. 60ff.

in diesem Sinn in weiterem Maße anpassungsfähig als andere Abmachungen. Beim Vertrag zwischen Gemeinwesen und Privatem wird eine Anpassung eher zu Lasten des Gemeinwesens als zu Lasten des Privaten durchsetzbar erscheinen: der Private darf vom Gemeinwesen, das – zumeist ja aus freien Stücken – seine Beziehungen rechtsgeschäftlich gestaltet, voraussetzen, daß es sich im Fortbestehenlassen einseitig gewordener Verhältnisse nicht in dem Maße von der Norm des Angemessenen entfernen werde wie ein nicht zu grundsätzlichem Tun verpflichteter Einzelner. Im übrigen aber wird die Grenze der Unzumutbarkeit nur im Hinblick auf den konkreten Vertrag zu bestimmen sein[329a]. Da am öffentlichrechtlichen Vertrag zumeist auf einer Seite ein Gemeinwesen beteiligt sein wird, mag die These der erleichterten Anrufung der clausula im allgemeinen zutreffen[330]; im Falle des verwaltungsrechtlichen Vertrages zwischen zwei Rechtssubjekten des Privatrechtes mag die Lage aber auch eine andere sein[331].

§ 7

Verbindung und Umdeutung von privatrechtlichem Vertrag, öffentlichrechtlichem Vertrag und Verfügung

I. Das Problem

107. Die drei verschiedenen Konstruktionselemente «privatrechtlicher Vertrag», «öffentlichrechtlicher Vertrag» und «Verfügung» können in mannigfacher Weise miteinander verbunden werden. Folgenden Beziehungen vor allem kommt praktische Bedeutung zu:

[329a] Je stärker im Vertrag die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten betont wird, desto eher erscheint bei veränderten Verhältnissen eine Anpassung geboten. Liegt der Gegenstand des Vertrages in der Leistung einer Abgabe, so wird vor allem bei Kausalabgaben (Gebühren, Beiträgen) eine Berufung auf die clausula zu ermöglichen sein.

[330] Speiser, S. 29; Oeschger, S. 55; Ruppert, S. 19 ff.

[331] OVG 84/301 (31. 6. 1929).

a) Eine Leistung, die primär Gegenstand eines dieser drei Gestaltungstypen ist, kann sekundär Objekt eines anderen Gestaltungstypus werden. Was z.B. einem Privaten durch Verwaltungsakt überbunden wurde, kann diesem im Rahmen einer privatrechtlichen Vereinbarung von einer öffentlichrechtlichen Körperschaft wiederum abgenommen werden (materielle Verbindung der Gestaltungsformen; vgl. unten Ziff. II).

b) Im gleichen Akt können zwei Gestaltungsformen miteinander rein formell verknüpft werden. Ein sich als Ganzes präsentierender Vertrag kann z.B. sowohl privatrechtliche wie öffentlichrechtliche Kontraktselemente enthalten (formelle Verbindung der Gestaltungsformen; vgl. unten Ziff. III).

c) Schließlich kann sich die Notwendigkeit ergeben, eine Norm in einen anderen Gestaltungstypus, als er ihr zum Kleid gegeben wurde, umzudeuten. So wird insbesondere in vielen Fällen eine als öffentlichrechtlicher Vertrag ungültige Vereinbarung auf dem Wege der Konversion als Verfügung gedeutet werden müssen (Umdeutung der Gestaltungsformen; vgl. unten Ziff. IV).

II. Die materielle Verbindung der Gestaltungsformen

A. Die privatrechliche Leistungsübernahme

108. Die Darlegung des sich stellenden Problems soll anhand eines praktischen Beispiels erfolgen: Ein Privater macht einer Gemeinde eine Quelle zum Geschenk, die das Wasser für die zu errichtende öffentliche Wasserversorgung spendet. Die beschenkte Gemeinde sichert dem früheren Quelleneigentümer im Schenkungsvertrage zu, daß er in Zukunft keinerlei Leistungen an die öffentliche Wasserversorgung zu erbringen habe. Später ergeht ein Gesetz, das ohne Unterschied alle Gebäudeeigentümer zu Abgaben an die öffentliche Wasserversorgung verpflichtet. Kann sich der frühere Quelleneigentümer gegenüber der gesetzlichen

Norm auf die ihm gemachte Befreiungs-Zusicherung berufen? – Bei der Beantwortung der Frage ist zu differenzieren. Der vor Erlaß des Gesetzes bestandene Zustand der Lastenfreiheit ist keiner rechtsgeschäftlichen Perpetuierung zugänglich; wie die Leistung einer Abgabe nicht Gegenstand eines kontraktmäßigen Handelns sein kann, vermag auch die Leistungsfreiheit nicht durch individuelle Vereinbarung in gesetzesbeständiger Form gesichert zu werden. Der Abgabepflicht als solcher vermag sich der frühere Quelleneigentümer somit nicht zu entziehen. Hingegen wird man die im Schenkungsvertrag enthaltene Klausel nach Treu und Glauben so interpretieren müssen, daß die Gemeinde gehalten bleibt, diesem die auferlegte Abgabe zu ersetzen. Fließt die erhobene Abgabe der Gemeinde zu, dann kommt diese Ersatzpflicht praktisch einer Leistungsbefreiung gleich. Rechtlich bleibt indessen die öffentlichrechtliche Lastenverteilung unberührt; die «Befreiung» erfolgt auf dem Wege einer internen Leistungsübernahme, d. h. eines privatrechtlichen Ersatzversprechens[332].

109. Der Konstruktion des privatrechtlichen Leistungsübernahme-Versprechens hat sich vor allem die deutsche Rechtsprechung[333] bedient. In nicht leicht übersehbarer Weise wurde dieses Institut vielfach in die Vorstellungen der Fiskustheorie eingekleidet. Wenn in einer Reihe von Entscheidungen[334] die These anklingt, daß über fällige Beiträge grundsätzlich rechtsgeschäftlich verfügt werden könne, daß also die einmal perfekte Abgabeforderung wie ein privatrechtlicher Anspruch rechtsgeschäftlichem Handeln unterliege, so ist darin eine – durch Vorstellungsrelikte der Fiskustheorie mitveranlaßte – Verkennung der grundsätzlichen Anwendungsmöglichkeiten des privatrechtlichen

---

[332] Vgl. z. B. SGVP 1 Nr. 243 (Entscheid des st. gallischen Regierungsrates vom 11. 3. 1916).

[333] Vgl. oben Ziff. 3 lit. b und die dortigen Verweise.

[334] OVG 33/103 (21. 2. 1898); RGZ 132/225 (26. 3. 1931).

Ersatzversprechens zu erblicken. Es verhält sich nicht so, daß über öffentlichrechtliche Geldforderungen, einmal entstanden und fällig geworden, grundsätzlich im Rahmen der Privatautonomie frei verfügt werden kann. Das privatrechtliche Verfügungsrecht ist vielmehr durch den Zweck der beabsichtigten Disposition begrenzt; die Privatautonomie des Gemeinwesens kann sich nur zur hilfsweisen Güter- und Leistungsbeschaffung entfalten[335]. Eine privatrechtliche Leistungsübernahme (d.h. ein seitens des Gemeinwesens abgegebenes Versprechen auf Ersatz einer durch öffentliches Recht überbundenen Leistung) kann nur in den strikten Schranken der Privatautonomie öffentlichrechtlicher Körperschaften erfolgen. In dem hier wiedergegebenen Beispiel ist diese Grenze gewahrt: der Erwerb einer Quelle bildet einen Akt privatrechtlicher Güterbeschaffung. Diese Grenze ist hingegen mißachtet im Falle einer einem Zuzüger gewährten ungesetzlichen Steuervergünstigung: die Ausrichtung von Geldleistungen zur Veranlassung des Zuzuges neuer leistungsfähiger Steuerzahler fällt nicht in den Rahmen der privatrechtlich geordneten administrativen Hilfstätigkeit[335a]. Aber auch wenn das privatrechtliche Leistungsübernahmeversprechen strikte auf den Rahmen der hilfsweise ausgeübten Güter- und Leistungsbeschaffung beschränkt wird, erlaubt es der Rückgriff auf diese Konstruktion in vielen Fällen, Befreiungsversprechen, die als öffentlichrechtliche Exemtionen unzulässig sind, dem wirtschaftlichen Ergebnis nach aufrechtzuerhalten.

B. Die öffentlichrechtliche Leistungsübernahme

110. Eine dem Privaten rechtssatzmäßig auferlegte Leistung kann durch das Gemeinwesen grundsätzlich auch im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Kontraktes übernommen werden. Wenn z.B. in einer Konzession, die

---

[335] Vgl. oben Ziff. 43ff.

[335a] Insofern ist der Entscheid in VerwZBl 1957 S. 509 nur dem Ergebnis nach, nicht aber in der Begründung richtig.

eine freie Gestaltung des Konzessions-Entgeltes zuläßt, die vom Beliehenen für die konzessionierten Anlagen zu entrichtenden direkten Steuern pauschaliert werden, so läßt sich dies so verstehen, daß die Anwendung der allgemeinen Steuergesetze an sich nicht beschränkt werden soll, daß hingegen der Konzedent ein die Pauschale übersteigendes Steuerbetreffnis dem Konzessionär zu ersetzen oder auf das Konzessionsentgelt anzurechnen hat.

C. Die privatrechtliche Sicherung eines öffentlichrechtlichen Vertrages

111. Ein durch öffentlichrechtlichen Vertrag herbeigeführter Erfolg wird mitunter in privatrechtlichen Formen «gesichert»[336]. So kann – um an ein früheres Beispiel anzuknüpfen[337] – ein durch öffentlichrechtliche Vereinbarung herbeigeführter Verzicht auf eine an ein Grundstück gebundene gewerbliche Tätigkeit durch Personaldienstbarkeit zugunsten des Gemeinwesens bestätigt werden. Es fragt sich freilich, was die exakte rechtliche Tragweite einer solchen «Sicherung» ist. Grundsätzlich kann eine nicht mehr in weitere Teilabmachungen zerlegbare Abrede materiell nur entweder nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht und formell nur entweder im Justizverfahren für öffentlichrechtliche oder in demjenigen für privatrechtliche Streitigkeiten beurteilt werden; tertium non datur. Wenn daher einer öffentlichrechtlichen Vereinbarung zeitlich später eine privatrechtliche Servitutsabrede substituiert wird, so kann das nur heißen, daß das Privatrecht Regel machen soll. Das ist denn auch unverkennbar der Sinn der Umwandlung eines öffentlichrechtlichen Bewerbungsverbotes in eine rechtsgeschäftlich bestellte Personaldienstbarkeit. Die gegenseitigen Beziehungen sollen (eben im Hinblick auf den damit erreichbaren Erfolg des Grundbucheintrages) durch privatrechtliche Abrede bestimmt sein. Einen restlos selb-

---

[336] H. R. Huber, S. 57ff.

[337] Oben Ziff. 70 lit. a.

ständigen Charakter vermag indessen die substituierte privatrechtliche Gestaltung im hier verwendeten Beispiel der Servitutseinräumung nicht zu erhalten; sie bleibt insofern auf die ursprüngliche öffentlichrechtliche Abrede bezogen, als in dieser der bestimmende Leistungsgrund – die causa – liegt. Im Umfang dieser kausalen Beziehung entfällt mit der öffentlichrechtlichen Abrede auch die Servitutsbestellung. Ob eine solche Abhängigkeit besteht und wie weit sie reicht, läßt sich freilich nicht generell, sondern nur im Hinblick auf eine konkrete Abmachung bestimmen.

112. Die Frage stellt sich, ob auch verfügungsmäßig begründete Beziehungen durch privatrechtliche Abrede «gesichert» werden können. Grundsätzlich wird, was die Bedeutung dieser «Sicherung» anbelangt, das nämliche gelten wie hinsichtlich der Ersetzung einer öffentlichrechtlichen durch eine privatrechtliche Vereinbarung; eine nicht mehr zerlegbare Einzelnorm kann nur entweder verfügungsmäßig oder rechtsgeschäftlich begründet sein. Es dürfte nun aber eine Ausnahme bilden, daß sich die nämliche konkrete Regel wahlweise rechtsgeschäftlich oder verfügungsmäßig verwirklichen lasse[338]. Insoweit ist eine Substitution der Rechtsformen kaum denkbar. Erscheint sie aber, weil atypischerweise eine Wahlmöglichkeit besteht, doch zulässig, dann wird ebenfalls anzunehmen sein, daß der Strukturwechsel gewollt war, daß also die nachträgliche privatrechtliche Ordnung Regel machen soll. Die Selbständigkeit mangelt der privatrechtlichen Abmachung dabei nur insoweit, als auch hier die causa der privatrechtlich fixierten Leistung unter Umständen in der vorausgegangenen öffentlichrechtlichen Normierung gesucht werden muß.

---

[338] Ist eine Bezeichnung rechtssatzmäßig-normativ geordnet, dann liegt in der Einräumung eines Privatrechtes eine unzulässige rechtsgeschäftliche Gestaltung; hiezu auch H. R. Huber, S. 57ff.

III. Die formelle Verbindung der Gestaltungsformen

113. In Konzessionsvereinbarungen finden sich mitunter verwaltungsrechtliche und privatrechtliche Bestimmungen nebeneinander. Das trifft praktisch namentlich für kommunale Konzessionen zu; in einem öffentlich beurkundeten Vertrag, durch den eine Liegenschaft veräußert wird, erfolgt zugleich die Verleihung eines Sonderrechtes an einer öffentlichen Sache. Besondere Rechtsprobleme ergeben sich aus dieser Erscheinung lediglich insofern, als die privatrechtliche und die öffentlichrechtliche Vereinbarung im nämlichen Rechtsakt getätigt werden. Sind Klauseln der einen Art unwirksam, so kann das die Hinfälligkeit der Klauseln der anderen Art zur Folge haben.

114. Ebenso können – wie das Bundesgericht in einem neueren Urteil mit Recht entschieden hat[339] – im gleichen «Acte de concession» Anordnungen, die sich auf eine Verfügung gründen, mit «clauses... fondées sur un accord passé entre l'autorité concédante et le concessionnaire» verbunden sein. Die Unterscheidung ist nicht nur von Bedeutung für die Auslegung der einzelnen Klauseln, sondern auch für die Frage ihrer Gültigkeit. Nicht leicht zu entscheiden bleibt dabei, wie weit aus der Teilnichtigkeit, d.h. aus der Nichtigkeit einzelner Bestimmungen, auf die Unwirksamkeit des gesamten Aktes geschlossen werden muß.

IV. Die Umdeutung von Verträgen in Verfügungen

A. Vergleich und Verständigung

115. Die sich in der deutschen Lehre[340] und Praxis[341] – ursprünglich wohl durch die Fiskustheorie mitbestimmt, später aber darüber hinausgreifend – abzeichnende Auf-

[339] BGer 80 I 246.

[340] Vgl. z.B. Apelt, S. 149ff.

[341] RGZ 79/198 (2. 4. 1912); BGHZ 17/61 (21. 3. 1955).

fassung, wonach über streitige öffentlichrechtliche Ansprüche, namentlich über öffentlichrechtliche Geldleistungen, mit öffentlichrechtlicher Wirkung «Vergleiche» abgeschlossen werden können, wonach darüber eine «Verständigung» möglich sei, ist auch ins schweizerische Recht eingedrungen[342]. Für das Steuerverfahren ist von Ernst Blumenstein der Begriff des «Verständigungsprinzips»[343] geprägt worden. Die Vorstellung eines «vergleichsweisen» Handelns hat mit dazu beigetragen, die juristischen Prinzipien über Möglichkeiten und Grenzen rechtsgeschäftlicher Betätigung der Verwaltung zu verwischen. Durch «Verständigung» kann im Bereiche der rechtssatzmäßig geordneten Verhältnisse kein Erfolg herbeigeführt werden, der sich nicht auch durch Verfügung bewirken läßt. Die «Verständigung» ist ihrem Wesen nach ein gesetzesgebundener Hoheitsakt und kann nichts anderes sein. Das scheinbar «Besondere» liegt lediglich darin, daß die Anordnung im Einvernehmen mit dem Betroffenen ergeht. Darin liegt indessen für die rechtliche Kennzeichnung der behördlichen Anordnung kein bestimmendes Merkmal; daß die Anordnung auf dem «Verständigungswege» getroffen wurde, ist eigentlich eine außerrechtliche, ins Rechtssoziologische zu verweisende Gegebenheit. So betrachtet mag man freilich mit Fug sagen, es entspreche einer Grundgegebenheit volksstaatlicher Administration, daß sich die Verwaltung darum bemühe, ihre Auffassung derjenigen des Bürgers anzunähern und dadurch den Schein «hoheitlichen Vorgehens abzuschwächen»[344]. Die Behörde soll nicht aus Abgeschiedenheit und Distanz befehlen; sie soll den Bürger anhören und auf seine Sachdarstellung und seine rechtliche Argumentation eingehen; wo sie dem Privaten nicht zu folgen vermag, da soll sie sich darum bemühen, ihn von der Richtigkeit ihres Handelns zu überzeugen. Man kann, wenn

[342] Vgl. z.B. BGer 70 I 131ff.

[343] E. Blumenstein, Das Verständigungsprinzip in der Steuerveranlagung, Archiv Bd. 17, S. 1ff.

[344] Gut SOGE 1954, Nr. 26, S. 97/98.

man unbedingt einen kennzeichnenden Ausdruck prägen will, dieses vernünftige, den schweizerischen Vorstellungen vom Staat konforme Vorgehen als «Verständigung» bezeichnen. Rechtlich aber ist für diese Vorgänge eigentlich nur das eine charakteristisch, daß im Rahmen der der Verwaltung obliegenden Pflicht zur Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse in erhöhtem Maße auf die eigenen Angaben des Betroffenen und die von ihm beigebrachten Beweismittel abgestellt wird. Diese Bevorzugung bestimmter Feststellungsmittel bewegt sich indessen im Rahmen gesetzes- und pflichtgemäßer Beweiswürdigung. Es kann daher Mißverständnissen rufen, wenn – wie es Blumenstein getan hat[345] – die These einer qualitativen Verschiedenheit der schlichten Verfügungstätigkeit der Behörde (im Bereiche der Besteuerung: der Veranlagung) und der späteren Entscheidung im fester geordneten Verwaltungsjustizverfahren aufgestellt wird. Das Ergebnis der «Verständigung» ist ein Verwaltungsakt, der sich weder in seinen späteren Abänderungsmöglichkeiten noch in seinen sonstigen rechtlichen Auswirkungen von anderen Verfügungen unterscheidet. Entgegen besserer Einsicht darf die Behörde die ihr offerierte Verständigungslösung nicht annehmen, wie sie umgekehrt auf dieser nicht beharren darf, wenn sie zum Nachteil des Pflichtigen unrichtig erscheint[346].

Den dargelegten Gesichtspunkten ordnen sich auch die im Verwaltungsjustizverfahren abgeschlossenen «Vergleiche» unter[346a]. Verträge im Rechtssinn stellen diese nur dar, wenn auch der zu beurteilende materiellrechtliche Anspruch – so wie dies z.B. für die Enteignungsentschädigung zutrifft[346b] – rechtsgeschäftlich gestaltet werden kann. Ist hingegen (wie zumeist) eine rechtsgeschäftliche Gestal-

[345] a.a.O., S. 4ff.

[346] VerwZBl 1946, S. 352 ff. = ORK 1946, Nr. 31 (vgl. auch ORK 1947, Nr. 35; SORB 1944, Nr. 1).

[346a] Vgl. z.B. Archiv 26 Nr. 36, S. 227.

[346b] Unten Ziff. 136.

tung ausgeschlossen, so ist auch hier der Kern der mit «Vergleich» bezeichneten Erscheinung in einer Verfügung zu suchen: die rekursbeklagte Behörde hat die angefochtene Anordnung abgeändert, und der Rekurrent verzichtet angesichts dieser neuen Verfügung auf die Weiterführung des Rechtsstreites. Dabei stellt sich freilich die Frage, ob die rekursbeklagte Behörde bei pendentem Rekursverfahren überhaupt zu einer Berichtigung der angefochtenen Anordnung befugt bleibt. Man wird dies nicht ohne Einschränkung bejahen können[346c]. Jedenfalls aber wird der Jurist verlangen müssen, daß auch da, wo dieses Vorgehen statthaft erscheint, die äußere Form dem rechtlichen Vorgang entspreche[346d]. Man täte daher besser, das Konzept des «Vergleiches» zu meiden und offen zum Ausdruck zu bringen, daß es um die schlichte Änderung der angefochtenen Verfügung geht.

B. Der Revers

116. Auch der Revers, wie er namentlich dem Baurecht bekannt ist, ist in den meisten Fällen nichts anderes als eine zum Zwecke bestimmterer Orientierung der beteiligten Privaten in scheinbare Vertragsform gebrachte Verfügung[347]. Folgendes Beispiel mag diesen Zusammenhang verdeutlichen: ein kommunales Baureglement sieht unter dem üblichen Ausnahmevorbehalt in einer bestimmten Zone eine grundsätzlich dreigeschossige Bebauung vor. Ein Privater will auf seinem Grundstück zwei Häuser erstellen, wobei er beabsichtigt, zur Erreichung einer besseren architektonischen Gliederung das eine viergeschossig und das andere nur zweigeschossig zu gestalten. Da sich keine Mehr-

---

[346c] Ist die Rekursinstanz zugleich Aufsichtsbehörde über die rekursbeklagte Instanz oder ist sie nicht an die Parteianträge gebunden, dann kann die Abänderung des Vorentscheides nur mit Zustimmung der Rekursinstanz erfolgen.

[346d] Vgl. die berechtigte Kritik an der bundesgerichtlichen Praxis durch H. Huber, ZBJV 93, S. 459.

[347] SOGE 1954, Nr. 26; vgl. auch AGVE 1956, S. 225.

ausnützung des Baugrundes, sondern im Gegenteil eine städtebaulich bessere Lösung ergibt, besteht kein Grund, die Baubewilligung zu versagen. Die zeitliche Reihenfolge habe der Bauherr – das sei die hier gemachte Annahme – nun aber so gewählt, daß zunächst der höhere Bau erstellt werden soll. Die Erteilung der Ausnahmebewilligung wird daher von der Eingehung eines Reverses abhängig gemacht, wonach das Restgrundstück in Abweichung von der Norm des Baureglementes nur zweigeschossig zu überbauen ist. Da der Bauherr hierbei dem Scheine nach auf ein ihm zustehendes «Recht» (den «Anspruch» auf dreigeschossige Bebauung) verzichtet, mag es so aussehen, als ob er ohne seine Zustimmung nicht auf eine zweigeschossige Überbauung verpflichtet werden könnte. Richtigerweise ist aber schon das objektive Recht so zu deuten, daß im Falle einer Voraus-Kompensation selbst ein Bau im Rahmen der allgemeinen Norm unzulässig erscheint und verweigert werden kann. Der «Revers» ist rechtlich eine der Ausnahmebewilligung beigefügte Bedingung. Es ist auch hier nicht zuletzt eine gewisse formal-positivistische Angst davor, die allgemeine Norm sinngemäß und scheinbar entgegen ihrem Wortlaut auszulegen, welche den Juristen auf den Weg des als «individuellen Rechtsverzicht» gedeuteten Reverses weist. Rechtlich hätte indessen die Beschränkung bei Verwirklichung des zweiten Baus auch verfügungsmäßig festgehalten werden können; sie spricht nur aus, was der vernünftige Sinn des Gesetzes ist.

C. Abmachungen mit Feststellungscharakter

117. Die zunehmende Beengung des Bürgers, namentlich des wirtschaftenden Privaten durch verwaltungsrechtliche Vorschriften beeinträchtigt in immer fühlbarerer Weise die Möglichkeiten vorausschauenden privaten Disponierens. Zu den übrigen Risiken kommt das Risiko der Ungewißheit darüber, wie die Verwaltung die Folgen einer Handlung unter öffentlichrechtlichen (z.B. unter steuerrechtlichen) Gesichtspunkten beurteilen wird. Diese Ausgangslage hat

dazu geführt, daß die Behörden immer häufiger um die Erteilung verbindlicher Auskünfte, ja um eigentliche «Voraus-Verfügungen» angegangen werden. Zum Teil hat das Gesetz diesem Bedürfnis Rechnung getragen, indem es eine antizipierte Festsetzung öffentlichrechtlicher Leistungen möglich macht[348]; zur Hauptsache aber wurde es der Praxis überlassen, den Ausweg zu finden. Die naheliegendste Lösung liegt darin, von der Möglichkeit administrativer Feststellungsentscheide vermehrten Gebrauch zu machen[349]. Diese Praxis ist indessen nicht unbestritten. Vereinzelt wird ein Feststellungsverfahren als grundsätzlich ausgeschlossen bezeichnet[350], und wo man es zuläßt, wird es vielfach eingeschränkt. So ist namentlich nach einer gelegentlich vertretenen These ein Rechtsmittel gegenüber einem Feststellungsentscheid prinzipiell ausgeschlossen[351]; weiter wird die Meinung vertreten, ein Feststellungsentscheid vermöge jedenfalls die Aufsichtsbehörden nicht zu binden. Im Sinne eines Versuchs zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse ist daher immer wieder der Weg vertraglicher Regelung beschritten worden. Darin liegt indessen nicht nur ein untaugliches Mittel im Hinblick auf das angestrebte Ziel – ein Vertrag im Bereiche rechtssatzmäßiger Regelung ist grundsätzlich nichtig –; dieses Vorgehen führt überdies zu einer gefährlichen Verwischung der rechtlichen Kategorien. Es ist ebenso falsch, um der vorausschauenden Fixierung öffentlichrechtlicher Folgen privater Dispositionen willen eine öffentlichrechtliche Vereinbarung einzugehen, wie es etwa unrichtig erscheint, sich des Kontraktes zu bedienen, um die unbilligen Folgen der heute im allgemeinen noch mangelhaften öffentlichrechtlichen Haft-

---

[348] So etwa die förmliche Tarifauskunft im Zollrecht; BGer 82 I 256; Art. 8 der Vollziehungsverordnung zum Zollgesetz vom 10. 7. 1926.

[349] Archiv Bd. 24, Nr. 23; BGer 57 I 252; 49 I 173; VerwZBl 1953, S. 109; AGVE 1954, S. 155; vgl. auch BVerwGE 2, Nr. 66.

[350] MBV 1930, Nr. 132.

[351] VerwZBl 1937, S. 48; 1938, S. 356.

pflichtordnung im Einzelfall abzuwenden[352]. Was not tut, um das legitime Bedürfnis nach Schaffung erhöhter Rechtssicherheit in die richtigen Bahnen zu führen, ist einerseits ein gesetzlicher Ausbau des administrativen Feststellungsverfahrens. Andererseits steht aber auch nichts entgegen, schon auf Grund des heutigen Rechtes Begehren um antizipierende Feststellung verwaltungsrechtlicher Pflichten und Rechte überall da zuzulassen, wo ein Feststellungsinteresse besteht; auch das Recht zum Weiterzug getroffener Feststellungsentscheide ist nach zutreffender Auffassung wohl schon heute gegeben.

D. Die Aufrechterhaltung ungültiger Vereinbarungen als Verfügungen

118. Erscheint ein öffentlichrechtlicher Kontrakt unwirksam[353], so stellt sich die Frage, ob der als «vertragsbegründende Erklärung» ergangene Akt des Gemeinwesens nicht als Verfügung aufrechterhalten werden kann. Im Prinzip ist gegen eine solche Umdeutung nichts einzuwenden. Sie setzt freilich voraus, daß in dem in Frage stehenden Verwaltungsbereich die Verhältnisse grundsätzlich durch Verfügung gestaltet werden können und daß weiter die Gültigkeitsvoraussetzungen einer Verfügung gegeben sind, daß insbesondere die Kompetenz der verfügenden Behörde feststeht. Das erste Moment (die grundsätzliche Möglichkeit verfügender Gestaltung) ist regelmäßig erfüllt, wenn ein Vertrag deshalb hinfällig ist, weil er in den Bereich rechtssatzmäßiger Regelung übergreift.

---

[352] Vgl. unten Ziff. 121 lit. e.

[353] Vgl. oben Ziff. 94/96.

3. ABSCHNITT

Die einzelnen Vertragsarten

§ 8

Allgemeines zu den Vertragstypen

I. Verfügung und Rechtsgeschäft

119. Zu Unrecht hat die herrschende Lehre in Bestimmung des Anwendungsbereiches des verwaltungsrechtlichen Vertrages die Alternative «Privatrecht oder öffentliches Recht» an die erste Stelle gesetzt. Die primäre Grenze ist zwischen Verfügung und Rechtsgeschäft zu ziehen[354]; in erster Linie ist zu entscheiden, ob eine konkrete Norm rechtsgeschäftlichen oder verfügungsmäßigen Charakter habe. Ob eine grundsätzlich rechtsgeschäftlich begründete Beziehung im übrigen dem öffentlichen Recht oder dem privaten Recht unterstehe, ist sowohl in einer prinzipiellen Sicht der Verhältnisse wie im Hinblick auf die praktischen Konsequenzen eine sekundäre Frage. Werden entsprechend überkommener Denkgewohnheit die zu systematisierenden Erscheinungen zunächst danach qualifiziert, ob sie dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugehören, dann kommt die Kategorie des öffentlichrechtlichen Vertrages zwangsläufig zu kurz[355]; die Merkmale rechtsgeschäftlicher Gestaltung werden dann leicht und unbesehen als Kriterien für die privatrechtliche Natur einer Rechtsbeziehung genommen.

120. Verfügung und Rechtsgeschäft bezeichnen die beiden Grundtypen konkreter Rechtsgestaltung. Die Verfügung ist an das objektive Recht gebunden; sie ist die Verwirklichung des Grundsätzlichen und Richtigen. Das Rechtsgeschäft wird lediglich durch die Intentionen der

---

[354] Vgl. oben Ziff. 58

[355] Typisch BGer 76 I 105.

beteiligten Rechtssubjekte bestimmt; es hat sein juristisches Maß in sich selbst. Ob freilich eine Anordnung in diese oder jene Kategorie zu weisen sei, läßt sich in den schwierig einzuordnenden Fällen nicht nach begrifflichen Kriterien bestimmen. Gewiß setzt jeder Vertrag eine Willensübereinstimmung voraus[356]; ob aber diese Willensübereinstimmung für den herbeizuführenden Rechtserfolg auch konstitutiv wirke, oder ob sich der juristische Effekt – wie es dem gedanklichen Schema des zustimmungsbedürftigen Verwaltungsaktes entspricht – nicht viel mehr nur an eine der sich vollziehenden Handlungen (an eine der beiden «Erklärungen») hefte, läßt sich durch konstruktive Deduktion nicht entscheiden. Nicht um des juristischen Reimes willen hat sich die Rechtsordnung da der zustimmungsbedürftigen Verfügung und dort des Vertrages bedient; die Wahl wurde mit Rücksicht auf die praktischen Konsequenzen getroffen. Bleibt ungewiß, ob eine Erscheinung als «verwaltungsrechtlicher Vertrag» zu qualifizieren sei, dann ist nach den praktischen Folgen der Qualifikation zu fragen. Die begriffliche Eingliederung hängt von den praktischen Auswirkungen ab, nicht umgekehrt. Hat die Rechtsordnung die Folgen des Vertragskonzeptes akzeptiert, dann ist seine Verwendung gegeben; hat sie diese ausgeschlossen, dann ist es zu verwerfen. In der Typologie des öffentlichrechtlichen Vertrages wird man sich daher immer wieder vor Augen halten müssen, worin sich Verfügung und Rechtsgeschäft dem praktischen Ergebnis nach unterscheiden.

121. Zwei Merkmale vor allem trennen das Rechtsgeschäft von der Verfügung: seine Handhabung nach dem subjektiven Parteiwillen einerseits und die Begründung echter subjektiver Rechte anderseits. Unternimmt man es, diese allgemeinen Gesichtspunkte in konkrete Aspekte zu fassen, dann läßt sich sagen, daß Verfügung und Rechtsgeschäft vor allem in fünffacher Hinsicht anderen Regeln folgen:

---

[356] Vgl. oben Ziff. 28.

a) Das Rechtsgeschäft ist nach dem Parteiwillen, die Verfügung nach dem Sinne des objektiven Rechtes auszulegen und allenfalls in bestehenden Lücken zu ergänzen (Gesichtspunkt des Auslegungsmaßes[357]).

b) Die mangelnde subjektive Willensgemäßheit, das Vorhandensein von Willensmängeln, ist wohl ein Ungültigkeitsgrund für Rechtsgeschäfte, nicht aber für Verfügungen (Gültigkeitsmaß[358]).

c) Die Verfügung folgt in ihrem Fortbestand dem Gesetz; durch Rechtsgeschäft werden wohlerworbene, durch die Verfassung selbst gegenüber dem Gesetz geschützte Rechte begründet (Gesichtspunkt der wohlerworbenen Rechte[359]).

d) Die Verfügung kann im Rahmen des Vertrauensprinzipes («Treu und Glauben»[360]), von der verfügenden Behörde abgeändert werden; der Vertrag ist unter Vorbehalt der clausula rebus sic stantibus[361] unabänderlich (Gesichtspunkt der Abänderbarkeit).

e) Die schuldhafte Mißachtung einer rechtsgeschäftlich begründeten Pflicht zieht grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht nach sich; wie weit die Mißachtung einer Verfügung und der durch sie konkretisierten allgemeinen Norm zu einer Ersatzpflicht führt, hängt von der im Einzelfall geltenden gesetzlichen Regelung ab (Gesichtspunkt der Ersatzpflicht[362]).

Danach, ob dieser oder jener Rechtserfolg im Einzelfall eintritt oder eintreten soll, wird sich die grundsätzliche Qualifikation «Verfügung» oder «Rechtsgeschäft» richten. Je größer für die Beteiligten die Möglichkeiten autonomer Gestaltung sind, desto gewichtiger wird das Interesse am

---

[357] Vgl. oben Ziff. 86 lit. a.

[358] Vgl. oben Ziff. 86 lit. b. und 94 lit. b.

[359] Vgl. oben Ziff. 99/100.

[360] Vgl. oben Ziff. 87–91.

[361] Vgl. oben Ziff. 106.

[362] Vgl. oben Ziff. 103.

Eintritt der Vertragsfolgen, desto mehr wächst die Chance des Vertragskonzeptes.

122. Da nicht eine einzige praktische Folge die beiden Gestaltungstypen trennt, wird es unvermeidlich sein, daß sich konkrete Erscheinungen aufzeigen lassen, die in einzelnen Aspekten zum Vertrag, in den anderen zur Verfügung hinweisen.

Wie wird die Qualifikation in solchen Fällen zu erfolgen haben? Es ist der Ausweg denkbar, daß von den fünf hier angeführten Kriterien eines schließlich als das schlechthin entscheidende erklärt wird. Dadurch wird wohl eine eindeutige begriffliche Abgrenzung ermöglicht, anderseits aber werden die kennzeichnenden Merkmale der sich gegenüberstehenden grundsätzlichen Gestaltungstypen reduziert. Diese Typen gehen ihres Profils verlustig; ihr plastischer Gegensatz verblaßt. Rechtliche Grundvorstellungen dürfen aber nicht um einer bruchlosen Systematisierung der äußeren Erscheinungen willen in ihrer Substanz vermindert werden. Die Grundformen juristischen Denkens und juristischer Gestaltung müssen unverfälscht erhalten bleiben. Bei der Konfrontation dieser Grundvorstellungen mit der Rechtswirklichkeit hat es der Jurist hinzunehmen, sich vor konkrete Gebilde gestellt zu sehen, die (wie es z.B. für das Beamtenverhältnis zutrifft[363]) eine eindeutige Einordnung nicht zulassen, die vielmehr nach zwei verschiedenen Grundtypen – auf die Verfügung und das Rechtsgeschäft – ausgerichtet sind. Erst das Wissen um die komplexe Struktur zahlreicher Institutionen kann den Juristen zu einem wirklichen Verständnis der sich immer wieder – und eben zwangsläufig – ergebenden Schwierigkeiten führen und nur die Bejahung dieser komplex-strukturierten Gebilde läßt die Vielfalt der Erscheinungen zu einem profilierten Ganzen fügen.

---

[363] Vgl. unten Ziff. 126ff.

II. Privatrechtliches und öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft

123. Steht fest, daß eine konkrete Norm grundsätzlich rechtsgeschäftlicher Natur ist, dann ist in einem zweiten Schritt die Frage zu prüfen, ob sie dem privaten oder dem öffentlichen Recht zugehöre[364]. Die Lösung ergibt sich – wiederum abweichend von einer verbreiteten Denkgewohnheit – nicht aus einer prinzipiellen Gegenüberstellung der beiden Rechtsbereiche. Zum Ausgangspunkt muß vielmehr die unserer Rechtsordnung zugrunde liegende Umgrenzung der Privatautonomie des Gemeinwesens genommen werden. Zwei Feststellungen lassen sich dabei gewinnen:

a) In einem bestimmten Handlungsbereich, den man als denjenigen der klassischen administrativen Hilfstätigkeit bezeichnen kann und der die hilfsweise Güter- und Leistungsbeschaffung für das Gemeinwesen, die Verwaltung des Finanzvermögens und die fiskalische Wettbewerbswirtschaft umfaßt[365], geht das Privatrecht grundsätzlich vor. Nur bei Vorliegen besonderer Interessen, nur aus qualifizierten inneren Notwendigkeiten kann das öffentliche Recht in diesen prinzipiell der Privatautonomie freigehaltenen Bereich vordringen[366]. Die öffentlichrechtliche Gestaltung muß nicht nur klar gewollt, sie muß auch hinlänglich motivierbar sein.

b) Außerhalb dieses eigentlichen Reservates der Privatautonomie wird sich dafür, ob eine rechtsgeschäftlich gestaltete Beziehung vom privaten oder vom öffentlichen Recht erfaßt werde, kaum ein prinzipielles Kriterium finden lassen. Ausschlaggebend erscheint der Gesichtspunkt der Privatrechts-Eignung[367]. Entscheidend ist, ob sich die ausgebauten Vertragstypen des Obligationenrechtes zur Ordnung einer Materie eignen, ob ihre Normen den kon-

---

[364] Vgl. oben Ziff. 59/60.

[365] Vgl. oben Ziff. 48–50.

[366] Vgl. oben Ziff. 54.

[367] Vgl. oben Ziff. 60.

kreten Bedürfnissen entsprechen. Ein zwingendes Indiz gegen die Privatrechtseignung liegt namentlich im Umstande, daß eine vereinbarte Klausel im Rahmen des Privatrechtes grundsätzlich nicht haltbar erscheint; hiezu vermag der in der französischen Lehre für die Abgrenzung des contrat administratif vom contrat de droit civil verwendete Maßstab der «clauses exorbitantes du droit commun»[368] wertvolle Hinweise zu geben. Der Gesichtspunkt der Eignung ist aber auch auf die unterschiedlichen Verfahren zur Durchsetzung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Kontrakte auszudehnen. Zivilrechtliche Abmachungen werden in jedem Fall vom Zivilrichter beurteilt, öffentlichrechtliche nur insoweit, als das Konzept des «erweiterten Rechtsweges» Verwirklichung fand. Für öffentlichrechtliche Beziehungen finden sodann die spezifischen verwaltungsrechtlichen Sanktionsmittel Anwendung. Die Wahl zwischen den beiden Rechtsbereichen läßt sich nicht unter Außerachtlassung dieser verfahrensmäßigen Folgen vollziehen.

III. Die Systematisierung der öffentlichrechtlichen Verträge

124. Das der nachstehenden Darstellung zugrunde liegende Gliederungsschema folgt den angestellten grundsätzlichen Erwägungen:

a) In erster Linie sind jene öffentlichrechtlichen Verträge darzustellen (nachstehend § 9), die die Folge einer öffentlichrechtlichen Überlagerung und Verdrängung des klassischen Bereiches der Privatautonomie des Gemeinwesens bilden[369]. Funktionell dienen diese Vertragstypen – als deren klassische Beispiele das Beamtenverhältnis und der Enteignungsvertrag näher zu untersuchen sein werden – der Güter- und Leistungsbe-

[368] Vgl. oben Ziff. 11

[369] Vgl. oben Ziff. 82.

schaffung im Hinblick auf andere (primäre) Verwaltungszwecke.

b) Eine besondere Stellung nehmen die in Ausübung der staatlichen Organisationsgewalt getätigten Verträge ein[370]. Da sich die Organisationsgewalt nur beschränkt in rechtssatzmäßigen Formen entfaltet, müssen uns diese öffentlichrechtlichen Kontrakte eher verständlich erscheinen als die Kontrakte im Bereiche des Verhaltensrechtes (vgl. unten § 10).

c) Als Relikte eines gänzlich anders strukturierten Rechtssystems[371] nimmt die stets von vertraglichen Elementen durchsetzte Konzession im Verwaltungsrecht eine besondere Stellung ein (unten § 11). Mit den Sondernutzungskonzessionen stehen sodann jene Verträge in engem Zusammenhang, die Sonderpflichten hinsichtlich öffentlicher Sachen zum Gegenstand haben.

d) Im Bereiche des Verhaltensrechtes schließlich erscheinen die Kontrakte innerhalb der Eingriffsverwaltung (unten § 12) im allgemeinen als problematische Anomalien, währenddem die Vertragsform zur Verwirklichung staatlicher Daseinsvorsorge (unten § 13) allgemeiner akzeptiert wird.

§ 9

Öffentlichrechtliche Verträge im Bereiche der administrativen Hilfstätigkeit

I. Allgemeine Kennzeichnung des Vertragstypus

125. Kennzeichnend für den hier behandelten Vertragstypus ist der Umstand, daß eine in den klassischen Bereich der Privatautonomie fallende Beziehung durch öffentlichrechtliche Gestaltung abgelöst wird. Der in öffentlichrechtlicher Form herbeigeführte Erfolg muß in ähnlicher Weise auch durch privatrechtliche Abmachung zu verwirklichen

---

[370] Vgl. oben Ziff. 83.

[371] Vgl. oben Ziff. 78 lit a.

sein; das öffentliche Recht wird einer an sich möglichen, den praktischen Gegebenheiten allerdings nicht voll entsprechenden privatrechtlichen Gestaltung substituiert[372]. Typische Beispiele für diese Vertragsart sind das öffentliche Anstellungsverhältnis und der Enteignungsvertrag. Im Bereiche der staatlichen Geldbeschaffung hingegen ist das schweizerische Recht nicht zur Ausbildung einer öffentlichrechtlichen Kontraktform gelangt. Selbst die Schuldbuch-Forderung gegen die Eidgenossenschaft[373] bleibt eine privatrechtliche Darlehensforderung, die nach den Vorschriften des Obligationenrechtes Gegenstand des Rechtsverkehrs wird[374]; öffentlichrechtlicher Natur ist lediglich die Ordnung des Schuldbuchregisters[375].

II. Das öffentliche Dienstverhältnis[376]

A. Die Anstellung als Verfügung oder Vertrag

126. Die deutsche Anschauung geht davon aus, daß nur der «Beamte» – nicht auch der als vertraglich verpflichtet gedachte «Angestellte» und «Arbeiter» – in einem öffent-

---

[372] Vgl. oben Ziff. 82 und 124 lit. a.

[373] Hiezu Bundesgesetz über das eidg. Schuldbuch vom 21.9. 1939 (BS 6 S. 10ff.); Mosimann in Handbuch der Schweiz. Volkswirtschaft, 2. Aufl., Bd. II, S. 319 ff.; Engeli, Die schweizerische Nationalbank, 1944, S. 163ff.

[374] Engeli, S. 168/69.

[375] Engeli, S. 170ff.

[376] Vgl. hiezu folgende schweizerische Literatur: Blumenstein, E., Das Recht des Beamten auf Ausübung seiner Amtsfunktionen, MBV 1948, S. 97ff.; Flückiger, U., Der Amtszwang, 1947; Imhof, A., Das öffentliche Dienstverhältnis, Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins, 1929, S. 231aff.; Köhl, G., Die besonderen Gewaltsverhältnisse im öffentlichen Recht, 1955; Personalprobleme der öffentlichen Verwaltung, Veröffentl. d. schweiz. Verwaltungskurse, Bd. 2, 1944, hievon namentlich die Aufsätze von Nawiasky («Von der Bürgerpflicht zum dauernden Dienstverhältnis») und von Nef («Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Anstellung»); Richner, E., Umfang und Grenzen der Freiheits-

lichrechtlichen Dienstverhältnis stehe[377]. In der Schweiz ist man von dieser Betrachtung mehr und mehr abgerückt. Die drei Begriffe «Beamter, Angestellter und Arbeiter» gelten (und das wohl auch im Bund[378]) heute als bloße «Kategorien des öffentlichen Dienstverhältnisses»[379]. Daß das den Angestellten und Arbeiter einschließende öffentliche Dienstverhältnis nicht den Charakter eines öffentlichrechtlichen Vertrages aufweise, wird – anlehnend an deutsche und zum Teil auch französische Auffassungen – vor allem damit motiviert, konstitutiv für dessen Begründung wirke nicht ein Übereinkommen zwischen dem Gemeinwesen und dem anzustellenden Privaten, sondern der behördliche «Wahl-» bzw. «Ernennungsakt»[380]. Schon früher wurde indessen erwähnt, daß diese These selbst bezüglich der Beamtenanstellung im klassischen deutschen Recht nicht unbestritten war, daß ihr namentlich von so überragenden Juristen wie Laband und Georg Jellinek[381] entgegengetreten wurde. Bemerkenswert ist denn auch, daß sich in der neueren schweizerischen Literatur die Einwände gegen den einseitigen Verfügungscharakter der öffentlichrechtlichen Anstellung mehren[382]; es wurde aufgezeigt, daß diese theoretische Konstruktion vielfach über die Rechtswirklichkeit hinweggeht. Hervorzuheben ist vor allem der

---

rechte der Beamten nach schweizerischem Recht, 1954. Zur heutigen deutschen Problematik vgl. vor allem Wacke, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechtes, 1957.

[377] Wacke, S. 25/26.

[378] Huber, P., Das Dienstverhältnis des Bundesarbeiters, 1928, S. 31; ablehnend Fleiner, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 243; zurückhaltend Fleiner-Giacometti, S. 656/7.

[379] Imhof, S. 252a.

[380] Imhof, S. 258a; entsprechend Nef, S. 23, Flückiger, S. 31ff., Richner, S. 42; Blumenstein, S. 97.

[381] Laband, Staatsrecht, 5. Aufl., I, S. 166ff., 446ff.; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., S. 209ff.

[382] Personalprobleme, S. 15; Baechi, S. 111, ähnlich auch Oeschger, S. 68ff.

neue – im Ergebnis mit früheren deutschen Arbeiten übereinstimmende[383] – Deutungsversuch von Nawiasky. Nach seiner Meinung ist zwischen dem Dienstverhältnis und dem Amtsverhältnis zu unterscheiden. Das Dienstverhältnis soll die Verpflichtung zum Gegenstand haben, «innerhalb eines bestimmten Verwendungsrahmens jedes zugewiesene konkrete Amt zu übernehmen»[384]; es wird durch vertragliches Übereinkommen begründet. Die rechtlich als sekundäre Gegebenheit erscheinende Begründung des Amtsverhältnisses (d.h. die Übertragung konkreter öffentlichrechtlicher Funktionen) hingegen soll durch Verfügung erfolgen.

B. Berichtigung der Fragestellung

127. Bleibt zu entscheiden, ob sich das öffentliche Anstellungsverhältnis auf Rechtsgeschäft oder zustimmungsbedürftige Verfügung gründe, dann ist vor allem eine Berichtigung der Fragestellung unerläßlich. Zu Unrecht hat man es von der rechtlichen Konstruktion der Begründung des Staatsdienstverhältnisses abhängig machen wollen, ob die (z.B. wegen Willensmängeln) mangelhafte Zustimmung des Bediensteten die Rechtswirksamkeit der von ihm getroffenen amtlichen Handlungen in Frage zu stellen vermöge. Von einer solchen Verbindung hätten schon die aus dem Privatrecht vertrauten Vorstellungen abhalten sollen. Die Ungültigkeit eines Dienstvertrages berührt die Gültigkeit einer auf Grund dieser Vereinbarung dem Angestellten erteilten Vollmacht nicht; die Vollmacht wird gegenüber dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis als «abstrakt» [385] gedacht. Jeder Vertrag entfaltet seinem Wesen nach Beziehungen nur inter partes. Ob sich das Beamtenverhältnis auf Vertrag oder Verfügung gründe, ist daher ausschließlich im Hinblick auf das Verhältnis des Gemein-

---

[383] Vgl. vor allem Jaschkowitz, Archiv des öffentlichen Rechtes, 1929, S. 347.

[384] Personalprobleme, S. 14/15.

[385] Von Tuhr/Siegwart, S. 313.

wesens zum Bediensteten von Bedeutung[386]. Diese Betrachtung wird zur Selbstverständlichkeit, sobald ein nach außen hoheitlich handelnder Funktionär intern nur in einem privatrechtlichen Verhältnis zum Gemeinwesen steht (eine Erscheinung, die verbreiteter ist, als vielfach angenommen wird). Die intern vertragliche Beziehung (das «Anstellungsverhältnis» im Sinne von Nawiasky) ist hier nach unwidersprochener Auffassung von der extern-hoheitlichen Zuständigkeitsübertragung (dem «Amtsverhältnis») zu trennen. Die grundsätzliche Problemstellung kann aber für das öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnis keine andere sein als für das privatrechtliche. Zu prüfen bleibt somit, ob im ersten Fall der amtlichen Stellung in gleicher Weise ein öffentlichrechtlicher Vertrag «unterlagert» ist, wie unbestrittenermaßen im zweiten Fall eine privatrechtliche Vereinbarung die Grundlage des Anstellungsverhältnisses bildet.

C. Die Stellungnahme des positiven Rechtes und der Praxis

128. Das geschriebene Recht scheint zu bestätigen, daß der Gesetzgeber im allgemeinen von der Vorstellung verfügungsmäßiger Begründung des öffentlichen Dienstverhältnisses ausgeht; das Beamtenverhältnis wird als durch «Wahl»[387] oder «Ernennung»[388] begründbar bezeichnet. In den Gesetzen finden sich freilich gegenteilige Hinweise – so wenn der Begründung durch «Wahl» ausdrücklich eine solche durch «Anstellung» gegenübergestellt wird[389] oder wenn hinsichtlich besonderer Kategorien öffentlicher Funktionäre die Regelung des gesamten Anstellungsverhältnisses oder doch einzelner Teile desselben (namentlich etwa der

---

[386] Vgl. oben Ziff. 40.

[387] Luzern, Gesetz vom 28. 6. 1948, § 2 Abs. 2; Thurgau, Kanzleireglement vom 29. 1. 1948, § 2 Abs. 2; vgl. auch Bund, BG vom 30. 6. 1927, Art. 1, Abs. 1.

[388] Basel-Stadt, Gesetz vom 25. 11. 1926, § 2, Abs. 4.

[389] Bern, Gesetz vom 7. 2. 1954, Art. 2, Abs. 2.

Besoldung) ausdrücklich einer «Vereinbarung» vorbehalten wird[390]. Der Verweis auf «Vereinbarungen» wird in den meisten Fällen als ausdrückliche Anerkennung eines Kontrahierens in den Formen des öffentlichen Rechtes verstanden werden müssen. So räumt denn auch die schweizerische Lehre ein, daß sich das Beamtenverhältnis jedenfalls in Ausnahmefällen auf öffentlichrechtlichen Vertrag zu gründen vermöge[391].

129. Vielleicht noch aufschlußreicher als diese offenen Einbrüche des Vertragskonzeptes sind die zahlreichen versteckten rechtsgeschäftlichen Konstruktionselemente. Entgegen der grundsätzlichen Etikettierung wird das Beamtenverhältnis praktisch vielfach wie eine vertraglich begründete Beziehung behandelt. Auf folgendes vor allem sei verwiesen:

a) Der Maßstab für die Beurteilung der Verbindlichkeit einer öffentlichen Anstellung ist vielfach ein betont subjektiver. So hat ein neuerer Entscheid des baselstädtischen Verwaltungsgerichtes trotz grundsätzlichen Festhaltens an der These der verfügungsmäßigen Begründung der Beamtung eine zwei Jahrzehnte bestandene, seinerzeit auf Grund unrichtiger Angaben erschlichene Anstellung als «widerrufbar» bezeichnet und auf den Widerruf den Art. 31 Abs. 1 OR (Frist für die Geltendmachung von Willensmängeln) sinngemäß angewendet[392]. Im Gegensatz

---

[390] BGer 49 I 544; 53 II 412; Ti Mass. Nr. 312 und 327 (Anstellung von Lehrern), ferner auch Ti Mass. Nr. 388 (Niederlassungsvertrag mit einem Arzt); St.Gallen, Verordnung vom 15. 4. 1955, Art. 1, Abs. 2; Thurgau, Verordnung vom 30. 9. 1946 (Sammelband 1, Nr. 53), Reg. 4; Schwyz, Gesetz vom 16. 4. 1920, § 2. In diesen Zusammenhang gehört auch BGer 73 I 174.

[391] Imhof, S. 258a, namentlich Anm. 27; vgl. auch Apelt, S. 107; Ruppert, S. 35.

[392] Basler Juristische Mitteilungen, 1955, S. 100/101. Wörtlich heißt es im Urteil des Verwaltungsgerichtes: «Auch in Bezug auf die öffentlichrechtliche Anstellung erweist sich somit der Widerruf auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze als zulässig ..., wenn der Bewerber durch absichtliche Täuschung eine fehlerhafte Anstel-

zur begrifflichen Einkleidung wurde damit das Dienstverhältnis wie eine rechtsgeschäftlich begründete Beziehung den Vorschriften über Willensmängel unterstellt[393].

b) Nach Lehre und Praxis werden sodann durch öffentlichrechtliche Anstellung wohlerworbene Rechte begründet. Entsprechend der verfassungsrechtlichen Eigentumsgewährleistung als bloßer Eigentumswertgarantie liegen diese allerdings ausschließlich im ökonomischen Bereich[394] – es sei denn die Kantonsverfassung habe durch Sondernorm den Beamten nicht nur ihre vermögensrechtlichen Ansprüche, sondern auch weitere Rechte aus ihrer Stellung garantiert[395].

c) Auch die Vorstellung der *clausula rebus sic stantibus* (die in einer verfügungsmäßig begründeten Beziehung einen Fremdkörper bildet) bricht gelegentlich durch. Wohl nur unter diesem Gesichtspunkt läßt sich erklären – und auch begründen –, daß das Bundesgericht unter dem Druck der öffentlichen Finanzlage notwendig gewordene Reduktionen der Beamtengehälter und Pensionen nicht ausschließt[396].

d) Auch in der Frage der vermögensrechtlichen Ersatzpflicht wird das Beamtenverhältnis mitunter einer rechtsgeschäftlich begründeten Beziehung gleichgestellt. Aus der schuldhaften Verletzung einer Verpflichtung aus dem Beamtenverhältnis leitet die Rechtsprechung Ersatzansprüche her, die sie ausdrücklich als «vertraglich»[397] oder «vertragsähnlich»[398] kennzeichnet. Zur Begründung

---

lungsverfügung erwirkt hat (Imhof, S. 271a)». Ob der Entscheid im Ergebnis richtig war, bleibe hier im übrigen dahingestellt.

[393] Anders und bei Verharren beim Verfügungskonzept konsequent: MBV 1935, Nr. 93.

[394] BGer 63 I 39/40; 77 I 144; AGVE 1948, S. 301ff.

[395] In diesem Sinne ist Art. 16 Abs. 1 der bernischen Staatsverfassung zu verstehen; Blumenstein a.a.O., S. 101.

[396] H. Huber, Gedächtnisschrift W. Jellinek, S. 467/8.

[397] So ausdrücklich BGer 53 II 412.

[398] BGer 71 II 227.

dieser Ersatzpflicht wird freilich mitunter auch OR Art. 41 herangezogen[399]. Dieser Verweis auf die Bestimmungen über die privatrechtliche Delikthaftung erfolgt indessen keineswegs konsequent. Er hat offensichtlich den Charakter eines Notbehelfs. Es soll mit ihm im Grunde nur der Vorstellung Ausdruck gegeben werden, daß die für verfügungsmäßige Beziehungen charakteristische Einschränkung der Ersatzpflicht der Natur des öffentlichen Anstellungsverhältnisses nicht entspricht.

D. Das Vertragselement im öffentlichen Dienstverhältnis

130. Bei folgerichtiger Deutung der Beamtenernennung als Verfügung müßte die vom Bewerber einzuholende Zustimmung als bloßes Tatbestandselement des Ernennungsaktes gelten. Gegenüber der einmal erfolgten Ernennung vermöchte sich der Ernannte nur insoweit auf mangelndes Einverständnis zu berufen, als er den Ernennungsakt formell anficht. Lehre und Praxis zögern, diese Konsequenz zu ziehen. Diese Haltung ist verständlich. Soll z. B. ein neugewählter Beamter, der entgegen getroffener Verabredung auf einen früheren als den von ihm akzeptierten Termin in ein öffentliches Amt gewählt wurde, diszipliniert werden können, wenn er an dem von der Wahlbehörde einseitig vorverlegten Datum den Dienst nicht antritt? Jeder Richter wird Bedenken empfinden, die Frage zu bejahen, und täte er es doch, dann hätte er damit einer sinngemäßen juristischen Erfassung des öffentlichen Dienstverhältnisses kaum gedient. Stellt das Beamtenverhältnis – entsprechend einem von der Praxis neuerdings vermehrt betonten[400] und sogar auf das Pensionsverhältnis ausgedehnten[401] Gesichtspunkt – ein gegenseitiges Treueverhältnis dar, dann

[399] Ti Mass. Nr. 992; BGer 50 II 379; 71 II 227.

[400] Vgl. z. B. Solothurn, Gesetz vom 23. 11. 1941, § 56: «Wenn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses unzumutbar erscheint, kann es sowohl vom Amtsinhaber als von der zuständigen Behörde jederzeit sofort gelöst werden.»

[401] BGer 75 II 251; VerwZBl 1950, S. 18ff.

vermag sich dieses nur auf die Grundlage einer wirklichen (nicht nur einer juristisch-fiktiven) willensmäßigen Verpflichtung des beteiligten Privaten sinnvoll zu entfalten[402].

131. Um den fatalen praktischen Folgen einer konsequent verfügungsmäßigen Konstruktion der Beamtenernennung zu entgehen, sind zwei Auswege versucht worden:

a) Die mangelnde Zustimmung wurde – unter Festhalten am Konzept vom Verfügungscharakter der Beamtenernennung – als Nichtigkeitsgrund ausgegeben. Dieses Konzept ist indessen nicht nur den praktischen Gegebenheiten wenig entsprechend (das Fehlen der Zustimmung bewirkt zwar Nichtigkeit, im übrigen aber wird diese Zustimmung nicht nach ihrer subjektiven Willensgemäßheit gehandhabt); es führt auch zu Folgerungen, die weit über das hinausgehen, was erreicht werden soll. Der Mangel der Zustimmung berührt nicht nur das Verhältnis des Funktionärs zum Gemeinwesen; er bewirkt auch (da strikte nach der Regel «nullum actum» verfahren wird) die Unwirksamkeit der Funktionsübertragung nach außen. Diese Folgerung ist praktisch nicht haltbar[403].

b) Sodann wurde versucht, der Zustimmung im Verhältnis des Zustimmenden zum Gemeinwesen eine weitergehende Tragweite als diejenige eines bloßen Tatbestandselementes oder auch eines Gültigkeitserfordernisses einer Verfügung zu geben. Aus dieser Überlegung entstand z.B. das von Walter Jellinek an sich geistvoll und mit feinem Gefühl für die praktischen Notwendigkeiten entwickelte Konzept des «zweiseitigen Verwaltungsaktes».

132. Von diesen beiden Auswegen ist nur der zweite gangbar. Mit ihm aber wird zwangsläufig ein vertragliches Element in das Beamtenverhältnis eingefügt. Erhält nämlich der subjektive Wille im Verhältnis des Angestellten zum Gemeinwesen eine weitergehende Bedeutung als

---

[402] Richtig Buddeberg, S. 157ff.

[403] Imboden, Staatsakt, S. 130ff.

die eines bloßen Elementes einer hoheitlichen Verfügung, dann gelangt ein rechtsgeschäftliches Gestaltungsprinzip zur Verwendung. Richtiger erscheint es daher, aus der begrifflichen Tarnung herauszutreten und den vertraglichen Charakter des Beamtenverhältnisses offen anzuerkennen. Wenn dies bisher kaum geschah, dann erklärt sich dies aus der Befürchtung, mit dem Einbruch des Vertragskonzeptes werde das hoheitliche Handeln des Staates gegenüber seinen Funktionären in Frage gestellt. Dieses Bedenken ist indessen unbegründet, sobald die interne vertragliche Abrede einerseits und die nach außen wirksame hoheitliche Pflicht- und Zuständigkeitsübertragung andererseits getrennt werden. Wird dies getan, dann ist der vertragliche Charakter der Dienstbegründung weder mit der Disziplinargewalt des Staates noch mit der bei Auflösung des Dienstverhältnisses dominierenden Ordnung, wonach nicht ein einseitiger Gestaltungsakt (eine Kündigung[404]), sondern nur eine förmliche Entlassung das amtliche Verhältnis beendigen kann[405], unvereinbar. Daß dieses interne vertragliche Element eine «dem öffentlichen Amte gemäße Anstellungsform»[406] nicht ausschließt, sollte schon die relativ häufige Verwendung der privatrechtlichen Anstellung im Bereiche der klassischen Hoheitsverhaltung – Polizei, Kriegswirtschaft[407] – dartun[408].

133. Auch in der deutschen Entwicklung hat die vertragliche «Anstellung» neben der Beamtung eine immer größere (gemäß der Zahl der in Bund, Ländern und Gemeinden Beschäftigten sogar dominierende) Bedeutung

---

[404] Freilich ist auch diese Ordnung verwirklicht; vgl. z.B. Graubünden, Verordnung vom 29.11.1951, Art. 70, Abs. 1.

[405] Imboden, BJM 1957, S. 69ff.

[406] VerwZBl 1951, S. 520/21.

[407] Nef in Personalprobleme, S. 30/35.

[408] Vereinzelt ist eine Ordnung verwirklicht, die geradezu auf eine Wahlmöglichkeit zwischen öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Anstellung hinweist; vgl. z.B. Luzern, Gesetz vom 28.6.1948, § 2, Abs. 1.

erlangt. Es hat sich erwiesen, daß die «Anstellung» ohne praktische Nachteile der Beamtung, «substituiert» werden kann[409]. Manches weist darauf hin, daß das Konzept der Beamtung auch in der deutschen Rechtslehre mehr und mehr in der umfassenderen Vorstellung des «öffentlichen Dienstes» aufgehen wird. Innerhalb eines derart erweiterten und verallgemeinerten öffentlichen Dienstrechtes könnte das für den heutigen «Angestellten» und «Arbeiter» charakteristische rechtsgeschäftliche Moment kaum fehlen.

134. Einer Präzisierung wird die Anschauung von Nawiasky über die Trennung von Anstellungsverhältnis und Amtsverhältnis insofern bedürfen, als gemäß dieser These das Anstellungsverhältnis zum Gegenstand haben soll, «innerhalb eines bestimmten Verwendungsrahmens jedes zugewiesene konkrete Amt zu übernehmen»[410]. Nichts steht entgegen, daß die Anstellungsvereinbarung im Hinblick auf eine genau bestimmte Funktion – die allerdings nicht schon durch den Vertrag im Sinne einer öffentlichrechtlichen Zuständigkeitsverleihung übertragen wird – abgeschlossen ist[411]. Was im Einzelfall zutrifft, ist eine Frage des positiven Rechtes; entscheidend bleibt, in welchem Umfange im Rahmen des maßgeblichen Beamtenstatuts der Inhaber eines Amtes zur Übernahme einer anderen Funktion verhalten werden kann.

III. Die Naturalisation

135. Die Naturalisation ist in der älteren Rechtslehre gelegentlich als ein der Beamtenernennung verwandtes Institut behandelt worden[412]. Im heutigen Recht bleibt für

---

[409] Wacke, S. 82ff.

[410] Personalprobleme, S. 14/15. In dieser Anschauung wirkt wohl noch das Konzept des «Verwaltungsaktes auf Unterwerfung» fort.

[411] Blumenstein, a.a.O., S. 102.

[412] Ein Nachwirken dieser Anschauung findet sich noch in BGer 78 I 407.

eine solche Deutung kein Raum mehr. Die Aufnahme in den Bürgerverband kann nur als Verfügung verstanden werden.

IV. Der Enteignungsvertrag[413]

A. Funktion und rechtssystematische Stellung des Enteignungsvertrages

136. Der Zwangserwerb von Privatrechten durch den Staat oder eine öffentliche Körperschaft hat den Charakter eines subsidiären Eingriffes: ein von der Öffentlichkeit benötigtes Gut, das im Wege freiwilligen Austausches über-

[413] Vgl. hiezu folgende Spezialliteratur: Ackermann, H.R., Das materielle Enteignungsrecht des Kantons Aargau, Zü. Diss., 1951; Eger, G., Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11.6.1874, 2.Aufl., 2 Bde., 1902; Fischer, O., Expropriationsverträge, 1910; Gallusser, H. P., Das Enteignungsrecht des Kantons St.Gallen, Be. Diss., 1952; Hauser, R., Das Expropriationsverfahren nach zürcherischem und eidgenössischem Recht, Zü. Diss., 1946; Hess, F., Das Enteignungsrecht des Bundes, 1935; Jaeger, C., Revision des Bundesgesetzes über Abtretung von Privatrechten, 1914; Sieber, J., Das Recht der Expropriation mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechte, Be. Diss., 1889; Tosetti, M., I Contratti d'Espropriazione con speciale riguardo al diritto svizzero, Be. Diss. 1928. An gesetzlichen Vorschriften sind von Bedeutung: Bund: Bundesgesetz über die Enteignung von 1930. Verordnung für die eidg. Schätzungskommissionen von 1931; Aargau: Gesetz über Enteignung zu öffentlichen Zwecken von 1867; Basel-Landschaft: Gesetz über die Enteignung von 1950; Basel-Stadt: Gesetz über die Abtretung von Liegenschaften zum allgemeinen Nutzen von 1837; Bern: Gesetz über Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigentums von 1868; Luzern: Gesetz über Entschädigungsleistungen bei Abtretung von Grund und Boden oder Gebäulichkeiten von 1830; St.Gallen: Gesetz über die Expropriation von 1898; Schaffhausen: Gesetz über Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigentums zu öffentlichen Zwecken von 1874; Solothurn: Verordnung über das Enteignungsverfahren von 1953; Thurgau: Gesetz über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten von 1860; Zürich: Gesetz betr. die Abtretung von Privatrechten von 1879, Verordnung betr. das Administrativverfahren bei Abtretung von Privatrechten von 1880.

haupt nicht oder nicht zu angemessenen Bedingungen erhältlich ist, wird Gegenstand einer Zwangsleistung. Dem Umstand, daß ein Enteignungsverfahren stets nur in Ermangelung einer Verständigung eingeleitet wird, entspricht es, daß auch das einmal eröffnete Verfahren durch Einigung der Beteiligten jederzeit hinfällig werden kann. Eine solche Einigung kann sich in zwei grundsätzlich verschiedenen Formen vollziehen:

a) Denkbar ist einmal, daß die Gegenstand des Zwangsverfahrens bildende Leistung freiwillig nachgebracht wird. Das Grundstück, das der Staat expropriieren wollte, wird nachträglich vom Expropriaten dem Exproprianten verkauft. Eine solche Vereinbarung untersteht – nicht anders als ein vor der Verfahrenseinleitung getätigtes Geschäft[414] – in vollem Umfang dem Privatrecht.

b) Im Gegensatz zur freiwilligen Nachbringung der vom Staate zwangsweise geforderten Leistung steht die bloße Verständigung innerhalb des Enteignungsverfahrens. Es wird nicht anstelle des Zwangserwerbes ein freiwilliger Erwerb getätigt. Lediglich über die im Enteignungsverfahren streitigen Ansprüche erfolgt eine Einigung. Diese verfahrenserledigende Vereinbarung unterliegt wie das Enteignungsverfahren als solches dem öffentlichen Recht[415]; sie bildet den Enteignungsvertrag im eigentlichen Sinn. Entsprechend dem Verfahrensstadium, in dem sich die Verständigung vollzieht, kann sich der Enteignungsvertrag in verschiedener äußerer Form darbieten. Kommt die Verständigung zustande, bevor der Streitfall der Schätzungsbehörde unterbreitet wird, so erscheint der Enteignungsvertrag als schlichte Abmachung zwischen Expropriant und Expropriat; wird die Einigung erst im Schät-

[414] Hess, S. 139; Gallusser, S. 121; Tosetti, S. 71.

[415] Fleiner, Institutionen, S. 314; Jedlicka, S. 73; Kellerhals, S. 45; Reusch, S. 54; Kohl, S. 26; Apelt, S. 154; Hauser, S. 86; BGer 52 I 37, vgl. auch 77 II 79. Anders die ältere deutsche Doktrin, vgl. Fischer, S. 46; Eger, S. 27; ebenso z. T. heute noch die italienische Lehre, vgl. oben Ziff. 13.

zungsverfahren erzielt, so präsentiert sie sich im Gewande eines auf Grund eines Vergleichs ergehenden Erledigungsbeschlusses der Schätzungsbehörde. Die rechtliche Natur des Enteignungsvertrages bleibt trotz dieser verschiedenen formalen Einkleidung die nämliche. Wenn das eidgenössische Enteignungsrecht dem Protokoll über die sog. amtliche Einigung «die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils der Schätzungskommission»[416] beilegt, so gilt dies nur hinsichtlich der verfahrenserledigenden Wirkung der Verständigung. Im übrigen aber behält die Verständigung trotz ihrer formellen Protokollierung und der Aufnahme in den Erledigungsbeschluß gleich einem Prozeßvergleich den Charakter eines Vertrages[417]; insofern unterscheidet sie sich grundlegend vom Schätzungsentscheid.

137. Nur in wenigen Enteignungsgesetzen hat der Expropriationsvertrag eine ausdrückliche Regelung gefunden[418]. Zumeist ergibt sich die Zulässigkeit des Enteignungsvertrages aus dem Gesetz nur indirekt: das zur Erledigung von Einsprachen über die Abtretungspflicht oder von Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung vorgesehene Verfahren wird in dem Sinne als subsidiär bezeichnet, als zunächst eine «gütliche Ausmittlung»[419] bzw. eine «Einigung» oder «Verständigung»[420] versucht werden soll. Mitunter fehlt sogar dieser indirekte Hinweis[421]; dennoch – und wohl mit Recht – bedient sich die Praxis des Vertragsinstrumentes. So ist denn die praktische Bedeutung des Enteignungsvertrages außerordentlich groß. Die über-

---

[416] Art. 53, Abs. 1.

[417] Guldener, M., Das schweizerische Zivilprozeßrecht, S. 240.

[418] Vorbildlich das Bundesgesetz über die Enteignung, Art. 53 und 54; vgl. auch die §§ 44 und 79 des Gesetzes von Basel-Landschaft.

[419] Aargau § 5; Basel-Stadt § 15, Abs. 1; Bern § 25; Luzern § 4, Abs. 1.

[420] St. Gallen, Art. 11 und Art. 13, Abs. 1; Solothurn § 5; Thurgau § 3, Abs. 1; Zürich Gesetz § 29, Abs. 1.

[421] So in Schaffhausen.

wiegende Mehrzahl aller Enteignungsfälle wird gütlich erledigt[422]; eine Reihe von Kantonen und ebenso die Stadt Zürich halten für den häufigsten Fall der Zwangsenteignung – den Landerwerb im Zusammenhang mit Straßenbauten und Straßenkorrektionen (die SBB auch für Bahnkorrektionen) – typisierte Vertragsformulare zur Verfügung. Der Vollzug von Zwangsenteignungen wird dadurch so sehr vereinfacht, daß ein freihändiger Erwerb in den Formen des Privatrechtes (durch öffentlich beurkundeten Kaufvertrag) oft kaum mehr versucht wird. Nur in einem einzigen größeren deutschschweizerischen Kanton wird auch heute noch prinzipiell dem ordentlichen Kaufvertrag der Vorzug gegeben; einer einfachen schriftlichen Verständigung wird nur die Bedeutung einer «moralischen Bindung» im Hinblick auf den nachfolgenden Grunderwerb in den Formen des Privatrechtes beigelegt. Freilich werden mitunter auch in anderen Kantonen Enteignungsverträge (und zwar selbst typisierte Vereinbarungen) öffentlich beurkundet. Dies geschieht indessen ausschließlich aus Gründen der Vorsicht im Hinblick auf eine mögliche nachträgliche Bestreitung einer gültigen Einleitung des Enteignungsverfahrens. Eine bemerkenswerte Sonderstellung nimmt schließlich die Gesetzgebung von Basel-Landschaft ein: Verträge über eine gütliche Ausmittlung der Enteignungsentschädigung bedürfen in jedem Fall der Genehmigung durch die Expropriationskommission[423]; die Genehmigung ist zu verweigern und die Entschädigung ist «unabhängig von einer solchen Vereinbarung festzusetzen, wenn der Enteignete durch diese offensichtlich benachteiligt würde»[424]. Das eidgenössische Recht begnügt sich demgegenüber mit der Verpflichtung zur bloßen Kenntnisgabe der Verträge an den Präsi-

---

[422] Von einem Kanton mittlerer Größe wird bestätigt, daß die Schätzungskommission seit Jahrzehnten nicht zusammentreten mußte.

[423] Vgl. die §§ 68, Abs. 2 und 79.

[424] § 68, Abs. 2.

denten der Schätzungskommission[425]. Zur amtlichen Ausmittlung der Entschädigung trotz Abschlusses eines Enteignungsvertrages kommt es – gleich wie nach einzelnen kantonalen Rechten[426] – nur dann, wenn von Nebenberechtigten (d.h. von den Inhabern beschränkt dringlicher Rechte am enteigneten Grundstück, so von Grundpfandgläubigern, Nutznießern usw.), die durch die Ablösung der Rechte mitbetroffen werden, die Durchführung des Verfahrens verlangt wird[427]. Die meisten kantonalen Rechte gehen indessen nicht einmal so weit wie das eidgenössische Recht: die Verträge bedürfen keiner Kenntnisgabe an eine andere Instanz; auch zur Wahrung der Interessen der Nebenberechtigten wird nichts vorgekehrt. Als Versuch, die Anliegen der beteiligten Privaten wirksamer zu schützen und vor allem auf eine stärkere Gleichbehandlung der Beteiligten hinzuwirken, verdient daher die gesetzliche Regelung von Basel-Landschaft alle Beachtung.

138. Da das Bundesrecht einen von den allgemeinen Regeln des Privatrechtes abweichenden Rechtsübergang an Grundstücken ausdrücklich nur für den Fall der Enteignung vorsieht[428], kann ein Enteignungsvertrag stets nur im Zusammenhang mit einem formgerecht eröffneten Enteignungsverfahren abgeschlossen werden. Die strikte Einhaltung dieses Grundsatzes wird schon dadurch verlangt, daß Expropriationsverträge regelmäßig nur in einfacher Schriftform getätigt werden. Als «eröffnet» kann ein Enteignungsverfahren nur dann gelten, wenn das Expropriationsrecht zum mindesten provisorisch (d.h. unter Vorbehalt näherer Prüfung in einem vom Expropriaten einzuleitenden justizmäßigen Verfahren) erteilt ist und wenn die in das Verfahren einzubeziehenden Liegenschaften genau bestimmt sind. Es müßte als bundesrechtswidrig gelten,

---

[425] Art. 54, Abs. 1.

[426] So Zürich, vgl. Hauser, S. 86.

[427] Art. 53, Abs. 2 und Art. 54, Abs. 2; Hess, S. 140/41.

[428] ZGB Art. 656, 665, 666.

wenn ein Kanton schon in einem früheren Zeitpunkt, so namentlich im Hinblick auf ein nur mögliches oder in Aussicht gestelltes Enteignungsverfahren, durch Enteignungsvertrag einen Rechtsübergang bewirken wollte[429]. Daraus ergibt sich eine bedeutsame praktische Folgerung: um die Gültigkeit des vollzogenen Rechtsüberganges darzutun, wird sich der Enteigner den Nachweis darüber sichern müssen, daß die im Enteignungsvertrag zugesprochene Liegenschaft in ein formgerecht eröffnetes Expropriationsverfahren einbezogen war[430]. Die Praxis setzt sich gelegentlich allzu leicht über die Schranke hinweg, daß sich Expropriationsverträge nur auf Grundstücke beziehen können, die formell Gegenstand eines Enteignungsverfahrens sind. Wird ein nur schriftlich abgeschlossener Enteignungsvertrag schon vor der förmlichen Verfahrenseröffnung abgeschlossen, so kann die fehlende Rechtsgrundlage auch dadurch nicht geschaffen werden, daß (wie dies gelegentlich geschieht) nachträglich durch Beschluß der zur Erteilung des Enteignungsrechtes zuständigen Behörde von dieser Abmachung «Vormerk genommen» wird.

B. Der Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns im Enteignungsverfahren

139. Der Enteignungsvertrag war ursprünglich als Weg zur gütlichen Ausmittlung der Enteignungsentschädigung gedacht. Da mit der Bezahlung der Entschädigung in der Regel zugleich der Rechtsübergang des Enteignungsobjektes bewirkt wird, wurde der Enteignungsvertrag mehr und mehr als Vereinbarung über die Abtretung als

---

[429] So ist Art. 21, Abs. 1, des st. gallischen Einführungsgesetzes zum ZGB, wonach bei nur möglicher Enteignung der Rechtsübergang durch schriftlichen Vertrag bewirkt werden kann, vom Bundesrat mit Recht als bundesrechtswidrig bezeichnet und demnach nicht genehmigt worden; vgl. Gallusser, S. 121.

[430] Vgl. Hess, S. 139. Diese Schwierigkeit macht es begreiflich, daß – wie bereits bemerkt wurde – mitunter aus Gründen der Vorsicht auch für typisierte Enteignungsverträge die Form der öffentlichen Beurkundung gewählt wird.

solche verstanden; die Entschädigungsvereinbarung wurde zum Abtretungsvertrag. Darüber hinaus sind aber auch noch andere Dispositionen zum Gegenstand vertraglicher Regelung gemacht worden. Angesichts einer sich vielfach zeigenden Unsicherheit bleibt vor allem zu klären, welche expropriationsrechtlichen Anordnungen einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung überhaupt zugänglich sind:

a) Mit der Höhe der Entschädigung können auch die Zahlungsmodalitäten vertraglich festgesetzt werden. Realersatz kann bei einem Grundstückerwerb nur dann in einem nicht öffentlich beurkundeten Vertrag vereinbart werden, wenn das maßgebliche Enteignungsrecht den Exproprianten unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Realleistung verpflichtet.

b) Bestand und Umfang der Abtretungspflicht lassen sich insoweit vertraglich festlegen, als sie zugleich Gegenstand einer justizmäßigen Auseinandersetzung zwischen Enteigner und Enteigneten sind und als in diesem Verfahren die Beteiligten frei über ihre Rechte disponieren können[431]. Dies trifft nicht zu, wenn ein Expropriationsverfahren ausnahmsweise nicht der Güterbeschaffung dient, sondern wenn es eingeleitet wurde, um die vom Staat für einen bloßen Rechtsentzug – einen Rechtsentzug, der nicht zu einem Rechtsübergang führt – geschuldete Entschädigung festzusetzen. Für Bauverbote aus ästhetischen oder städtebaulichen Gründen z.B. wird die Ersatzpflicht vielfach auf dem Wege der förmlichen Enteignung ausgemittelt. Das Bauverbot als solches ist einer rechtsgeschäftlichen Bestimmung nicht zugänglich; lediglich über Höhe und Ausrichtung der finanziellen Ersatzleistung kann in diesem Fall eine Vereinbarung getroffen werden.

c) Abmachungen über den Zeitpunkt des Rechtsüberganges sind an sich zulässig. Eine Schranke ergibt sich indessen daraus, daß das Gesetz den Rechtsübergang

---

[431] Hauser, S. 85; Gallusser, S. 121; Jaeger, S. 94; Tosetti, S. 55.

in der Regel von der vorherigen oder zum mindesten gleichzeitigen Bezahlung der Entschädigung abhängig macht. Wird (was nach den Feststellungen des Verfassers mitunter geschieht) entgegen einer solchen Norm der Rechtsübergang schon für einen Zeitpunkt vereinbart, in dem dem Expropriaten lediglich eine Teilentschädigung zugekommen ist, so bleibt der Vertrag unwirksam; die grundbuchamtliche Übereignung ist zu verweigern. Entsprechend dem allgemein verbreiteten Institut der vorsorglichen Besitzeseinweisung steht indessen nichts entgegen, den Zeitpunkt der tatsächlichen Beanspruchung des Expropriationsgrundstückes vertraglich frei zu regeln.

d) Die Praxis hat gelegentlich zugelassen, daß durch Enteignungsvertrag zum voraus auf das gesetzliche Recht zur expropriationsrechtlichen Rückforderung (d.h. auf die Befugnis des Expropriaten, gegen Rückzahlung der empfangenen Entschädigung die Rückübertragung des entzogenen Grundstückes zu verlangen, wenn dieses nicht bestimmungs- oder fristgemäß verwendet wird) verzichtet werde. Die Fragwürdigkeit dieses Vorgehens ist offensichtlich[432]. Wird zum voraus auf das Rückforderungsrecht verzichtet, so stimmt der Enteignete einer beliebigen (d.h. auch einer vom Enteignungszweck unabhängigen) Verwendung des Grundstückes durch den Expropriantenzu. Praktisch erfolgt ein vorbehaltloser Eigentumsverzicht, der über das Ziel des Expropriationsverfahrens hinausgreift. Ein solcher kann aber nicht zulässig sein, ohne daß die vom Bundesprivatrecht im Sinne einer Garantie für die Beteiligten vorgeschriebene Form der öffentlichen Beurkundung erfüllt ist. Soll also das Rückforderungsrecht wegbedungen werden, dann kann dies lediglich durch Abschluß eines Rechtsgeschäftes in den Formen des privatrechtlichen Kaufs geschehen. Anders verhält es sich nur da, wo – wie im Bund[433] – die Möglichkeit eines Verzichtes

[432] Vgl. den Vorbehalt des Bundesgerichtes in BGer 77 II, S. 80 unten.

[433] Art. 102, Abs. 1, Ingreß.

auf den Rückforderungsanspruch im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist[434]. Dann aber wird verlangt werden müssen, daß das Rückforderungsrecht offen und klar – und nicht durch einen dem Expropriaten vielleicht überhaupt nicht verständlichen Hinweis auf einen bloßen Gesetzesartikel[435] – wegbedungen werde.

e) Unzulässig sind schließlich alle Abmachungen, die andere öffentlichrechtliche Verhältnisse als die im Enteignungsverfahren streitigen betreffen[436].

C. Vollzug und Dahinfall des Enteignungsvertrages

140. Enteignungsverträge werden vielfach als bloße Einräumung einer Befugnis des Enteigners verstanden. Es wird angenommen, daß der Expropriant zur Bauausführung grundsätzlich nicht verpflichtet werde, und daß der Expropriat, solange das Werk nicht erstellt worden sei, die Erfüllung des Vertrages nicht verlangen könne. Mangels besonderer Vertragsklauseln wird sich indessen diese Auffassung nicht aufrechterhalten lassen; der Enteignete kann vielmehr in Ermangelung einschränkender Verabredungen von sich aus den Vollzug der Vereinbarung begehren[437]. In den Formularverträgen wird daher mitunter die Bezahlung der Entschädigung und damit der Rechtsübergang ausdrücklich von der Vollendung des Baues abhängig gemacht. Das hat zur Folge, daß die Vertragserfüllung auf einen ausschließlich vom Exproprianten bestimmbaren Termin gestellt ist. Eine derartige einseitige Belastung (dem Enteigneten ist in der Zeit zwischen Abschluß und Vollzug des Vertrages eine Verfügung über sein Eigentum vielfach grundsätzlich genommen, in jedem Fall aber doch faktisch erschwert) erscheint nicht nur unbillig; sie widerspricht

---

[434] Rechtspolitisch sollte freilich eine Verzichtsmöglichkeit auch vom Gesetzgeber nicht zugelassen werden.

[435] So im Formularvertrag der SBB.

[436] VerwZBl 1917, S. 56.

[437] Was sich für das Bundesrecht (und entsprechend für eine Reihe kantonaler Gesetze) indirekt aus Art. 88 des Gesetzes ergibt.

fundamentalen Rechtsprinzipien. Um eine haltbare Lösung zu schaffen, wird daher in einzelnen Formularverträgen im Sinne einer Einschränkung des Vorbehaltes der Bauausführung[438] ein Zeitpunkt festgelegt, in dem auch der Expropriat ohne Rücksicht auf den Stand der Bauarbeiten die Vertragserfüllung zu fordern vermag; in andern Verträgen[439] (und das dürfte wohl die überzeugendste Lösung sein) wird dem Expropriaten umgekehrt nach Ablauf einer bestimmten Frist die Möglichkeit eines Rücktrittes vom Vertrage zugestanden. Fehlen solche Klauseln (und diese Fälle sind nicht selten), dann muß in jedem Fall aus ungeschriebenem Recht auf eine Terminierung geschlossen werden; naheliegend erscheint es, die vertragliche Bindung entweder in Analogie zu einer allgemeinen öffentlichrechtlichen Verjährungsnorm oder aber zur Frist für die expropriationsrechtliche Rückforderung zu begrenzen. Damit wird wohl erreicht, daß eine (und das zumal in einer Zeit fortschreitender Geldentwertung) in ihrer Einseitigkeit mitunter an die Grenze des Unzumutbaren reichende Vereinbarung in ihrem belastendsten Punkt korrigiert wird; eine Parität von Rechten und Pflichten der Beteiligten ist damit indessen noch nicht gewährleistet. Diese Erscheinung verdient insofern Beachtung, als sie zeigt, wie sich gerade der Vertrag, und nicht zuletzt der typisierte Formularvertrag, zu Lasten des Privaten auszuwirken vermag und als Instrument zur Herbeiführung einer in ihrer Individualität ausgewogeneren Ordnung versagen kann.

141. Die Problematik des Enteignungsvertrages zeigt sich in der Praxis sodann vor allem in der Frage der Gleichbehandlung der Expropriaten. Welche Rechtsbehelfe stehen dem Betroffenen zu, wenn er nachträglich in Erfahrung bringt, daß andere Expropriaten vom Enteigner offensichtlich besser behandelt wurden, oder wenn später ein Gerichtsentscheid ergeht, der einem Mitbeteiligten in

---

[438] So in den Formularverträgen des Kantons St. Gallen.

[439] So in den Verträgen der Stadt Zürich.

einem nicht voraussehbaren Maße Zusätzliches zuspricht? *De lege ferenda* drängt sich entsprechend den Ansätzen im Enteignungsrecht des Bundes[440] und namentlich im Recht von Basel-Landschaft[441] eine wirksamere Kontrolle der vertraglichen Abmachungen durch die über den Parteien stehende Schätzungsbehörde auf. *De lege lata* wird man die offensichtlich benachteiligten Unterzeichner von Enteignungsverträgen darauf verweisen müssen, die Abmachung unter Berufung auf Willensmängel[442] vor der Schätzungsbehörde anzufechten und die justizmäßige Festsetzung der Ansprüche zu verlangen[443].

V. Abreden über andere Ersatzleistungen

142. Wie über die Enteignungsentschädigung können auch über Ersatzleistungen für andere Nachteile, die der Staat dem Einzelnen zugefügt hat, Verträge abgeschlossen werden. So ist insbesondere jeder einmal entstandene Anspruch aus rechtswidriger Schädigung seitens des Staates rechtsgeschäftlich bestimmbar. Streng genommen müßten derartige Vereinbarungen ebenfalls als öffentlich-rechtliche Verträge gelten[444]. Die Praxis weist sie indessen vielfach dem Privatrecht zu. Lediglich jene Ersatzansprüche, die im Rahmen besonderer staatlicher Fürsorgepflichten stehen, die also nicht den Charakter von Ersatzleistungen für staatliche Eingriffe aufweisen, stehen normalerweise außerhalb der rechtsgeschäftlichen Dispositionsmöglichkeit; sie berühren den Bereich der Daseinsvorsorge[445].

---

[440] Vgl. namentlich Art. 27 der Verordnung für die Schätzungskommissionen.

[441] Vgl. oben Ziff. 137.

[442] Hess, S. 141; Tosetti, S. 82.

[443] Hess, S. 141.

[444] BGer 41 II 61.

[445] Vgl. unten Ziff. 189ff.

§ 10
Organisatorische Verträge

I. Die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Gestaltung im Bereiche der Organisationsgewalt

143. Dem Rechtssatz kommt im Bereiche der Organisation des Staates nicht die gleiche Tragweite zu wie innerhalb des Verhaltensrechtes[446]. Auch «rechtssatzmäßig» formulierte organisatorische Bestimmungen betreffen vielfach eine einzige Verwaltungseinheit oder eine einzige Behörde; im Grade ihrer Individualisierung unterscheiden sie sich nicht von einer vertraglichen Regelung. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsprinzips läßt sich daher im Bereiche des Organisatorischen eine grundsätzliche Zurücksetzung der Vertragsform nicht begründen.

144. Trotz der Indifferenz gegenüber dem Gleichheitsprinzip stellt sich nach einer Lehrmeinung, die in Walter Burckhardt ihren markantesten Vertreter gefunden hat, der Vertrag auch im organisatorischen Bereich in Widerspruch zur Grundintention der Rechtsordnung; selbst im Schulbeispiel der Abrede über interkommunale Rechtsbeziehungen wird die rechtsgeschäftliche Vereinbarung als untaugliches Gestaltungsmittel verworfen: «Allein, im Rahmen des staatlichen Verbandes ist anzunehmen, daß im Verhältnis gleichgeordneter Gemeinwesen unter sich diese ebensowenig wie im Verhältnis zu den ihnen untergeordneten Privatpersonen nach subjektivem Ermessen die Verständigung treffen können, so oder anders, wie es ihnen beliebt, oder auch gar nicht; es ist eine Ermessenssache, aber, wie alle Ermessenssachen, ist sie in ihr pflichtgemäßes Ermessen gelegt...»[447]. Diese Auffassung wäre dann – und nur dann – zutreffend, wenn sich jede interkommunale Vereinbarung auf faßbare übergeordnete Richtlinien des objek-

[446] Vgl. oben Ziff. 75–77.

[447] Burckhardt, Organisation, S. 66.

tiv Gebotenen zurückführen ließe. Eine solche Annahme würde letztlich die Leugnung jeder Autonomie bedeuten. Wenn sich zwei Körperschaften über die Ausscheidung ihrer Vermögen[448] oder über die Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe[449] verabreden, dann findet die getroffene Ordnung ihre Rechtfertigung nicht so sehr darin, daß sie die Konkretisierung einer die Beteiligten bindenden übergeordneten Norm bildet, als eben darin, daß sie dem Willen der Partner entspricht. Wenn man in einer Abmachung gleichgeordneter Selbstverwaltungskörper primär die Manifestation einer imperativen Norm sieht, wird postuliert, daß in der Zielsetzung eines konkreten Staates in nuce bereits alle im Rahmen der staatlichen Ordnung ergehenden rechtlichen Anordnungen materiell eingeschlossen und aus ihr inhaltlich deduzierbar seien. Im Denkschema einer derart straff zentrierten Rechtsordnung bleibt für eine echte Selbständigkeit innerstaatlicher Körperschaften kein Raum. Das Bild autonomer lokaler Gestaltung schließt eine nur aus einem Zentrum heraus motivierbare Rechtsordnung aus. Mit dem Konzept der Autonomie verbindet sich die Vorstellung, daß dem Träger lokaler Selbständigkeit eigene Rechte und selbst wahrnehmbare Befugnisse zustehen. Gewiß sind ihm diese formal durch die höhere Einheit verliehen; nur formal, nicht aber materiell sind indessen die autonom ergangenen Anordnungen aus dem übergeordneten Rechtskreis ableitbar. Organisatorische öffentlichrechtliche Verträge weisen insofern – wie mit Recht gesagt wurde[450] – auf eine genossenschaftlich-pluralistische, die Selbständigkeit innerstaatlicher Kollektivitäten anerkennende Staatsstruktur hin. So wird denn auch kein Richter eine interkommunale Abrede über die Ausscheidung von Vermögen oder über die Erfüllung einer gemeinsamen Aufgabe ausschließlich danach auslegen, was er

---

[448] MBV 1948, Nr. 196, S. 456.

[449] BGer 58 II 447; 63 II 36ff.

[450] Buddeberg, S. 139ff.

(der Richter) losgelöst vom Willen der Beteiligten als objektiv geboten erachtet; er wird vielmehr die Abrede entsprechend dem subjektiven Willen der Parteien handhaben.

145. Organisatorische Autonomie (d.h. selbständig wahrnehmbare Organisationsgewalt) schließt daher die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Gestaltung in sich. Rechtsgeschäft und Verfügung vermögen sich freilich gerade hier besonders eng zu durchdringen. Am schwierigsten mag die begriffliche Entwirrung erscheinen, wenn eine zwischen gleichgeordneten Körperschaften getroffene Abrede der Genehmigung durch eine übergeordnete Einheit bedarf. Nach zwei verschiedenen Konzepten lassen sich solche Erscheinungen deuten:

a) Das Gebilde kann grundsätzlich als Rechtsgeschäft, der Genehmigungsakt als ein den rechtsgeschäftlichen Charakter nicht beeinflussendes Perfektionselement gedeutet werden[451].

b) Die rechtsgestaltende Wirkung kann ausschließlich auf den «genehmigenden» Hoheitsakt bezogen werden; dieser tritt an die Stelle der Parteierklärungen, welche rechtlich nur als «gemeinsame Anträge» an die verfügende Behörde zu deuten sind[452].

c) Schließlich ist denkbar, daß – ähnlich dem Beamtenverhältnis[453] – einem intern rechtsgeschäftlichen Verhältnis eine verfügungsmäßig begründete Außenbeziehung überlagert ist. So können z.B. die Beziehungen unter den Trägern eines kommunalen Zweckverbandes rechtsgeschäftliche sein, währenddem sich die Befugnisse des Zweckverbandes als selbständiger Verwaltungseinheit gegenüber Dritten auf hoheitliche Anordnung der Aufsichtsinstanz gründen.

146. Praktisch mag vor allem der Entscheid der Frage, ob ein Genehmigungsakt nur als Perfektionselement eines

---

451 Vgl. oben Ziff. 39, lit. a.

452 Vgl. oben Ziff. 39, lit. b.

453 Vgl. oben Ziff. 128.

Rechtsgeschäftes oder als selbständig gestaltende Anordnung wirke, Schwierigkeiten bieten. Je stärker die Autonomie der Beteiligten betont ist, desto eher wird sich die erste Annahme begründen lassen. Im übrigen wird die Abgrenzung nicht begrifflich, sondern im Hinblick auf die früher aufgezeigte praktische Verschiedenheit der Rechtsfolgen[454] vorzunehmen sein. Der Gesichtspunkt der «wohlerworbenen Rechte» scheidet dabei freilich in den meisten Fällen aus. Befugnisse, die sich auf eine Betätigung der staatlichen Organisationsgewalt gründen, werden in der Regel von der verfassungsmäßigen Eigentumsgewährleistung nicht erfaßt. Mitunter haben freilich die kantonalen Verfassungen den Gemeinden Einzelrechte von vermögensrechtlicher Tragweite durch besondere Vorschrift gewährleistet[455] und damit unter einem anderen Gesichtspunkt auf die Linie der wohlerworbenen Rechte gebracht.

II. Organisatorische Verträge zwischen öffentlichen Körperschaften und Anstalten

147. Durch den Abschluß organisatorischer Verträge verbinden sich öffentliche Körperschaften oder Anstalten zur gemeinsamen Wahrnehmung einer Funktion[456]. Soweit eine Verwaltungseinheit nicht zur ausschließlich eigenen Erfüllung einer Aufgabe verhalten wird, ist daher in ihrer Organisationsgewalt auch die Befugnis zu organisatorischem Kontrahieren eingeschlossen. Dem Prinzip nach sind freilich die meisten Verwaltungseinheiten – so vor allem die Gemeinden – durch das übergeordnete Recht dazu verpflichtet, ihre Obliegenheiten mit eigenen Mitteln wahrzunehmen. Die Möglichkeit des Zusammenwirkens ist ihnen indessen vielfach durch besondere Bestimmungen verliehen – sei es, daß ihnen im Sinne von Spezial-

---

[454] Vgl. oben Ziff. 121.

[455] Vgl. z.B. die Kantonsverfassung von St.Gallen, Art. 32, Abs. 1.

[456] BGer 58 II 447.

klauseln in einzelnen Sachgebieten ein organisatorisches Zusammengehen gestattet wird[457], oder sei es, daß ihnen im Sinne von Generalermächtigungen für beliebige Aufgaben die Schaffung von gemeinsamen Organen[458] («Zweckverbänden»[459]) zugestanden ist. Normalerweise wird die gemeinsame Aufgabe durch eine von den Partnern getragene Zwischenorganisation erfüllt; ausnahmsweise kann aber auch die schon bestehende Organisation eines der Beteiligten für Zwecke der Partner dienstbar gemacht werden (sog. horizontale Aufgabenübertragung[460]). Es entspricht der Engmaschigkeit schweizerischer Verwaltungsdezentralisation und der starken Betonung des Gedankens kollektiv-genossenschaftlichen Zusammenwirkens, daß der Rahmen gemeinsamer Gestaltung weit gesteckt ist. Aus der starken Hervorhebung der lokalen Autonomie ist weiter der Schluß zu ziehen, daß durch die Genehmigung einer organisatorisch-gestaltenden Vereinbarung seitens der Oberbehörde der rechtsgeschäftliche Charakter der Abmachung im allgemeinen nicht beeinträchtigt wird. Eine Ausnahme mag gelten hinsichtlich der interkommunalen Abmachungen über eine Gebietsbereinigung; hier wird der Genehmi-

---

[457] Namentlich den Gemeinden ist in den verschiedensten Bereichen ein Zusammenwirken gestattet, so im Unterrichtswesen (vgl. z.B. Waadt, Gesetz vom 25.2.1908, Art. 4; Gesetz vom 19.2. 1930, Art. 4, 42 und 117; Bern, Gesetz vom 26.6.1856, § 1; Gesetz vom 6. 12. 1925, Art. 3, Abs. 3, Art. 15, Abs. 2) im Armenwesen (Bern, Gesetz vom 28. 11. 1897, § 80), im Vormundschaftswesen (Bern, Gesetz vom 28. 5. 1911, Art. 27, Abs. 2), der Sühnjustiz (Zürich, Gesetz vom 29. 1. 1911, § 1, Abs. 3) und des Löschwesens (Bern, Dekret vom 15. 1. 1919, § 4, Abs. 2).

[458] Vgl. z.B. Basel-Landschaft, Gesetz vom 4.3.1881, § 7, Abs. 1.

[459] Hiezu Feldmann, M., Eingemeindungen und Zweckverbände, VerwZBl 35 (1934), S. 337ff.; Loude, A., Les associations de communes pour l'exploitation des services publics, 1932; Rübel, E., Der kommunale Zweckverband nach zürcherischem Recht, 1936.

[460] Vgl. z.B. Zürich, Gesetz vom 6.6.1926, §§ 16 und 19, Abs. 2.

gungsakt in der Regel als die allein konstitutive Anordnung zu betrachten sein.

148. Organisatorische Vereinbarungen vermögen eine doppelte Funktion zu erfüllen. Sie können – wie es im klassischen Beispiel des Zweckverbandsstatuts zutrifft – als rechtssatzähnliche Regeln selbst in allgemeiner Weise die Organisation bestimmen. Sie können aber auch nur in Erfüllung eines bereits grundsätzlich geordneten Zusammenwirkens ergehen. Das letztere ist der Fall, wenn etwa zwei Versicherungsinstitutionen – im Gegensatz zur Vereinbarung eines grundsätzlichen Zusammenwirkens[461] – im Einzelfall eine Risikoausscheidung vornehmen[462], wenn sich zwei Körperschaften in einer konkreten Angelegenheit über Tragung oder Schlüsselung einer gemeinsamen finanziellen Aufwendung verständigen[463], oder wenn das der Erfüllung einer Aufgabe dienende sachliche Substrat (das Verwaltungsvermögen) neu aufgeteilt oder einem neuen Träger zugewiesen wird[464].

III. Organisatorische Verträge zwischen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft und einer Privatperson

149. Organisatorische Verträge zwischen einer staatlichen Körperschaft und einer Privatperson dienen der Heranziehung eines Einzelnen – zumeist einer juristischen Person des Privatrechtes – zur Miterfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Solche Abmachungen sind namentlich auf der kommunalen Stufe im Gebiete der Fürsorge und der Versorgung häufig: Eine von einer privaten Vereinigung getragene Anstalt wird von einer Gemeinde finanziell unterstützt, während sie sich im Sinne einer Gegenleistung verpflichten muß, die ihr von den Fürsorgebehörden zu-

---

[461] BGer 63 II, 36ff.

[462] BGer 66 I 304/05.

[463] AGVE 1953, S. 255.

[464] SGVP 3, Nr. 401; Layer, S. 38.

gewiesenen Personen zu bestimmten Bedingungen zu betreuen. Ein privates Elektrizitätswerk verpflichtet sich gegenüber einer öffentlichen Körperschaft, deren Einwohner mit Strom zu versorgen[465]. Ein Fürsorgebedürftiger wird von der Behörde einer Privatfamilie zur Betreuung zugewiesen[466].

Die Eingliederung des Privaten in die öffentliche Verwaltung kann verschieden weit reichen. Sie kann bis zur Übertragung öffentlichrechtlicher Zwangsgewalt an einen Privaten gehen; im gegenteiligen Extremfall (z. B. bei einem Niederlassungsvertrag einer Berggemeinde mit einem Arzt[467], der vom Bundesgericht mangels Verankerung in einem öffentlichrechtlichen Erlaß zu Unrecht als privatrechtlich behandelt wird[467a]), ist lediglich die Verpflichtung festgehalten, anderen Privaten im Rahmen privatrechtlicher Abmachungen grundsätzlich zur Verfügung zu stehen. Mit der organisatorischen Vereinbarung kann ferner die Erteilung einer Sondernutzungs- oder einer Monopolkonzession verbunden sein[468].

Die juristische Herausarbeitung der besonderen Organisationsform, die in der Übertragung öffentlicher (hoheitlich oder nicht-hoheitlich ausgeübter) Aufgaben an Private liegt, bleibt in der schweizerischen Lehre und Praxis ungenügend. Sie ist in der französischen und auch in der italienischen Doktrin sehr viel überzeugender durchgeführt;

---

[465] BGer 82 I 217ff.

[466] Apelt, S. 155.

[467] Ti Maß, Nr. 388.

[467a] BGer 54 II 120ff. Um eine privatrechtliche Abmachung handelt es sich deshalb nicht, weil diese nicht im Sinne der früheren Darlegungen (oben Ziff. 48ff.) als ein bloßes Hilfsgeschäft betrachtet werden kann. Die Abmachung bedeutet insofern primäre Aufgabenerfüllung, als damit zugleich die vom Arzt im öffentlichen Interesse wahrzunehmende Funktion umschrieben wird.

[468] So bei einem Reklameverpachtungsvertrag (Vertrag über Besorgung der Reklame auf dem öffentlichen Grund) zwischen einer Stadt und einer privaten Plakatierungsgesellschaft; VerwZBl 1938, S. 289/90.

das Konzept der «concession de service public»[469] sollte in geeigneter Weise (z.B. als Begriff der «Übertragung öffentlicher Aufgaben» bzw. als Anordnung oder Vertrag «über die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private»[470]) auch im schweizerischen Recht Verwendung finden. Ja die Frage stellt sich, ob sich nicht der Begriff der Konzession in fruchtbarer Weise auf Funktionsübertragungen ausdehnen läßt. Nicht jede derartige Übertragung erfolgt freilich durch Rechtsgeschäft. Je weiter die Eingliederung reicht, desto naheliegender ist es, sie durch hoheitliche Anordnung, namentlich durch Gesetz zu vollziehen[471]. Die starke Vorliebe für die Vertragsform ist indessen auch hier unverkennbar.

150. Zu den rechtsgeschäftlichen Aufgabenübertragungen müssen in zahlreichen Fällen auch die Subventionsvereinbarungen gerechnet werden. Die herrschende schweizerische Lehre läßt es gegenüber der sich immer mehr verbreitenden Erscheinung der «öffentlichen Subventionierung Privater»[472] zumeist an der erforderlichen Differenzierung der Erscheinungen fehlen[472a]. Funktionell kann die Subventionierung eines Privaten zwei grundsätzlich verschiedene Bedeutungen haben[473]: Einerseits kann sie selbst

---

[469] de Laubadère, Bd. 1, S. 11; Waline, S. 502/3.

[470] Vgl. oben Ziff. 53.

[471] So ist in Basel-Stadt die «Allgemeine Armenpflege», der die Besorgung der nicht-bürgerlichen Fürsorge übertragen ist, eine von einer privaten Vereinigung getragene Institution, der gemäß Gesetz öffentlichrechtliche Obliegenheiten übertragen sind; vgl. BJM, 1956, S. 227ff.

[472] Vgl. hiezu die bedeutsame Arbeit von Ipsen (allgemeines Literaturverzeichnis) für das schweizerische Recht vgl. vor allem Schindler, D., Die Bundessubvention als Rechtsproblem, 1952.

[472a] Einen wesentlichen Fortschritt bringt die Arbeit von Kistler, die dem Verfasser freilich erst nach Fertigstellung des vorliegenden Manuskriptes bekannt wurde.

[473] Angedeutet ist diese Differenzierung bei Ipsen, S. 463. Auch der Typologie von Kistler liegt (was aus Gründen des Raums nicht näher dargelegt werden kann) letztlich ein ähnlicher Gedanke zugrunde (S. 58, 61).

Aufgabenerfüllung sein (aufgabenerfüllende Subventionierung); in der Förderung und Unterstützung der Subventionsempfänger liegt das eigentliche administrative Fürsorgeziel. Anderseits kann die Subventionierung aber auch nur dazu dienen, die Erfüllung einer durch Delegation auf einen Privaten übergegangenen öffentlichen Aufgabe sicherzustellen (aufgabenübertragende Subventionierung); die Subventionierung ist nicht selbst Daseinsvorsorge, sie erfolgt im Hinblick auf eine vom Empfänger im allgemeinen Interesse wahrgenommene Obliegenheit. Entsprechend dieser funktionellen Verschiedenheit von aufgabenerfüllender und aufgabenübertragender Subventionierung ist auch der rechtliche Charakter der Subventionsvereinbarung ein anderer. So wird die praktisch bedeutsame Streitfrage nach den Rechtsfolgen einer Nichteinhaltung der Subventionsbedingungen[474] von eben dieser Unterscheidung abhängig zu machen sein. Ist der Leistungsempfänger Träger einer öffentlichen Aufgabe, dann wird er unbedingt und zwangsweise zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen angehalten werden können; ist aber der Empfänger lediglich Unterstützter, liegt also in der Zuschußgewährung zugleich die eigentliche Aufgabenerfüllung, kann er sich mit dem Verzicht bzw. der Rückleistung des Empfangenen von jeder weiteren Verpflichtung befreien; die zulässigen Zwangsmittel können nicht über die Rückgängigmachung der Subventionsleistung hinausgehen[475].

151. Nun mag es allerdings in vielen Fällen nicht einfach zu bestimmen sein, ob eine Subventionierung selbst Aufgabenerfüllung oder nur Unterstützung in der Aufgabenerfüllung bedeutet[476]. Das letztere ist z. B. anzunehmen bei

---

[474] Hiezu Schindler, S. 238/9, 245/6, 273; vgl. auch Kistler, S. 131 ff.

[475] Vgl. hiezu die englische Zeitschrift «Public Law», 1956, S. 8ff.; hiezu auch MBV 1956, Nr. 58, S. 184.

[476] So werden aus der Typologie von Ipsen (a.a.O., S. 501ff.) zur ersten Kategorie zu weisen sein: die Subventionen zur Milde-

finanzieller Unterstützung der Fürsorgeeinrichtung einer Unternehmung[477] sowie im Falle der Bausubvention zum Zwecke der Beschaffung von Arbeit und Wohnraum[478] (erst der Empfänger vollzieht durch den Bau des Hauses und die Vermietung der Wohnungen eine Tätigkeit im allgemeinen Interesse). Anders, d.h. als unmittelbar aufgabenerfüllend, werden indessen Produktionskostenzuschüsse zum Zwecke der Durchhaltung notleidender, der Allgemeinheit keine besonderen Dienste erweisender Betriebe[479] zu deuten sein. – Im vorliegenden Zusammenhang, d.h. bei Betrachtung der organisatorischen Abmachung, sind nur die aufgabenübertragenden Subventionierungen von Interesse; durch sie wird der Subventionsempfänger – mag auch die Subventionierung in vielen Fällen eher als Maßnahme zur Abwendung einer eigentlichen Verstaatlichung gedacht sein[480] – zwangsläufig in irgendeiner Form in der Verwaltung eingegliedert. Aufgabenerfüllende Subventionierungen hingegen berühren nicht den organisatorischen Bereich; sie gehören zur staatlichen Daseinsvorsorge.

152. In der Schweiz verneinen nun freilich Lehre und Praxis (namentlich die eidgenössische Praxis) im allgemeinen den Vertragscharakter von Subventionierungen[481]; es wird zumeist angenommen, die Subvention werde durch Verfügung, d.h. durch hoheitlichen Verwaltungsakt zugestanden. Diese These bleibt aber nicht unbestritten; vor allem hat sich die Praxis der Kantone z.T. betont auf einen

---

rung einer Notlage und zur Daseinsfürsorge, die Leistungen mit ausgleichender oder unitarisierender Funktion, sowie die währungs- und devisenpolitisch motivierten Geldzuschüsse. In die zweite Kategorie gehören die Subventionen zur Vermeidung einer Verstaatlichung und zur Förderung jener Einzelwirtschaften, an denen die Gesamtwirtschaft in besonderem Maße interessiert ist.

[477] BGer 62 II 298.

[478] MBV 1943, Nr. 205.

[479] BGer 50 II 297ff.

[480] Ispen, a.a.O., 464.

[481] Schindler, S. 231; BGer 50 II 297, 62 II 298; VEB 11, Nr. 29, 18, Nr. 94; vgl. nun aber Kistler, S. 61ff.

anderen Boden gestellt. Sie neigt dazu, wenigstens einzelne Teile des Subventionsverhältnisses als Vertrag – freilich zumeist als privatrechtlichen Kontrakt (Darlehen, Bürgschaft) – zu verstehen; mitunter wird aber auch das gesamte Rechtsverhältnis vertraglich, und dann im Sinne der öffentlichrechtlichen Vereinbarung, gedeutet[482]. Auffallend ist ferner, daß in der praktischen Abwicklung, so etwa in der Frage der Rückgängigmachung von Subventionsbeschlüssen, selbst die eidgenössische Judikatur[483] Lösungen bevorzugt, die eher einer rechtsgeschäftlichen als einer verfassungsmäßigen Begründung des Subventionsverhältnisses entsprechen. – Ähnlich der vorherrschenden schweizerischen These neigt auch die deutsche Lehre dazu, die Subventionierung der Hoheitsverwaltung zuzuweisen[484]; dabei wird freilich das Subventionsverhältnis in seiner Abwicklung und seiner prinzipiellen Konstruktion in zahlreichen Fällen als ein zweistufiges gekennzeichnet[485]: die grundsätzliche Subventionsbewilligung geht im Sinne eines hoheitlichen Verwaltungsaktes voraus; ihr folgt als «Erfüllungsgeschäft» die Einkleidung der durch Verwaltungsakt zugestandenen Leistung in einen Vertrag des bürgerlichen Rechtes (Darlehen, Bürgschaft).

153. In einer kritischen Würdigung werden gegenüber der dargelegten Anschauung über den Rechtscharakter des Subventionsverhältnisses vor allem folgende Einwendungen zu erheben sein:

a) Die verfügungsmäßige Begründung einer Subvention mag die Regel bilden, wo sich in der Geldzuwendung zugleich die öffentliche Aufgabe erfüllt (d. h. bei den aufgabenerfüllenden Subventionen[486]). Die in einem solchen Rahmen stehende finanzielle Zuwendung des Staates ist zumeist

---

[482] VerwZBl 1934, S. 44.

[483] VEB 11, Nr. 29, 18, Nr. 94.

[484] Ipsen, Seite 466 und 604; demgegenüber E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 54.

[485] Ipsen, 604.

[486] Vgl. oben Ziff. 150, Kistler, S. 49.

rechtssatzmäßig bestimmt; dem Gleichheitsgebot kommt wesentliches Gewicht zu. Auch aufgabenübertragende Subventionen können, wenn sie eine gewisse Häufigkeit haben, eine typisierende rechtssatzmäßige Gestaltung erhalten. Im engen Rechtskreis der Gemeinde und vielfach auch des Kantons bildet es hingegen wohl die Regel, daß Aufgabenübertragungen als einigermaßen isolierte Anordnungen ergehen. Ihre Deutung als Rechtsgeschäfte des öffentlichen Rechtes dürfte nicht nur den praktischen Gegebenheiten besser Rechnung tragen; sie entspricht in den meisten Fällen auch unverkennbar der die Beteiligten bestimmenden Vorstellung. Der öffentlichrechtliche Vertrag findet hier sogar eine seiner bedeutsamsten Anwendungsmöglichkeiten.

b) Größere Schwierigkeiten bietet die Würdigung der deutschen Zweistufigkeits-Theorie. In der bisherigen schweizerischen Praxis hat diese allerdings keinen Niederschlag gefunden. Das erklärt sich nicht zuletzt durch die verschiedenartige Ordnung des Verwaltungsjustizverfahrens. Die Vermutung liegt nahe, daß die deutsche Konzeption durch die besondere Art des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes mitbedingt ist; sie will eine begriffliche Einkleidung der Subventionsgewährung vermitteln, die eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Einschaltung der Gerichte gewährleistet. Dieser Seitenblick auf die Verfahrensordnung entfällt im schweizerischen Recht. Losgelöst von diesem Nebenzweck wird aber die deutsche Lehre kaum als eine den praktischen Gegebenheiten konforme begriffliche Konstruktion zu betrachten sein. Das zu entwickeln, mag im folgenden, ausgehend von einem konkreten Beispiel, versucht werden.

154. Man setze den Fall, einer gemeinnützigen Wohngenossenschaft, die sich zur Aufnahme sozial benachteiligter Mieter verpflichtet, werde von einer Gemeinde ein zunächst festes, später in Raten rückzahlbares unverzinsliches Darlehen gewährt. In einem «zweistufigen» Vorgehen müßte zunächst durch Verfügung die finanzielle Unter-

stützung zugesagt werden; nachher wäre die Darlehensgewährung in den Formen des Zivilrechtes zu vollziehen. Jede konkrete Verpflichtung oder Berechtigung könnte sich indessen rechtlich nur entweder auf die Verfügung oder auf den späteren Vertrag gründen[487]. Zwischen den Parteien wird primär die privatrechtliche Abrede maßgeblich sein. Eine Konstruktion, wonach die Verfügung die «causa» für den nachfolgenden Vertrag bildet, erscheint deshalb ausgeschlossen, weil der privatrechtliche Darlehensvertrag die «causa» in sich selbst hat. Der vorausgegangenen Verfügung ließe sich neben dem Vertrag nur insoweit Bedeutung beilegen, als in ihr Fragen (z.B. Nebenleistungen) geregelt sind, die im Darlehensvertrag nicht geregelt wurden. Dann liegt aber ein Nebeneinander von Verfügung und Rechtsgeschäft und nicht, wie es dem Konzept der «Zweistufigkeit» entspricht, ein Übereinander vor. Zutreffend bleibt lediglich, daß im Rahmen des Darlehensvertrages die rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung des Gemeinwesens im formellen Sinn einen Verwaltungsakt bildet[488]. Diese Erkenntnis bringt aber ebensowenig etwas Neues wie die These, wonach die Nichtigkeit der als Verwaltungsakt gekennzeichneten Verpflichtungserklärung die Ungültigkeit der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung bewirkt. Geht die das Gemeinwesen bindende rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung von unzuständiger Stelle aus oder ist sie in eine nicht zutreffende Form gebracht, dann bleibt sie – als Verwaltungsakt betrachtet – unwirksam. Fehlt es aber an einer wirksamen Parteierklärung, so entfällt die vertragliche Bindung. Darin liegt indessen keine Besonderheit der «zweistufigen» Struktur der Subventionierung[489]; nicht anders verhält es sich mit jedem anderen rechtsgeschäftlichen Handeln des Staates. Die «Zweistufigkeits»-Vorstellung dürfte somit letztlich ein juristisches

---

[487] Vgl. oben Ziff. 112.

[488] Vgl. oben Ziff. 43.

[489] Was übersehen wird bei Ipsen, 609.

Scheinkonzept, eine unzulässige Übertragung kausal-genetischer Vorstellungen auf den Bereich des Sollens bedeuten. Will man erreichen, daß die Subventionsgewährung im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit justiziabel wird, so kann man in Offenheit auch rechtsgeschäftliche (und insofern eben nichthoheitliche) Akte des Staates im Justizverfahren wie Verfügungen behandeln. Eine begriffliche Umprägung bloß um einer begrifflichen Folgerichtigkeit willen ist nicht notwendig.

155. Zusammenfassend wird man somit den aufgabenübertragenden Subventionsbeschlüssen (anders den aufgabenerfüllenden) in der Regel rechtsgeschäftlichen Charakter beizulegen haben. In den meisten Fällen werden sie überdies als öffentlichrechtliche Verträge anzusprechen sein. Aus diesen können freilich Teilabreden (praktisch wohl nur solche über Darlehen oder Bürgschaft) separiert und in zivilrechtliche Form gebracht sein. Daß sich die ganze Rechtsbeziehung in einem zivilrechtlichen Vertrag erschöpft, wird angesichts der üblichen Vielfalt und Breite der getroffenen Abmachungen nur ausnahmsweise zutreffen. Eine ausschließlich verfügungsmäßige Begründung eines aufgabenübertragenden Subventionsverhältnisses wird – so vor allem auf der Ebene von Gemeinde und Kanton – ebenfalls die Ausnahme darstellen.

IV. Der Schiedsvertrag über öffentlichrechtliche Ansprüche

156. Eine besondere Form organisatorischer Vereinbarungen bilden Schiedsverträge über öffentlichrechtliche Ansprüche. In der verwaltungsrechtlichen Lehre werden diese Erscheinungen kaum, in der publizierten Judikatur nur selten berührt. Ihre praktische Bedeutung ist indessen weit größer, als man es auf Grund der spärlichen Literaturhinweise annehmen könnte. Noch auffallender mag erschei-

nen, daß die sowohl die ausländische Lehre[490] wie die veröffentlichte schweizerische Rechtsprechung[491] kennzeichnende Zurückhaltung in der Zulassung von öffentlichrechtlichen Schiedsgerichtsklauseln nicht auch die Haltung der Praxis ist. Entsprechend der Zunahme privater Schiedsabmachungen werden auch zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten vielfach ohne Bedenken Schiedsgerichte zur Beurteilung konkreter streitiger Ansprüche oder – noch weitergehend – zur Behandlung aller aus einer bestimmten öffentlichrechtlichen Rechtsbeziehung entstehenden Streitigkeiten eingesetzt. Zwei Fälle, die dem Verfasser aus dem Bereich des Bundes mitgeteilt wurden, sind für diese Tendenz charakteristisch: Im einen Fall wurde von einem an sich befugterweise zur Festsetzung der Höhe einer Enteignungsentschädigung eingesetzten Schiedsgericht zugleich auch über den Umfang des staatlichen Expropriationsrechtes befunden. Im anderen Fall – und das geht wesentlich weiter – sind durch ein Schiedsgericht Abgabeforderungen des Bundes (freilich nicht Steuerforderungen) beurteilt worden. Aus der publizierten Judikatur läßt sich entnehmen, daß gelegentlich die Meinung vertreten wurde, mit einer Konzession könne die konzessionierende Behörde nach ihrem Belieben Schiedsklauseln verbinden[492]. Da positivrechtliche Vorschriften über die Zulässigkeit einer Schiedsgerichtsbestellung – von wenigen Sondernormen

---

[490] In Frankreich werden Schiedsabreden in öffentlichrechtlichem Bereich von Lehre und Praxis grundsätzlich ausgeschlossen (de Laubadère, Bd. 1, S. 225; Waline, S. 507). Ebenso – dem praktischen Erfolg nach – in Österreich auf Grund von § 6, Abs. 2 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes («Durch Vereinbarung der Parteien kann die Zuständigkeit der Behörde weder begründet noch geändert werden»), vgl. auch die zurückhaltende Stellungnahme in Deutschland, Apelt, S. 181ff.

[491] Hervorzuheben sind vor allem ein in seiner Grundsätzlichkeit vorbildliches Bundesgerichtsurteil von 1915 (BGer 41 II 307), sowie die bernische Praxis (vgl. MBV 1932, Nr. 85).

[492] Vgl. Burckhardt, Bundesrecht, Nr. 2640; demgegenüber BGer 41 II 307ff.

abgesehen[493] – fehlen, erscheint eine grundsätzliche Besinnung auf die Möglichkeiten und Grenzen einer Schiedsgerichtsbestellung für die Behandlung öffentlichrechtlicher Ansprüche nicht überflüssig.

157. Eine Schiedsklausel wirkt nach zwei Seiten hin: einerseits wird gegenüber der allgemeinen Kompetenzordnung im besonderen Fall ein Zuständigkeitsausschluß bewirkt; andererseits erfolgt eine rechtsgeschäftliche Zuständigkeitsbegründung[494]. Da im Zivilprozeß den Parteien die Bestimmung des Gerichtsstandes in weitem Maße freisteht, ein gesetzlicher Gerichtsstand somit vielfach keinen zwingenden Charakter hat, liegen die rechtlichen Schwierigkeiten hier nicht so sehr im Zuständigkeitsausschluß als in der Zuständigkeitsbegründung. Erscheint es zulässig, eine privat geschaffene Institution mit der Beurteilung eines zivilen Rechtsstreites zu betrauen, dann bietet es zumeist keine weiteren Schwierigkeiten mehr, daß damit zugleich die Kompetenz des ordentlichen Richters beseitigt wird. Die das Zivilprozeßrecht bestimmende Formel, wonach Schiedsgerichte nur über frei disponible Ansprüche zu urteilen vermögen[495], ist denn auch primär auf den Aspekt der Zuständigkeitsbegründung zugeschnitten. – Innerhalb des öffentlichen Rechtes liegen die Verhältnisse anders. Auch wenn sich gegen die Einsetzung einer gewillkürten richterlichen Instanz keine rechtlichen Einwände erheben lassen, kann die Bestellung eines Schiedsgerichtes deshalb grundsätzlich ausgeschlossen sein, weil die gesetzliche Zuständigkeit der ordentlicherweise entscheidenden Instanzen als zwingend gedacht ist.

158. Was den Gesichtspunkt der Zuständigkeitsbe-

---

[493] Vgl. z. B. § 18 lit. b des baselstädtischen Allmendgesetzes von 1927, wonach über die vermögensrechtlichen Folgen des Entzuges einer Sondernutzungskonzession ein Schiedsgericht befinden kann. Ferner Art. 19, Abs. 4, des Bundesgesetzes über die Militärversicherung und das Beispiel in VerwZBl 1957, S. 566.

[494] Guldener, M., Das schweiz. Zivilprozeßrecht, S. 513.

[495] Guldener, S. 514/5.

gründung anbelangt, wird sich die das Zivilprozeßrecht bestimmende Maxime, wonach die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Einsetzung einer Entscheidungsinstanz von der Verfügbarkeit des materiellen Anspruches abhängt, auch ins Verwaltungsrecht übernehmen lassen. Vermögen sowohl der beteiligte Private wie das beteiligte Gemeinwesen in ihrem gegenseitigen Verhältnis frei über ihre Rechte zu verfügen, ist damit die erste Voraussetzung erfüllt, um ein Rechtsverhältnis zum Gegenstand eines Schiedsverfahrens zu machen[496]. Die Möglichkeit freier Verfügung wird vor allem dann zu bejahen sein, wenn eine Beziehung rechtsgeschäftlich begründet und gestaltet werden kann[497]. Ein Indiz für die freie Verfügbarkeit mag aber auch darin gesehen werden, daß im Verfahren, das ordentlicherweise zur Entscheidung von Streitigkeiten aus diesem Rechtsverhältnis dient, die schrankenlose Parteimaxime gilt; aus der Verfahrensstruktur lassen sich Rückschlüsse auf die Struktur des materiellen Rechtsverhältnisses ziehen. Ist die Parteimaxime umgekehrt dadurch eingeschränkt, daß z.B. die urteilende Instanz über die Prozeßanträge der Beteiligten hinauszugehen vermag, dann ist die freie Verfügbarkeit zu verneinen.

159. Die Bestellung einer bestehenden Behörde als Schiedsrichter ist – mangels eines besonderen gesetzlichen Vorbehaltes[498] – grundsätzlich unzulässig[499]. Eine solche Anordnung übersteigt den Rahmen einer Schiedsklausel; sie stellt eine Prorogation dar[500]. Da der verwaltungsbehördliche Zuständigkeitskatalog grundsätzlich ein abschließender ist, bedürfen Prorogationsklauseln besonderer gesetzlicher Grundlage. Aber auch formal legalisiert sind diese rechtspolitisch fragwürdig.

---

[496] BGer 42 II 314/5.

[497] BGer 42 II 315.

[498] Vgl. z.B. Art. 112 des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Birchmeier, Bundesrechtspflege, S. 463).

[499] VerwZBl 1927, S. 557/8.

[500] Guldener, S. 176.

160. Selbst wenn aber ein öffentlichrechtlicher Anspruch in die freie Verfügung der Beteiligten gestellt ist, kann die Einsetzung eines Schiedsgerichtes unzulässig sein: der Ausschluß der ordentlichen Entscheidungszuständigkeit kann sich nämlich verbieten; die Zuständigkeit der gesetzlichen Instanz kann zwingend sein[501]. Dieser Zusammenhang läßt sich am Beispiel der Streitigkeiten über den Umfang der Enteignung dartun. Auch wenn nach Eröffnung des Expropriationsverfahrens vielfach frei über das Expropriationsobjekt kontrahiert werden kann[502] und Streitigkeiten über den Umfang der Enteignung der Parteimaxime folgen, läßt sich nicht schließen, daß sich der ordentlicherweise entscheidenden Instanz (im Bund dem Bundesrat, in den Kantonen zumeist dem Regierungsrat) ein Schiedsgericht substituieren läßt. Die Verfügung über das Enteignungsrecht soll mit Rücksicht auf die Bedeutung der Sache einer bestimmten qualifizierten Behörde vorbehalten sein. Dieser Zusammenhang wird dadurch unterstrichen, daß das Streitverfahren vielfach den Charakter einer Einsprache aufweist: die nämliche Behörde, durch die das Enteignungsrecht grundsätzlich verliehen wurde, soll nachträglich in einem justizmäßigen Verfahren prüfen, ob eine Abänderung oder Präzisierung des früheren Beschlusses angezeigt ist. – Einem rechtsgeschäftlichen Zuständigkeitsausschluß steht hingegen da nichts entgegen, wo die Kompetenz der ordentlicherweise entscheidenden Behörde ausschließlich damit motiviert wird, daß die Entscheidung einer Streitigkeit in die Hand einer unabhängigen Instanz gelegt sein soll. Halten die Parteien dafür, daß ihnen ein Schiedsgericht die nämliche Garantie unvoreingenommener Prüfung bietet wie die gesetzliche Behörde, dann steht nichts entgegen, die gesetzliche Kompetenz zurücktreten zu lassen. Unter diesem Gesichtspunkt wird man annehmen dürfen, daß alle im Bund und Kanton

---

[501] MBV 1932, Nr. 85.

[502] Vgl. oben Ziff. 139 lit. b.

noch auf dem Wege der zivilgerichtlichen Administrativjustiz[503], im sog. erweiterten Rechtsweg[504], zu beurteilenden öffentlichrechtlichen Streitigkeiten – Schadenersatzstreitigkeiten insbesondere[505] – einer schiedsgerichtlichen Behandlung zugänglich sind.

§ 11

Konzessionen und ähnliche Rechtsverhältnisse

I. Die Konzession als Rechtsinstitut

A. Wesen und Ursprung

161. Die Konzession in ihren beiden inhaltlichen Ausprägungen, als Sondernutzungskonzession wie als Monopolkonzession, stellt ein lehnrechtliches Relikt innerhalb der modernen Rechtsordnung dar[506]. Durch die Konzessionserteilung trifft der konzedierende Staat formell zwar einen Hoheitsakt[507]; über den Gegenstand dieses Aktes kann er indessen ähnlich wie über ein Privatrecht frei verfügen. Die Konzession gilt daher als konstitutiv-rechtsübertragend[508]: nicht das Gesetz, das im Rechtsstaat grundsätzlich die Stellung des Privaten bestimmt, sondern eine konkrete staatliche Anordnung räumt dem Einzelnen Rechte ein. – Dieses Konzept bleibt freilich nur solange haltbar, als dem Staat in der Erteilung von Konzessionen unter Vorbehalt willkürlicher Rechtshandhabung echtes freies Ermessen zusteht[509]. Kann der Private eine «Konzessions»erteilung auf Grund rechtlicher Vorschriften durchsetzen[510], sind also die Erteilungs- und Verweigerungsgründe normativ-

---

[503] Imboden, Erfahrungen auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtsprechung, ZSR, 1947, S. 15a ff.

[504] Birchmeier, S. 66ff.

[505] MBV 1943, Nr. 83, S. 174.

[506] Imboden, Gesetz, S. 11 ff.

[507] BGer 39 I 198; 48 I 599; MBV 1944 Nr. 192.

[508] BGer 49 I 579; 75 II 120/21.

[509] VEB 21 Nr. 143.

[510] BGer 39 I 198.

rechtssatzmäßig geordnet – was in einer Reihe von Kantonen mit freier Jagd z.B. für das Jagdpatent zutrifft –, dann sinken sowohl die Begriffe «Konzession» wie «Regal» zu rechtlich inhaltsleeren Vorstellungen herab. Daß das «konzedierte» Recht eine Befugnis des Staates sei, wird zu einer bloß historischen Reminiszenz. Nur deshalb wird auch vom Juristen an ihr noch so zäh festgehalten, um nicht die bei der «Konzessionierung» zu entrichtende Abgabe, soweit sie die Grenzen einer Gebühr übersteigt, als Steuer im Rechtssinne deklarieren zu müssen.

B. Verfügung oder Vertrag

162. Die rechtliche Deutung des Konzessionsaktes ist kontrovers. Die Anschauung, die wohl bis vor kurzem die vorherrschende, wenn freilich auch nicht die unbestritten maßgebliche war[511], deutete ihn als antragsbedürftige Verfügung[512]; die Bindung des Konzessionärs wurde «nicht aus einer vertraglichen Verständigung, sondern ausschließlich aus seiner Unterwerfung unter den Konzessionsinhalt»[513] hergeleitet. Mit dieser These war es indessen schwer in Einklang zu bringen, daß mit einer Konzession vielfach Klauseln verbunden sind, die ähnlich einem Vertrag das Ergebnis einer Verständigung von Konzedent und Konzessionär bilden, ja, die jeweils im eigentlichen Sinn «eingehandelt» werden. Praktisch wurden solche Sonderabreden von jeher wie rechtsgeschäftliche Vereinbarungen gehandhabt: ein einseitiges Zurückkommen des Konzedenten in Übereinstimmung mit den für den Widerruf von Verfügungen aufgestellten Regeln wurde ausgeschlossen[514]. Das im Schrifttum entwickelte Konzept zur theore-

[511] Vgl. vor allem BGer 57 I 334/35, wo erklärt wird, die Konzession sei «einem durch Vertrag begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar».

[512] BGer 29 II 424; 34 II 837; 47 I 226; 50 I 403; vgl. auch noch BGer 71 I 196. Hiezu ferner E. Blumenstein in MBV 1930, S. 433 ff.

[513] BGer 43 II 448/49.

[514] BGer 65 I 302; 71 I 223; 74 I 470/71.

tischen Untermauerung dieses Ergebnisses ging dahin, daß es als zulässig bezeichnet wurde, «außerhalb des eigentlichen Konzessionsinhaltes» auf rechtsgeschäftlichem Weg vertragliche «Nebenabreden» zu schließen[515]. Diese Betrachtungsweise ist vom Bundesgericht in einem Entscheid von 1954[516] – in Anlehnung an frühere Hinweise in der schweizerischen Rechtsprechung[517] und wohl nicht unbeeinflußt von Vorstellungen des französischen Rechtes[518] – zur Grundlage einer neuen Deutung des Konzessionsverhältnisses gemacht worden: die Konzession wurde als komplex strukturiertes Gebilde gekennzeichnet, in dem verfügungsmäßige Anordnungen mit vertraglichen Abreden («des clauses... fondées sur un accord») verbunden sind[519].

C. Die komplexe Struktur der Konzession

163. Entsprechend der innerlich zwiespältigen Natur des Regals und der Hoheit über öffentliche Sachen als «verfügbare Hoheitsrechte», als «Privatrechte, die wie Hoheitsrechte gehandhabt werden»[520] oder besser: als «Hoheitsrechte, die wie ein Privatrecht gehandhabt werden»[521], läßt sich auch die rechtliche Konstruktion der Konzession nicht nur einem einzigen Gesichtspunkt unterordnen:

a) Die durch Konzession zu verleihende Befugnis kann – wie es z.B. für die Konzessionen der eidgenössischen Alkoholgesetzgebung zutrifft[522] – eine scharfe gesetzliche Typisierung, d.h. eine relativ einläßlich rechtssatzmäßige Durchnormierung erfahren haben. In diesem Fall ist anzu-

---

[515] Speiser, S. 42; Kellerhals, S. 44; ablehnend Jedlicka, S. 87; Reusch, S. 43.

[516] BGer 80 I 245/47.

[517] Vgl. z.B. BGer 41 I 310.

[518] Vgl. oben Ziff. 23 lit. c, Anmerkung 87 in fine.

[519] Auch dieser Entscheid hat freilich der Kritik gerufen, vgl. H. Huber in Zeitschrift d. bernischen JV 1956, S. 54.

[520] Eugen Huber, System und Geschichte, 3. Bd., S. 640.

[521] Imboden, Gesetz, S. 12, Anm. 22a.

[522] Alkoholgesetz Art. 3ff.; VollziehungsVO Art. 4ff.

nehmen, daß auch die im Einzelfalle begründeten Rechte und Pflichten auf die allgemeinen Normen ausgerichtet sein sollen, daß sich deren Entstehung also auf Gesetz und Verfügung gründet. Im Sinne eines abstrakten Idealtyps ist eine Konzession denkbar, deren Inhalt in vollem Umfang durch Rechtssätze fixiert, deren Erteilung indessen immer noch ins freie Ermessen der Behörde gestellt ist. Praktisch verhält es sich indessen aller Regel nach so, daß mit der restlosen rechtssatzmäßigen Durchnormierung einer Verleihung auch die Erteilungs- und Verweigerungsgründe gesetzlich bestimmt werden. Damit wird aber an die Natur der Konzession als rechtsübertragende (nicht nur rechtsbestätigende) Bewilligung gerührt. Wenn die Konzession konsequent auf die Linie verfügungsmäßiger Rechtsgestaltung gebracht ist, geht sie somit in der Regel ihres spezifischen Charakters verlustig. Das zeigt, daß das Konzept der «Verfügung» nur einer polaren Möglichkeit innerhalb des mit «Konzession» bezeichneten komplex strukturierten Gebildes entspricht, daß es indessen niemals das Wesen dieser Institution voll auszudrücken vermag.

b) Unverkennbar – und aufs Ganze gesehen nicht weniger deutlich als die den Verfügungscharakter betonenden Züge – sind die vertraglichen Momente. Die Einräumung einer Sondernutzungskonzession kommt einer rechtsgeschäftlichen Einräumung eines beschränkt-dinglichen Rechtes an einer öffentlichen Sache praktisch in vielen Fällen völlig gleich: In freier Vereinbarung werden die gegenseitigen Pflichten und Rechte festgelegt. Rechtssätze, die deren Inhalt vorbestimmen, fehlen mitunter gänzlich. Es ist nichts mehr als eine Äußerlichkeit, wenn das Ergebnis der Verhandlungen schlußendlich nicht in einem beidseitig unterzeichneten «Vertragsdokument», sondern (nach vorheriger förmlicher Genehmigung des Konzessionsentwurfes durch den Konzessionär) in einem vom Konzedenten ausgehenden «Verleihungsakt» niedergelegt wird. Ja, mitunter wird sogar nicht einmal die äußere Fassade eines Hoheitsaktes gewahrt; die Konzessionserteilung erfolgt

durch eine Anordnung, die sich auch äußerlich als Kontrakt darbietet[523]. Alles weist unter diesen Voraussetzungen auf den vertraglichen Charakter der begründeten Beziehung hin[524]: Die ohne rechtssatzmäßige Bindung durch Willensübereinkunft begründeten Rechte und Pflichten lassen sich allein unter dem Gesichtspunkt ihrer subjektiven Willensgemäßheit auslegen und überprüfen. Daß die Verleihung selbst gegenüber dem Gesetzgeber wohlerworbene Rechte begründen kann[525] und daß ein einseitiges Zurückkommen, wenn überhaupt, so nur in den Grenzen der clausula rebus sic stantibus statthaft ist[526], bleibt von der Praxis anerkannt.

164. Angesichts der festgestellten Gegebenheiten bleibt das geflissentliche Übersehen vertraglicher Elemente innerhalb der Konzession[527] schwer verständlich. Im Grunde gelangt der rechtsgeschäftliche Charakter der Verleihung bereits durch die Formel, der Konzessionär habe sich «dem Konzessionsinhalt»[528] zu unterwerfen, in versteckter Form zur Anerkennung. Bei konsequenter Verwirklichung des Konzeptes des «Verwaltungsaktes auf Unterwerfung» hätte nicht die Unterwerfung unter den «Inhalt» der konkret erteilten Verleihung, sondern die Unterwerfung unter die «Konzessionshoheit» (bzw. die Konzessionsgesetzgebung) verlangt werden müssen. Bleibt nämlich die Zustimmung des Konzessionärs spezifiziert, d.h. ist sie an die einzelnen Bestimmungen der Verleihung gebunden, dann liegt es nahe, diese einzeln genehmigten Klauseln als «Abreden» zu verstehen und unter dem Gesichtspunkt ihrer

---

[523] So beim Jagdpachtvertrag (VerwZBl 1955, S. 268 und SGGVP 1956, Nr. 82, S. 194) und bei der Bergbau-Konzession (Hagenbüchle, ZSR 1957, S. 113a).

[524] Vgl. oben Ziff. 121.

[525] BGer 65 I 303; H. Huber, Gedächtnisschrift W. Jellinek, S. 464.

[526] BGer 65 I 302; 71 I 223; Grätzer, S. 79.

[527] Apelt, S. 103.

[528] BGer 43 II 448/49.

subjektiven Willensgemäßheit zu handhaben und zu deuten. Als hoheitlich-verfügungsmäßig festgelegt kann eine Anordnung nur dann gelten, wenn die Zustimmung des Konzessionärs eine nicht spezifizierte bleibt, wenn in ihr nichts anderes als eine grundsätzliche Unterstellung unter die Normierungsbefugnis des verleihenden Gemeinwesens liegt. Das trifft zu, soweit eine Anordnung der Verleihungsbehörde rechtssatzmäßig gebunden ist[529]. Rechtssätze gelten unbesehen ihrer Anerkennung durch den Normadressaten; durch «Zustimmung» beeinflußbar ist lediglich die grundsätzliche Gegebenheit, daß ein Privater Konzessionär wird und damit für sich die Maßgeblichkeit der für Konzessionäre normativ festgelegten Rechte und Pflichten bewirkt.

165. Mit der Feststellung, daß sich im Konzessionsverhältnis rechtsgeschäftliche Elemente mit Elementen der Verfügung verbinden, ist freilich die Frage nach der rechtlichen Struktur der Konzession noch nicht endgültig gelöst. Das Problem bleibt, in welcher Art sich diese heterogenen Gestaltungsprinzipien verbinden:

a) Die sich für das Beamtenverhältnis aufdrängende Konstruktion, wonach einer internen vertraglichen Abrede die hoheitliche Pflicht- und Zuständigkeitsübertragung überlagert ist[530], dürfte hier kaum verwendbar sein. Charakteristisch für das öffentliche Anstellungsverhältnis bleibt die relativ große Freiheit, die dem Gemeinwesen hinsichtlich der Fortgestaltung einer einmal begründeten Anstellung zukommt. Im Unterschied dazu erfährt das Konzessionsverhältnis im Zeitpunkt seiner Begründung eine relativ starre Fixierung; die Rechtsbeziehung wird bei Beginn nicht nur in ihrem Hauptinhalt, sondern vielfach auch in Nebenfragen ein für allemal klar umrissen.

---

[529] Nicht anders verhält es sich, soweit der Staat zwar im Rahmen einer Verfügungsermächtigung handelt, dabei indessen (ähnlich den Verhältnissen bei der polizeilichen Generalklausel) gehalten bleibt, das jeweilige öffentliche Interesse wahrzunehmen.

[530] Vgl. oben Ziff. 132.

b) Gangbar dürfte nur der vom Bundesgericht beschrittene Weg sein, das Konzessionsverhältnis sachlich zu zergliedern und die einzelnen Klauseln ihrer Natur nach als rechtsgeschäftlich oder als verfügungsmäßig begründet zu kennzeichnen. Diese Betrachtung widerspricht allerdings der verbreiteten Neigung, Rechtsbeziehungen kausal-genetisch zu deuten. So hat, was die Konzession anbelangt, die Lehre immer wieder versucht, zunächst die begriffliche Frage nach dem Grundcharakter der Verleihung zu stellen und dann daraus die rechtliche Bedeutung der einzelnen Konzessionsklauseln zu bestimmen. Methodisch widerspricht dieses Vorgehen dem praktischen Endziel der Rechtserkenntnis. Gewiß wird die Frage nach dem im Einzelfall dominierenden Charakter der Verleihung nicht zu vermeiden sein. Es ist indessen darüber Klarheit zu schaffen, was mit dieser Frage praktisch gemeint ist. Zweierlei ist denkbar. Einmal läßt sie sich als Forschen nach einer rein statistischen Gegebenheit verstehen. Welche Züge – die verfügungsmäßigen oder die rechtsgeschäftlichen – sind «häufiger»? So betrachtet wird man vielleicht sagen dürfen, daß bei der Monopolkonzession (ausgenommen vielleicht der Bergbaukonzession[531]) die Gesetzgebung im allgemeinen den Verfügungscharakter stärker unterstreicht – nur einzelne Abreden können in ihrem Rahmen als rechtsgeschäftlich begründet gelten[532] –, während umgekehrt bei Sondernutzungskommissionen, Sonderfälle wiederum vorbehalten[533], der Vertragscharakter dominieren dürfte. So-

[531] Vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 27.3.1956 i.S. H. gegen Kt. Waadt.

[532] Deutliche Hinweise auf den rechtsgeschäftlichen Charakter einzelner Konzessionsklauseln finden sich denn auch in der Gesetzgebung; vgl. z.B. Graubünden, Wasserrechtsgesetz von 1906, Art. 6, Ziff. 3 («gesetzliche oder vertragliche Verpflichtungen») und Bern, Gesetz über die Nutzung des Wassers von 1950, Art. 17, Abs. 2 (Der Regierungsrat kann «Rechte ausbedingen, die mit der Geschäftsführung der Konzessionäre im Zusammenhang stehen»).

[533] Ausnahmsweise (vgl. z.B. baselstädtisches Allmendgesetz

dann wird man die Frage nach dem überwiegenden Charakter einer Verleihung aber auch als Aufforderung dazu verstehen können, den Gesichtspunkt zu bestimmen, unter dem sich der grundsätzliche Bestand eines Konzessionsverhältnisses beurteilt. Sind Gründe der subjektiven Willensgemäßheit (z.B. Willensmängel) oder der objektiven Rechtmäßigkeit entscheidend, wenn streitig ist, ob überhaupt eine gültige Konzession erteilt wurde? Da zum mindesten das «ob» der Verleihung ins freie Ermessen der Behörde gestellt ist[534], wird diese praktische Frage grundsätzlich nach dem für Rechtsgeschäfte passenden Maßstab zu entscheiden sein. Das bestätigt indirekt auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung, indem sie die Konzession als solche einem wohlerworbenen Recht gleichsetzt.

II. Die Schranken der Konzessionsautonomie

166. In der Praxis zeichnet sich gelegentlich die Vorstellung ab, daß «im Rahmen einer Konzession auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung von der Einhaltung der allgemeinen Rechtsordnung dispensiert werden kann»[535]. Die Konzession wird damit zum Einfallstor eines umfassenden Gesetzesdispenses. Diese Auffassung gründet sich allerdings nicht nur auf eine Verkennung der Grenzen der Konzessionsautonomie, sondern ebensosehr auf eine einseitige Deutung des Legalitätsprinzips, das nur als Grundsatz zur Verhinderung ungesetzlicher Belastungen verstanden wird[536]. Kritisch ist zu dieser Anschauung zweierlei zu bemerken:

a) Wie das Bundesgericht in anderen Entscheiden selbst

---

von 1927) kann auch die Sondernutzungskonzession durch Gesetz klar typisiert sein.

[534] Vgl. oben Ziff. 163a.

[535] Imboden, Gesetz, S. 16.

[536] Imboden, Gesetz, S. 18ff., namentlich S. 22, Anm. 51.

zum Ausdruck bringt, können im Rahmen einer Konzession in jedem Fall nur bei bestehendem Sachzusammenhang[537] Fragen geregelt werden, die unmittelbar weder die gestattete Sondernutzung noch die durch Verleihung zugelassene monopolisierte Tätigkeit betreffen.

b) Auch soweit ein Sachzusammenhang besteht, können zwingende gesetzliche Vorschriften im Rahmen einer Konzession weder wegbedungen noch eingeschränkt werden. Eine Abmachung über rechtssatzmäßig bestimmte Abgaben – namentlich über Steuern[538] – kann daher nur insoweit Bestand haben, als sie sich als internes Leistungsübernahme-Versprechen deuten läßt[539] und als das konzedierende Gemeinwesen zum Abschluß einer derartigen internen Abmachung befugt ist.

III. Andere Abreden über öffentliche Sachen oder monopolisierte wirtschaftliche Tätigkeiten

167. Das Monopol bzw. das Regal als ein verfügbares wirtschaftliches Nutzungsrecht des Staates und in gleicher Weise die einer privatrechtlichen Befugnis in gewissem Sinne verwandte öffentlichrechtliche Sachhoheit lassen noch in anderer Weise als im Rahmen einer eigentlichen Konzession öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte zu:

a) Einer Regelung in den Formen des öffentlichrechtlichen Kontraktes sind namentlich einzelne Beziehungen zwischen den Inhabern einer öffentlichen Sache und den

---

[537] BGer 71 I 200. Der Sachzusammenhang wurde bei einer Rückkaufsklausel mit Recht bejaht, BGer 81 I 18 (unbegründet ist daher die Kritik von H. Huber in Zeitschrift des bernischen JV 1957, S. 107).

[538] BGer 65 I 297ff.; VerwZBl 41, S. 49ff.; MBV 1938, Nr. 211, S. 394.

[539] Vgl. oben Ziff. 110.

Anstößern zugänglich[540] (z.B. Unterhaltspflicht an Straßen und Flüssen[541], Mehrwertsbeiträge[542]).

b) Sind Konzessionäre in ihrem gegenseitigen Verhältnis befugt, den Inhalt ihrer Rechte innert bestimmter Grenzen autonom zu verändern, so werden auch solche Abmachungen als öffentlichrechtliche Verträge zu deuten sein[543]. Den nämlichen Charakter kann die Übertragung der Verleihung auf einen anderen Berechtigten aufweisen[544].

§ 12

Verträge im Bereiche der Eingriffsverwaltung

I. Der Pflichtlagervertrag[545]

A. Bedeutung und rechtliche Natur

168. Der Pflichtlagervertrag, der sich heute auf das Bundesgesetz über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge von 1955 gründet, stellt im geltenden Verwaltungsrecht des Bundes wohl das bedeutsamste Beispiel eines in den Formen

---

[540] Dabei bleibt die enge Verflechtung mit zivilrechtlichen (nachbarrechtlichen) Verhältnissen zu beachten, vgl. SGVP 2, Nr. 435.

[541] Apelt, S. 142ff., Jedlicka, S. 60/61.

[542] Revue 1956, S. 167; vgl. unten Ziff. 178c.

[543] Vgl. Art. 32, Abs. 3 des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

[544] BGer 63 II 297.

[545] Allgemeine Literatur zum Pflichtlagervertrag: Hauser, W., Die kriegswirtschaftliche Gesetzgebung des Bundes, Zeitschrift des bernischen JV, 1940, S. 257ff.; Lautner, J. G., System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechtes, 1943, namentlich S. 221–339; Redli, M., Der Pflichtlagervertrag, Zü. Diss. 1953; Schmuki, H., Die rechtliche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate, Zü. Diss. 1945; Sieben, A., Über die Pflichtlager, SJZ, Bd. 46, S. 274ff.; Ziegler, K. A., Das Pflichtlager, Diss. Basel, 1955; Zipfel, O., Kriegswirtschaftliche Vorbereitungen, Schweiz. Zeitschrift f. Volkswirtschaft u. Statistik, Bd. 86, S. 477. Gesetzliche Grundlage: Bundesgesetz über die wirtschaftliche Kriegsvorsorge vom 30. Sept. 1955, namentlich die Art. 7, 10–12 und 26.

des öffentlichen Rechtes abgeschlossenen Rechtsgeschäftes dar. Am Vertragscharakter ist nach Wortlaut und Intention des Gesetzes[546] kaum zu zweifeln[547]. An sich hätte freilich die betriebliche Lagerhaltung zur Kriegsvorsorge rechtlich-konstruktiv auch durch Rechtssatz und gesetzesgebundene Verfügung geordnet werden können. Dieser Weg wurde nicht beschritten. Im Sinne eines Entgegenkommens an die der Privatwirtschaft geläufigen Gestaltungsformen wurde einer vertraglichen Regelung der Vorzug gegeben. Unter den heutigen Gegebenheiten müßte eine rechtliche Umdeutung des Pflichtlagervertrages zur Verfügung schon daran scheitern, daß sich eine Reihe von Vertragsklauseln nicht auf einen unmittelbar anwendbaren Rechtssatz zurückführen lassen; wenn der Gesetzgeber die Regelung der betrieblichen Vorratshaltung auf den Vertragsweg verwies, dann ging er unverkennbar von der Vorstellung aus, die Zustimmung des Betriebsinhabers vermöge im Einzelfall an die Stelle rechtssatzmäßiger Pflichtbegründung zu treten. Lediglich einzelne sich unmittelbar an gesetzliche Normen anlehnende «Vertrags»-bestimmungen (nicht aber der «Vertrag» als Ganzes) könnten allenfalls als Verfügungen verstanden werden. Wie weit eine solche Deutung möglich ist, wird später zu prüfen sein[548].

169. Daß auf den Pflichtlagervertrag öffentliches Recht und nicht das für die Regelung der in Frage stehenden Beziehung gänzlich ungeeignete Privatrecht[549] Anwendung findet, mag am deutlichsten an dem zur Zwangsdurchsetzung vorgesehene Verfahren (Weiterzug der Entscheide der Schiedskommission mittels Verwaltungsge-

---

[546] Vgl. vor allem Art. 7 des Bundesgesetzes.

[547] Das Bundesgericht läßt im Urteil vom 19.12.1956 freilich offen, ob es sich um einen Vertrag oder eine Verfügung handelt; im Sinne des Vertrages sprach sich hingegen die Vorinstanz aus.

[548] Vgl. unten Ziff. 174.

[549] Der öffentlichrechtliche Charakter wird auch vom Bundesgericht bejaht (Urteil vom 19.12.1956).

richtsbeschwerde ans Bundesgericht) ersichtlich sein. Aber auch der Inhalt einzelner Vertragsklauseln - so die Bestimmung über die «steuerrechtlichen Erleichterungen» – schließt die Anwendung des Zivilrechtes zwingend aus. Als materiell privatrechtlich läßt sich indessen die zwischen dem Bund und einem privaten Kreditinstitut abgeschlossene Vereinbarung über die Kreditlager-Finanzierung verstehen, die wesentlich ein Einstehen der Eidgenossenschaft für die kreditierte Warenschuld vorsieht.

170. Kaum ein anderes Beispiel zeigt so eindrücklich wie der Pflichtlagervertrag, wie wenig die alte Formel noch richtig ist, daß der öffentlichrechtliche Vertrag vor allem der Berücksichtigung des «Besonderen» dient. Durch ein praktisch nicht abänderbares Formular ist der Vertragsrahmen vorbestimmt[550]; individueller Festlegung bedürfen nur Art und Menge der einzulagernden Waren, der Einlagerungsort und (freilich nicht immer) die mit der Vertragsüberwachung betraute Kontrollstelle[551]. Darüber hinaus können hinsichtlich der zur zwischenbetrieblichen Verteilung des Lagerrisikos und der Lagerkosten bestimmten Garantiefonds besondere Bestimmungen aufgestellt werden[552]. So wird denn auch in den sich auf das Kriegsvorsorgegesetz stützenden besonderen Bundesratsbeschlüssen über die Lagerhaltung in einzelnen Warensektoren ausdrücklich bestimmt: «Die Einzelheiten der Lagerhaltung werden durch einheitliche Verträge zwischen dem Eidg. Volkswirtschaftsdepartement und den Importeuren geordnet»[553].

---

[550] Redli, S. 56/57. Im einzelnen sind gegenwärtig rund 20 Formulartypen im Gebrauch; im folgenden wird auf Nr. DWK 10/1 Bezug genommen.

[551] Vertragsformular Art. 1, 2 und 8.

[552] Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes.

[553] Vgl. die vier Bundesratsbeschlüsse über die Vorratshaltung an Kaffee, Zucker, Rohphosphat und Kalidünger vom 31. Aug. 1956, Art. 5; ebenso die zwei Bundesratsbeschlüsse über die Vorratshaltung an flüssigen Treib- und Brennstoffen und an Maschinenschmierölen vom 21. Sept. 1956, Art. 4.

B. Freiheit und Zwang

171. Der Abschluß des Pflichtlagervertrages ist dem Unternehmer grundsätzlich freigestellt. Von zwei Seiten her versucht indessen die staatliche Rechtsordnung, im Sinne einer indirekten Lenkung den Vertragsabschluß zu fördern:

a) Einmal werden denjenigen, die Verträge eingehen, Vorteile in Aussicht gestellt. Einzelne dieser Zusicherungen (so die Abnahme des nicht versicherbaren Lagerrisikos durch den Bund oder die Finanzierungserleichterungen[554]) stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit den vom Pflichtlagerhalter eingegangenen Risiken und den von ihm getätigten Aufwendungen. Soweit dies zutrifft, stellen sie innerlich adäquate Gegenleistungen dar. Problematisch aber erscheinen jene Vorteile, die – wie vor allem die in Aussicht gestellten Steuererleichterungen[555] und in gewissem Sinne auch die Garantie eines minimalen Eigenanteils im Falle einer kriegswirtschaftlichen Ablieferungspflicht[556] – zu den Aufwendungen des Pflichtlagerhalters nur eine entferntere Beziehung haben und somit einen zum Teil inkommensurablen ökonomischen Ausgleich bewirken.

b) Umgekehrt werden jenen, die keine Verträge abschließen, Nachteile angezeigt. Sie können im Falle der Einführung einer Bewilligungspflicht für den Import bestimmter Waren gänzlich von der Einfuhr ausgeschlossen werden[557]. Diese Möglichkeit der Nachteil-Androhung hat für eine ganze Reihe von Produkten praktische Bedeutung erlangt. Die in Art. 41 Abs. 3 des Bundesgesetzes von 1955 für drei Jahre als weiterhin geltend bezeichneten Bundesratsbeschlüsse sehen obligatorisch[558] oder doch fakulta-

---

[554] Bundesgesetz Art. 10, Abs. 1.

[555] Vgl. unten Ziff. 176.

[556] Vgl. unten Ziff. 175.

[557] Bundesgesetz Art. 8.

[558] Vgl. z.B. BRB über die Vorratshaltung an Futtermitteln von 1949, Art. 2.

tiv[559] die Zuweisung von Importkontingenten nur an Pflichtlagerhalter vor. Ebenso wird in den im Jahre 1956 auf Grund des Kriegsvorsorgegesetzes neu ergangenen Bundesratsbeschlüssen über die Vorratshaltung an Zucker, Kaffee, Rohphosphat, Kalidünger, flüssigen Treib- und Brennstoffen sowie Maschinenschmierölen die Erteilung von Einfuhrbewilligungen imperativ «vom Abschluß und der Erfüllung eines Vertrages abhängig gemacht, worin sich der Importeur verpflichtet, «innerhalb der Landesgrenzen» entsprechende Waren «auf Vorrat zu halten»[560].

172. Die Problematik dieses Systems indirekten Abschlußzwanges ist offensichtlich. Wird innerhalb einer grundsätzlichen rechtssatzmäßigen Ordnung danach differenziert, ob ein Privater einen im Prinzip in sein freies Belieben gestellten Vertrag abgeschlossen hat, dann ist auch im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung eine Gleichbehandlung aller in Frage gestellt. Läßt es sich etwa innerlich motivieren, einen Betrieb im Falle einer kriegswirtschaftlichen Ablieferungspflicht deshalb zu benachteiligen, weil er z.B. «wegen ungenügender Solvenz»[561] nicht in der Lage war, eine Bevorschussung der Lagerhaltung durch eine Bank zu erreichen? Ist es weiter begründbar, demjenigen, der aus äußeren Gründen die in einem Pflichtlagervertrag zu übernehmenden Leistungen nicht erbringen kann, grundsätzlich keine Importkontingente zuzuteilen, während umgekehrt ein anderer, für den die mit der Pflichtlagerhaltung verbundenen steuerlichen Vorteile aus besonderen Gründen (z.B. hohe Steuersätze) besonders stark ins Gewicht fielen, auch noch in der Importzuteilung begünstigt wird? Gewiß bleibt einzuräumen, daß die Praxis bestrebt ist, solche Härten nach Möglichkeit zu vermeiden; es wird einerseits für einen Ausgleich der Pflicht-

[559] Vgl. z.B. BRB über die Vorratshaltung an Antibiotika von 1952, Art. 3.

[560] Vgl. die vier Bundesratsbeschlüsse vom 31.8.1956, Art. 3; ebenso die zwei Beschlüsse vom 21.9.1956, Art. 2.

[561] Vertragsformular Art. 5, Abs. 2.

lagerkosten gesorgt und anderseits werden diskriminierende Anordnungen unter billiger Berücksichtigung jedes Einzelfalles getroffen. Diese rücksichtsvolle Handhabung der Vorschriften kann indessen über die dem System zugrunde liegende Problematik nicht hinwegsehen lassen.

173. Es stellt sich weiter die Frage, wie sich die bei der Nichteinhaltung von Vertragsbestimmungen vorgesehenen Sanktionen innerlich mit dem rechtsgeschäftlichen Charakter der getroffenen Einzelregelung vertragen. – Vier Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber dem Pflichtlagerhalter werden in die Hand des Bundes gelegt:

a) Gemäß Art. 25 des Bundesgesetzes kann der Bund bei Verletzung von gesetzlichen Vorschriften und Einzelverfügungen oder bei Nichterfüllung von «Bedingungen» Verwaltungszwang anwenden. Der Begriff «Bedingung» wird vielfach auch auf Pflichtlagervereinbarungen bezogen. Diese Deutung hätte zur Folge, daß der Bund die Einhaltung des einmal abgeschlossenen Vertrages durch Ersatzvornahme und unmittelbaren Zwang durchzusetzen vermöchte. Mit dem Wortlaut des Pflichtlagervertrages ist diese Auffassung indessen kaum in Einklang zu bringen: für den Fall der Vertragsverletzung werden lediglich Kündigung, Konventionalstrafe und eigentliche Strafe vorgesehen. Anderseits kann es wohl wiederum nicht die Meinung der gesetzlichen Ordnung und der vertraglichen Regelung sein, dem Bund überhaupt keinen direkt durchsetzbaren Anspruch auf Vertragserfüllung zuzugestehen und ihn auf indirekte Sanktionen zu beschränken; mit dem Vertragskonzept erscheint es nur nicht ohne weiteres vereinbar, daß der Vertragspartner selbst zur Zwangsdurchsetzung ermächtigt wird, daß also eine Regelung, die nach dem subjektiven Willen beider Beteiligten zu handhaben ist, im Konfliktsfall von einer Seite bestimmt wird. Eine dem Ergebnis nach vernünftige und innerlich ausgewogene Lösung ließe sich darin finden, daß Maßnahmen zur Zwangsdurchsetzung – nicht anders als der Erfüllungszwang mit Bezug auf einen privatrechtlichen Vertrag – nur von dem

zur Streitentscheidung eingesetzten Richter, hier der Schiedskommission[562], nicht aber einseitig von der Verwaltung getroffen werden können.

b) Auf Grund des Vertrages kann sodann der Delegierte für die wirtschaftliche Kriegsvorsorge von einem vertragswidrig handelnden Pflichtlagerhalter Konventionalstrafen einfordern. Dieser Einforderung kommt indessen – und insofern bleibt die Vertragsvorstellung gewahrt – nicht die Bedeutung einer verbindlichen verfügungsmäßigen Festsetzung zu. Wird die Konventionalstrafe grundsätzlich oder ihrer Höhe nach nicht anerkannt, so hat die Behörde ihren Anspruch bei der Schiedskommission geltend zu machen[563].

c) Im Sinne eines Spezialtatbestandes wird sodann die vorsätzliche mengenmäßige Verringerung oder die qualitätsmäßige Verschlechterung eines Pflichtlagers unter Strafe gestellt. Die Bestrafung ist indessen nur möglich, soweit zur Pflichtlagerfinanzierung ein vom Bund garantierter Bankkredit in Anspruch genommen wurde. Sie hat somit wesentlich den Charakter einer Sicherung des Kreditzweckes und kann nicht als allgemeine pönale Sanktion für Vertragsverletzungen angesprochen werden.

d) Kann von den bisher erwähnten Einwirkungsmöglichkeiten gesagt werden, daß sie durch ihre Ausgestaltung den Vertragscharakter der Pflichtlagerordnung nicht nur nicht beeinträchtigen, sondern im Gegenteil noch hervorheben, so läßt die vierte Einwirkungsmöglichkeit wiederum den in der Sache liegenden, niemals voll überbrückbaren Widerspruch deutlich hervortreten. In den Bundesratsbeschlüssen von 1956 über die Vorratshaltung wird die Erteilung von Importbewilligungen ausdrücklich (und in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Ermächtigung) auch von der Erfüllung des Pflichtlagervertrages abhängig gemacht. Die Nichteinhaltung von Vertragsbe-

[562] Bundesgesetz Art. 33, Abs. 1.

[563] Bundesgesetz Art. 26, Abs. 2.

stimmungen kann somit durch den Entzug des Importkontingentes geahndet werden. Die Rechtsstellung eines Privaten im Rahmen einer rechtssatzmäßig geordneten Regelung wird m.a.W. an die Einhaltung zufällig (rechtsgeschäftlich) eingegangener Verpflichtungen gebunden.

C. Vertrag und Gesetz

174. Das Verhältnis der durch Pflichtlagervertrag festgelegten Klauseln zum Gesetz, d.h. zur allgemeinen rechtssatzmäßigen Ordnung, folgt im einzelnen drei verschiedenen Möglichkeiten:

a) Ein wesentlicher Teil der im Vertrag enthaltenen Bestimmungen besitzt selbständig-rechtsbegründenden Charakter. Es werden durch sie Rechte und Pflichten geschaffen, die sich in dieser Art dem Gesetz nicht entnehmen lassen; es werden – wie sich die ausführenden Bundesratsbeschlüsse ausdrücken – durch sie «Einzelheiten der Lagerhaltung... geordnet», die durch allgemeine Normen noch nicht geregelt sind[564].

b) Von der Vertragsklausel über Streiterledigungen sodann[565] – und wohl nur von ihr – läßt sich sagen, daß sie gegenüber dem Gesetz jeder selbständigen Tragweite entbehre. Sie hat nur den Charakter eines orientierenden Verweises auf die allgemeine rechtssatzmäßige Ordnung; sollte der Gesetzgeber die Instanzenordnung für Pflichtlagerstreitigkeiten revidieren, so müßte die Gesetzesänderung sofort und unmittelbar auch für alle bestehenden Vereinbarungen Maßgeblichkeit erhalten.

c) Von einer dritten Kategorie von Vertragsbestimmungen wird zwar inhaltlich ebenfalls nur der zur Zeit maßgebliche Gehalt der rechtssatzmäßigen Ordnung festgehalten. Es muß indessen angenommen werden, daß diese Vorschriften nicht der jeweiligen Gesetzgebung folgen, sondern daß sie im Hinblick auf eine mögliche Veränderung

---

[564] Vgl. oben Ziff. 168.

[565] Vertragsformular Art. 11; Urteil des Bundesgerichtes vom 19.12.1956.

der Rechtsordnung gesetzesbeständige (d. h. wohlerworbene) Rechte begründen. Eine andere Deutung wäre mit den sich beim Privaten an den Vertragsabschluß knüpfenden und von der Verwaltung geförderten Erwartungen kaum in Einklang zu bringen. Würde also das Bundesgesetz, auf das heute diese Klauseln ausgerichtet sind, modifiziert, dann müßte die vertragliche Regelung außerhalb der gesetzlichen Ordnung so lange weiterdauern und dieser vorgehen, als die alten Verträge nicht formgerecht aufgehoben sind. Da eine Kündigung des Pflichtlagervertrages nur auf Ende eines Kalenderjahres und nur unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist zulässig erscheint, könnten somit die abgeschlossenen Verträge die Normsetzungsbefugnis des Gesetzgebers bis auf 1¼ Jahre blockieren. Zu diesen gegenüber dem heutigen Gesetzesinhalt zwar repetitorischen, aber grundsätzlich doch gesetzesbeständige Rechte begründenden Vertragsbestimmungen gehören vor allem die für den Fall einer «Bewirtschaftung» erteilten Zusicherungen. Darauf ist im folgenden näher einzugehen.

175. Entsprechend dem imperativen Wortlaut des Bundesgesetzes sehen die Pflichtlagerverträge vor, daß auch im Falle einer kriegswirtschaftlichen Ablieferungspflicht dem Pflichtlagerhalter in jedem Fall die Hälfte (bei Heizöl sogar drei Viertel) der Pflichtlagermenge als «Eigenanteil» verbleiben. Den Eigenanteil kann der Pflichtlagerhalter im Rahmen allfälliger Bewirtschaftungsvorschriften «im eigenen Betrieb» verwerten. Darin liegt eine Sondernorm gegenüber der im Bundesgesetz für den Fall «ernstlicher Störungen der Zufuhr oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr» vorgesehenen Ablieferungspflicht. Die Zusicherung kommt praktisch einer Abrede über die Nichtbeanspruchung eines Enteignungsrechtes gleich. Kann eine solche Zusicherung überhaupt gegeben werden? Die anglo-amerikanische Judikatur verneint die Frage. In der Schweiz ist sie bisher kaum grundsätzlich aufgeworfen worden; die Praxis war lediglich

schon veranlaßt, dazu Stellung zu nehmen, ob z. B. in einem Enteignungsvertrag zugleich ein später vom Staat zu beanspruchendes Enteignungsrecht begrenzt werden könne[566]. Das Expropriationsrecht geht seinem Wesen nach allen wohlerworbenen Rechten vor. Der Bereich dieses einschneidendsten Hoheitsrechtes, das dem Staat gegenüber dem Privaten zusteht, kann daher grundsätzlich nicht rechtsgeschäftlich eingeengt werden. Da indessen die Eigenverwertung eines Teils der eingelagerten Werte durch einen gesetzlich sanktionierten Vertrag zugestanden ist, da somit der Anspruch des Pflichtlagerhalters den Charakter eines echten subjektiven Rechtes aufweist, ist anzunehmen, daß dieses Recht nur auf dem Wege formeller Expropriation wieder entzogen werden kann. Solange der Kontrakt nicht durch Kündigung abgelaufen ist, muß zur Beseitigung der Vertragsrechte ein förmliches Expropriationsverfahren eröffnet werden. Die Zusicherung einer Eigenverwertungs-Quote steht somit unter dem Vorbehalt der Vertragskündigung einerseits und dem der Enteignung (ihr ist die Requisition gemäß Art. 203 MO gleichzustellen) andererseits. Das ist für den Pflichtlagerhalter nicht ohne weiteres ersichtlich. In der vorliegenden Form verspricht der Pflichtlagervertrag mehr, als der Bund effektiv zu halten in der Lage ist. Eine juristische Präzisierung schiene erwünscht.

176. In Art. 10 des Bundesgesetzes wird verlangt, daß bei der Veranlagung von Bundessteuern «den besonderen Risiken der Pflichtlagerhaltung in billiger Weise Rechnung zu tragen» sei. Da das Bundessteuerrecht geschäftsmäßig begründete Abschreibungen ohnehin zuläßt, bedeutet diese Bestimmung an sich nur eine repetitorische Gesetzesbestätigung. In den Pflichtlagerverträgen werden

---

[566] Dem Verfasser ist ein Dokument bekannt, in dem eine Gemeinde im Rahmen eines Enteignungsvertrages zugleich festlegte, daß die dem Grundeigentümer verbleibende Restparzelle in keinem Fall vor Ablauf einer bestimmten Frist ebenfalls enteignet werde.

in Übereinstimmung mit einem Kreisschreiben an die Wehrsteuerverwaltungen[567] «Abschreibungen bis zum Vorkriegswert ohne besonderen Nachweis» (mit besonderem Nachweis allenfalls auch über diese Limite hinaus) zugestanden, sofern der Lagerhalter das Risiko selbst trägt. Da der Vorkriegswert in zahlreichen Fällen (freilich nicht in allen) unter dem im Hinblick auf das besondere Preisrisiko begründbaren Wert liegt, kommt diese Klausel unter Umständen einer offenen (und in dieser Wirkung durch das Gesetz schwerlich gedeckten) steuerlichen Privilegierung gleich[567a]. Da weiter das Abschreibungszugeständnis im Vertrag mit Bezug auf die Wehrsteuer ohne Vorbehalt erfolgt, würde es, falls es uneingeschränkt gültig wäre, gesetzesbeständige Ansprüche schaffen: wollte der Gesetzgeber im letzten Quartal eines Jahres die steuerlichen Bemessungsvorschriften ändern, dann müßte er – im Hinblick auf die Befristung der Kündigungsmöglichkeit – noch für ein volles Jahr die heutige vertragliche Regelung gegen sich gelten lassen. Im Ergebnis liegt somit in dieser Vertragsklausel eine rechtsgeschäftliche Abrede über Steuerleistungen, ein echter Steuervergünstigungs-Vertrag[568]. Die rechtliche Problematik einer solchen Vereinbarung ist offensichtlich.

---

[567] Archiv f. Schweiz. Abgaberecht, Bd. 19, S. 264/65.

[567a] Im Durchschnitt betrug 1956 der Großhandelsindex (August 1939 = 100) 241 Punkte (vgl. dazu Statistisches Jahrbuch der Schweiz, 1956, S. 374ff.). Im Sinne eines Mittelwertes konnten somit auf Pflichtlager-Waren ohne besonderen Gefährdungsnachweis annähernd 60 % abgeschrieben werden (gegenüber 33 % auf den übrigen Waren; Perret, Kommentar zur Wehrsteuer 1955/58, S. 121). Bei einzelnen Warenkategorien (z.B. Kaffe und Kakao mit Indices von 544 bzw. 551) ergeben sich indessen Abschreibungsquoten von über 80 %, während bei anderen Gütern (so bei Schmalz mit einem Index von nur 114) die Limite der besonderen Pflichtlager-Abschreibung die allgemein zugestandene steuerliche Amortisationsquote von 33 % nicht erreichte, also nicht zu zusätzlichen fiskalischen Erleichterungen führte.

[568] Vgl. unten Ziff. 185/86.

D. Dem Pflichtlagervertrag nachgebildete Vereinbarungen

177. Dem Pflichtlagervertrag sind die Verträge zwischen dem Bund und zahlreichen Privatunternehmen über die Vorbereitung der Zerstörung und Unbrauchbarmachung von Betriebsanlagen im Kriegsfall nachgebildet worden. Auch diese Verträge werden nach einheitlichem Schema abgeschlossen. Der Bund wird ermächtigt, auf seine Kosten Zerstörungsanlagen anzubringen; den «Organen der Militärverwaltung und der Armee und den von diesen beauftragten Privatpersonen» steht ein jederzeitiges Betretungsrecht zu; die Unternehmer haben die Anbringung der Zerstörungsanlagen unter Vorbehalt von Haftbarkeitsansprüchen für eigentliche Schäden ohne Gegenleistung des Bundes zu dulden. Inhaltlich werden durch diese Verträge Eigentumsbeschränkungen begründet. Daß diese im übrigen öffentlichrechtlichen Charakter haben, wird dadurch unterstrichen, daß nur für vermögensrechtliche Streitigkeiten[569] aus dem Vertragsverhältnis die ordentlichen Gerichte zuständig sind; alle anderen Entscheidungen liegen demnach bei den Verwaltungsbehörden. Im geltenden Gesetzesrecht finden diese Vereinbarungen keine Stütze[570].

II. Baurechtliche Verträge

A. Die Weiterentwicklung des Enteignungsvertrages

178. Die typischen Verträge des öffentlichen Baurechtes stellen Weiterentwicklungen des Enteignungsvertrages dar:

a) Hat die Baugesetzgebung eine besondere Institution geschaffen, um schon vor einer Straßenkorrektion die Abtretung des vor der Bau- bzw. Straßenlinie liegenden privaten Grund und Bodens an das Gemeinwesen zu fördern

---

[569] Vermögensrechtliche Streitigkeiten entsprechen den Streitigkeiten nach Art. 110 des BG über die Organisation der Bundesrechtspflege (Urteil des BGer vom 19.12.1956).

[570] Die gestützt auf Art. 102, Ziff. 9 BV vorbereiteten, aber nicht publizierten «Richtlinien» sind mangels Veröffentlichung nicht verbindlich (Bundesgesetz vom 12. März 1948, Art. 9).

(sog. «freiwilliges Zurückfahren»[571]), so liegt es nahe, Rechtsübergang und Festsetzung der Entschädigung wie im späteren Enteignungsfall einer vertraglichen Regelung zugänglich zu machen.

b) Noch stärker an den Enteignungsvertrag angeschlossen sind jene im Gesetz mitunter besonders geregelten Abmachungen zwischen Grundeigentümer und Gemeinwesen, durch die die Neuerstellung oder Korrektion eines Verkehrsweges ohne Zwangseingriff auf dem «Verständigungsweg» herbeigeführt werden kann[572].

c) Daß Mehrwertsbeiträge, welche bei einer Straßenkorrektion geschuldet werden, vertraglich geregelt werden können, wird vielfach schon aus dem inneren Zusammenhang von Landabtretung und Beitragsleistung abgeleitet[573]. In der Tat ist eine umfassende Verständigung mit den Anstößern eines zu korrigierenden Verkehrsweges ausgeschlossen, wenn sich nicht auch die Beitragsleistungen in die Abmachungen einbeziehen lassen. In einigen Kantonen vertritt die Praxis freilich den Standpunkt, in Ermangelung einer ausdrücklichen Ermächtigungsklausel seien Anstößerbeiträge keiner rechtsgeschäftlichen Regelung zugänglich[574].

d) Läßt die kantonale Gesetzgebung unter der Voraussetzung, daß der geschaffene Mehrwert in einem späteren Enteignungsverfahren nicht mitentschädigt werden muß, ein Bauen über die Baulinie zu, so kann die Höhe des auf die Enteignungsentschädigung anrechenbaren Mehrwertes vielfach – teils auf Grund ausdrücklicher Vorschrift[575], teils nur nach der Praxis – rechtsgeschäftlich festgelegt werden. In einer solchen Abmachung liegt die Vorwegnahme einer erst im späteren Zwangsenteignungsverfahren relevant werdenden Entschädigungsfrage.

---

[571] Basel-Stadt, Straßengesetz von 1937, § 70.

[572] Basel-Stadt, Straßengesetz, § 88.

[573] Revue 1956, S. 167.

[574] AGVE 1951, S. 252.

[575] Basel-Stadt, Straßengesetz, § 21.

B. Baurechtliche Verträge zwischen Privaten

179. Wenn das Baurecht bestimmte Vorkehrungen (z.B. das Unterschreiten der Abstandsnormen) von einer «Zustimmung des Nachbarn» abhängig macht, so liegt darin aller Regel nach kein Verweis auf ein öffentlichrechtliches Kontrahieren zwischen Privaten. Daraus, daß eine Vorschrift (hier die Abstandsbestimmung) dispositiven Charakter aufweist, ist vielmehr auf ihre Zugehörigkeit zum kantonalen Privatrecht zu schließen; die Abrede ist demgemäß ebenfalls eine zivilrechtliche. Denkbar bleibt indessen, daß Abmachungen zwischen Privaten über die gemeinsame Erschließung eines Baugebietes oder über die Neugliederung des Baugrundes vom Gesetz mit bestimmten öffentlichrechtlichen Rechtswirkungen ausgestattet sind. Die Regel ist dies freilich nicht. Ja, man wird sagen müssen, daß dann, wenn derartige «Abmachungen» zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch die Baubehörden bedürfen – was zumeist zutrifft – ihre Rechtswirkungen ausschließlich auf den «Genehmigungs»akt (der dann eben mehr ist als nur ein Perfektionselement) zu beziehen sind. Solche Abmachungen haben zumeist multilateralen Charakter; das erschwert ihre Interpretation und Handhabung unter dem Gesichtspunkt der subjektiven Willensgemäßheit. Vielfach auch wirkt die Behörde von Anfang an bei ihrer Entstehung mit. Die Genehmigung durch das Gemeinwesen ist davon abhängig, daß die zwischen den beteiligten Grundeigentümern verwirklichte Ordnung als Bau- und Erschließungsplan den allgemeinen Interessen entspricht. Die Hervorhebung des Plancharakters («Quartierplan») weist darauf hin, daß die Ordnung als grundsätzliche (wenn freilich auch nicht im überkommenen Sinn rechtssatzmäßige) Regelung gedacht ist. Alle diese Momente sprechen dafür, daß die «Genehmigung» der Regel nach dem rechtsgeschäftlichen Charakter der getroffenen Ordnung entgegensteht.

C. Der Revers als scheinbarer Vertrag

180. Unter «Revers»[576] wird im Baurecht eine von einem Privaten abgegebene Erklärung verstanden, worin der Erklärende ein ihm eingeräumtes Recht wiederum ganz oder teilweise zur Verfügung des Gemeinwesens stellt. Der Revers ist ein vorsorglicher Rechtsverzicht; er schwächt eine eingeräumte Befugnis zu einem bloßen Provisorium ab[577]. Mit dieser Kennzeichnung ist die rechtliche Problematik der Institution bereits aufgezeigt. Im Bereiche der Eingriffsverwaltung, zu der die Baugesetzgebung zählt, hat das Gesetz den Charakter einer abschließenden Ordnung. Ein Recht steht dem Privaten entweder zu oder es steht ihm nicht zu. Kommt ihm eine Befugnis nicht zu – kann z.B. grundsätzlich nicht über die Baulinie hinaus gebaut werden – dann kann sie auch nicht gegen Revers zugestanden werden; der Revers vermag nicht eine an sich unzulässige Anordnung zulässig zu machen[578]. Durch Revers kann eine Rechtslage somit nur geklärt, nicht verändert werden[579]. Zumeist wird im Revers eine Bedingung oder Auflage einer Baubewilligung – namentlich einer sog. Ausnahmebewilligung – festgehalten[580]. Nur soweit die Behörde diese Bedingung oder Auflage demjenigen, der das Baugesuch stellt, auch verfügungsmäßig zu überbinden vermag[581], kann sie die Bewilligungserteilung an den Revers knüpfen. – Besonderes gilt lediglich hinsichtlich der Höhe

---

[576] Vgl. oben Ziff. 116.

[577] Vgl. die Legaldefinition des Begriffes «Revers» im Baugesetz von Basel-Landschaft, § 2, lit. n, wobei freilich die Anwendung dieses Institutes auf einen konkreten Fall (Wiederbeseitigung) beschränkt bleibt.

[578] MBV 1934, Nr. 89; vgl. auch Entscheidungen des Appellationsgerichtes Basel-Stadt, Bd. 2, S. 68/69.

[579] SOGE 1954, Nr. 26; H. R. Huber, S. 58.

[580] Jedlicka, S. 91; ferner vor allem H. R. Huber, S. 54/55. Vgl. auch AGVE 1956, S. 225.

[581] Vgl. SGGVP 1951, Nr. 94; vgl. auch schon st. gallische Verwaltungspraxis, Bd. I, Nr. 49.

eines sog. Mehrwertsreverses (nicht hinsichtlich dessen grundsätzlichen Bestandes), die, wenn die Beteiligten es vorziehen, vielfach rechtsgeschäftlich festgelegt werden kann; freilich muß stets auch ein Verfahren zur Verfügung stehen, um die «Revers-Summe» mangels Einigung justizmäßig zu bestimmen.

181. Der Charakter des Reverses wird vor allem dadurch verfälscht, daß das Zugeständnis des Privaten vielfach in zivilrechtlicher Form verlangt wird. Gesteht die Baubehörde eine Mehrausnützung zu, dann wird die zur Kompensation verlangte Minderausnützung in einer Reihe von Kantonen durch Personaldienstbarkeit zugunsten des Gemeinwesens sichergestellt: die Ausnahmebewilligung wird unter der Voraussetzung einer dinglichen Belastung des Baugrundstückes erteilt. Praktisch soll damit vor allem die Maßgeblichkeit der zur Kompensation gestellten Minderausnützung für einen Rechtsnachfolger gewährleistet werden. Man kann indessen mit guten Gründen annehmen, daß die in der Ausnahmebedingung enthaltene Auflage auch als schlichter Bestandteil einer Verfügung für jeden Rechtsnachfolger Geltung habe[582]. Wird einer verfügungsmäßig festgelegten Verpflichtung eine privatrechtliche Servitutseinräumung substituiert, dann ergeben sich daraus die früher aufgezeigten[583] grundsätzlichen Schwierigkeiten: der Bestand des dinglichen Rechtes bleibt trotz allem an den Bestand der der Verfügung beigegebenen Bedingung gebunden. Wird diese unwirksam, ist auch das dingliche Recht sine causa eingeräumt[584]. Gerade der «Sicherungs»zweck kann sich somit nicht erfüllen.

---

[582] VerwZBl 1946, S. 452; vgl. auch VerwZBl 1933, S. 638/9; MBV 1929, Nr. 166, 1938, Nr. 128, 1939, Nr. 141.

[583] Vgl. oben Ziff. 111/12.

[584] H. R. Huber, a.a.O., S. 57–63.

III. Steuerrechtliche Verträge[585]

A. Der Begriff des steuerrechtlichen Vertrages

182. Im Interesse einer klaren Begriffsbildung sollen hier unter «steuerrechtlichen Verträgen» nur Institutionen verstanden werden, durch die die Steuerschuld rechtsgeschäftlich begründet oder festgesetzt wird[586]. Drei Erscheinungen fallen daher außer Betracht:

a) Gelegentlich werden über rein akzessorische Fragen der Steuererhebung Abreden getätigt (z. B. über die Nichtergreifung eines Rechtsmittels[587]). Diese Abreden enthalten nichts für die steuerrechtlichen Beziehungen Besonderes; sie sind auch anderen Verwaltungsbereichen bekannt.

b) Die einmal festgesetzte Steuerschuld kann durch Entgegenahme von Leistungen Dritter oder durch Erfüllungsversprechen Dritter (z. B. durch Entgegennahme eines abstrakten Schuldversprechens eines Dritten) getilgt werden; denkbar ist ferner, daß jemand für die Steuerschuld eines anderen Sicherheit leistet. Derartige Tilgungs- und Sicherheitsleistungs-Abreden haben rein privatrechtlichen Charakter[588].

c) Zwischen Privatpersonen kann eine Steuerübernahme-Vereinbarung getroffen werden; jemand ver-

---

[585] Besondere Literatur zum Steuervertrag: Benkö, F., Der Steuervertrag, Zü. Diss. 1931; Blumenstein, E., Steuerrechtliche Vereinbarungen, ZBJV 71, S. 403ff.; Bosshardt, O., Verfassungswidrige Steuerabkommen, VerwZBl 1951, S. 33ff.; Cattani, L., Der Geltungsbereich der Steuervereinbarungen nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg, 1955; Portmann, R., Die Steuerabmachung im schweizerischen Recht, VerwZBl 1944, S. 337ff.; Schmidt, E., Das interkantonale Konkordat über den Ausschluß von Steuerabkommen, Diss. Basel, 1955.

[586] So auch Jedlicka, S. 64.

[587] ORK 1939, Nr. 52. Solche Abreden sind unwirksam.

[588] Vgl. Bern, Steuergesetz von 1944, Art. 22, Abs. 2; Benkö, S. 36.

pflichtet sich (vielfach im Zusammenhang mit einem anderen Rechtsverhältnis wie Dienstvertrag, Auftrag oder Miete), die Steuerschuld eines anderen zu übernehmen und zu erfüllen. Auch diese Abreden haben rein privatrechtlichen Charakter[589]. Selbst dann, wenn sie nicht nur die Bedeutung interner Übernahmeversprechen aufweisen, wenn ihnen vielmehr steuerrechtliche Wirkungen verliehen sind (so wenn z.B. die juristische Person, die eine andere juristische Person mit Aktiven und Passiven übernimmt, in deren Steuerschuld eintritt[590]), werden sie nicht zu öffentlichrechtlichen Vereinbarungen. Sie behalten ihren privatrechtlichen Charakter bei; das besondere liegt lediglich darin, daß eine öffentlichrechtliche Leistungspflicht vom Bestehen eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäftes abhängig gemacht ist.

B. Scheinbare steuerrechtliche Verträge

183. Nur scheinbaren rechtsgeschäftlichen Charakter weist die Verständigung im Veranlagungsverfahren auf[591]. Juristisch kann an ihr – wie früher[592] dargelegt wurde – gegenüber der ordentlichen Verfügung als Besonderheit nur vermerkt werden, «daß im Rahmen der der Verwaltung obliegenden Pflicht zur Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse in erhöhtem Maße auf die eigenen Angaben des Betroffenen und die von ihm beigebrachten Beweismittel abgestellt wird»[593]. Die Verständigung ist eine besondere Form der Tatsachenwürdigung; sie berührt die verfügungsmäßige Festsetzung der Steuer nicht[594].

---

[589] Kommentar I. Blumenstein zum bernischen Steuergesetz, S. 114.

[590] Wehrsteuerbeschluß Art. 12, Abs. 2.

[591] BGer 70 I 131/33. Die «Verständigung» kann daher die Veranlagungsbehörde nie gegen das Gesetz (ORK 1934, Nr. 26), ja streng genommen überhaupt nicht «binden».

[592] Vgl. oben Ziff. 115.

[593] Oben Ziff. 115; vgl. auch Blumenstein, Vereinbarungen, S. 412.

[594] Apelt, S. 109; Speiser, S. 51.

184. Nicht anders verhält es sich mit der gesetzlichen Abgabenpauschalierung. Es liegt im Wesen der vorab veranlagungsökonomisch motivierten Pauschalierung, daß die eigenen Angaben des Pflichtigen in erhöhtem Maße als Grundlage der Steuerermittlung herangezogen werden. Die Pauschale hat daher in gewissem Sinn den Charakter einer qualifizierten «Veranlagungs-Verständigung». Dennoch muß auch sie als verfügungsmäßig festgesetzt gelten[595]. Daran ändert selbst der Umstand nichts, daß dem Steuerschuldner mitunter nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift die Wahl zwischen der Pauschale und der Steuerleistung entsprechend den ordentlichen Steuerfaktoren zusteht[596].

C. Echte Steuerverträge

In zwei Stufen läßt sich in die Steuerfestsetzung ein eigentliches vertragliches Element einfügen:

185. Auf dem Wege der Verständigung zwischen Veranlagungsbehörde und Steuerpflichtigem kann eine steuerliche Vorveranlagung erfolgen: die Steuer wird festgesetzt, bevor der Steuertatbestand erfüllt ist, ja, die den Steuertatbestand verwirklichende Handlung wird vom Privaten geradezu von der vorgängigen verbindlichen Abgabefestsetzung abhängig gemacht. Steuerliche Vorveranlagungen sind in der Praxis verbreiteter, als vielfach angenommen wird; jede Steuerverwaltung kommt in die Lage, versteckt oder offen Vorveranlagungen zu treffen. Mit der gesetzeswidrigen Einräumung von Steuervorteilen haben Vorveranlagungen nichts zu tun; das in der Verurteilung von Steuerabkommen übliche Pathos vermag daher diese Institution nicht zu treffen. Ein legitimes Bedürfnis zu Vorveranlagungen besteht überall da, wo sich fiskalische Folgen an eine ins Belieben des Steuerpflichtigen gestellte

[595] BGer 83 I 26.

[596] Auch die Pauschale nach Art. 74 des Steuergesetzes von Graubünden von 1945/52 kann daher nicht als durch Vereinbarung festgesetzt gelten (vgl. Abs. 3).

Handlung knüpfen. Das trifft namentlich zu für die eigentlichen Verkehrssteuern, die Erbschafts- und Schenkungssteuern, die Steuern auf Mehrerlösen (Grundstückgewinnen und Gewinnen auf beweglichem Kapital) sowie auf die im Rahmen der allgemeinen Einkommens- und Ertragssteuern geschuldeten Abgaben von Liquidationsgewinnen. Soweit die Vorveranlagung gesetzlich sanktioniert ist, hat sie – wie die ordentliche Veranlagung – Verfügungscharakter; sie gehört in die Kategorie der administrativen Feststellungsentscheide[597]. Die ausdrückliche gesetzliche Sanktionierung der Vorveranlagung, wie sie z.B. das Zollrecht kennt[598], stellt allerdings die Ausnahme dar. In zahlreichen Fällen wird man indessen – gleich wie hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Feststellungsentscheide im allgemeinen[599] – aus ungeschriebenem Recht auf die Zulässigkeit der Vorveranlagung schließen dürfen. Obwohl für eine nähere Erörterung dieses Problems hier kein Raum ist, sei doch bemerkt, daß für die meisten Verkehrssteuern, ferner auch für die Steuern auf Mehrerlösen, Erbschaften und Schenkungen eine antizipierte Veranlagung auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage wohl als zulässig gelten muß[600]. Anders stellt sich das Problem dar für Vorveranlagungen im Rahmen der allgemeinen Einkommens- und Ertragssteuern. Die streng durchgeführte Periodizität der Steuerveranlagung wird hier – wenn nicht eine ausdrückliche Ermächtigungsnorm vorhanden ist – der verbindlichen Vorwegnahme einer in einer späteren Veranlagungsperiode zu treffenden Entscheidung zumeist entgegenstehen[601]. In diesem Fall stellt sich die (später zu beantwortende, vgl. unten Ziff. 187) Frage, ob die durch Verfügung nicht zu verwirklichende antizipierte Steuerfest-

[597] MBV 1929, Nr. 122. Vgl. hiezu auch oben Ziff. 117.

[598] Zollgesetz Art. 22; Vollziehungs-VO Art. 8.

[599] BGer 49 I 173; 57 I 252; VerwZBl 1953, S. 109; AGVE 1954 S. 155.

[600] Archiv 24, Nr. 23.

[601] BGer 81 I 8, 83 I 26;ORK 1944, Nr. 53.

setzung durch Vertrag erfolgen kann. Steuerliche Verträge in diesem Sinn und zu diesem Zweck (wiederum verbindet sich mit ihnen keinerlei Vergünstigungsabsicht) sind nicht selten.

186. Was üblicherweise als «Steuerabkommen» benannt wird und was hier als «privilegierender Steuervertrag» oder «Steuervergünstigungs-Vertrag» bezeichnet werden soll, ist eine Vereinbarung, die die Veranlagung nicht nur zeitlich vorwegnimmt, sondern die zugleich eine regelwidrige Minderbesteuerung bewirkt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das geschriebene Gesetz selbst die Möglichkeit von Abkommen vorsieht oder ob sich die Vereinbarung formal contra legem entfaltet. Auch das gesetzlich sanktionierte Abkommen hat Ausnahmecharakter; es setzt die Steuerleistung in Abweichung von der grundsätzlichen Steuerordnung fest. Eine in der Schweiz verbreitete, vor allem von Ernst Blumenstein vertretene Lehre will auch im Steuervergünstigungs-Vertrag allgemein[602] oder doch in bestimmten Fällen[603] die bloße Vorwegnahme einer Verfügung, im besonderen eines «zweiseitigen Verwaltungsaktes»[604], sehen und demgemäß den rechtsgeschäftlichen Charakter der Steuerfestsetzung verneinen. Diese Konstruktion scheint mir als allgemeine Annahme nicht haltbar[605]. Was inhaltlich nicht auf das Gesetz bezogen ist, was in bewußter Abweichung von jeder Norm festgelegt wird und seine Rechtfertigung allein darin hat, daß es von den Beteiligten gewollt ist, kann nicht als eine auf das objektive

---

[602] Blumenstein, Vereinbarungen, S. 405, System des Steuerrechtes, S. 221; Cattani, S. 33ff., 41ff.

[603] So wenn der Steuerpflichtige bereits der Hoheit des steuerfordernden Gemeinwesens untersteht (was eine Nachwirkung einer falsch verstandenen «Gleichwertigkeits»vorstellung ist); Portmann, S. 342, im Anschluß an Apelt, S. 109ff.; dagegen mit Recht Oeschger, S. 167.

[604] Bosshardt, S. 33.

[605] So richtig Fleiner, Institutionen, S. 211ff.; Jedlicka, S. 67; Oeschger, S. 167.

Recht ausgerichtete und daran meßbare Verfügung gelten. «Wollt Ihr nach Regeln messen, was nicht nach Eurer Regel Lauf?»[606]. Auch Gesetz und Praxis[607] verstehen das Steuerabkommen vielfach derart deutlich als Vertrag, daß über diesen klaren Willen zur rechtsgeschäftlichen Gestaltung nicht einfach hinweggegangen werden kann. Die Interpretation aller Steuervereinbarungen als Verfügungen dürfte letztlich auf eine unrichtige Fragestellung zurückzuführen sein: Gewiß soll eine Steuer nur durch Verfügung festgesetzt werden können. Das heißt aber nicht, daß eine gewollt rechtsgeschäftliche Steuerfestsetzung auch eine Verfügung sein muß; sie bleibt grundsätzlich Vertrag, und die Frage kann nur sein, ob sie als Vertrag gültig ist.

D. Die Wirkungen echter Steuerverträge

187. Während Vorveranlagungen über andere Steuern zumeist im ungeschriebenen Recht eine Stütze finden[608], ist eine antizipierte Festsetzung einer periodisch erhobenen direkten Steuer ohne ausdrückliche Grundlage im geschriebenen Gesetz aller Regel nach ungültig. Unzulässige Vorveranlagungen entfalten keine Rechtswirkungen und haben die Bedeutung einer nur moralischen Bindung. Räumt das maßgebliche Recht den Steuerbehörden die Befugnis zum Abschluß privilegierender Steuerabmachungen ein, so hat diese Vorschrift – obwohl sie im übrigen keine hinreichende Rechtsgrundlage für eine eigentliche

[606] Hans Sachs in Richard Wagners «Meistersinger von Nürnberg», 1. Akt.

[607] Vgl. Steuergesetz Nidwalden von 1955, § 9, Abs. 2: «Solange die interkantonale und interkommunale Steuerkonkurrenz weiter besteht und dem Kanton Nidwalden ein hinreichender Finanzausgleich nicht gewährleistet ist, kann die kantonale Steuerverwaltung in Verbindung mit der zuständigen Gemeindesteuerkommission an fiskalisch und wirtschaftlich bedeutsame Steuersubjekte im Vertragsverfahren besondere Steuererleichterungen gewähren».

[608] Fraglich erscheinen indessen (im Rahmen des Kostendeckungsprinzips) Vorausverfügungen über Gebühren.

Steuervergünstigung bildet[609] – immerhin die Wirkung, daß Vorveranlagungen für zukünftige Steuerperioden durch sie legalisiert werden. Als gesetzeskonforme Vorveranlagungen, d.h. als antizipierte verfügungsmäßige Steuerfestsetzungen vermögen sie allerdings keine wohlerworbenen Rechte zu begründen. Einem Zurückkommen auf die Vorveranlagung steht jedoch das Vertrauensprinzip insoweit entgegen, als die Tatsache, daß der Steuerpflichtige gestützt auf die Vorveranlagung gehandelt hat, diesem nicht zum Nachteil gereichen darf.

188. Steuervergünstigungs-Verträge gelten vielfach als schlechthin nichtig[610]. Diese These bedarf unter mehrfachen Gesichtspunkten der Verfeinerung:

a) Unter zwei Voraussetzungen sind selbst privilegierende Steuerverträge als voll wirksam hinzunehmen. Einmal bedarf das Abkommen formal einer Grundlage im Gesetz[611]. Sodann darf es materiell nicht gegen die Rechtsgleichheit verstoßen[612]. Einen Verstoß gegen die Rechtsgleichheit wird man freilich nur unter Anwendung eines strengen Maßstabes ausschließen dürfen: die Sonderbehandlung muß sich nach dem der übrigen Steuerordnung zugrunde liegenden Maßstab der steuerlichen Leistungsfähigkeit begründen lassen; das Motiv der interkantonalen oder interkommunalen Steuerkonkurrenz darf keine Rolle spielen. Derartige der Rechtsgleichheit konforme steuerliche Vereinbarungen mögen zur Behandlung von Sonder-

---

[609] Vgl. unten Ziff. 188.

[610] Jedlicka, S. 65; Ruppert, S. 23.

[611] Blumenstein, Vereinbarungen, S. 406, System, S. 222. Vgl. auch Apelt, S. 190ff., 162; Jedlicka, S. 65; Speiser, S. 50; Portmann, S. 349; Oeschger, S. 168; Ruppert, S. 23, Reusch, S. 47; Bosshardt, S. 33; Benkö, S. 33, 49. Hiezu auch MBV 1951, Nr. 73; 1956, Nr. 115; VerwZBl 1957, S. 507/8. Anders Kellerhals, S. 40.

[612] Blumenstein, Vereinbarungen, S. 409, System, S. 323; Benkö, S. 83; Portmann, S. 349; Bosshardt, S. 35ff.; Kellerhals, S. 40.

fällen vor allem im engen Rechtskreis der Gemeinde nicht selten sein[613]. Wird freilich der Vergünstigungsmaßstab schon im Gesetz klar festgelegt – was z.B. für die Sonderklauseln zugunsten der wirtschaftlich noch nicht konsolidierten Unternehmungen zutrifft –, dann mag die Annahme naheliegen, daß das Gesetz nicht einen Vertrag, sondern lediglich eine Vorausfestsetzung durch Verfügung zulassen will. Das Verfügungskonzept ist deshalb die adäquatere Rechtsform, weil sich die Steuereinschätzung einem faßbaren und klar geordneten Gesichtspunkt des sachlich Richtigen unterwirft.

b) Ein mangels gesetzlicher Grundlage oder wegen Verstoßes gegen die Rechtsgleichheit ungültiger Steuervergünstigungs-Vertrag läßt nicht die Nachforderung früher zu wenig entrichteter Abgaben zu. Diese Erkenntnis bildete in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einen der ersten Anlässe zur dogmatischen Erfassung des Prinzips von Treu und Glauben im öffentlichen Recht[614]. Die Ungültigkeit des Abkommens äußert sich somit nur darin, «daß die Verwaltung darauf jederzeit zurückkommen und für eine neue Steuerperiode den gesetzlichen Steueranspruch zur Geltung bringen kann»[615]. Mit dem ordentlichen Taxationstermin muß die in einem (an sich ungültigen) Vertrag niedergelegte Vergünstigungs-Pauschale als rechtskräftig veranlagt gelten.

c) Wenn den im Zusammenhang mit Verleihungen[616], namentlich mit Eisenbahnkonzessionen[617] festgelegten Steuerprivilegien von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einem weiteren Umfang Gültigkeit zuerkannt wird als den nicht-konzessionsgebundenen Abkommen, ja

---

[613] Vgl. oben Ziff. 79.

[614] BGer 34 I 28, 625; 36 I 566; 70 I 136; VerwZBl 1944, S. 92/3.

[615] BGer, 57 I 336.

[616] BGer 27 II 687; 38 II 363; vgl. auch oben § 11, Anm. 529.

[617] BGer 5, 551; 6, 54; 8, 359; 12, 719; 24 II 642; 26 II 862; 34 II 132; 38 II 737.

wenn diesen vielfach sogar die Wirkung wohlerworbener Rechte beigelegt wird[618], dann läßt sich dies nur unter dem Gesichtspunkt interner Steuerübernahme verstehen: der Konzedent ersetzt dem Konzessionär die diesen treffenden Mehrsteuern[619]. Ein gültiges internes Steuerübernahmeversprechen setzt freilich voraus, daß dem Versprechenden finanzrechtlich eine Ausgabenkompetenz im Umfang der mutmaßlichen Steuerübernahme zusteht[619a]. Ungültig (weil mit den bundesstaatlichen Grundpflichten in Widerspruch stehend) ist sodann jedes im Hinblick auf die interkantonale Steuerkonkurrenz abgegebene Übernahmeversprechen.

d) Soweit ein privilegierendes Steuerabkommen ungültig ist, muß es in gleicher Weise zu Lasten wie zu Gunsten des Privaten unwirksam sein. Es ist schwer verständlich, wenn das Bundesgericht (allerdings unter dem beschränkten Gesichtspunkt der Willkürprüfung) ein Steuerabkommen zu Gunsten des Gemeinwesens sogar nach dem Wegzug des Steuerpflichtigen fortgelten ließ[620].

§ 13

Verwaltungsrechtliche Verträge im Bereiche der Daseinsvorsorge

I. Der öffentlichrechtliche Hinterlegungsvertrag[620a]

189. Die Frage nach dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Eigentümer einer diesem anvertrauten Sache wird vor allem im Zusammenhang mit dem Haftungsproblem praktisch relevant. In der Rechtsprechung zeigt sich die Tendenz, nur dann auf eine vertragliche Beziehung zu schließen und dementsprechend eine der zivilrechtlichen Kontraktshaftung nachgebildete,

---

[618] Vgl. oben Ziff. 166.

[619] Vgl. oben Ziff. 108/110 und 166, lit. b.

[619a] Was mangelte in VerwZBl 1957, S. 509.

[620] VerwZBl 1940, S. 479/80.

[620a] Kistler, S. 71ff.

über die allgemeine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Staates hinausgehende Entschädigungspflicht nur dann anzunehmen, wenn die Sachübergabe zur Verwahrung im Interesse des Eigentümers (z.B. Übergabe gefährdeter Wertgegenstände an eine Auslandsvertretung[621]) erfolgte, nicht auch dann, wenn die Übergabe im Zusammenhang mit der Erfüllung einer typischen öffentlichen Aufgabe durch den Staat (z.B. Herausgabe zur Einsichtnahme durch ein Gericht oder eine andere Behörde[622]) steht. Es mag richtig sein, daß die Konstruktion eines eigentlichen öffentlichrechtlichen Hinterlegungsvertrages nur dann überzeugend erscheint, wenn in der Verwahrung der eigentliche wirtschaftliche Erfolg liegt – nur unter dieser Voraussetzung sind die Beteiligten im Entschluß über die Hinterlegung wirklich frei –, nicht aber auch dann, wenn die Sachübergabe eine vom Staat allenfalls mit Zwang durchsetzbare Editionspflicht vorwegnimmt. Das schließt nicht aus, daß die im zweiten Fall bewirkte Haftungsverschlechterung reichlich problematisch, ja letztlich überhaupt nicht begründbar ist: daß der Staat für Verlust oder Beschädigung einer Sache, die er unter Beanspruchung von Zwang herausverlangt hat oder doch hätte herausverlangen können, unbedingt einzustehen hat, ist wohl bereits eine Folge der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie.

II. Die sog. Anstaltsnutzung

A. Die öffentlichen Versorgungsbetriebe

190. Die immer wieder bedeutsam werdende Streitfrage, ob die Beziehungen zwischen einem öffentlichen Versorgungsbetrieb (z.B. einem lokalen Gas-, Wasser- oder Elektrizitätswerk) und dessen Benützern dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterstehen, wird von der Recht-

---

[621] BGer 47 II 150/1; 55 II 112/13 (im ersten Fall wurde die vertragliche Beziehung freilich noch privatrechtlich verstanden).

[622] BGer 42 II 613/15.

sprechung im allgemeinen nach dem Grundsatz gelöst, es müsse «von Fall zu Fall» entschieden werden[623]. Daß darin vor allem früher eine Verlegenheitsposition lag, ist bei einem Studium der Entscheidungsmotive unverkennbar. Erst neuerdings gelingt es der Rechtsprechung, in der auf den Einzelfall abgeschobenen Differenzierung zu wirklich überzeugenden Kriterien zu gelangen – während sich die frühere Argumentation entweder an Äußerlichkeiten heftete[624] oder die zu beantwortende praktische Frage lediglich begrifflich verschob, ohne sie einer Lösung näherzuführen[625]. Entscheidend für die primäre Frage «Rechtsgeschäft oder Verfügung» ist der Gesichtspunkt, ob und wieweit das Verhältnis zum Benützer lediglich Normvollzug bilde, ob es ausschließlich unter dem Gesichtspunkt seiner Gesetzmäßigkeit zu betrachten sei oder ob es im Gegenteil den Charakter einer autonomen, nach ihrer subjektiven Willensgemäßheit zu handhabenden Rechtsschöpfung aufweise. Auf der Typisierungsfrage dürfte dabei das Hauptgewicht liegen. Je mehr der Betrieb im Hinblick auf seine Ausdehnung eine Vereinheitlichung der Bezugsbedingungen anstrebt, desto adäquater ist die verfügungsmäßige Gestaltung[626] – wenn freilich auch grundsätzlich nichts entgegensteht, bei der an sich unpraktikableren rechtsge-

---

[623] Vgl. statt vieler: BGer 41 I 249; 47 I 249; 76 II 104/5; VerwZBl 1949, S. 386; 1955, S. 144ff. = AGVE 1954, S. 139ff.

[624] So wenn auf die gewählte Entgelts-Bezeichung abgestellt wird; BGer 41 I 250.

[625] So wenn auf die «Gleichberechtigung» oder das Bestehen eines «besonderen Gewaltverhältnisses» abgestellt wird (vgl. noch BGer 76 II 104/5 Ziff. 2 in fine). Eine Folge dieser verkehrten begrifflichen Betrachtung ist es, wenn z. B. im Falle eines kommunalen Schlachthofes das Rechtsverhältnis zu den Metzgermeistern von deren Wohnsitz abhängig gemacht wird: gegenüber den in der Gemeinde wohnenden (dem Schlachthauszwang unterstehenden) Metzgern wird ein verfügungsmäßig begründetes, gegenüber den anderen ein vertraglich begründetes Verhältnis angenommen (MBV 1956, Nr. 132).

[626] So richtig BGer 76 II 105, Ziff. 3.

schäftlichen Gestaltung zu verbleiben[627]. In diesem allgemeinen Streben nach Typisierung und nicht in einem immanenten Übergewicht öffentlichrechtlicher Normierung liegt der Grund des unverkennbaren Trendes zur verfügungsmäßigen Regelung. Für nicht streng typisierte Verhältnisse umgekehrt bildet die Vertragsform das durchaus entsprechende Gestaltungsmittel. Wird schon eine rechtsgeschäftliche Gestaltung angestrebt, dann liegt es im übrigen nahe, das im Rahmen von öffentlichen Versorgungsbetrieben leicht verwendbare Privatrecht heranzuziehen. Praktisch wird sich somit nur die Alternative von öffentlichrechtlicher Gestaltung durch Verfügung und von vertraglich-privatrechtlicher Ordnung stellen. Eine Notwendigkeit, sich des öffentlichrechtlichen Kontraktes zu bedienen, besteht nicht.

B. Die öffentlichen Verkehrsbetriebe

191. Durch die Bundesgesetzgebung wird die Beziehung zwischen den Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmen und deren Benützern als rechtsgeschäftlich-privatrechtlich gekennzeichnet[628]. Die Form des zivilrechtlichen Vertrages ist indessen angesichts der vom Gesetz verlangten Typisierung der Beförderungsbedingungen und Tarife, der Verpönung von Sonderabreden und der starken Betonung der Gleichbehandlung aller Benützer[629] sowie im Hinblick auf die gelegentlich einseitige Sicherung der Rechte der Bahnverwaltung, welche innerhalb eines nach der bona fides ausgeglichenen Vertragsverhältnisses als Fremdkörper

---

[627] So wird in Basel-Stadt angenommen, daß die Abgabe von Gas, Wasser und Elektrizität nach Bundesprivatrecht erfolge.

[628] Vgl. BG über den Transport auf Eisenbahnen und Schiffen vom 11. März 1948; Transportreglement vom 24.3.1949; Favre/Wick, Das schweizerische Transportrecht für Eisenbahnen und Schiffe, 1949, S. 63ff. (Personenbeförderung) und S. 171 (Güterbeförderung); vgl. auch BGer 47 I 249.

[629] BG Art. 14.

wirkt[630], schwerlich die der Sache innerlich adäquate Lösung. Das Festhalten an der Form des zivilrechtlichen Vertrags ist nur erklärbar aus dem Bestreben, die öffentlichen Verkehrsbetriebe nicht anders zu behandeln als die privaten – obwohl eine öffentlichrechtliche Regelung der Verhältnisse privater Transportanstalten im Zusammenhang mit ihrer Konzessionierung durchaus nicht ausgeschlossen erschiene. Das Beispiel zeigt, wieweit sich selbst bei Wahrung der privatrechtlichen Form die einer normativ-rechtssatzmäßigen Ordnung eigenen Effekte verwirklichen lassen.

C. Monopolbetriebe

192. Auf Warenlieferungen durch Monopolbetriebe könnte an sich in einer praktisch befriedigenden Weise Vertragsrecht, und zwar das für solche Beziehungen geeignete zivile Vertragsrecht, zur Anwendung gelangen. Die sich aus der Struktur des Monopolbetriebes ergebenden Besonderheiten (Belieferungszwang, verpflichtende Preislimiten usw.) lassen sich zwangslos mit der im übrigen zivilrechtlich konzipierten Grundbeziehung vereinbaren. Zwei Anliegen führen indessen vielfach dazu, die Beziehungen verfügungsmäßig zu ordnen:

a) Denkbar ist, daß der Abnehmer seinerseits – so wie bei Salzlieferungen durch die kantonalen Monopolverwaltungen an die Detailhändler – zum Staat in einem vom öffentlichen Recht erfaßten Verhältnis steht. In diesem Fall ließe sich die Einzellieferung als Annex zur publizistisch geordneten Grundbeziehung deuten. Von dieser Gestaltungsmöglichkeit wird allerdings zumeist kein Ge-

[630] Wer an einem überbeanspruchten Bahnschalter mehrere Fahrkarten kauft, dafür den reglementarischen Preis entrichtet, aber ein unrichtiges (z.B. ungültiges) Billet erhält, verliert, wenn er das Versehen der Bahnverwaltung nicht sofort (d.h. noch am Schalter) feststellt, jeden Anspruch und hat überdies im Bahnwagen einen pönalen Zuschlag wegen Nichtbesitzes eines gültigen Fahrausweises zu entrichten (Art. 41, Abs. 1 des Transportreglementes).

brauch gemacht[631]; Lieferungsgeschäft und Grundbeziehung bleiben getrennt.

b) Sodann kann sich – wie etwa bei den Spritlieferungen durch die Alkoholverwaltung[632], bei den Lieferungen[633] und Käufen[634] der Getreideverwaltung oder bei den Lieferungen durch frühere kriegswirtschaftliche Monopolbetriebe[635] – seitens der Monopolverwaltung das Bedürfnis geltend machen, das einzelne Lieferungsgeschäft den sich aus dem Privatrecht ergebenden Ungewißheiten (so namentlich der Möglichkeit von Sachmängelhaftungen nach längerer Zeit) zu entziehen und Streitigkeiten ins Verwaltungsjustizverfahren zu verweisen. Diesen Anliegen könnte zum Teil auch durch die bloße Ersetzung des privatrechtlichen durch den öffentlichrechtlichen Kontrakt entsprochen werden. Naheliegender erscheint es indessen, zur verfügungsmäßigen Gestaltung überzugehen; somit besitzt auch hier der verwaltungsrechtliche Vertrag kaum praktische Bedeutung. – In eigenartiger Weise greifen Vertrag und Verfügung im Bereiche der Getreideversorgung ineinander. Über Beanstandungen wird (unter Ausschaltung der obligationenrechtlichen Bestimmungen über Sachmängel) auf Grund von

---

631 Es kann sich zumeist nur fragen, ob einzelne sich aus dem Salzbezug ergebende besondere Beziehungen (so etwa der dem Detailverkäufer zustehende Anspruch auf «Provision»), nicht aber das als «Kauf» verstandene Lieferungsgeschäft dem öffentlichen Recht unterstehen.

632 Vgl. Art. 111 der Vollziehungsverordnung: Gegen die Ausführung von Bestellungen sowie zur Geltendmachung von Sachmängeln ist innert 8 Tagen seit Empfang der Ware «Einsprache» zu erheben; der Einspracheentscheid ist an die Alkoholrekurskommission weiterziehbar.

633 Vgl. die «Allgemeinen Bedingungen der Getreideverwaltung über den Verkauf von Auslandsgetreide» vom 30. 1. 1954. Diese Bedingungen werden als «Weisungen» bezeichnet.

634 Verfügung des Eidg. Finanz- und Zolldepartementes vom 15. 9. 1956, Art. 19.

635 So die Zuckerabgabe auf Grund des während des zweiten Weltkrieges bestandenen Handelsmonopols.

öffentlichrechtlichen Sondernormen durch Verwaltung und Verwaltungsjustizbehörde entschieden. Im übrigen wird das Lieferungsgeschäft als privatrechtlicher Vertrag verstanden. Es fällt schwer, sich von dieser Rechtsfigur eine exakte juristische Vorstellung zu machen. Vor allem aber liegt das Schwergewicht derart stark auf der verfügungsmäßigen Gestaltung, daß sich die Frage stellt, ob nicht das weitgehend inhaltslos gewordene Vertragskonzept besser preisgegeben werden sollte.

D. Andere Anstaltsverhältnisse

193. Man könnte versucht sein, auch anderen freiwillig begründeten «besonderen Gewaltverhältnissen» (z.B. dem Eintritt in eine öffentliche Schule) ähnlich der Beamtenernennung ein vertragliches Element einzufügen. Der Inhalt der in Frage stehenden Beziehungen verlangt indessen eine solche Konstruktion nicht, wenn er sie freilich auch nicht ausschließt. Im Gegensatz zur öffentlichrechtlichen Anstellung bleibt die Funktion des Einzelnen in der Regel eine rezeptiv-passive; so wie zumeist der Staat gehalten ist, den Bewerber zur Anstaltsnutzung zuzulassen, steht diesem auch die Möglichkeit zu, das Verhältnis frei aufzulösen. Die überkommene rechtliche Betrachtung bedarf daher keiner Revision.

III. Öffentlichrechtliche Geldzuwendungen

A. Die Exportrisikogarantie[636]

194. Die Exportrisikogarantie ist wohl nach einmütiger Auffassung der Literatur ins öffentliche Recht zu verwei-

---

[636] Gesetzliche Grundlagen: BG über die Exportrisikogarantie vom 6. April 1939; dazu Vollziehungsverordnung vom 27. Juli 1939; «Allgemeine Garantiebedingungen für Exportrisikogarantien», herausg. vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit. Literatur: Herold, H., Die rechtliche Natur der Exportrisikogarantie, ZSR, Bd. 64, S. 371ff.; Hopf, A., Untersuchungen über den Begriff der öffentlichen Versicherung, Be. Diss. 1946; Hummler, F., Exportrisikogarantie und Kapitalexport, in

sen[637]; ungewiß bleibt jedoch, ob sich die Garantie auf Rechtsgeschäft oder Verfügung gründe[638]. Gesetz und Verordnung lassen eine Klärung der grundsätzlichen Rechtsfragen vermissen. Um den Rechtscharakter der Exportrisikogarantie zu bestimmen, müssen die sich widersprechenden Hinweise gegeneinander abgewogen werden. Entscheidend sind vor allem die Einwirkungsmöglichkeiten, die dem Garantienehmer im Rahmen des weitgespannten Ermessens der Bundesbehörden – nicht einmal die Voraussetzungen der grundsätzlichen Garantieerteilung sind im Gesetz abschließend genannt – auf die Garantiebedingungen zustehen. Ein förmlicher Rechtsbehelf wird dem Exporteur im Falle der grundsätzlichen Gutheißung seines Gesuches gegenüber dem Entscheid, der «die Bedingungen, unter denen die Garantie ... übernommen wird», festlegt, nach geschriebenem Recht nicht zugestanden[639]. Man kann darin eine durch Heranziehung der allgemeinen Vorschriften über den verwaltungsinternen Rechtsweg zu schließende Lücke sehen. Damit verträgt sich indessen kaum, daß in den «Allgemeinen Garantiebedingungen»[640] der Exporteur gegenüber dem Garantiebescheid auf ein innert zwei Wochen einzureichendes Begehren nach «Berechtigung» verwiesen wird, «widrigenfalls der Inhalt als von ihm genehmigt gilt»[641]. Wollte man die Garantie als verfügungsmäßig begründet betrachten, dann müßte dieses «Berich-

---

«Wirtschaft und Recht», 1950, S. 289ff.; Killias, L., Die Exportrisikogarantie des Bundes als Mittel der Exportförderung, 1947; Osterwalder, M., Die Exportrisikogarantie des Bundes, Be. Diss. 1944.

[637] Herold, S. 373ff.; Osterwalder, S. 66ff.; Oeschger, S. 169.

[638] Für den Vertragscharakter Oeschger, S. 172; anderer Meinung Herold, S. 381 und Osterwalder, S. 70ff.

[639] VVO Art. 11 Abs. 2 im Gegensatz zu Art. 10 Abs. 3, wo ein Rekursrecht nur für den Fall einer grundsätzlichen Abweisung des Gesuches zugestanden wird.

[640] Vgl. oben Anm. 636.

[641] Vgl. «Allgemeine Garantiebedingungen» lit. A, Abs. 2.

tigungsbegehren» als administrative Einsprache qualifiziert werden. Ein förmliches Einspracheverfahren hätte aber rechtlich nicht durch die vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit festgesetzten Garantiebedingungen geordnet werden können. Und auch wenn man sich über diese formellen Einwände hinwegsetzen wollte, bliebe die Tatsache bestehen, daß mit dem Fristablauf für das «Berichtigungsbegehren» nicht die übliche verwaltungsprozessuale Verwirkungsfolge, sondern die Vermutung, der «Inhalt» des Garantiebescheides sei vom Garantienehmer «genehmigt» worden, verbunden wird. Der Inhalt der Garantie wird somit auf den subjektiven Willen der Beteiligten bezogen. Dem entspricht auch die praktische Handhabung des Garantieverfahrens. Organ dafür ist in erster Linie eine von einer privaten Organisation mitgetragene «Geschäftsstelle»[642], die sich mit Erfolg darum bemüht, etwaige Differenzen durch Rücksprache zu lösen. Die Leugnung des Vertragscharakters würde unter diesen Umständen das bei Eingehung der Garantie befolgte Verfahren desavouieren. Zu vermerken ist sodann, daß das Garantieversprechen mit dem Abschluß des Exportgeschäftes unwiderruflich wird[643], d.h. wohlerworbene und nach der Praxis auch abtretbare[644] Rechte begründet. Eine diesen Gegebenheiten entsprechende rechtliche Deutung erhält die Exportrisikogarantie nur mit ihrer Kennzeichnung als öffentlichrechtlicher Vertrag.

B. Andere Formen öffentlichrechtlicher Versicherung

195. In der öffentlichrechtlich geordneten Versicherung, vor allem in der Sozialversicherung, können drei Rechtsbeziehungen in den Formen des öffentlichrechtlichen Vertrages geregelt sein:

a) Die Begründung des Versicherungsverhält-

---

[642] VVO Art. 7.

[643] Garantiebedingungen lit. B, Abs. 3.

[644] Hummler, S. 301; Killias, S. 84; Osterwalder, S. 20ff.

nisses, der sog. Versicherungsbeitritt, erfolgt in der Regel durch Verfügung. Das gilt nicht nur für die obligatorische Versicherung bei einer öffentlichen Versicherungsanstalt[645], sondern auch – im Hinblick auf die zumeist strenge Typisierung der Verhältnisse – für die durch Antrag begründete, nicht obligatorische Versicherung[646]. Nur zur Regelung eigentlich atypischer Beziehungen, so namentlich für Abmachungen über die ausnahmsweise Fortführung eines an sich beendeten Versicherungsverhältnisses, steht mitunter der Weg des öffentlichrechtlichen Kontraktes offen[647].

b) Versicherungsleistungen sind ausnahmsweise dann vertraglicher Regelung zugänglich, wenn es sich um Abfindungen handelt[648]. Die Anordnung der Abfindung und die Bestimmung der Abfindungssumme durch eigentlichen Vertrag wird freilich mehr und mehr zur Ausnahme; im geltenden Recht dürfte das bedeutsamste Beispiel die Abfindungsvereinbarung gemäß Art. 28 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Militärversicherung bilden[649]. Mit Recht tendiert die neuere Gesetzgebung danach, die Abfindung (den sog. Auskauf) der Disposition der Beteiligten zu ent-

---

[645] Fleiner, Institutionen, S. 336; Nipperdey, C., Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 28; Suter, H. R., Kollision sozialer und privater Unfallversicherung, Be. Diss. 1936, S. 29.

[646] Fleiner und Nipperdey, ebenso: Hopf, Untersuchungen über den Begriff der öffentlichrechtlichen Versicherung, Be. Diss. 1946, S. 65; Holzer, M., Kommentar zum BG über die Arbeitslosenversicherung, 1954, S. 227/28.

[647] So hinsichtlich des Verbleibens eines ausscheidenden Beamten bei der Beamtenversicherungskasse (BGer 73 I 174) und der ausnahmsweisen Fortführung der obligatorischen Unfallversicherung gemäß Art. 62, Abs. 2, Satz 2 KUVG (Maurer, A., Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 1954, S. 71).

[648] Reusch, S. 52.

[649] Schatz, B., Kommentar zur Eidg. Militärversicherung, 1952, S. 196ff.; Dürr, K., Sozialversicherungspraxis, 1954, III, S. 91.

ziehen und einer auf das objektive Recht ausgerichteten Verfügung vorzubehalten[650].

c) Schließlich können auch Verträge im Rahmen der administrativen Hilfstätigkeit eines öffentlichen Versicherungsbetriebes – Tarifverträge mit Ärzten z.B. – öffentlichrechtlichen Charakter aufweisen[651]. Solche Vereinbarungen gehören indessen systematisch in den Bereich des organisatorischen verwaltungsrechtlichen Vertrages[652].

C. Die Subvention

196. Auf die rechtliche Struktur der Subventionierung Privater wurde an anderer Stelle[653] hingewiesen. Mögen diese Bemerkungen auch vorab die ins Organisatorische zu weisende aufgabenübertragende Subventionierung betreffen, so haben sie doch auch Geltung für jene Art Subvention, die unmittelbare Aufgabenerfüllung bildet. Angesichts der starken Typisierung der in den Bereich der Daseinsvorsorge gehörenden aufgabenerfüllenden Subventionierung ist allerdings zu bemerken, daß hier die verfügungsmäßige Subventionsbegründung gegenüber der kontraktmäßigen – und zwar der in den Formen des verwaltungsrechtlichen, nicht des zivilrechtlichen Vertrages vollzogenen[654] – überwiegen dürfte.

---

[650] So die Abfindung gemäß Art. 82, Abs. 1 KUVG (Maurer, S. 248) und den Art. 25, Abs. 2, 37 und 38, Abs. 1 des BG über die Militärversicherung (Schatz, S. 152, 187ff., 192ff.).

[651] Maurer, S. 180.

[652] Vgl. oben Ziff. 143–160.

[653] Vgl. oben Ziff. 150–155.

[654] Mit Recht wird in diesem Sinne der grundsätzlich öffentlichrechtliche Charakter der Subvention betont: BGer 50 II 298/300; 62 II 297/8; MBV 1943, Nr. 205; Layer, S. 47.

4. ABSCHNITT

Ergebnisse und Vorschläge

§ 14

197. Die Unsicherheit, die sich bei Bestimmung des Standortes des verwaltungsrechtlichen Vertrages abzeichnet, ist vor allem der Ausdruck des in der Praxis gestörten und von der Lehre mehr und mehr verkannten Verhältnisses von Verwaltung und Gesetz. Der innere Widerspruch einer verbreiteten Betrachtungsweise gelangt offen zum Ausdruck in der Formel, der Vertrag vermöge sich zwar nicht contra legem, wohl aber praeter legem zu entfalten. Die Rechtssätze sind nicht nur im räumlichen Sinne Schranken, die nur eben an den gezogenen Grenzlinien das Handeln der Verwaltung hemmen. Das Gesetz ist der Ausdruck eines allseitig verpflichtenden, in sich geschlossenen rechtlichen Gefüges; ja, es soll – der Idee des Rechtsstaates nach – überhaupt der alleinige Ordnungsfaktor sein.

198. Für die hoheitlich tätige Verwaltung (anders für die Verwaltungstätigkeit im Rahmen der Privatautonomie des Staates) ist die Rechtsgebundenheit das Leitprinzip. Sie schließt es aus, daß Rechte und Pflichten im Einzelfall durch Kontrakte begründet werden. Drei praktische Folgerungen ergeben sich aus dieser allgemeinen Richtlinie:

a) Durch das Mittel des Vertrages kann im Bereiche der Eingriffsverwaltung die Rechtssphäre des Bürgers nicht geschmälert werden; ebensowenig lassen sich auf diesem Wege im Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge neue Leistungspflichten des Staates begründen. Für den gesetzesersetzenden Kontrakt bleibt kein Raum.

b) Wo die Beteiligten durch eine besondere gesetzliche Ermächtigung auf den Weg rechtsgeschäftlichen Handelns verwiesen sind, kann sich dieses nicht gegen Gesetz und Verfassung, insbesondere nicht gegen die Grund-

rechte und die Rechtsgleichheit entfalten. Da im Rechtsstaat im Fehlen einer freiheitsbeschränkenden allgemeinen Norm eine Bestätigung der Freiheit liegt, sind rechtsgeschäftliche Grundrechtsbeschränkungen in jedem Fall ausgeschlossen. Ein gesetzes- oder verfassungsdispensierender Vertrag kann nicht zulässig sein.

c) Kontrakte, die nur wiedergeben, was dem Gesetzesinhalt entspricht (gesetzesbestätigende Abmachungen) mögen praktisch ungefährlich erscheinen. Rechtlich sind sie indessen wirkungslos. Wenn die Behörden immer wieder versucht sind, ein durch Auslegung eines mehrdeutigen oder lückenhaften Textes gewonnenes Resultat durch vertragliche Festlegung vor möglicher Anfechtung zu sichern, so lassen sie sich dabei aus positivistischer Ängstlichkeit in die Irre führen.

199. Die Flucht zum verwaltungsrechtlichen Vertrag ist durch strukturelle Mängel der Gesetzgebung und dogmatische Überspitzungen der Lehre wesentlich mitveranlaßt. So hat das Fehlen einer entwickelten öffentlichrechtlichen Haftpflichtordnung gelegentlich die Absicht gefördert, durch rechtsgeschäftliche Gestaltung einer Beziehung eine sinngemäße Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften über die Nichterfüllung von Verträgen zu bewirken. Mit dem Ausbau der Verantwortlichkeitsgesetzgebung wird dieses Motiv an Gewicht verlieren. Praktisch weit bedeutungsvoller ist ein anderer Zusammenhang. Die Übersteigerung des Grundsatzes, wonach «Verfügungen grundsätzlich nicht rechtskräftig werden», also jederzeit frei berichtigt und den veränderten Verhältnissen angepaßt werden können, hat vielfach die Beteiligten dazu geführt, einer Anordnung durch Einkleidung in einen Vertrag erhöhte Rechtsbeständigkeit zu geben. Dieser Ausweg wird sich in der Praxis wirksam nur verhindern lassen, wenn auf andere Weise dem legitimen Bedürfnis nach vermehrter Bestandessicherung der Verfügungen entsprochen werden kann. In doppelter Richtung ist eine Lösung zu suchen:

a) Einmal wird in Lehre und Rechtsprechung gegenüber dem Interesse an jederzeitiger Berichtigung und Anpassung einer Verfügung das gegenteilige Interesse an der Wahrung des Bestehenden und am Schutz begründeten Vertrauens besser zu würdigen sein; der Weg dazu ist durch den Gesichtspunkt von Treu und Glauben vorgezeichnet.

b) Sodann werden sich die Verwaltungsbehörden – unterstützt durch geeignete gesetzgeberische Reformen – vermehrt dazu bereit finden müssen, Feststellungsentscheide zu treffen. Überall da, wo eine öffentlichrechtliche Norm an eine nicht wieder rückgängig zu machende Disposition eines Privaten anknüpft, sollte auf Begehren des interessierten Privaten durch eine verbindliche Vorausverfügung über die zu erwartende Rechtsfolge Klarheit geschaffen werden.

200. Die rechtssatzmäßige Bestimmung der Verwaltung ist im Sinne eines Reflexes gegenteiliger Verfassungsprinzipien in einzelnen klar begrenzbaren Bereichen eingeschränkt oder aufgehoben. Das gilt vor allem für die sich an die Privatautonomie des Gemeinwesens anlehnende öffentlichrechtlich geordnete administrative Hilfstätigkeit (Beamtenrecht, Enteignung), die staatliche Organisationsgewalt, das sog. «besondere Gewaltsverhältnis», das Rechtsstatut der Monopole und der öffentlichen Sachen sowie den Bereich des die Handels- und Gewerbefreiheit einschränkenden Wirtschaftsrechtes. In diesen innerhalb der rechtssatzmäßigen Ordnung ausgesparten Funktionsbereichen der Verwaltung findet der öffentlichrechtliche Vertrag seine natürliche Entfaltung. So wie Doktrin und Praxis heute vielfach dazu neigen, dem verwaltungsrechtlichen Vertrag unbesehen Raum zu gewähren, wurden in der älteren Verwaltungsrechtslehre die vertraglichen Elemente zum Nachteil einer sinngemäßen juristischen Erfassung der Gesamtstruktur der Administration verkannt.

201. Im legitimen Anwendungsbereich des öffentlichrechtlichen Kontraktes drängen sich ge-

setzliche Reformen vor allem unter folgenden Gesichtspunkten auf:

a) Wo das Gesetz auf den Weg des typisierten Kontraktes (des Formularvertrages) verweist, sollte schon der Gesetzgeber die wesentlichen Richtlinien für die inhaltliche Ausgestaltung der Verträge geben.

b) Die verwaltungsinterne Kontrolle über den Abschluß öffentlichrechtlicher Verträge ist zu verstärken. Vor allem sind die Garantien für eine gleichmäßige Behandlung der Kontrahenten auszubauen. In einer Reihe von Fällen (so beim Enteignungsvertrag) ließe es sich begründen, die Verbindlichkeit des Vertrages von der Genehmigung durch eine unbeteiligte Instanz abhängig zu machen.

c) Die Erledigung von Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Kontrakten bedarf grundsätzlicher Ordnung. Die sich abzeichnende Tendenz, in die Verträge Schiedsgerichtsklauseln einzufügen, erweckt Bedenken. Das angemessene prozessuale Mittel zur Geltendmachung von Ansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Verträgen ist die verwaltungsrechtliche Klage. Die Entscheidungs-Zuständigkeit sollte dabei so geordnet sein, daß sich jeder Rechtsstreit ordentlicherweise vor zwei Instanzen bringen läßt.

Sachregister

(Die nachstehend genannten Zahlen verweisen auf die fortlaufende Numerierung der *Absätze, nicht auf die Seiten.* N = Anmerkung)

Abgabe-Verträge, vgl. Steuervertrag
Abschreibungen steuerliche, rechtsgeschäftliche Festlegung: 176
Alkoholverwaltung, Verträge: 192b
Amphitrite, engl. Präjudiz: 14, 26
Angestellter, im Gegensatz zum Beamten: 126, 133
Anstalt öffentliche, Verträge in ihrem Bereich: 23a, 190–193
Arbeiter, im Gegensatz zum Beamten: 126
Aufgabenübertragung an Private: 149
Aufsichtsbeschwerde: 44
Auskunft durch Behörde, Verbindlichkeit: 117
Auslegung
- des Rechtsgeschäftes: 86a, 121a
- der Verfügung: 86a, 121a
Autonomie und Vertragskompetenz: 144/45

Baurechtliche Verträge: 178–181
Beamtenverhältnis
- als Vertrag: 1N3, 23b, 24, 40, 67b, 82, 122, 126–134, 200
- Funktion: 55
- interne und externe Rechtswirkungen: 40
Beamter, Begriff: 126, 133
Bedingungen eines verwaltungsrechtlichen Vertrages: 93
Bedürfnisnachweis: 70a, 80
Besonderes Gewaltsverhältnis: 78a, 85, 200
Bindung an Vertrag und öffentliches Interesse: 1, 2
Bundesverwaltungsgericht, deutsches: 3

Clausula rebus sic stantibus: 2, 101, 106, 121d, 129c, 163b
Common law: 14–17
Contrat administratif, vgl. Frankreich

Daseinsvorsorge, staatliche: 52, 72/73 189–196, 198a
Deutschland
- Lehre: 1, 2, 23
- Rechtsprechung: 3
Dezentralisation und Gleichheit: 79
Dualistische Konzeption der staatlichen Rechtsbeziehungen: 42

Eingemeindungsvertrag: 3a
Eingriffsverwaltung: 69–71, 73, 168–188, 198a
Einseitiges Rechtsgeschäft: 26, 28
England: 14, 15
Enteignungsrechtliche Rückforderung, vertragliche Ordnung: 139d
Enteignungsvertrag
- Ausgestaltung und Bedeutung: 3c, 13, 23, 24, 82, 136–141, 200
- Verbindung mit Schiedsgerichtsklausel: 160
- Weiterentwicklung: 178
Enteignungsverzicht, vertragliche Festlegung: 175
Ermessen: 66
Exportrisikogarantie: 25, 194

Fehlerhafte Normen (vgl. auch Nichtigkeit): 86b
Feststellungsverfügungen: 117, 185, 199b
Finanzvermögen, privatrechtliches Statut: 49
Fiskalische Betätigung des Gemeinwesens: 50
Form von Verträgen: 94c, 97
Formularverträge bei verwaltungsrechtlichen Verhältnissen: 137, 140, 170, 177, 201a
Frankreich
- Lehre: 5–12, 23c, 101
- Rechtsprechung: 5–12

Gemeindebeschwerde: 44

Gemeinden
– Aufsicht: 17, 23 N 77, 84
– gegenseitige Beziehungen: 1, 3, 4, 18, 23, 24, 77a, 83, 144, 147/48
– Verbreitung des Vertrages im kommunalen Recht: 79
Gemeinwerk: 51
Genehmigung
– von Enteignungsverträgen durch Schätzungskommission: 137, 201b
– Tragweite des Genehmigungsaktes: 38/39, 145/46
– Verhältnis zum Vertragscharakter: 38/39
Genossenschaftsrechtliche Vorstellungen: 22, 51
Gentlemen's Agreement: 25
Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
– allgemein: 63, 95b, 197
– Erfordernis des Rechtssatzes: 64–80
Getreideverwaltung, Verträge: 192b
Gleichheit der Beteiligten im Vertragsverhältnis: 31–33
Gleichheit im Sinne der Rechtsgleichheit: 1, 2, 65, 79, 84
Grundrechte
– Einschränkung nur durch Gesetz: 69, 198b
– Maßgeblichkeit im privatrechtlich gestalteten Bereich: 61
Gültigkeitsmaß von Verträgen: 121b

Haftung aus Vertrag, vgl. Schadenersatz
Haftung nach Art. 61 Abs. 2 OR: 57
Handels- und Gewerbefreiheit: 80
Hilfsgeschäfte der staatlichen Verwaltung: 48–50, 55, 82, 123a
Hinterlegungsvertrag, öffentlichrechtlicher: 23a, 189
Hoheitliche und nicht-hoheitliche Verwaltung: 42

Italien: 13

Kompetenz
– Begriff: 94a
– Folge der fehlenden Kompetenz: 94a
Kontingent und Vertrag: 80
Kontrahierungszwang: 47
Konzession
– als öffentlichrechtlicher Vertrag: 23b, 23c N 87, 110, 161–166, 188c
Konzession
– Ausweitung des Begriffes: 149
– komplexe Struktur: 113, 114, 162
– Rechtsnatur, allgemein: 78a, 161
– und Schiedsgerichtsklausel: 156
– Verträge zwischen Konzessionären: 24, 167b

Leistungsübernahme-Versprechen: 3b, 108/9, 182c, 188c
Leistungsgewährungen als Gegenstand der Verwaltung: 52
Lehnrechtliche Relikte: 78a, 161

Mehrwertsbeiträge, vertragliche Festlegung: 178c
Monopol und Vertrag: 78a, 85, 161–167, 192, 200

Nichtigkeit von Verwaltungsakten: 131a
Numerus clausus und Vertrag: 80

Öffentliche Sachen, verwaltungsrechtliche Verträge in ihrem Bereich: 24, 67b, 85, 161–167, 200
Offerte, Bindung: 93
Österreich: 4
Organisationsgewalt
– anderer Rechtssatzbegriff: 75, 143
– Verträge in ihrem Bereich: 76, 77, 83, 143–160, 200

Pauschalierung von Steuern: 184
Pflichtlagervertrag: 25, 168–176
Polizeigewalt und Vertrag: 14, 17, 78b, 84
Polizeiliche Generalklausel: 67b
Polizeistaatliche Relikte: 78b
Preußisches Oberverwaltungsgericht: 3
Private, öffentlichrechtliche Verträge zwischen Privaten: 24, 34, 167, 179
Privatautonomie des Gemeinwesens: 3e, 42–63, 109, 123
Privatrecht
– des Bundes, Vorrang: 54
– Privatrecht oder öffentliches Recht: 29, 119, 123
– Übertragung des Privatrechtes auf öffentlichrechtliche Verträge: 92–97
Privatrechts-Eignung, Gesichtspunkt für die Rechtsnatur: 60, 123b

(Die Ziffern verweisen auf die Absätze, nicht auf die Seiten)

Rechtsgeschäft
– und Verfügung: 86
– Vertrag als Rechtsgeschäft: 26, 28
Rechtsgleichheit, vgl. Gleichheit
Rechtskraft von Verfügungen: 86c, 199
Rechtspersönlichkeit des Staates: 27
Rechtssatz
– Begriff: 69, 75
– Rechtsstaatliche Tragweite: 65
Rechtsverhältnis
– und Verfügung: 27
– Vertrag als Rechtsverhältnis: 27
Regal, vgl. Monopol
Reichsgericht (deutsches): 3
Revers, Rechtsnatur: 116, 180/81
Risikogleichheit als Maßstab für OR 61: 57
Rücktritt vom Vertrag: 102

Salzmonopol, öffentlichrechtliche Verträge: 192a
Sanktion in verwaltungsrechtlichen Verträgen: 102, 123b, 173
Schadenersatz
– allgemein im öffentlichen Recht: 103, 121e
– bei Nichteinhaltung verwaltungsrechtlicher Verträge: 103, 104, 117, 121e, 129d
– rechtsgeschäftliche Bestimmbarkeit des Anspruches: 142
Schiedsgerichtsvereinbarungen hinsichtlich öffentlichrechtlicher Ansprüche: 156–160, 201c
Schuldbuchforderung, Rechtsnatur: 125
Schweizerische Lehre und Praxis, Entwicklung: 18–25
Servitutseinräumung auf Grund öffentlichrechtlicher Anordnung: 111, 112, 181
Sicherung öffentlichrechtlicher Beziehungen in privatrechtlicher Form: 111, 112, 181
Sozialversicherung, Verträge: 24, 195
Spital, Haftung nach OR 61: 57
Standardisation der Verträge (vgl. auch Formularverträge): 56, 56b
Steuervertrag: 3d, 19, 24, 109, 110, 182–188
Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen: 201c
Subjektive Rechte, vgl. wohlerworbene Rechte
Submissionsvorschriften, Rechtsnatur: 46, 56
Subventionen
– Arten (aufgabenübertragend und aufgabenerfüllend): 150/51
– Privatrecht oder öffentliches Recht: 152–155
– Vertragscharakter: 25, 67b, 77b, 83, 152–155, 196

Treu und Glauben im Verwaltungsrecht: 87–90, 121d, 187, 188b, 199a

Vereinbarung, technischer Begriff: 41
Vereinigte Staaten: 16/17
Verfügung
– Anfechtung: 44
– Begriff: 26
– Gegensatz zu Rechtsgeschäft: 86
Verfügungsermächtigung
– Bedeutung (Schranke des Gesetzmäßigkeitsprinzips): 66
– Begriff: 66
– Verbreitung: 67, 74
Vergleich als Vertrag: 3d, 115
Verjährung im öffentlichen Recht: 93
Verkehrsbetriebe, Verträge: 191
Verrechnung im öffentlichen Recht: 93
Versicherung, öffentlichrechtliche, Verträge: 195
Versorgungsbetriebe, Verträge: 190
Verständigung, Rechtsnatur: 115, 183
Vertrag, Begriff: 26–41
Vertragsfreiheit: 35, 36, 54
Verwaltungsakt auf Unterwerfung: 20, 23b
Verwaltungsverordnungen
– allgemein: 46 N 145
– Folgen der Verletzung: 95d
– Submissionsvorschriften als Verwaltungsverordnungen: 46
Verzugszins bei verwaltungsrechtlichen Verträgen: 105
Vorveranlagung im Steuerrecht: 185

Widerruf von Erklärungen: 93
Willenserklärung des Gemeinwesens als Verwaltungsakt: 43
Willensmängel: 86b, 94b, 121b
Willensübereinstimmung, Erfordernis des Vertrages: 28
Wirtschaftsrecht: 21, 25, 85, 200

(Die Ziffern verweisen auf die Absätze, nicht auf die Seiten)

Wohlerworbene Rechte
- Schutz gegenüber Gesetzgeber: 99, 100, 121 c, 129 b, 163 b, 174 c
- Schutz gegenüber Verfügungsgewalt: 101
- und öffentlichrechtlicher Vertrag: 121, 165 b

Zerstörung und Unbrauchbarmachung von Betriebsanlagen im Kriegsfall: 177
Zivilgerichte, Übertragung von Verwaltungsstreitigkeiten: 22, 102
Zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt: 20, 23 b, 120
Zweiseitige Unverbrüchlichkeit des Rechtssatzes: 65
Zweiseitiger Verwaltungsakt: 20, 131 b