Zweiter Beratungsgegenstand:

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

1. Bericht für die Schweiz von Professor Dr. *Thomas Fleiner-Gerster*, Freiburg i. Ue., CH

Inhalt

		Seite
Ei	nleitung	153
1.	Formenfreiheit und Formenvielfalt der Rechtsverhältnisse in rechtsvergleichender Sicht	154
2.	Die Besonderheiten der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung	158
3.	Typologische Unterschiede der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung	161 163 165
4.	Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse 4.1. Die beschränkte Gestaltungsfreiheit 4.2. Ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten 4.2.1. Die Pflicht zum Wohlverhalten des Leistungsempfängers 4.2.2. Die mangelhaften Rechtsmittel gegenüber Leistungsstörungen 4.2.3. Ungleichheiten bei der Anpassung und Änderung des Rechtsverhältnisses	167 170 170 171
5.	Ausblick	174

Einleitung¹

Herr Meier tritt in eine private, aber vom Staat subventionierte und damit an die Sozialgesetzgebung gebundene Krankenkasse ein. Auf Grund des geltenden Versicherungsverhältnisses hat dieser im Krankheitsfall Anspruch auf ein Krankentagegeld. Der Zentralvorstand der Genossenschaft ändert 4 Jahre nach Meiers Beitritt die Statuten und beschließt, daß Rentner im AHV-Alter² bei Krankheit nur mehr ein reduziertes minimales Tagegeld von Fr. 2.— erhalten. Von dieser neuen Regelung erhält Herr Meier durch ein sehr unklares Formularschreiben von seiten der Kasse Kenntnis. Als Herr Meier, der inzwischen AHV-Rentner geworden ist, erkrankt, bezieht er dennoch ein erhöhtes Tagegeld, auf das er gemäß der neuen Statuten eigentlich keinen Anspruch hätte. Mit einseitiger Verfügung verpflichtet die Krankenkasse Herrn Meier, das entrichtete Krankentagegeld zurückzuzahlen³.

Darf die Kasse durch Statutenänderung die Versicherungsleistungen einseitig ändern? Darf sie als private Kasse mit hoheitlich vollstreckbarer Verfügung, den angeblich unrechtmäßig ausbezahlten Betrag von Herrn Meier zurückfordern? Kann Herr Meier, bei rechtswidrigem Verhalten der Kasse, allenfalls von seinem Rechtsverhältnis zurücktreten und die Kasse für den erlittenen Schaden belangen?

Im Rahmen eines kurzen Referates können unmöglich alle Fragen, welche dieses Rechtsverhältnis unter anderem aufwirft, vollumfänglich behandelt werden. Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb im wesentlichen auf die Frage, ob es richtig ist, einerseits die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung dem öffentlichen Recht zu unterstellen und ihnen damit die Vorteile der hoheitlichen Verwaltung, d.h. einseitiger Widerruf und Abänderungsmöglichkeit des Rechtsverhältnisses sowie Ausgestaltung mittels vollstreckbarer Verfügung, zu gewähren, ohne andererseits dem Leistungsempfänger entsprechende Rechtsmittel zur Behebung von Leistungsstörungen zu geben.

Viele Fragen, wie etwa die Privatisierung staatlicher Leistungen oder die sogenannte Flucht ins Privatrecht, müssen daher von vornherein ausgeklammert werden. Ebenfalls verzichtet werden muß auf eine dogmatische Untersuchung von Begriff, Wesen und Bedeutung des Rechtsverhältnisses im öffentlichen Recht. Ich baue in dieser

¹ Für zahlreiche wertvolle Hinweise über die privatrechtlichen Schuldverhältnisse danke ich meinem Freund, Prof. Peter Gauch.

² AHV = Alters- und Hinterbliebenenversicherung; vgl. Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.

³ BGE 107 V 162.

Hinsicht auf der von Hans Zacher und Peter Ipsen schon früh angeregten, von Otto Bachof und Peter Häberle eingeleiteten sowie neuerdings von Ehlers und Löwe weitergeführten Tradition auf, wonach im neueren Verwaltungsrecht nicht so sehr der Verwaltungsakt als vielmehr das Rechtsverhältnis im Zentrum der verwaltungsrechtlichen Betrachtungsweise zu stehen hat⁴. Was den Begriff des Rechtsverhältnisses anbetrifft, halte ich mich an die bereits von Savigny vorgenommene Umschreibung.

"Diese" (die logische Form eines Urteils) "finden wir in dem Rechtsverhältnis, von welchem jedes einzelne Recht nur eine besondere, durch Abstraction ausgeschiedene Seite darstellt, so daß selbst das Urtheil über das einzelne Recht nur insofern wahr und überzeugend seyn kann, als es von der Gesammtanschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht. Das Rechtsverhältnis aber hat eine organische Natur, und diese offenbart sich theils in dem Zusammenhang seiner sich gegenseitig tragenden und bedingenden Bestandtheile, theils der fortschreitenden Entwicklung, die wir in demselben wahrnehmen, in der Art seines Entstehens und Vergehens"⁵.

Gegenseitige Rechte und Pflichten von Verwaltung und Leistungsempfänger lassen sich nur dann beurteilen, wenn sie im Gesamtzusammenhang als Rechtsverhältnisse untersucht und auf die unterschiedliche Interessenlage hin überprüft werden. Dabei ist dem möglicherweise vielseitigen Rechtsverhältnis mit mehreren Parteien, der Dauer, Zielsetzung, Besonderheit, Anpassungsmöglichkeit und dem Verhältnis des betreffenden Rechtsverhältnisses zu anderen ähnlichen Rechtsverhältnissen Rechnung zu tragen.

1. Formenfreiheit und Formenvielfalt der Rechtsverhältnisse in rechtsvergleichender Sicht

Wer das amerikanische Verwaltungsrecht mit dem europäischen vergleicht, wird sofort einen wesentlichen Unterschied feststellen:

⁴ Vgl. H.Zacher, Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 318; H.P.Ipsen, ebenda, S. 257; P.Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII (1979), S. 60, 64, 67, 85; D.Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBI 1986, S. 312ff.; W.Löwe, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1986, S. 793ff.; dagegen F.Schnapp, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DöV, 1986, S. 811ff.; vgl. namentlich auch P.Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin 1974. Auch A.Grisel scheint mit seinem Kapitel "Les Droits et les Obligations des Administrés", Traité de Droit Administratif, Neuchâtel 1984, S. 577, ähnliche Überlegungen zu unterstützen.

⁵ F.C.Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Erstes Buch, § 4, Berlin 1840.

Viele gesellschaftlich wichtige Aufgaben, wie Gesundheitspflege, Spitäler, Schulen, Eisenbahnen, Post, Autobahnen usw., werden in Westeuropa durch den Staat, in den USA hingegen durch private Gesellschaften verwirklicht. Die Tatsache, daß in den europäischen Staaten diese Aufgaben vom Staat durchgesetzt werden und damit weitgehend der Konkurrenz und dem freien Markt entzogen sind, mag unter anderem damit zusammenhängen, daß das private Kapital in unseren kleinräumigen Verhältnissen mit begrenzten Markträumen weder durch Banken noch durch die Errichtung von Aktiengesellschaften, sondern nur durch die Zwangsmaßnahme der Steuer oder der Sozialversicherungsabgabe aufgebracht werden konnte⁶.

Da in den europäischen Staaten diese Aufgaben von staatlichen, halbstaatlichen oder vom Staat mit hoheitlichen Aufgaben beliehenen privaten Trägern übernommen werden, stellt sich die Frage, wie die Rechtsverhältnisse zu den sogenannten Leistungsempfängern ausgestaltet sind⁷.

Während im angelsächsischen common law kein grundsätzlicher Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht gemacht wird, haben viele Staaten des europäischen Kontinentes die Idee Napoleons übernommen, man müsse die Verwaltung und die Exekutive der Jurisdiktionsgewalt der letztlich konservativen Richter, d.h. der ordentlichen Gerichtsbarkeit (juridiction judiciaire), entziehen und dafür ein eigenes, dem Staatsrat (Conseil d'Etat) unterstelltes öffentliches Recht schaffen⁸. Wenn die Verwaltung im Rahmen ihrer Tätigkeit, beispielsweise in Form eines staatlichen oder halbstaatlichen Unternehmens (Post, Eisenbahn, Bank, Versicherung, Fluggesellschaft, Spital, Universität, Fernsehanstalt, Munitionsfabrik etc.), einer wirtschaftlich tätig werdenden Zwangskörperschaft (z.B. Getreide- und Futtermittelgenossenschaft), einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Stiftung (Pro Helvetia, Nationalfonds), einer unselbständigen Anstalt (z.B. Gemeindeschule, Schlachthaus), Leistungen erbringt oder über private, aber von der Verwaltung subventionierte (z.B. Krankenkassen) oder mit Rechten und Pflichten versehenen Unternehmen (konzessionierte Elektrizitätswerke) in Erscheinung tritt und über diese "Dritte" Rechtsverhältnisse begründet, stellt sich folgende Frage:

⁶ Vgl. dazu die demnächst erscheinende Habilitationsarbeit von W. Stoffel, Die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die staatliche Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 1987.

⁷ G.Müller, Reservate staatlicher Willkür zwischen Rechtsgleichheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: FS Hans Huber, Bern 1981, S. 109ff.; M.Imboden/R.Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, Nr. 2.

⁸ G. Vedel, Droit administratif, 9. Aufl., Paris 1984, S. 117ff.

Ist es richtig, die Regelungen solcher Rechtsverhältnisse am öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitut des Verwaltungsaktes auszurichten; sollten sie sich nicht sinnvollerweise, wenigstens in Analogie, an den, während Jahrhunderten erworbenen Erkenntnissen des Privatrechtes orientieren⁹?

Dieses Problem wurde in den verschiedenen Staaten recht unterschiedlich gelöst. Einfach sind die Lösungen im common law. Da das common law nicht zwischen öffentlichem und privatem Recht unterscheidet, unterstehen diese Rechtsverhältnisse der gewöhnlichen Gerichtsbarkeit. Bei der Beurteilung der Rechtsverhältnisse — meist handelt es sich um Verträge — kann der spezifischen Interessenlage somit Rechnung getragen werden. Die im Vertragsrecht erprobten Rechtsmittel der Klage auf Vertragserfüllung, Rücktritt vom Vertrag etc. kommen damit zur Anwendung¹⁰.

In Frankreich wurde durch den berühmten Arrêt Blanco¹¹ schon Ende des 19. Jh. der Begriff des "service public" geschaffen, um bestimmte wirtschaftliche oder leistende Tätigkeiten der Verwaltung dem Privatrecht zu entziehen und dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Seit diesem Zeitpunkt untersteht der "service public administratif" dem öffentlichen Recht¹².

Das für die Schweiz historisch maßgebende deutsche Verwaltungsrecht ist einerseits von der privatrechtlich fiskalischen und andererseits von der öffentlich-rechtlichen Verwaltung geprägt¹³. Diese Zweiteilung hat dazu geführt, daß Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung, je nach den Unterscheidungskriterien zwischen Privatrecht und

⁹ Vgl. dazu u.a. *L.Eugster*, Die Rechtsnatur der Verhältnisse konzessionierter Privatunternehmen der Daseinsvorsorge zu Dritten, insbesondere zu Abnehmern, Diss. Freiburg 1975.

¹⁰ H.W.R.Wade, Administrative Law, Oxford 1982, S. 678ff.; D.Foulkes, Administrative Law, 5. Aufl., London 1982, S. 293ff.; J.Martens, Die Klagearten im Verwaltungsprozeß, in: DöV 1970, S. 476ff. Im amerikanischen Vertragsrecht ist allerdings die Klage auf Vertragserfüllung (Remedy of specific performance) die Ausnahme. Im Gegensatz dazu hat sich hingegen die injunction als Klage auf Vornahme einer Amtshandlung im Verwaltungsrecht sehr stark entwickelt. Vgl. dazu J.E.Murrey, On Contracts, 2. Aufl., New York 1974, S. 441.

¹¹ Tribunal des Conflicts, 8. Febr. 1873, Blanco, Rec. 1er supplt 61, concl. David; siehe auch *M.Long/P. Weil/G. Braibant*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 7. Aufl., S. 5ff.

¹² J.M.deForges, Les institutions administratives françaises, Paris 1983, S. 37ff.: G.Braibant. Le droit administratif français, Paris 1984, S. 145ff.

¹³ R.Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: FS Eichenberger, Basel 1982, S. 657ff.

öffentlichem Recht, entweder dem einen oder anderen Rechtsgebiet zugeordnet werden¹⁴.

Im kontinentaleuropäischen Recht können Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung durch drei verschiedene Rechtsinstitute begründet werden: Im Rahmen des Privatrechts durch den privatrechtlichen Vertrag; im Rahmen des öffentlichen Rechts durch den Verwaltungsakt bzw. die Verfügung sowie durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag¹⁵. Je nach Verwaltungsrecht hat das eine oder andere Rechtsinstitut den Vorrang. Im schweizerischen Verwaltungsrecht liegt das Schwergewicht bei der Verfügung. Beim Vergleich zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz drängen sich diesbezüglich allerdings folgende wichtige Feststellungen auf:

- 1. Im deutschen Verwaltungsverfahren hat der verwaltungsrechtliche Vertrag auf Gesetzesstufe den gleichen Rang wie der Verwaltungsakt. Das schweizerische Verwaltungsverfahren dagegen kennt als beschwerdefähigen Entscheid der Verwaltung nur den Verwaltungsakt, der generell als Verfügung¹⁶ bezeichnet wird. Der verwaltungsrechtliche Vertrag wird im schweizerischen Verwaltungsverfahrensgesetz mit keinem Wort erwähnt, so fehlt denn auch eine dem § 54 des Verwaltungsverfahrensgesetzes entsprechende Bestimmung, die zwischen Vertrag und Verwaltungsakt zumindest auf Gesetzesstufe eine gewisse Parallelität hergestellt hat. Dies führt dazu, daß dem verwaltungsrechtlichen Vertrag im schweizerischen Recht, im Vergleich zur Bundesrepublik Deutschland, eine eher untergeordnete Bedeutung zukommt.
- 2. Die Entwicklungen des deutschen Rechts zum sogenannten Verwaltungsprivatrecht, wie auch die sogenannte Zweistufentheorie, haben sich in der schweizerischen Praxis noch kaum durchsetzen können¹⁷. Aus diesem Grund haben die Gerichte die Tendenz, Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung wenn immer möglich dem öffentlichen Recht zuzuordnen¹⁸.

¹⁴ H.U.Erichsen/W.Martens, Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Berlin/New York 1986, S. 321ff.

¹⁵ Dazu: M.Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962; H.Ders, Verwaltungsakte und sonstige öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte in der Sozialversicherung, VerwArch. 33, 1928, S. 99ff.; J.Schmidt-Salzer, Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und öffentlichrechtlicher Vertrag, in: VerwArch. 62, 1971, S. 135ff.

¹⁶ P.Saladin, Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: ZSR 1975, Bd. II, S. 307ff.; G.Müller, Legitimation und Kognition in der Verwaltungsrechtspflege, in: ZBI 1982, S. 281ff.; Th.Fleiner-Gerster, Die strapazierte Verfügung, Verwaltungsrechtliches Kolloquium der Bundesverwaltung, Bern 1986.

¹⁷ Vgl. dazu u.a. A. Grisel, Fn. 4, Bd. I, S. 114ff.

¹⁸ P.Moor, Le Droit administratif et la distinction entre le droit public et le droit privé, in: FS Zwahlen, Lausanne 1977, S. 145ff.

3. Ich halte die Verfügung für ein in der Regel ungeeignetes Institut, um Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zu begründen. Die Verfügung findet ihren Ursprung im "acte administratif contentieux", d.h. im richterähnlichen Hoheitsentscheid der Verwaltung. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung gehören nur entfernt zur hoheitlich richterähnlichen Tätigkeit der Verwaltung¹⁹. So hat die Aufnahme eines Patienten in ein Spital, die in der Schweiz durch Verfügung erfolgt, mit einer richterlichen Entscheidung wenig Ähnlichkeit²⁰.

2. Die Besonderheiten der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

Während in der Eingriffsverwaltung einseitig Rechte und Pflichten begründet werden, übernehmen im Rahmen der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung meistens zwei oder mehrere "Parteien" Rechte und Pflichten. Zwischen diesen Rechten und Pflichten besteht eine gewisse Gegenseitigkeit, manchmal sogar ein grundsätzliches Gleichgewicht. Weder Verwaltung noch Leistungsempfänger sollten sich bei der Ausgestaltung solcher Rechtsverhältnisse ungleichgewichtige Pflichten aufbürden oder Rechte zuordnen²¹. In diesem Sinne gleichen die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung eher den privatrechtlichen Schuldverhältnissen. Diese können synallagmatischen Charakter²² haben, wie etwa das Telephonabonnement oder die Lieferung elektrischer Energie, oder sie können dem Leistungsempfänger zwar keine Austauschpflicht, hingegen, wie ungleiche Schuldverhältnisse, Neben-, Sorgfaltspflichten oder andere "Obliegenheiten" auferlegen. In der Sozialversicherung zum Beispiel leistet der Versicherte Beiträge, überdies muß er, ähnlich wie der Privatversicherte dafür sorgen, daß der mögliche Versicherungsschaden klein bleibt; an der Universität muß der Student neben seiner Gebührenpflicht gewisse Leistungen, so zum Beispiel den Diplomabschluß nach einer bestimmten Frist, erbringen, der Subventionsempfänger muß die Subvention im Sinne des staatlichen Auftrages verwenden²³; der Patient hat den Spital-

¹⁹ F.Blancpain, La Formation historique de la Théorie de l'Acte administratif unilatéral, Thèse Paris 1979 (polycop.); O.Mayer, Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, S. 59 und 94; Idem, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1896, S. 103; U.Scheuner, Der Einfluß des französischen Verwaltungsrechts auf die deutsche Rechtsentwicklung, in: DöV 1963, S. 714ff.

²⁰ J.Keller, Die Rechtsstellung des Patienten im öffentlichen Spital, Diss. Freiburg 1976, S. 68ff.

²¹ Dazu z.B. BGE 108 V 258.

²² Ähnlich *H.Zacher*, Verwaltung durch Subventionen, in: VVDStRL 25 (1967), S. 318; *H.P.Ipsen*, ebenda, S. 257.

²³ V.Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, München 1966, S. 45ff.; M. Zuleeg, Die Rechtsform der Subventionen, Berlin 1965.

aufenthalt durch seine Krankenkassenbeiträge finanziert, muß sich aber im Sinne der Anordnungen der Ärzte und Krankenschwestern "wohlverhalten". Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung haben somit viele Gemeinsamkeiten mit den Schuldverhältnissen des Privatrechts.

Andererseits dürfen wir nicht übersehen, daß neben dieser Analogie zum Privatrecht auch einige erhebliche Unterschiede bestehen, denen Rechnung zu tragen ist. Im Gegensatz zum Privatrecht muß bei der Leistungsverwaltung dem Grundsatz der Rechtsgleichheit mehr Beachtung geschenkt werden. So sollte z.B. eine Krankenkasse allen Kassenmitgliedern unter gleichen Voraussetzungen gleiche Vorteile gewähren²⁴.

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung sind überdies meist nichts anderes als Konkretisierungen öffentlich-rechtlicher Aufgaben. Rechtsverhältnisse des privaten Schuldrechts andererseits dienen in der Regel dazu, bestimmte individuelle Interessen der am Rechtsverhältnis beteiligten Partner zu verwirklichen. Diese wollen mit dem Rechtsverhältnis ein "gutes Geschäft" machen. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung setzen hingegen abstrakte öffentliche Interessen in konkrete Wirklichkeit um. Selbstverständlich darf nun das öffentliche Interesse dem privaten Interesse nicht einfach gleichgestellt werden. Dies zeigt sich darin, daß der Staat meist nicht partnerschaftlich, sondern durch generelle Finanzierung überproportional am Rechtsverhältnis beteiligt ist. Der Staat finanziert durch den allgemeinen Finanzhaushalt die Aufgabe entweder selber (Schule), oder er trägt durch Subventionen (Sozialversicherung) Lasten, die durch private Beiträge nicht finanziert werden könnten. Er verzichtet also im Interesse der öffentlichen Aufgabe bewußt auf den Abschluß eines "guten Geschäfts".

An Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung ist der "Staat" immer in der einen oder anderen Weise beteiligt. Allerdings wird der Staat meistens durch mehr oder weniger dezentralisierte Verwaltungseinheiten tätig. Dabei kann es sich um Anstalten²⁵, um öffentlichrechtliche Körperschaften²⁶, um privatrechtliche oder öffentlich-

²⁴ BGE 108 V 258; *H.Huber*, Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit, in: FS André Grisel, Neuchâtel 1983, S. 127ff.

²⁵ Vgl. A. Grisel, Fn. 4, S. 223; Th. Fleiner-Gerster, Grundzüge des Allgemeinen und Schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980, S. 407ff.; K. Lange, Die öffentliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), S. 169ff. und R. Breuer, VVDStRL 44 (1986), S. 213ff.; für die Schweiz als Beispiel für die Anstaltsregelung in einem Kanton: Ph. Stähelin, Die rechtsfähigen öffentlichrechtlichen Anstalten des Kantons Thurgau, Diss. Freiburg 1972.

²⁶ Vgl. dazu Karl Dörig, Die Wald- und Flurkorporationen im Kanton Appenzell-Innerrhoden, Diss. Zürich 1970.

rechtliche Stiftungen, um gemischtwirtschaftliche oder gar um private, mit öffentlichen Aufgaben beliehene Unternehmen handeln. Je nachdem, ob die dezentralisierte Verwaltungseinheit eigene Rechtspersönlichkeit hat, haftet sie entweder mit ihrem eigenen Vermögen für allfällige Schäden oder es haften - je nach Trägerschaft - der Bund, der Kanton oder die Gemeinde. Wenn die dezentralisierte Verwaltungseinheit gewerblich tätig ist, wie z.B. ein Elektrizitätswerk oder eine Kantonalbank, haftet sie gemäß schweizerischem Recht außervertraglich nach den Regeln des Bundesprivatrechtes²⁷. Wenn sie aber nicht gewerblich tätig ist, haftet sie nach dem öffentlichen Haftpflichtrecht, das von Kanton zu Kanton verschieden ist. Denn die Schweiz kennt, im Gegensatz zum Bonner Grundgesetz, keine allgemeine Haftpflicht des Staates im Sinne von Art. 34 GG. Je nach Kanton kann also die Stellung des an einem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung beteiligten Geschädigten günstiger oder weniger günstig sein.

Eine weitere Besonderheit findet sich im Monopolcharakter vieler Leistungsträger²⁸. Dem Bürger, der auf die entsprechende Leistung angewiesen ist, wie etwa auf den Bezug der elektrischen Energie, bleibt meist nichts anderes übrig, als mit dem betreffenden staatlichen Unternehmen in ein Rechtsverhältnis einzutreten. Diese Monopolstellung verpflichtet die Verwaltung somit zu besonders sorgfältiger Durchführung der Leistung. Bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses kann weder dem Leistungsempfänger noch der Verwaltung das Recht eingeräumt werden, den Vertrag aufzulösen, wie dies bei privatrechtlichen Verträgen im Falle von Leistungsstörungen möglich ist. Da der Leistungsempfänger auf die Beibehaltung des Rechtsverhältnisses angewiesen ist, kann er lediglich die Behebung der Leistungsstörung sowie Ersatz für erlittenen Schaden verlangen. Dieser faktischen Abhängigkeit des Leistungsempfängers vom Monopolbetrieb ist bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zweifellos Rechnung zu tragen.

3. Typologische Unterschiede der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

Im Privatrecht werden seit langem gewisse Typen von Vertragsverhältnissen voneinander unterschieden. Je nach vereinbartem Gehalt der Leistung werden dem Vertragstypus unterschiedliche Rechtsfolgen zugewiesen. Beim Auftragsverhältnis, auf das nach schweizeri-

²⁷ Schweizerisches Obligationenrecht, SR 220, Art. 61.

²⁸ E. Grisel, Les Monopoles d'Etat, in: FS A. Grisel, Neuchâtel 1983, S. 399ff.

schem Recht, im Gegensatz zum deutschen Recht, sowohl der unentgeltliche wie auch der entgeltliche Auftrag Anwendung finden, wird die Arbeitsleistung als solche geschuldet, es handelt sich um eine nach französischem Recht bezeichnete "obligation des moyens"; der Beauftragte haftet somit nur für die Dienstleistung, nicht auch für das Ergebnis. Beim Werkvertrag hingegen wird überdies der Erfolg, d.h. das fertige Werk, geschuldet. Es ist nach französischem Recht eine "obligation du résultat". Je nach Zielsetzung der vertraglichen Zusammenarbeit sind somit Vertragserfüllung, Vertragsänderung, Widerruf und Rücktritt anders geregelt²⁹.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied macht das Privatrecht je nach der zeitlichen Geltung der Verträge. Es unterscheidet zwischen den punktuellen Austauschverträgen, den Dauerverträgen und den langfristigen Verträgen. Während der allgemeine Teil des Obligationenrechtes weitgehend auf die punktuellen Austauschverträge zugeschnitten ist, wurden die für uns interessanten Regeln der langfristigen und Dauerverträge durch die Doktrin entwickelt. Wesentlich ist hierbei, daß bei diesen Verträgen keine Beendigung ex tunc möglich ist, die Nichtigkeit sich nur auf die Zukunft auswirkt und das Vertragsverhältnis bei veränderten Umständen – jedenfalls nach schweizerischem Recht – nach den Grundsätzen von Treu und Glauben angepaßt werden kann.

Es stellt sich nun die Frage, ob und nach welchen Kriterien sich die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung in solche Typen einteilen lassen. Da es sich fast ausnahmslos um Dauer- oder langfristige Rechtsverhältnisse handelt, lasse ich in den folgenden Erwägungen das zeitliche Moment unberücksichtigt und unterscheide die Rechtsverhältnisse nach dem Inhalt, dem Träger und der Rechtsnatur der Leistungspflicht.

3.1. Nach dem Inhalt der Leistungen

Hauptmerkmal eines jeden Rechtsverhältnisses der Leistungsverwaltung ist zweifellos der Inhalt der Leistung. Gegenstand des Rechtsverhältnisses kann eine reine *Subvention* sein, wie z.B. ein Beitrag für die Wohnbauförderung oder ein Stipendium. Es kann sich aber auch um eine *Dienstleistung* handeln, wie etwa die Spitalpflege, die Ausstellung von Bildern oder der Transport von Gütern oder Personen durch die Eisenbahn. Die Dienstleistung kann mit einer Sachleistung verbunden sein, wie z.B. die Wasser- oder Energieversorgung. Im Be-

²⁹ Vgl. dazu namentlich *P.Gauch*, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 131ff.

reich der Sozialversicherung wiederum steht die Versicherungsleistung im Vordergrund³⁰.

Die Leistung der Verwaltung kann des weiteren darin bestehen, daß sie dem Privaten durch eine sogenannte Konzession ein staatliches Recht überträgt. Mit dieser Konzession kann der Private die Wasserkraft eines Flußlaufes für die Herstellung von elektrischer Energie oder die staatlichen Sendeinstallationen für die Übertragung von Radio- und Fernsehprogrammen nutzen³¹. Solche Konzessionsverhältnisse begründen, ähnlich wie Pacht- oder Lizenzverträge, in der Regel gegenseitige Rechte und Pflichten³². Der Konzessionär kann, ebenso wie der Pächter, das staatliche Recht nutzen und z.B. Sendungen ausstrahlen, daneben hat er die Pflicht, sich an die Konzessionsauflagen zu halten³³. Er ist berechtigt und meist auch verpflichtet, während der Dauer der Konzession das "staatliche Recht zu nutzen". Andererseits verpflichtet sich der Staat, dem Konzessionär das Recht zu übertragen und als wohlerworbenes Recht zu achten. Er ist aber berechtigt, Konzessionsgebühren einzuziehen und die Einhaltung der Konzessionsauflagen zu überwachen. Bei Ablauf der Konzession fällt diese an den Staat als Inhaber dieses Rechts zurück³⁴, ohne allerdings den Staat von der Pflicht zu entbinden, die für den Konzessionär nutzlos gewordenen Installationen zu entschädigen.

Diese Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten wird noch verstärkt, wenn Leistungs- und Eingriffsverwaltung ineinander übergehen. Dies ist etwa im schweizerischen Landwirtschaftsrecht der Fall. Der Staat überträgt sein Einfuhrmonopol für Getreide einer Genossenschaft³⁵. Wer Getreide einführen will, muß *Mitglied* dieser *Genos-*

³⁰ Th. Fleiner-Gerster, Die Rechtsstellung der kantonalen Ausgleichskassen im Bund und in den Kantonen, in: ZBI 1984, S. 193ff.

³¹ Dazu: R.Rhinow, Wohlerworbene Rechte und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBI 1979, S. 1ff.; für die BRD: F.Ossenbühl und H.U.Gallwas, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 (1971), S. 137ff. und 211ff.

³² M.D'Alberti, Le concessioni administrative, Aspetti della contrattualità delle publiche amministrazioni, Napoli 1981, S. 3ff.

³³ L. Schürmann, Medienrecht, Bern 1985, S. 922; B. Rostan, Le service public de radio et de télévision, Diss. Lausanne 1982, S. 59ff.

³⁴ V.Augustin, Das Ende der Wasserrechtskonzessionen, Diss. Freiburg 1983; B.Knapp, Fin des concesssions hydrauliques, in: ZSR 1982, Bd. I, S. 121ff.

³⁵ Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF); vgl. dazu den Bundesbeschluß vom 5. Oktober 1984 über die GGF, SR 916.112.218; L.Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1983, S. 153f. und 173ff.; für die Einfuhr von Schlachtvieh: vgl. die Schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh und Fleischversorgung (GSF); dazu: L.Schürmann, ebenda, S. 169f.; M.Anderegg, Entwicklung, Stellung und Aufgabe der schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, Diss. Freiburg 1987.

senschaft sein. Die Mitglieder werden andererseits verpflichtet, bei der Einfuhr einer bestimmten Menge Getreide den schweizerischen Produzenten inländisches Getreide abzukaufen. Ferner sind sie von Gesetzes wegen gehalten, mit der Verwaltung einen Vertrag über die Lagerung einer bestimmten Menge Getreide abzuschließen³⁶.

Die Leistung kann schließlich in Form einer Arbeitsleistung erbracht werden. Dazu gehören etwa die Leistungen im Bereich des Bildungswesens. Steht die reine Arbeitsleistung im Vordergrund der Auftragserfüllung, wie die Heilung eines Patienten, gleicht diese nach schweizerischem Privatrecht einem Auftragsverhältnis. Geht es aber um die Nutzung eines staatlichen Rechts, wie bei der Konzession, sind bei der Regelung des Rechtsverhältnisses in erster Linie Verwaltung und Nutzung des Rechts zu berücksichtigen. Möglich sind aber auch kombinierte Leistungen, wie das Spitalverhältnis zeigt. Hier wird die Miete des Spitalplatzes kombiniert mit der Dienstleistung des Arztes und der Krankenschwestern.

3.2. Nach dem Träger der Leistungspflicht

Der Träger der Leistungspflicht kann öffentlich- oder privatrechtlicher Natur sein³⁷. Die Rechtsnatur des Trägers kann, sie muß aber nicht, die Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen oder privaten Recht beeinflussen. Überdies wirkt sich die Rechtsnatur des Trägers auf seine vermögensrechtliche Verantwortlichkeit aus.

An den meisten Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung ist ein dem öffentlichen Recht zuzuordnender Träger beteiligt. Dabei kann es sich um einen Träger des Bundes, des Kantons oder der Gemeinde handeln. Dieser kann gegenüber der Zentralverwaltung mehr oder weniger autonom sein und als Anstalt³⁸, Stiftung, Genossenschaft oder zentrale Staats- bzw. Gemeindeverwaltung (z.B. als Dienstherr) in Erscheinung treten.

Der Träger der Leistungspflicht kann aber auch privatrechtlicher Natur sein. Dies ist zum Beispiel möglich, wenn die Dienstleistungen von privaten Unternehmen, aber im Rahmen eines staatlichen Obligatoriums, gewährt werden. So entrichten private Versicherungsunternehmen Versicherungsleistungen für Motorfahrzeugunfälle im Rahmen der obligatorischen Motorfahrzeughaftpflicht, und private

³⁶ Es handelt sich hier um sogenannte Pflichtlagerverträge; Bundesgesetz vom 8. Oktober 1982 über die wirtschaftliche Lebensversorgung, SR 531.01.

³⁷ B.Knapp, La collaboration des particuliers à l'exécution des tâches d'intérêt général, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 333ff.; Th. Fleiner-Gerster, Verwaltungsrecht, Fn. 25, S. 47, 85ff.

³⁸ K.Lange, Fn. 25, S. 188ff.

Pensionskassen führen das gesetzliche Obligatorium der beruflichen Vorsorgepflicht aus. Im Gegensatz zur Motorfahrzeughaftpflicht unterstehen die Rechtsverhältnisse zwischen der privaten Pensionskasse und den für die Durchführung der Versicherungspflicht verantwortlichen Arbeitgebern sowie zwischen der Versicherung und den versicherten Arbeitnehmern dem öffentlichen Recht. Aus diesem Grund entscheidet das Eidgenössische Versicherungsgericht in letzter Instanz über Streitigkeiten auf dem Gebiet der beruflichen Vorsorge.

Auch eine privatrechtliche Stiftung, wie z.B. der Nationalfonds³⁹, der staatliche Gelder für die Forschungsförderung erhält, um sie direkt für Forschungsprojekte zur Verfügung zu stellen, kann Träger der Leistungspflicht sein. Entscheidungen des Nationalfonds unterstehen dem öffentlichen Recht und gelten als beschwerdefähige Verfügungen. Ebenso unterliegt die Rückforderung zu Unrecht ausbezahlter Forschungsbeiträge dem öffentlichen Recht⁴⁰.

Privatrechtlicher Natur sind gewisse Kantonalbanken. Diese nehmen zwar eine öffentliche Aufgabe wahr, sind aber als private Aktiengesellschaften organisiert und unterstehen deshalb dem Privatrecht.

Viele Träger der Leistungspflichten sind gemischtwirtschaftlicher Natur⁴¹. Sie sind, wie die Beispiele der Swissair oder verschiedener Elektrizitätswerke zeigen, privatrechtlich organisiert; der Staat ist am Unternehmen einerseits als Aktionär und andererseits als Konzessionsgeber beteiligt. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung bestehen auch gegenüber anderen juristischen Personen des Privatrechts, die zwar ausschließlich in privater Hand, aber dennoch über ein Konzessionsverhältnis mit dem Staat verbunden sind und als Konzessionäre staatliche Aufgaben im öffentlichen Interesse auszuführen haben. Diese können durch eine Konzessionsauflage verpflichtet werden. Vertreter des Staates in den Aufsichtsgremien zuzulassen oder der Exekutive ein Wahlrecht für die Wahl der Leitungsgremien einzuräumen. Bei allen konzessionierten Unternehmen besteht das Rechtsverhältnis einmal zwischen Konzessionsgeber und Konzessionär, es besteht aber auch zwischen Konzessionär und Leistungsempfänger, z.B. dem Abnehmer elektrischer Energie.

Die Träger von Leistungspflichten lassen sich auch von ihrer Funktion bzw. von ihrem Aufgabenbereich her unterscheiden. Das französische Verwaltungsrecht unterscheidet zwischen den "services publics

³⁹ Vgl. dazu R.Schwarzmann, Der Schweizerische Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Zürich 1985.

Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über die Forschung, SR 420.1, Art. 8ff.
 Zum gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, vor allem L. Schürmann, Fn. 35, S. 213ff.

administratifs" und den "services publics industriels et commerciaux". Diese Unterscheidung dient weitgehend dazu, das Benutzerverhältnis bei den "services publics administratifs" dem öffentlichen und bei den anderen Diensten dem privaten Recht zu unterstellen⁴².

3.3. Nach der Rechtsnatur der Leistungspflicht

Die Leistungspflicht kann obligatorisch und gesetzlich festgelegt sein. Das Gesetz kann Leistungspflicht und Adressaten der Leistung endgültig fixieren, oder es kann den Inhalt der Leistung nur grundsätzlich umschreiben und dem Träger der Leistungspflicht für die Anwendung im Einzelfall ein mehr oder weniger großes Ermessen zugestehen⁴³. Aber selbst die Frage, ob überhaupt eine Leistung gewährt werden soll, kann dem freien Ermessen des Leistungsträgers anheimgestellt sein. Dies ist der Fall bei der Gewährung eines Hypothekarkredites durch eine Kantonalbank oder einer Wassernutzungskonzession durch den Kanton.

Freiwilligkeit beziehungsweise Obligatorium bestimmen sich weitgehend nach verfassungsrechtlichen Erwägungen. Wo Grundrechte auf dem Spiel stehen, wie die Rechtsgleichheit in der Sozialversicherung oder die rechtsgleiche Behandlung von Anstaltsbenutzern, muß das Ermessen bei der Auswahl der Leistungsempfänger, wie etwa Anspruch auf einen Telephonanschluß, entsprechend eingeschränkt werden. Wenn aber die Leistungsmöglichkeiten mit den Anforderungen der Rechtsgleichheit gegenseitig abgewogen werden müssen, z.B. der Anspruch des Patienten auf eine Nierentransplantation, ist der Verwaltung ein größeres Ermessen einzuräumen. Über einen großen Ermessensspielraum bei der Begründung des Rechtsverhältnisses verfügt die Verwaltung aber auch, wenn die Anzahl der Berechtigten aus wirtschaftspolitischen Gründen eingeschränkt ist, wie im Landwirtschaftsrecht der Entscheid über die Aufnahme neuer Mitglieder in die Getreide- und Futtermittelgenossenschaft. Kaum kontrollierbar ist das Ermessen beim Abschluß von Konzessionsverhältnissen, wie etwa bei der Gewährung einer Fernseh- oder Wassernutzungskonzession44

⁴² Vgl. G.Braibant, Fn. 12, S. 145ff.

⁴³ Zur Typologie des Ermessens vgl. Ch. Starck, Verwaltungsermessen im modernen Staat, hrsg. Martin Bullinger, Baden-Baden 1985, S. 31ff.

⁴⁴ N.Korrodi, Die Konzession im schweizerischen Verwaltungsrecht, Diss. Zürich 1973, S. 45; P.Pfenniger, Die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen bei Fremdenverkehrsbahnen und Skiliften, Diss. Zürich 1968, u.a. S. 114ff.

3.4. Rechtsfolgen

Im Rahmen dieses Referates lassen sich die für die Festlegung der aus den Typen der Rechtsverhältnisse sich ergebenden Rechtsfolgen unmöglich erarbeiten und darstellen. Einige beispielhafte und noch keineswegs ausgereifte Andeutungen müssen hierfür genügen:

Das Subventionsverhältnis müßte Regelungen enthalten über den Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung und über die Beendigung des Subventionsverhältnisses, die Folgen verspäteter Erfüllung sowie eine der culpa in contrahendo entsprechende Regelung für die Wirkungen der Verhandlungen sowie die Auflagen und Eingaben, die von der Subventionsbürokratie gemacht werden. Ferner müßte man zwischen zwei verschiedenen Typen von Subventionsverhältnissen unterscheiden, je nach dem, ob es sich um die indirekte staatliche Finanzierung einer öffentlichen Aufgabe oder um eine Förderung von Aufgaben handelt, welche, sei es von Privaten, sei es von Kantonen oder Gemeinden, aus eigener Initiative und Motivation ausgeführt, aber aus Gründen des öffentlichen Interesses als subventionswürdig betrachtet werden. Im ersten Fall müßte das Subventionsverhältnis eher dem Dienstleistungsvertrag, im zweiten Fall dem mit Auflage versehenen Schenkungsvertrag entsprechen. Demgemäß unterschiedlich müßten die Folgen der mangelhaften Erfüllung der Forderung und der mit der Subvention verbundenen Auflagen ausgestaltet werden. In jedem Fall dürfte die Subvention nicht durch Verfügung, sondern nur durch ein der Bereicherungsklage entsprechendes Rechtsmittel bei Nichtbefolgung der Subventionsauflagen zurückgefordert werden.

Beim Sozialversicherungsverhältnis müßte der Dauer des Rechtsverhältnisses einerseits und dem Versicherungsverhältnis andererseits Rechnung getragen werden. Dies hätte zur Folge, daß einseitige Änderungen nur im Rahmen von Treu und Glauben zulässig sind, daß sie im Falle von Streitigkeiten nicht einseitig, sondern nur durch den Richter verbindlich festgelegt werden dürfen und daß rechtswidrige Änderungen ebensowenig durch Ablauf von Rechtsmittelfristen geheilt werden können wie solche von privaten Versicherungen. Sowohl das Problem der Überversicherung wie auch die Pflicht des Versicherten sich wohlzuverhalten, d.h. seine Obliegenheiten zu erfüllen, müßten generell durch eine Mißbrauchsklausel geregelt werden, die nicht nur gegenüber dem Versicherten, sondern auch gegenüber der Versicherung und verbindlich ausschließlich durch Richterentscheid anzuwenden ist.

Der Träger von Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung sollte ferner das Rechtsverhältnis nicht durch hoheitliche Verfügung ausgestalten können. Wie im privatrechtlichen Schuldverhältnis sollte die Ausgestaltung dem Einvernehmen der Parteien und letztlich dem Richter anvertraut sein. Dieser müßte sich in seiner Rechtsprechung vom Grundsatz von Treu und Glauben leiten lassen, welcher sowohl dem Träger der Leistungsverwaltung wie auch dem Empfänger von Leistungen gegenüber zu gelten hat.

4. Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse

Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse sind die beschränkte Gestaltungsfreiheit und die ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien.

4.1. Die beschränkte Gestaltungsfreiheit

Im Gegensatz zu den privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ist die Freiheit der Parteien bei der Begründung und Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse sehr stark eingeschränkt. Schranken bestehen auf Grund des Verfassungs- und Gesetzesrechts, sie bestehen aber auch auf Grund von internen Weisungen und Reglementen.

Während im Privatrecht Gesetz und gute Sitten den Rahmen und die Grundlage für die Dispositionsfreiheit der Parteien bilden, werden die Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung weitgehend durch Verfassung und Gesetz festgelegt. So regelt das Gesetz den Aufgabenbereich (z.B. Spitäler, Universitäten, Sozialversicherungszweige), den Umfang der Leistungspflicht (z.B. Prämienhöhe der AHV), den Umfang des Leistungsanspruchs (Rente) sowie die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen (z.B. Immatrikulationsbedingungen der Universität).

Neben dem Gesetz schränken auch interne Reglemente und Statuten, Weisungen der Aufsichtsbehörde sowie andere interne Anordnungen das Ermessen der Verwaltung beim Abschluß und bei der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse ein. Dies gilt unter anderem für die Rechtsverhältnisse im Bereich der Energieversorgung. Es trifft auch für die Anordnung einer Schulpflege zu, welche auf Grund einer Verordnung eine örtliche Schul- und Hausordnung erlassen und darin das Verhalten der Schüler außerhalb der Schule regeln kann⁴⁵.

⁴⁵ Vgl. A.Müller, Schule und Schulbenutzer, Eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen unter besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Diss. Zürich 1978, S. 228ff.; M.Imboden/R.Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II, 5. Aufl., Nr. 65, Basel 1976; ZBl 1984, S. 468: "Lehre und Rechtsprechung anerkennen, daß die Organe der Anstalt auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ermächtigt sind, das zwischen der Anstalt und den Benutzern bestehende Verhältnis zu ordnen. . . . "; vgl. zum Gesetzesvorbehalt bei der Gründung der Anstalt: R.Breuer, Fn. 25, S. 235.

Ebenso kann die Gestaltungsfreiheit durch Weisungen der Aufsichtsbehörde eingeschränkt werden. So hat etwa das Bundesamt für Sozialversicherung in seinen Weisungen umschrieben, wie der Begriff der "Erwerbstätigkeit" im Gesetz über die Invalidenversicherung ausgelegt werden müsse⁴⁶.

Da viele Rechtsverhältnisse durch einseitige Verfügungen begründet und ausgestaltet werden, haben die Leistungsempfänger oft kaum eine Einflußmöglichkeit auf die konkrete Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien. Wie kann ein Patient oder seine Angehörigen den Inhalt des Rechtsverhältnisses mit dem Spital beeinflussen, wenn die Aufnahme ins Krankenhaus durch Verfügung begründet wird⁴⁷? Durch eine Verfügung wird auch einseitig der Beginn der obligatorischen Schulpflicht begründet, über die Promotion eines Schülers entschieden, das Recht zur Kiesausbeutung verliehen⁴⁸, der Student an der Universität immatrikuliert, der Versicherte in die Krankenkasse aufgenommen, die Rentenberechtigung festgelegt, das Telephonabonnement der PTT oder das Rechtsverhältnis des Wasserbezügers mit der Gemeinde begründet⁴⁹.

Aber nicht nur die Begründung, sondern auch die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse erfolgt meist durch Verfügung. So ist z.B. die Rechnung, die eine private Krankenkasse dem Versicherten zustellt, eine Verfügung⁵⁰. Durch hoheitliche und einseitige Verfügung wird auch die Versicherungsleistung der Unfallversicherung herabgesetzt, wenn der Versicherte den Unfall grobfahrlässig herbeigeführt hat⁵¹.

In gewissen Fällen allerdings werden die Rechtsverhältnisse durch Vertrag begründet. Dabei kann es sich um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verträge handeln. Bezweckt der Vertrag allerdings die Verwirklichung öffentlicher Interessen, unterliegt er in der Regel dem öffentlichen Recht⁵². Das öffentliche Recht muß deshalb Rechtsgrundlage solcher Verträge sein, weil die meisten Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung durch die Verwaltung einseitig abgeändert und den Verhältnissen angepaßt werden können. Überdies ist der Inhalt der konkreten Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses auch bei vertraglichen Regelungen vielfach durch Gesetz und Reglement bestimmt⁵³.

⁴⁶ BGE 107 V 154.

⁴⁷ BGE 108 V 40.

⁴⁸ BGE 109 II 76.

⁴⁹ BGE 103 II 314.

⁵⁰ BGE 108 V 248.

⁵¹ BGE 109 V 151.

⁵² BGE 99 Ib 120, 105 Ia 393, 105 II 234 und 111 II 149, 110 V 186.

⁵³ BGE 105 II 237. Überdies wird das vertragliche Rechtsverhältnis oft durch

Zweifellos wird somit die Freiheit der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien, dieses entsprechend ihrer besonderen Interessenlage zu gestalten, bereits dadurch wesentlich eingeschränkt, daß nach schweizerischem Recht die meisten Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung dem öffentlichen Recht unterstellt sind. Da sich das in Deutschland entwickelte Verwaltungsprivatrecht bis jetzt in der Schweiz noch kaum durchsetzen konnte, lassen sich die verfassungsrechtlichen Schranken der Grundrechte und namentlich die Rechtsgleichheit nur über das hoheitliche öffentliche Recht verwirklichen. Um sicherzustellen, daß die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung an die Grundrechte der Verfassung gebunden sind, werden diese somit – wenn immer möglich – dem öffentlichen Recht zugeordnet.

Dies wiederum führt dazu, daß selbst dann, wenn das Rechtsverhältnis vertraglichen Charakter hat, aus den oben genannten Gründen aber dem öffentlichen Recht zugeordnet wird, der betroffenen privaten Partei kaum die Rechte zur Durchsetzung der Vertragserfüllung zustehen, die ihr im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages zustehen würden. Dabei ist zu beachten, daß nach schweizerischem Privatrecht die Klage auf Realerfüllung sowohl im materiellen Bundesprivatrecht wie auch im kantonalen Prozeßrecht vorgesehen ist. Das öffentliche Vertragsrecht hingegen kennt nach schweizerischem Recht keine Klage auf Realerfüllung, keine Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag verbunden mit der Schadenersatzklage noch die Wandelungs- oder Minderungsklage⁵⁴.

Unterschiede bestehen aber auch zwischen der öffentlich-rechtlichen und der privatrechtlichen Verantwortlichkeit. Die Staatshaftung ist von Kanton zu Kanton unterschiedlich geregelt. Demnach sind die Aussichten der Leistungsempfänger auf Schadenersatz je nach Kanton verschieden. Um hier allerdings einer möglicherweise stoßenden Rechtsungleichheit entgegenzuwirken, sieht das Schweizerische Obligationenrecht vor, daß die Kantone bei gewerblichen Verrichtungen nach den Regeln des Privatrechts, z.B. als Geschäftsherren, haften. So haften die im Kanton Zürich tätigen Elektrizitätswerke und die Kantonalbank für außervertragliche Schädigungen nicht nach dem zürcherischen Staatshaftungsgesetz⁵⁵, sondern nach den Bestimmungen des

Verwaltungsakt erfüllt. Siehe dazu: J.Fluck, Die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsvertrages durch Verwaltungsakt, Berlin 1985.

⁵⁴ Vgl. *P. Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 1121ff.; vgl. für die beschränkte Übernahme zivilrechtlicher Rechtsinstitute ins öffentliche Recht: *M. Leuthold*, Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlichrechtliche Rechtssachen, Diss. Zürich 1970.

⁵⁵ Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden, vom 14. September 1969, GS 170.1.

Bundesprivatrechts^{56,57}. Die öffentlichen Spitäler hingegen unterstehen dem kantonalen Staatshaftungsgesetz, denn sie üben keine gewerblichen Verrichtungen aus⁵⁸. Die öffentlich-rechtliche Haftung des Spitals besteht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sogar für die private ärztliche Tätigkeit eines Chefarztes, sofern der Patient eine vom Spital vorgesehene Leistung erhält⁵⁹.

4.2. Ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten

4.2.1. Die Pflicht zum Wohlverhalten des Leistungsempfängers

Während nach unseren Vorstellungen die dem Privatrecht zuzuordnenden Rechtsverhältnisse der Verwirklichung privater Interessen dienen, sollen die dem öffentlichen Recht unterstellten Rechtsverhältnisse öffentliche Interessen verwirklichen. Zwar dient die Verwirklichung von öffentlichen Interessen meist auch der Befriedigung privater Interessen. Aufgrund der gesetzlich fixierten Aufgabe decken sich aber in diesem Falle private und öffentliche Interessen. Das öffentliche Interesse der Gesundheit deckt sich mit dem individuellen Interesse des Patienten nach möglichst rascher Heilung seiner Krankheit.

Sowohl die leistende Verwaltung wie auch der Leistungsempfänger nehmen in diesem Sinne Aufgaben im öffentlichen Interesse wahr. Der Empfänger von Sozialrenten erhält diese, weil die Erhaltung des Existenzminimums jedes Bürgers im AHV-Alter als eine Aufgabe im öffentlichen Interesse betrachtet wird, die sich nur verwirklichen läßt, wenn jeder — auch der Reiche — an der Sozialversicherung beteiligt ist und als Versicherungsnehmer Anspruch auf eine Versicherungsleistung hat. Da der Sozialrentner aber eben öffentliche Versicherungsleistungen erhält, werden ihm oft auch strengere Pflichten des Wohlverhaltens auferlegt als dem privaten Versicherungsnehmer. So kann nach schweizerischer Praxis die Invalidenrente des Krebskranken gekürzt werden, wenn dessen Kehlkopfkrebs durch Rauchen grobfahrlässig herbeigeführt wurde⁶⁰. Daß dabei auch die Familie möglicherweise unverschuldet benachteiligt wird, wird erst gar nicht berücksichtigt, obwohl es zweifellos dem öffentlichen Zweck der Sozialversicherung

⁵⁶ Schweizerisches Obligationenrecht, Fn. 22, Art. 61, Abs. 2.

⁵⁷ Vgl. § 3 Abs. 2 des kantonalen Staatshaftungsgesetzes, der auf die Spezialgesetzgebung verweist; vgl. Gesetz über die Zürcher Kantonalbank, vom 28. Mai 1978, GS 951.1, § 23 Abs. 1.

⁵⁸ BGE 111 II 152.

⁵⁹ BGE 111 II 153ff.

⁶⁰ BGE 111 V 201; vgl. dazu auch A. Maurer, Widerrechtliche Kürzung von Invalidenrenten, NZZ, 2. Juli 1986, Nr. 150.

entspricht, auch die Angehörigen des Rentenberechtigten als zumindest indirekt Begünstigte zu betrachten!

Wer an einem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung beteiligt ist, gerät aber nicht nur deswegen in eine einseitige Abhängigkeit, weil ihm die Leistung einseitig gekürzt werden kann, sondern auch, weil er außerdem in vielen Fällen einer zusätzlichen disziplinarischen Verantwortlichkeit unterstellt ist. So können die sorgfältige Erarbeitung von Schulaufgaben, das anständige Benehmen in der Eisenbahn, die sparsame Verwendung des Wassers in Notzeiten oder das Besuchsverbot im Spital mit disziplinarischen Maßnahmen durchgesetzt werden⁶¹.

Die Wohlverhaltenspflichten der Leistungsempfänger werden meist sehr allgemein durch Generalklauseln mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben. Sie können durch interne Reglemente oder Anweisungen konkretisiert werden. Im übrigen sind sie auf dem Weg des Disziplinarrechtes⁶², durch Subventionskürzungen, durch teilweisen oder gänzlichen Widerruf sowie durch Abänderung der Verfügung und der damit verbundenen Kürzung von Vorteilen durchsetzbar⁶³.

4.2.2. Die mangelhaften Rechtsmittel gegenüber Leistungsstörungen

Die Verwaltung kann das Wohlverhalten des Leistungsempfängers — wie erwähnt — meist sehr einfach, d.h. durch disziplinarische Maßnahmen oder durch die Androhung des Widerrufs der Verfügung, durchsetzen. Dem Leistungsempfänger hingegen stehen, zumindest nach schweizerischem Verwaltungsrecht, kaum effektive Möglichkeiten zur Behebung allfälliger Leistungsstörungen zur Verfügung. Wie können sich Patienten wehren, die im Spital schlecht behandelt oder gar vernachlässigt werden⁶⁴? Obwohl sich solche Probleme vielfach informell recht gut und unbürokratisch beheben lassen, bleibt doch die Frage offen, ob es nicht rechtliche Mittel geben sollte, mit denen der Einzelne notfalls gegen Leistungsstörungen gerichtlich vorgehen kann.

Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Verwaltungsrecht kennt das common law die Klage auf Vornahme einer Leistung (in-

⁶¹ Zum Schulrecht: vgl. C.Portner, Die Anstaltsgewalt öffentlicher Schulen mit Beispielen aus dem zürcherischen Recht, Diss. Zürich 1970; J.Dinkelmann, Die Rechtsstellung des Schülers im Schülerdisziplinarrecht, Diss. Freiburg 1985.

⁶² Vgl. G.K.Hug-Beeli, Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, Diss. Zürich 1976.

⁶³ Es handelt sich hier zweifellos um die obrigkeitsrechtlichen Relikte, die Herr *Bachof* an der Regensburger Tagung zur Sprache brachte, in: VVDStRL 30 (1971), S. 206.

⁶⁴ Vgl. z.B. das Problem der Organtransplantation bei *J.P.Müller*, Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, in: ZSR 1971, Bd. I, S. 457ff.

junction⁶⁵, mandamus⁶⁶), die Klage auf Unterlassung (prohibition bzw. injunction), ganz unabhängig davon, ob das Rechtsverhältnis vertraglich ist oder nicht. Ist es vertraglich, steht selbstverständlich zudem noch der Rücktritt vom Vertrag, verbunden mit Schadensersatz, zur Verfügung.

4.2.3. Ungleichheiten bei der Anpassung und der Änderung des Rechtsverhältnisses

Sehr oft sind Benutzungsordnungen, z.B. von Anstalten, einseitig durch die Anstalt oder den Verordnungsgeber abänderbar. So können die Bedingungen für Energielieferungen eines Elektrizitätswerkes, sei es durch Verordnung oder Anstaltsreglement, einseitig abgeändert werden. Ein privatrechtlicher Vertrag, der dem einen Partner derart umfassende Befugnisse übertragen würde, wäre wohl ungültig⁶⁷. Im öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis sind solche einseitigen Abhängigkeiten nicht nur denkbar, sondern die Regel.

Es stellt sich natürlich die Frage, ob dies notwendigerweise in allen Fällen so sein muß, oder ob nicht auch Rechtsverhältnisse denkbar wären, die nur vertraglich oder bei Vorliegen unvorhergesehener Umstände angepaßt und abgeändert werden können. Man könnte sich wohl in vielen Rechtsverhältnissen an den Grundsätzen orientieren, die im Privatrecht für die Abänderung bzw. Anpassung von Dauerverträgen entwickelt wurden. Eine verstärkte Kooperation zwischen Verwaltung und Leistungsempfänger bei der Anpassung der Rechtsverhältnisse wäre wahrscheinlich mit dem zu verwirklichenden öffentlichen Interesse durchaus vereinbar⁶⁸.

⁶⁵ Trotz Otto Bachofs "Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung", 2. Aufl., Tübingen 1958, hat sich dieses Rechtsinstitut in der Bundesrepublik, soweit ich sehe, kaum durchsetzen können. Im Gegensatz dazu hat sich die amerikanische "injunction" durch den Hebelarm der verfassungsrechtlich abgestützten affirmative action geradezu zu einem revolutionären Rechtsmittel des modernen Verwaltungsrechts entwickelt. O.Fiss, D. Rendleman, Injunctions, 2. Aufl., New York 1984; zur affirmative action: L. Tribe, American Constitutional Law, New York 1978, S. 271ff.

⁶⁶ Mandamus ist ein altes englisches king prerogative, das vor allem dazu diente, die Verwaltung bzw. local authorities gerichtlich zur Vornahme von Exekutivmaßnahmen zu zwingen. Heute ist der Mandamus in England wie in den USA in andere Rechtsmittel, z.B. injunction, integriert. Vgl. zum Mandamus: D.Foulkes, Administrative Law, 5. Aufl., London 1982, S. 294ff.; S.A. deSmith, Judicial Review of Administrative Action, London 1980, S. 538ff.

⁶⁷ BGE 103 II 236.

⁶⁸ Vgl. dazu P. Gauch, Fn. 29; N. Horn, Vertragsdauer, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1981, Bd. I, S. 566ff.

Bei vielen Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung befindet sich der Leistungsempfänger aufgrund der Möglichkeit der einseitigen Abänderbarkeit in einem drückenden faktischen Abhängigkeitsverhältnis zur Verwaltung. Die rechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses sollte deshalb derart sein, daß die faktische Abhängigkeit des Leistungsempfängers durch entsprechende Kooperationspflichten bei der Abänderung und Anpassung des Rechtsverhältnisses gemildert wird.

An dieser Stelle ist zu prüfen, wie Pflichtverletzungen des Leistungsempfängers zu behandeln sind. Darf etwa demjenigen, der ein Kehlkopfkrebsleiden hat, die Invalidenrente einseitig gekürzt werden, weil er die Invalidität grobfahrlässig, z.B. durch chronischen Alkohol- und Nikotingenuß, herbeigeführt hat⁶⁹, oder darf die Versicherungsleistung im Falle einer Überversicherung einseitig herabgesetzt werden⁷⁰?

Von besonderer Tragweite in diesem Zusammenhang ist die Regelung von Art. 47 AHVG⁷¹, der denjenigen, der eine unrechtmäßig bezogene Rente erhalten hat, verpflichtet, diese zurückzuerstatten, sofern ihm dies zugemutet werden kann. Diese Bestimmung wird im AHV-Recht analog auf Ergänzungsleistungen angewendet, selbst wenn es hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gibt⁷²! Wer also eine Rente ausbezahlt erhält, kann sich nicht darauf verlassen, daß die der Rente zugrundeliegende Verfügung formell und materiell rechtskräftig und demzufolge nicht abänderbar ist. Er muß auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist damit rechnen, daß die Verwaltung einen Teil des ausbezahlten Geldes durch Verfügung zurückfordem kann.

Weniger Freiheiten hat die Leistungsverwaltung beim Widerruf von Subventionen. Ein solcher Widerruf ist nach der Rechtsprechung nur möglich, wenn es das Gesetz ausdrücklich ermöglicht⁷³. Ein Maturitätszeugnis darf selbst dann nicht widerrufen werden, wenn die Matura⁷⁴ durch Formfehler bestanden wurde. In diesem Fall muß allerdings im Rahmen der Interessenabwägung ein überwiegendes Interesse zugunsten des Betroffenen sprechen⁷⁵.

⁶⁹ BGE 111 V 186.

⁷⁰ BGE 110 V 376.

⁷¹ Vgl. Fn. 2.

⁷² BGE 111 V 130.

⁷³ BGE 107 Ib 48, 104 Ib 162.

⁷⁴ Entspricht ungefähr dem deutschen Abitur.

⁷⁵ BGE 99 1a 453; F.Gygi, Zur Rechtsbeständigkeit der Verwaltungsverfügungen, in: ZBI 1982, S. 149ff.; H.Huber, Vertrauensschutz im Rechtsstaat, in: FS Kägi, Zürich 1979, S. 193ff.

5. Ausblick

Das Hauptproblem der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse liegt in der ungleichen Verteilung von Rechten und Pflichten zwischen der Verwaltung und dem Leistungsempfänger. Begründet wird diese Ungleichheit vor allem mit der ungleichen Verteilung der Interessenlage: Da Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung dazu dienen, öffentliche Interessen zu verwirklichen, müssen diese gegenüber den privaten Interessen privilegiert geschützt werden.

Die in vielen Fällen zweifellos wenigstens zum Teil gerechtfertigte Privilegierung der öffentlichen Interessen konkretisiert sich in den einzelnen Rechtsverhältnissen wie folgt: Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung werden meistens durch Verfügung begründet, sie können durch Verfügung ausgestaltet und widerrufen werden und unterstehen dem öffentlichen Recht⁷⁶. Dies hat zur Folge, daß Leistungsstörungen vom Leistungsempfänger kaum rechtlich eingeklagt werden können, weil im schweizerischen Verwaltungsrecht hierfür die Prozeßvoraussetzungen fehlen. Ferner findet sich in vielen Rechtsverhältnissen eine disziplinarisch durchsetzbare Verantwortlichkeit des Leistungsempfängers, welche auf Seiten der Verwaltung kein rechtliches Pendant findet. Verbunden mit der Tatsache, daß der Inhalt des Rechtsverhältnisses oft einseitig abgeändert und den Verhältnissen angepaßt werden kann, führt dies dazu, daß der Betroffene in einer Weise benachteiligt wird, die sich durch das Rechtsverhältnis selber oft nicht mehr rechtfertigen läßt. Bei zahlreichen Rechtsverhältnissen besteht überdies eine große Rechtsunsicherheit sowohl über die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses wie auch über die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Verwaltung einerseits und der Leistungsempfänger andererseits 77.

Art. 6 der EMRK verlangt, daß über zivilrechtliche Ansprüche nur ein unabhängiges Gericht urteilen kann, ungeachtet dessen, ob diese Ansprüche gegenüber dem Staat oder gegenüber einem Privaten bestehen. Die Menschenrechtskommission und der Gerichtshof haben den Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche in letzter Zeit auch auf solche

⁷⁶ U.Niere, Der Verwaltungsakt im Sozialrecht, Diss. Hamburg 1970; J.Salzwedel, Die Lehre vom Verwaltungsakt in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, in: Weber/Ule/Bachof, Rechtsschutz im Sozialrecht, 1965, S. 197ff.; G.Schroeder-Printzen, Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Verwaltungsakt im Krankenversicherungs- und Kassenarztrecht, in: Sozialenquête und Sozialrecht, FS für Harald Bogs, 1967, S. 185ff.

⁷⁷ P.Saladin, Verfassungsprinzip der Fairness, in: 100 Jahre Schweiz. Bundesgericht, Basel 1975, S. 41f.

Ansprüche ausgedehnt, die nach kontinentaleuropäischem Recht dem öffentlichen Recht zugeordnet werden ⁷⁸.

In der Tat darf die Frage, ob ein zivilrechtlicher Anspruch besteht, nicht von der Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht abhängen, zumal diese in den verschiedenen Staaten unterschiedlich und die Unterscheidung im common law ohnehin unergiebig ist. Der Schutz des unabhängigen Gerichts sollte vielmehr dann gewährt werden, wenn durch das Rechtsverhältnis Rechte und Pflichten begründet werden, die in die private Existenz des Betroffenen eingreifen.

Der amerikanische Supreme Court hat lange Zeit das schutzwürdige Interesse der privaten Existenz dem im Vergleich zu unserem Recht viel weitergehenden Begriff der "Property Rights" gleichgestellt. Seit dem Entscheid Goldberg v. Kelley 79 hat er diese "Property Rights" aber auch auf die sogenannten "Privilegies" ausgedehnt, was dazu führt, daß auch Subventionszusicherungen den gleichen Verfahrensschutz wie andere "Property Rights" genießen. Damit hat der amerikanische Supreme Court zweifellos eine promethische, zur Zeit allerdings stark abgebremste Entwicklung im amerikanischen Verwaltungsrecht eingeleitet⁸⁰, die sich übrigens auch in den Entscheidungen des Conseil d'Etat in Frankreich anzubahnen scheint. Man darf also davon ausgehen, daß, nach der allgemeinen Überzeugung rechtsstaatlicher Gerichte, für Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung, die den zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen ähnlich sind, mehr und mehr ein Rechtsschutz zu fordern ist, der dem privatrechtlichen Rechtsschutz nicht nachstehen soll.

Zweifellos lassen sich bei Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung in vielen Fällen Probleme und Konflikte durch informelle Kontakte zwischen den Betroffenen und der Verwaltung beheben. Die informellen Möglichkeiten der Betroffenen zur Behebung von Leistungsstörungen würden sich aber wesentlich verbessern, stünden ihnen letztlich präventiv verbesserte Rechtsmittel der Durchsetzung zur Verfügung.

Demzufolge wäre zu überlegen, ob und wie sich der Rechtsschutz der Betroffenen bei Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung ver-

⁷⁸ J.Frowein/W.Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Straßburg 1985, Kommentar zu Art. 6, Nr. 37ff.; kritisch: D.Thürer, Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Verwaltungsverfahren, in: ZBI 1986, S. 241ff. sowie O.Jacot-Guillarmot, La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse, in: ZBI 1986, S. 63ff.

⁷⁹ 397 U.S. 254, Supreme Court of the United States (1970).

⁸⁰ Vgl. dazu W. Gellhorn/C. Byse/P. Strauss, Administrative Law, New York 1979, S. 420ff.; K. C. Davis, Administrative Law Treatise, Bd. 2, San Diego 1979, S. 350ff.; vgl. zum Subventionsrecht: R. Rhinow, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Diss. Basel 1971.

bessern ließe. In der Schweiz ist man zur Zeit im Begriff, auf Bundesebene ein allgemeines Gesetz für die Sozialversicherung sowie ein allgemeines Gesetz für das Subventionsverhältnis zu schaffen. Man darf sich mit Fug fragen, ob die Zeit nicht reif wäre für ein, unserem Obligationenrecht entsprechendes Gesetz, das zwar nicht alle Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung⁸¹ zwingend regelt, aber doch subsidiär dann Platz greift, wenn die rechtliche Ausgestaltung bestimmter Rechtsverhältnisse lückenhaft ist⁸².

Ein solches Gesetz müßte je nach Typus des Rechtsverhältnisses angemessene, der Interessenlage entsprechende Lösungen für deren Ausgestaltung finden und sich dabei am Ziel des Rechtsverhältnisses orientieren⁸³. Des weiteren müßte das Gesetz regeln, wie das Rechtsverhältnis begründet werden kann, welchem Recht es zuzuordnen ist, wie Leistungsstörungen eingeklagt werden können, wie die vermögensrechtliche, disziplinarische oder strafrechtliche Verantwortlichkeit auszugestalten ist und wie es abgeändert und angepaßt werden kann⁸⁴.

Ein Gesetz über Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung müßte berücksichtigen, daß Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zwar dem öffentlichen Recht zuzuordnen, aber — wenn immer möglich — vertraglich auszugestalten sind. Bei der Durchsetzung und Anwendung der verwaltungsrechtlichen Verträge aber, müßte es entsprechend dem Typus des Rechtsverhältnisses Klagemöglichkeiten und Rechtsmittel vorsehen, die der Interessenlage der betroffenen Parteien ausgewogen Rechnung tragen. Mit derart intensiver gesetzgeberischer Arbeit ließe sich vielleicht die von Krause eindringlich geforderte Aufhellung der konkreten Interessenlagen, welche das soziale Verhältnis bestimmen, herbeiführen 85.

⁸¹ Ähnlich D. Ehlers, Fn. 4, S. 322.

⁸² Vgl. u.a. Bericht und Entwurf zu einem Allgemeinen Teil der Sozialversicherung, Beiheft zu: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Bern 1984.

⁸³ G.Müller, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, in: ZBI 1972, S. 322ff.; B.Knapp, Intérêt, utilité et ordre public, in: 100 Jahre Schweiz. Bundesgericht, Basel 1975, S. 137ff.

⁸⁴ Eine grundsätzliche Neuorientierung des Verwaltungsrechts, allerdings über den Ausbau des Staatshaftungsrechts in den USA fordert *P.Schuck*, Suing Government, New Haven 1983.

⁸⁵ P. Krause, Fn. 4, S. 382.

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

Einleitung:

- 1. Gegenseitige Rechte und Pflichten von Verwaltung und Leistungsempfänger lassen sich nur dann richtig beurteilen, wenn sie im Gesamtzusammenhang als Rechtsverhältnisse untersucht und auf die unterschiedliche Interessenlage hin überprüft werden.
- 2. Wer Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung untersucht, muß sich fragen:
- Welchem Recht sollen diese Rechtsverhältnisse sinnvollerweise zugeordnet werden?
- Wodurch unterscheiden sich die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung von anderen Rechtsverhältnissen?
- Wodurch unterscheiden sich die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung voneinander?
- Welches sind die Hauptprobleme der gegenwärtigen Regelung der Rechtsverhältnisse?
- I. Formenfreiheit und Formenvielfalt der Rechtsverhältnisse in rechtsvergleichender Sicht
- 3. Im kontinentaleuropäischen Recht können Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung durch drei verschiedene Rechtsinstitute begründet werden: Im Rahmen des Privatrechts durch den privatrechtlichen Vertrag; im Rahmen des öffentlichen Rechts durch den Verwaltungsakt bzw. die Verfügung sowie durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Je nach Verwaltungsrecht hat das eine oder andere Rechtsinstitut den Vorrang.
- 4. In der Schweiz unterstehen die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung meistens dem öffentlichen Recht. Sie werden in der Regel durch Verfügung (Verwaltungsakt), selten aber durch Vertrag begründet.
- 5. Ich halte die Verfügung für ein in der Regel ungeeignetes Institut, um Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zu begründen. Die Verfügung findet ihren Ursprung im "acte administratif contentieux", d.h. im richterähnlichen Hoheitsentscheid der Verwaltung.

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung gehören nur entfernt zur richterähnlichen Tätigkeit der Verwaltung.

- II. Die Besonderheiten der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung
- 6. Während in der Eingriffsverwaltung einseitig Rechte und Pflichten begründet werden, werden in der Leistungsverwaltung meistens für zwei oder mehrere "Parteien" Rechte und Pflichten begründet. Zwischen diesen Rechten und Pflichten besteht in der Regel eine gewisse Gegensätzlichkeit, manchmal sogar ein Gleichgewicht. In diesem Sinne gleichen die dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung den zwischen Privaten abgeschlossenen Schuldverhältnissen des Privatrechts.
- 7. Die dem öffentlichen Recht zuzuordnenden Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung unterscheiden sich allerdings in einigen wesentlichen Punkten von den Rechtsverhältnissen des Privatrechts. So muß bei den Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung das Prinzip der Rechtsgleichheit gewahrt bleiben. Sie sind überdies in der Regel nichts anderes als Konkretisierungen öffentlich-rechtlicher Aufgaben, die der Verwirklichung öffentlicher Interessen dienen und zeichnen sich in vielen Fällen durch den Monopolcharakter der Leistung, auf die die Privaten meist angewiesen sind, aus.
- III. Die verschiedenen Typen der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung
- 8. Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung lassen sich voneinander nach dem Inhalt der Leistung, dem Träger der Leistung und der Rechtsnatur der Leistungspflicht unterscheiden.
- 9. Ihrem Inhalt nach lassen sich die Rechtsverhältnisse in Subventionen, Dienstleistungen (Sachleistungen und Arbeitsleistungen), Versicherungsleistungen und Konzessionen gliedern.
- 10. Der Inhalt der Leistung ist für die typologische Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses ebenso bedeutsam wie für die unterschiedliche Ausgestaltung der privatrechtlichen Verträge. Nach dem Inhalt der Leistung muß entschieden werden, was Gegenstand der Leistungspflicht und des Leistungsanspruchs ist, welche Rechtsmittel den Parteien zur Behebung von Leistungsstörungen zur Verfügung stehen sollen, unter welchen Voraussetzungen eine Partei zurücktreten darf und wie die vermögensrechtliche bzw. disziplinarische Verantwortlichkeit auszugestalten ist.

- 11. Der Träger der Leistungspflicht kann rein privat-, rein öffentlich-rechtlicher oder gemischtwirtschaftlicher Natur sein. Die öffentlich- oder privatrechtliche Natur der Trägerschaft kann sich auf die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses auswirken.
- 12. In Anlehnung an das französische Verwaltungsrecht lassen sich, von ihrer Funktion her, Träger mit rein wirtschaftlich-industrieller und solche mit vorwiegend öffentlicher Dienstleistungsfunktion unterscheiden. Auch diese Unterscheidung kann für die Bestimmung der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses entscheidend sein.
- 13. Nach der Rechtsnatur der Leistungspflicht sind zu unterscheiden: Leistungspflichten, die vom Gesetzgeber fixiert und deshalb nicht mehr abänderbar sind und solche, deren konkrete Ausgestaltung dem Ermessen des Leistungsträgers anheimgestellt ist.
- 14. Ist der vom Gesetzgeber gewährte Ermessensspielraum der Verwaltung bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse groß, beeinflussen die Grundrechte die Konkretisierung in stärkerem Maße als bei Rechtsverhältnissen, deren Leistungen durch den Gesetzgeber fixiert sind.

IV. Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse

- 15. Hauptprobleme der Rechtsverhältnisse sind die beschränkte Gestaltungsfreiheit und die ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten.
- 16. Die Gestaltungsfreiheit der am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien wird namentlich durch die Verfassung und das Gesetz, aber auch durch Reglemente, Statuten und interne Weisungen eingeschränkt
- 17. Schranken bestehen schließlich auch aufgrund der Tatsache, daß viele Rechtsverhältnisse durch einseitige Verfügung begründet werden. Dies führt dazu, daß die Leistungsempfänger oft kaum einen Einfluß auf die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse haben.
- 18. Die Gestaltungsfreiheit wird zudem stark eingeschränkt, wenn das Rechtsverhältnis durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet wird. Denn die Gestaltungsmöglichkeiten der Vertragsparteien sind beim Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrags stärker durch Gesetz und Verfassung eingeschränkt als beim Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages. Hauptproblem bei der vertraglichen Begründung der Rechtsverhältnisse ist aber, daß im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Vertrages die privatrechtlich entwickelten

Rechtsmittel der Klage auf Vertragserfüllung, Wandelung etc. im öffentlichen Recht nicht ausgestaltet sind.

- 19. Die ungleiche Verteilung von Rechten und Pflichten zeigt sich bei der Durchsetzungsmöglichkeit des Wohlverhaltens des Leistungsempfängers, den mangelhaften Rechtsmitteln bei Leistungsstörungen und der ungleichen Rechtsstellung der Parteien bei der Anpassung und Änderung des Rechtsverhältnisses.
- 20. Das Wohlverhalten des Leistungsempfängers läßt sich auf zwei Arten durchsetzen: Einerseits durch die disziplinarische Verantwortlichkeit des Leistungsempfängers, andererseits durch die Möglichkeit der Verwaltung, Leistungen einseitig zu kürzen oder zu widerrufen.
- 21. Im Vergleich zum angelsächsischen common law sind im kontinentaleuropäischen Recht die Rechtsmittel für die Behebung von Leistungsstörungen ungenügend ausgebaut. Es gibt weder eine Klage auf Unterlassung (prohibition), noch auf Vornahme einer Handlung (mandamus, injunction), noch die privatrechtliche Klage auf Vertragserfüllung, noch die Wandelung, noch den Rücktritt vom Vertrag verbunden mit einer Schadenersatzforderung.
- 22. Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse lassen sich meist durch Statuten oder Reglemente einseitig abändern und anpassen. Im Gegensatz zum privatrechtlichen Vertrag sind die Kooperationsmöglichkeiten des Leistungsempfängers bei der Anpassung des Rechtsverhältnisses nur ungenügend ausgebaut.

V. Ausblick

- 23. In Zukunft ist davon auszugehen, daß namentlich der Rechtsschutz der Betroffenen bei den Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung den Anforderungen der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse anzupassen ist. Die Entwicklungen in den USA und die Rechtsprechung der Menschenrechtskommission zu Art. 6 EMRK weisen in diese Richtung.
- 24. Langfristig ist zu überlegen, ob die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung nicht subsidiär durch ein Gesetz geregelt werden sollte, das auf Grund der verschiedenen Typen der jeweiligen Interessenlage der Parteien Rechnung trägt. (Wie z.B. die unterschiedliche Ausgestaltung privatrechtlicher Verträge nach dem Obligationenrecht.)
- 25. Ein solches Gesetz müßte regeln, wie Rechtsverhältnisse begründet oder abgeändert werden, welchem Recht sie zuzuordnen sind, mit welchen Rechtsmitteln Leistungsstörungen behoben werden können

und wie die disziplinarische und vermögensrechtliche Verantwortlichkeit auszugestalten ist.

26. Schließlich müßte gesetzlich festgelegt werden, daß Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung zwar dem öffentlichen Recht zuzuordnen, aber – wenn immer möglich – vertraglich auszugestalten sind. Bei der Durchsetzung und Anwendung der verwaltungsrechtlichen Verträge müßte das Gesetz entsprechend dem Typus des Rechtsverhältnisses Klagemöglichkeiten und Rechtsmittel vorsehen, die der Interessenlage der betroffenen Parteien ausgewogen Rechnung tragen.

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

2. Bericht für Österreich von Professor Dr. *Theo Öhlinger*, Wien

Inhalt

		Seite
I.	Grundbegriffe und Grundprobleme einer Einordnung des Themas in das Allgemeine österreichische Verwaltungsrecht	183 184 186 187
II.	Rechtsverhältnisse in der Hoheitsverwaltung 1. Das traditionelle Verständnis des "Verwaltungsrechtsverhältnisses" 2. Das Verwaltungsverfahrensrechtsverhältnis 3. Defizite dieser Konzeption 3.1. Betreuungspflichten der Verwaltung 3.2. Mitwirkungspflichten und -rechte des Bürgers 3.3. Schlichtes Verwaltungshandeln 3.4. Verfügungen über Ansprüche und Leistungen 3.5. Fehlerhafte Leistungen 4. Die Leistungsfähigkeit eines Begriffes "Rechtsverhältnis"	189 190 191 192 193 194 196
III.	Rechtsverhältnisse in der privatrechtsförmigen Verwaltung 1. Leistungsverwaltung als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung 2. Das Rechtsschutzdefizit der Privatwirtschaftsverwaltung 3. Grundrechtsbindung	201 203 204 205
IV.	Nochmals: Zur Frage der Leistungsfähigkeit eines Begriffes "Rechtsverhältnis"	208

I. Grundbegriffe und Grundprobleme einer Einordnung des Themas in das Allgemeine österreichische Verwaltungsrecht

Mit dem Auftrag, das Thema dieser Tagung als ein Landesreferat zu gestalten, hat mir der Vorstand keine leichte Aufgabe gestellt "Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung" sind kein aktuelles Thema der verwaltungsrechtlichen Diskussion in Österreich. Mehr noch: beide in diesem Titel verknüpften Begriffe sind nicht Begriffe der österreichischen Verwaltungsdogmatik von einiger Relevanz¹. Auf der anderen Seite berühren aber beide Begriffe grundlegende Probleme des

Dieser auf der Ebene der Lehrbücher ermittelte Befund wird nicht dadurch widerlegt, daß die Termini "Rechtsverhältnis" oder "Verwaltungsrechtsverhältnis" gelegentlich in diesen Lehrbüchern selbst, ferner in Monographien und Aufsätzen zum Verwaltungsrecht Verwendung finden und damit manchmal sogar bedeutsame Aussagen verknüpft werden (vgl. etwa Pernthaler, Über Begriff und Standort der Leistenden Verwaltung in der österreichischen Rechtsordnung, JBI 1965, 57ff.; Wenger, in: Wenger [Hrsg.], Förderungsverwaltung [1973], 32ff. [dazu unten Fn. 4]; Funk, Der Verwaltungsakt im österreichischen Rechtssystem [1978], 33; Pernthaler, Raumordnung und Verfassung II [1978], 50, 246; Novak, Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung. Eine Abgrenzung im Spannungsfeld zwischen Verfassungsrecht und Verfassungsreform, ÖJZ 1979, 1 [3]; Oberndorfer, Zur Leistungspflicht des daseinsvorsorgenden Staates, in: FS Eichler [1977], 435; Wenger, Die betriebsähnliche Einrichtung als Institution der Leistungsverwaltung, in: FS Klecatsky [1980], 1047 [1059]; Binder, Der Staat als Träger von Privatrechten [1980], 63ff.). Ein systembildender Begriff des Allgemeinen österreichischen Verwaltungsrechts ist er dadurch nicht geworden. Weiterreichende Ansätze finden sich dagegen noch bei Spanner, Grundsätze eines allgemeinen Teiles des materiellen Verwaltungsrechts in der Rechtsprechung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes, Österreichisches Verwaltungsblatt (1933), 235ff. (Fortsetzung der Fn. 1 auf S. 184.)

¹ Zum zentralen Begriff dieses Referats, dem "Rechtsverhältnis", siehe die neueren Lehr- und Handbücher des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Es findet sich weder bei Rill (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979), noch bei Adamovich/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1984) im Stichwortverzeichnis. Das erstgenannte Werk enthält allerdings ein Kapitel über das "Schuldverhältnis im Verwaltungsrecht" (W. Gassner, a.a.O., 133ff.). Der Begriff des Schuldverhältnisses wird dort allerdings in einer Weise eingeschränkt, daß er für die Leistungsverwaltung allgemein kaum fruchtbar gemacht werden kann. Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), 119ff., enthält zwar ein Kapitel über "Rechtsverhältnisse in der Verwaltung" und in dessen Neubearbeitung von Koja (Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht [1986], 259ff.), wird sogar der Terminus des "Verwaltungsrechtsverhältnisses" eingeführt, doch geht es dabei im wesentlichen um die Abgrenzung zum Gewaltverhältnis (siehe dazu unten II.1.). Darüber hinaus behandelt dieses Kapitel einige sehr abstrakte Themen. Gleiches trifft auf Adamovich, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts⁵ (1954), 77ff. ("Rechtsverhältnisse des Verwaltungsrechts") zu. In beiden Lehrbüchern bleibt das Verwaltungsrechtsverhältnis "eigentümlich blaß und ,stoffarm'" (so Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis - eine Problemskizze, in: Das Sozialrechtsverhältnis [1. Sozialrechtslehrertagung Kassel 1979], 60ff. [Anm. 13] zu deutschen Lehrbüchern).

österreichischen Verwaltungsrechts, sie liegen aber gewissermaßen quer zu diesen Problemen.

1. Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung

Um mit dem einfacheren, freilich im gegebenen Zusammenhang auch weniger gewichtigen Begriff zu beginnen: Wenn in der österreichischen Verwaltungsdogmatik von Leistungsverwaltung gesprochen wird, dann lediglich in einem deskriptiven, vor allem die Entwicklung des Verwaltungsrechts beschreibenden Sinn². Der Terminus dient dabei durchaus dazu, Probleme und auch Defizite der Verwaltungsrechtsdogmatik aufzuzeigen, die sich aus dieser Entwicklung – dem Wandel vom "Ordnungsstaat" zum "Leistungsstaat" – ergeben haben³. Doch liegt es in der bekannten gesetzespositivistischen Methodik der österreichischen Verwaltungsrechtslehre, solche Schwachstellen aufzuzeigen und allenfalls daran einen Appell an den Gesetzgeber zu knüpfen, nicht aber selbst neue dogmatische Lösungen zu entwikkeln und damit die Aufgabe des Gesetzgebers zu substituieren⁴.

Fest verankert ist der Begriff des Rechtsverhältnisses in seiner Variante als "Schuldverhältnis" in der Dogmatik des österreichischen Sozialrechts und des österreichischen Steuerrechts. Siehe insbes. Gassner und Krejci, in: Gassner/Krejci/Rummel, Das Schuldverhältnis – Seine Ausprägung im Privatrecht, im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht (1972); Stoll, Das Steuerschuldverhältnis (1972); Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis (1977). Doch handelt es sich hier um Rechtsfächer, die sich vom allgemeinen Verwaltungsrecht weitgehend losgelöst haben. Was das Sozialrecht anlangt, dürfte dazu auch die institutionelle Verknüpfung mit dem Arbeitsrecht ("Arbeits- und Sozialrecht") an den Universitäten beigetragen haben. Ein das "Denken in Rechtsverhältnisen" begünstigendes Element des Sozialversicherungsrechtes ist auch die dort bestehende "sukzessive Zuständigkeit" der Gerichte in Leistungssachen: ein Bescheid des Sozialversicherungsträgers tritt mit Anrufung des Gerichtes außer Kraft und die Behörde hat vor dem Gericht selbst nur die Stellung einer dem Leistungswerber prinzipiell gleichrangigen Partei.

² Siehe etwa Adamovich/Funk, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 3, 8ff.; Antoniolli/Koja, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 109ff.

³ Siehe etwa Berchtold, Verfassungsrechtliche Fragen des österreichischen Sozialhilferechtes, in: Krejci (Hrsg.), Probleme der Fürsorge und Sozialhilfe im Wohlfahrtsstaat (1974), 43, 52; Krejci, Nebenpflichten der Sozialversicherungsträger gegenüber den Versicherten, ZAS 1975, 83, 89; Thöni, Privatwirtschaftsverwaltung und Finanzausgleich (1978), 11; Aicher, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme, in: Funk (Hrsg.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981), 192ff.; Novak, Konsumentenschutz im Bereich der Subventionsverwaltung, in: Schilcher/Bretschneider, Konsumentenschutz im öffentlichen Recht (1984), 157ff.

⁴ Vgl. aber *Pernthaler*, JBI 1965, 57ff., der an den Begriff der Leistungsverwaltung dogmatische Konsequenzen knüpft. Diese wurden jedoch von der h.L. nicht akzeptiert: siehe *Novak*, ÖJZ 1979, 1ff., und zuletzt *Antoniolli/*

Nicht die Leistungsverwaltung und ihre begrifflichen Pendants, sondern ein anderes Begriffspaar prägt die österreichische Verwaltungsrechtsordnung: jenes von Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung. Wie ein tiefer Riß durchzieht diese Unterscheidung die gesamte österreichische Rechtsordnung. Fast alle "Hauptprobleme" 5 des Verwaltungsrechts sind an dieser Bruchstelle angesiedelt.

Diese Dichotomie gibt auch dem gegenständlichen Thema eine Gliederung vor, die durch den Begriff der Leistungsverwaltung kaum überbrückbar erscheint⁶: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung sind entweder Rechtsverhältnisse in der Hoheitsverwaltung oder aber Rechtsverhältnisse in der Privatwirtschaftsverwaltung. Beide Grundtypen von Verwaltungsrechtsverhältnissen unterliegen je unterschiedlichen Rechtsregeln und inkludieren unterschiedliche Rechtsfolgen.

Das Unterscheidungskriterium zwischen diesen beiden Kategorien ist ausschließlich die Rechtsform des – gebotenen oder tatsächlichen⁷ – Verwaltungshandelns⁸, nicht der Inhalt der Verwaltungstätigkeit.⁹ Hoheitsverwaltung liegt dann vor, wenn die Behörde in der Form der Verordnung oder des Bescheides handelt oder von bestimmten polizei-

Koja, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 25ff. Bemerkenswert ferner der – in der h.L. ebenfalls nicht übernommene – Versuch von Wenger, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 30ff., die Unterscheidung von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung auf einem Teilgebiet der leistenden Verwaltung mit dem Begriff des "Subventionsverhältnisses", verstanden als ein Schuldverhältnis, zu überwinden. Dazu unten S. 200f. Grundsätzlich kritisiert die herrschende Theorie Raschauer, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1ff.; Verfassungsrechtliche Fragen der Wohnbauförderung, in: FS Wenger (1983), 121ff.

⁵ Vgl. den Titel der Studie von *Novak*, Hauptprobleme der österreichischen Verwaltungsrechtslehre, Die Verwaltung 1980, 435.

⁶ Siehe aber unten IV.

⁷ Die Zuordnung eines bestimmten Verwaltungshandelns zur Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung stellt sich auf zwei Ebenen: als Interpretations- und als Subsumtionsfrage, d.h. als Frage, ob eine konkrete Angelegenheit in Bescheidform entschieden werden soll, und als Frage, ob ein bestimmtes Handeln als Bescheid zu deuten ist. Richtig Funk, Verwaltungsakt (Fn. 1), 41; Adamovich/Funk, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 138ff.

⁸ Hinweise zur wissenschaftsgeschichtlichen Herkunft dieser ausschließlichen Orientierung an der Handlungsform aus der Schule *Kelsens* bei *Funk*, Verwaltungsakt (Fn. 1), 15f.

⁹ Für die Unterscheidung zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung kommt es – so der leading case des VfGH (Slg 3262) – "auf die Motive und den Zweck der Tätigkeit nicht an, entscheidend ist vielmehr, welche rechtstechnischen Mittel die Gesetzgebung zur Verwirklichung der zu erfüllenden Aufgaben bereitstellt." Was hier in einem relativ frühen Erkenntnis noch etwas vage als "rechtstechnische Mittel" bezeichnet wird, hat sich später klar als die rechtlichen Handlungsformen herauskristallisiert.

lichen Befehls- und Zwangsbefugnissen Gebrauch macht. ¹⁰ Im übrigen — nach der Judikatur¹¹ vor allem auch im Zweifelsfall — ist "Privatwirtschaftsverwaltung" gegeben. Gerade die Leistungsverwaltung erfolgt in einem nicht unerheblichen, vielleicht — der Begriff ist ja unscharf und nicht quantifizierbar — sogar in überwiegendem Maß in privatrechtlicher Form. ¹²

2. Der verwaltungsrechtliche Vertrag

Entscheidend ist ferner, daß der Katalog der Formen der Hoheitsverwaltung taxativ verstanden wird — sei es verfassungsrechtlich explizit normiert, sei es verfassungsrechtlich vorausgesetzt — und daher nicht durch neue Handlungsformen angereichert werden kann.¹³

Das betrifft im Rahmen unseres Themas vor allem den verwaltungsrechtlichen Vertrag. ¹⁴ Der VfGH¹⁵ hat ihn erst kürzlich anerkannt, allerdings nur als akzessorische Handlungsform. Solche Verträge bedürfen stets einer expliziten gesetzlichen Ermächtigung. Sie sind gültig, soweit sie sich im Rahmen des Gesetzes halten. Kommt es allerdings aus dem Vertrag zu einem Streit, so hat darüber die Behörde, also der eine Vertragspartner, durch Bescheid zu entscheiden, und dieser unterliegt sodann dem Instanzenzug und der nachprüfenden Kontrolle der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Konsequenterweise muß man annehmen, daß dabei der Vertrag, soweit gesetzmäßig, auch bindend ist. ¹⁶

¹⁰ Einige weitere Handlungsformen der Hoheitsverwaltung können hier vernachlässigt werden. Siehe dazu *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 252ff.; *Funk*, Verwaltungshandeln und Verwaltungsakt, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 157ff.

VfSlg 3183, 3262, 5355, 7078; VfGH 26.2.1985, G 77/84. Dazu kritisch Öhlinger, Das Problem des verwaltungsrechtlichen Vertrages (1974), 67ff.; Binder, Staat (Fn. 1), 59ff.

¹² So explizit VfSgl 3262: "Die Feststellung, daß ein Verwaltungsorgan einen Akt gesellschaftlicher Daseinsvorsorge, somit eine öffentliche Verwaltungsaufgabe, vollzieht, schließt aber die Qualifikation einer solchen Tätigkeit als Privatwirtschaftsverwaltung nicht aus".

¹³ Vgl. *H.Mayer*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag im österreichischen Abgabenrecht, JBI 1976, 632 (636).

¹⁴ Zum Stellenwert des verwaltungsrechtlichen Vertrages in einer systematischen Ausgestaltung der Verwaltungsrechtsverhältnisse jüngst Schrammel, Verfügungen über Leistungsansprüche aus der Sozialversicherung (1982), 46.

¹⁵ VfSlg 9226. Dazu Fröhler, Fortschritte zu einem Verwaltungsprivatrecht?, FS Strasser (1983), 961ff.; kritisch Wielinger, Was bringt der verwaltungsrechtliche Vertrag?, ZfV 1983, 14ff.

¹⁶ Zu dieser Frage siehe auch Wielinger, ZfV 1983, 17.

3. Gemengelage und unklare gesetzliche Qualifikationen

a. Trotz der scharfen begrifflich-dogmatischen Divergenzen sind öffentlich-rechtliches und privatrechtsförmiges Handeln der Verwaltung faktisch eng verflochten. Aufgaben auf eng begrenzten Verwaltungsgebieten sind teils hoheitlich, teils privatrechtsförmig zu erledigen. So ist die "Hilfe zur Sicherung des Lebensbedarfes" nach manchen Landes-Sozialhilfegesetzen hoheitlich, die "Hilfe in besonderen Lebenslagen" privatrechtlich gestaltet.¹⁷ Es ist daher nicht immer leicht zu beurteilen, ob es sich bei der (ablehnenden) Reaktion der Verwaltung auf ein Ansuchen um eine derartige Leistung um einen Bescheid oder um eine privatrechtliche Erklärung handelt. Das Prozeßrisiko hat der Beschwerdeführer zu tragen.¹⁸

In anderen Fällen besteht zwischen einer hoheitlichen Verpflichtung des Bürgers und privatrechtlichen Leistungen der Verwaltung oder auch umgekehrt ein enges Wechselverhältnis. "Aus der "Natur der Regelung" – so der VfGH¹⁹ – ist nichts zu gewinnen. Es ist durchaus möglich, daß bei der Trinkwasserversorgung der Anschlußzwang öffentlich-rechtlich geregelt ist, daß aber das Entgelt privatrechtlich bleibt, wenn nicht diese Frage durch Landesgesetz auch öffentlich-rechtlich geregelt ist." Der Gesetzgeber könnte dies ebensogut umgekehrt regeln. Seiner Phantasie sind praktisch keine Grenzen gesetzt.

Einem "Denken in Rechtsverhältnissen"²⁰ ist dies nicht gerade förderlich, zieht sich doch durch solche Rechtsverhältnisse – verstanden als Komplex wechselbezüglicher Rechte und Verpflichtungen – der tiefe begrifflich-dogmatische "Riß", von dem ich zuvor gesprochen habe.

b. Gerade in Bereichen der Leistungsverwaltung ist ferner die Gesetzgebung in der Qualifikation der Verwaltungstätigkeit als hoheitlich oder privatrechtlich keineswegs immer eindeutig. Die vom Gesetz so bezeichnete "Zusicherung" bestimmter Arten von Förderungen nach dem Wohnbauförderungsgesetz²¹ wird vom VwGH²² als privat-

¹⁷ Vgl. etwa § 4 Vbg SozialhilfeG.

¹⁸ Siehe VwGH, ZfVB 1986/1707.

¹⁹ Slg 4957; dazu kritisch Oberndorfer, in: FS Eichler (Fn. 1), 438.

²⁰ Krause, Das Sozialrechtsverhältnis, in: Sozialrechtsverhältnis (1. Sozialrechtslehrertagung Kassel 1979), 15; Schnapp, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DöV 1986, 812.

^{21 § 41} WFG BGBI 1984/482.

²² VwGH 19.11.1969, 1315/69; VwSlgNF 8730 A; ebenso *Mayer*, Wohnbauförderung, in: Wenger, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 157; *Krejci*, Zivilrechtsfragen zum neuen Wohnbauförderungs- und Wohnhaussanierungsgesetz, ÖZW 1985, 1ff., 33ff.

rechtlicher Akt, vom OGH²³ dagegen als Bescheid gedeutet. Der Förderungswerber findet sich in einem rechtlichen Niemandsland. Ob die Benützung einer Universitätsbibliothek ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches Rechtsverhältnis bildet, läßt sich an Hand des Gesetzes²⁴ – trotz einer sehr detaillierten Regelung – kaum lösen.²⁵ In diesem Fall fehlt es auch an einer Klärung durch die Judikatur.

4. Grenzen des Rechtes in der Leistungsverwaltung

Es ist dies ein Beispiel dafür, daß gerade in der Leistungsverwaltung Rechtsfragen häufig nicht zu einer gerichtlichen Klärung gelangen.

Die Tendenz ist unverkennbar, für Streitigkeiten aus solchen Rechtsbeziehungen informelle Schiedsinstanzen, Beschwerdestellen etc. zu etablieren, die offenbar dem Rechtsschutzbedürfnis der Bürger adäquater sind als formelle Rechtswege. Daß sich auch die Tätigkeit der Volksanwaltschaft, nach dem Vorbild des Ombudsmanns eingerichtet, in ganz überwiegendem Maß auf die Leistungsverwaltung erstreckt, belegt diese Tendenz.

Die Tätigkeit solcher Institutionen ist nicht ohne Rückwirkungen auf das materielle Recht, dessen effektiver Gehalt dadurch aufgeweicht, zu einer Art "soft law" transformiert wird. Inwieweit sich darin eine neue Qualität humaner und sozialer Demokratie verwirklicht, wie dies behauptet wurde²⁶, sei hier dahingestellt. Man kann darin jedenfalls auch ein Ausweichen vor den ambivalenten Effekten der Verrechtlichung sehen, wie sie in der Verrechtlichungs- und Entrechtlichungs-Diskussion der jüngsten Zeit vielfach aufgezeigt wurden, und die sich etwa in der Sozialverwaltung damit umreißen lassen, daß hier Gesetze nicht nur als Sicherung von Leistungsansprüchen, sondern – qua Gesetz – auch als Barriere gerade jenen gegenüber wirken, die auf solche Leistungen ihrer Hilflosigkeit wegen besonders angewiesen sind. Die Ambivalenz der Verrechtlichung der Schule ist hinreichend bekannt, um als Stichwort diese Problematik zu illustrieren. Mehr als solche Stichworte erlaubt mir leider mein Zeitplan nicht.

²³ JBl 1975, 257; 1980, 151. Für die Bescheidqualität und damit eine Zweistufentheorie auch *Fröhler/Oberndorfer*, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik (1969), 125f.; *Raschauer*, FS Wenger (Fn. 4), 131ff.

^{24 § 84}ff. UOG.

²⁵ Vgl. Öhlinger, Einige Rechtsfragen einer Bibliotheksreform, in: Bibliotheken bauen und führen, Festgabe für Franz Kroller (1983), 182ff.

²⁶ Wimmer, Die Ombudsmann-Einrichtung im Verfassungsgefüge, JBI 1984, 281 (286).

II. Rechtsverhältnisse in der Hoheitsverwaltung

1. Das traditionelle Verständnis des "Verwaltungsrechtsverhältnisses"

Die österreichische Rechtslehre hat relativ früh erkannt, daß die Beziehung des einzelnen zum Staat als Träger öffentlicher Gewalt – auf die Verwaltung reduziert: die Hoheitsverwaltung – ein Rechtsverhältnis ist, und schon in den Zwanziger Jahren konsequent alle allgemeinen und besonderen Gewaltverhältnisse, zumindest terminologisch, eliminiert.²⁷

Wenn überhaupt und soweit²⁸ die Lehre vom "Verwaltungsrechtsverhältnis" spricht, so ist damit dieser Gegensatz zum Gewaltverhältnis sowie die daraus abgeleiteten Folgerungen gemeint, daß einerseits der Staat zu einem Eingriff in die Sphäre des einzelnen stets einer rechtlichen Grundlage bedarf und andererseits auch dem einzelnen gegenüber diesem Staat subjektive Rechte zukommen (können).

Der Begriff des Rechtsverhältnisses, wie er neuerdings in der deutschen Verwaltungsrechtslehre als Programm einer dogmatischen Neuorientierung propagiert wird²⁹, meint aber mehr oder anderes. Der Akzent hat sich – Herr Krause³⁰ hat es einmal ähnlich formuliert – vom "Recht" auf das "Verhältnis" verschoben. Es geht – in unverkennbarer Anlehnung an privatrechtliche Rechtsfiguren³¹ – darum, die Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als ein komplexes System wechselseitiger und aufeinander bezogener Rechte und Pflichten zu erfassen.³²

²⁷ Grundlegend Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925), 82f.; Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927), 129ff. Dazu jüngst Schnapp, DÖV 1986, 812f. Daß damit nicht auch alle mit diesen Begriffen angesprochenen Probleme beseitigt werden konnten, steht auf einem anderen Blatt; siehe dazu Novak, Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips, ÖVA 1970, 1, 11ff.; Matzka, "Besonderes Gewaltverhältnis" im verwaltungsbehördlichen Freiheitsentzug, ÖZS 1981, 13ff.; Zeizinger, Verfassungsgerichtshof und "besonderes Gewaltverhältnis", JBI 1973, 191; Hengstschläger, Grundrechte und Untersuchungshaft – Eine Studie zum aktiven Wahlrecht des Untersuchungsgefangenen, JBI 1973, 19ff.

²⁸ Siehe oben Fn. 1.

²⁹ Siehe insbes. Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis, in: Sozialrechtsverhältnis (Fn. 1), 60ff.; ferner Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung (1982).

³⁰ Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 20), 13.

³¹ Vgl. dazu auch Gassner/Krejci/Rummel, Das Schuldverhältnis (Fn. 1).

³² Siehe Krause, a.a.O., 14. Vgl. auch Krejci, Schuldverhältnis (Fn. 1), 40f.: Schuldverhältnis als "jene rechtliche Rahmenbeziehung, die einzelne sachlich zusammengehörige leistungsbezogene Rechte und Pflichten zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten zu einem "sinnhaften Gefüge" verklammern. Zur Identität von Dauerschuld- und Dauerrechtsverhältnis Koziol/Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts I⁷, 178ff. Vgl. auch Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBI 1986, 912ff.

Die darin inkludierte Kritik an der Fixierung der traditionellen Dogmatik auf den Verwaltungsakt trifft, soweit sie berechtigt ist, auch Österreich. Diese Konzentration auf den Verwaltungsakt – oder in österreichischer Terminologie: auf den Bescheid, der mit dem Verwaltungsaktbegriff zwar im Kern, nicht aber auch an den (durchaus relevanten) Begriffsrändern identisch ist³³ – ist hier freilich verfassungsgesetzlich vorgeprägt. Nur Bescheide (von unmittelbaren Befehlsund Zwangsakten abgesehen), nicht aber auch andere Handlungen der (hoheitlichen) Verwaltung können nämlich vor dem VwGH und dem VfGH angefochten werden und auch eine Säumnis einer Behörde kann vor dem VwGH nur dann geltend gemacht werden, wenn ein Anspruch auf einen Bescheid besteht.³⁴ Der Bescheid bleibt so ein unverrrückbarer archimedischer Punkt des Rechtsschutzsystems, freilich auch seiner Defizite.³⁵

2. Das Verwaltungsverfahrensrechtsverhältnis

An der auf den Bescheid konzentrierten, "punktuellen Sichtweise" ist auch in Österreich Kritik geübt worden³⁶, ohne daß sich diese freilich zu einem Gegenprogramm von einiger Wirkung verdichtet hätte. Das dürfte auch noch eine andere Ursache in einer besonderen österreichischen Entwicklung finden, nämlich in der relativ frühen gesetzlichen Ausgestaltung des *Verwaltungsverfahrens*.

Das Verwaltungsverfahren mit den der "Partei" eingeräumten Rechten ist durchaus kooperativ angelegt. Selbst ein von Amts wegen zu erlassender Bescheid kommt nur rechtmäßig zustande, wenn dem oder den Adressaten oder sonstigen Parteien eine gewisse Mitwirkung gewährt wird, und diese Mitwirkungsrechte kann die Partei mit rechtlichen Mitteln durchsetzen. Daß "kein Bescheid ohne Mitwirkung desjenigen zustandekommen soll, an oder gegen den er sich wendet"³⁷, wurde als der Kern der Verwaltungsverfahrensgesetze von 1925, speziell des AVG, erkannt, und die Rechte der Partei als eine dem Wahlrecht gleichwertige Beteiligung an der Rechtserzeugung gedeutet.³⁷

³³ Zur Auflösung des Begriffs "Verwaltungsakt" in einzelne Typen (deren wichtigster der Bescheid ist) in der österreichischen Verwaltungsrechtsdogmatik siehe *Funk*, Verwaltungsakt (Fn. 1), 18ff.

³⁴ Art. 130ff., 144 B-VG.

³⁵ Treffend *Oberndorfer*, Rechtsschutz im Studienrecht, in: Oberndorfer/ Strasser/Stolzlechner, Universitätsrecht zwischen Bewährung und Reform (1984). 2.

³⁶ Siehe etwa Fröhler, in: FS Strasser (Fn. 15), 964: "übertriebene Fixiertheit auf den Bescheid als einzige behördliche Handlungsform".

³⁷ Ringhofer, Strukturprobleme des Rechts dargestellt am Staatsbürgerschaftsgesetz 1965 (1966), 63.

Der "Untertan" rücke damit "zum prozeßrechtlich gleichberechtigten Partner der Behörde empor". 38 Gerade mit den Verwaltungsverfahrensgesetzen wurde die Deutung der Relation von Staat und Bürger als "Gewaltverhältnis" als überwunden gesehen und diese Beziehung als ein "Rechtsverhältnis" erkannt. 39 Umgekehrt postuliert die Judikatur auch gewisse Mitwirkungspflichten der Partei(en) im Verwaltungsverfahren von daß sich durchaus treffend von einem Verwaltungsverfahrensrechtsverhältnis als Komplex wechselseitiger Rechte und Pflichten von Behörden und Partei(en) sprechen läßt. Der Sache nach dürfte jedenfalls "die hohe Rechtskultur" 1, die dem österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht allenthalben bescheinigt wird 2, einen Teil der mit dem Stichwort "Rechtsverhältnis" in seiner neuen Bedeutung angesprochenen Fragen und Probleme frühzeitig abgefangen haben. 43

Dennoch: das Verwaltungsverfahren mündet in den Bescheid, den die Dogmatik noch immer als essentiell "hoheitlichen" Akt definiert. Als "Wesen" dieser "Hoheitlichkeit" gilt die "Befugnis zu einseitiger Normerzeugung". ⁴⁴ Es ist das "Prinzip der ausschließlichen Relevanz des Willens staatlicher Organe" ⁴⁴, das den Bescheid und damit auch das durch den Bescheid gestaltete Verwaltungsrechtsverhältnis definiert. ⁴⁵

3. Defizite dieser Konzeption

Diese Konzeption inkludiert freilich einige *Defizite*, die ich hier nur knapp und im Horizont ihres potentiellen Stellenwertes in einer Konzeption des Verwaltungsrechtsverhältnisses skizzieren will.

³⁸ Ermacora, Die Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes in der Verwaltung und die Effektivität des Rechtsstaates, JBI 1956, 143.

³⁹ Treffend *Pernthaler*, Raumordnung (Fn. 1), 50, 246 ("prinzipielle verfahrensrechtliche Gleichordnung von Partei und Behörde in einem objektiven Verwaltungsrechtsverhältnis").

⁴⁰ Siehe dazu unten II.3.2.

⁴¹ Pernthaler, Raumordnung (Fn. 1), 246. Siehe auch Öhlinger, 60 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetze – Verwaltungsstrafrechtsreform: Sind die Österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze noch zeitgemäß?, 9. Österreichischer Juristentag 1985, Bd. I/2.

⁴² Siehe etwa *Badura*, Das Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (1981), 306.

⁴³ Die diesbezügliche Leistungsfähigkeit des AVG belegt illustrativ etwa VwGH 24.6.1986, 85/10/0020 (RdS 1986, 22).

⁴⁴ Mayer, in: Wenger, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 155f.; siehe auch Funk, Verwaltungsakt (Fn. 1), 40.

⁴⁵ Die Unzulänglichkeit dieser Begriffsbildung habe ich an anderer Stelle (Problem [Fn. 11], 60ff.) dargetan. Vgl. dazu nunmehr auch Schrammel, Verfügungen (Fn. 14), 61f.

3.1. Betreuungspflichten der Verwaltung

Eine auf das Produkt "Bescheid" fixierte Sichtweise kann nicht das gesamte komplexe Geschehen erfassen, als das sich das Verfahren in der Realität häufig konkretisiert. Ausgeblendet bleiben dabei die das Verfahren vielfach begleitenden Arrangements, Auskünfte, Belehrungen, wechselseitigen Zusagen, etc. In konsequenter Sicht gelten etwa Zusagen der Behörden als "rechtliches Nichts".⁴⁶

Zwar anerkennen die Gerichte (VfGH, VwGH, Sozialgerichtsbarkeit) den *Grundsatz von Treu und Glauben* in zumindest abstrakter Weise als allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz⁴⁷, aber – so etwa der VwGH⁴⁸ –: "Das in Art. 18 Abs. 2 B-VG normierte Legalitätsgebot ist stärker. . . . Der Grundsatz von "Treu und Glauben" kann sich allenfalls in jenem Bereich auswirken, in welchem es auf Fragen der Billigkeit ankommt". Tatsächlich finden sich nur wenige Entscheidungen, in denen dieser Grundsatz zum Tragen kommt.⁴⁹

Auskünfte, Beratungen und Belehrungen der Behörde sind kein spezifisches Phänomen der Leistungsverwaltung, doch verdichten sie sich in den hier typischen Dauerrechtsverhältnissen zu "Betreuungspflichten" der Verwaltung.

In das AVG selbst wurde vor kurzem eine Belehrungspflicht der Behörde eingeführt⁵⁰, allerdings explizit auf verfahrensrechtliche Fragen begrenzt.⁵¹ Allgemeine Auskunfts- und Belehrungspflichten

⁴⁶ Hartl, Was sind Berufungszusagen?, ÖHZ 1985/11, 8; ähnlich zu behördlichen Auskünften VfSlg 6229 ("belanglos"); OLG Wien SSV IX/110. Grundlegend Adamovich, Verwaltungsrecht (Fn. 1), 93f. Vgl. ferner Schrammel, Durchsetzung von Leistungsansprüchen im Bereich der sozialen Sicherheit, in: Österreichische Landesberichte zum VIII. Internationalen Kongreß für das Recht der Arbeit und der Sozialen Sicherheit in Turin (1974), 55f. Zu optimistisch Krejci, Schuldverhältnis (Fn. 1), 73. Bemerkenswert aber auch VwGH 15.4.1985, 85/12/0029, der die Verbindlichkeit einer "Berufungszusage" für möglich erachtet. Zu Zusagen und Auskünften vgl. ferner Stoll, Steuerschuldverhältnis (Fn. 1), 69ff.; Ruppe, Auskünfte und Zusagen durch Finanzbehörden, ÖStZ 1979, 50ff.

⁴⁷ Vgl. Oberndorfer, Grundprobleme des Verwaltungsversahrens in der österreichischen Sozialversicherung, ZAS 1973, 206f.; ferner Spanner, ÖVBI 1933 (Fn. 1), 236f.; Melichar, Zur Frage von Treu und Glauben im Steuerrecht, in: FS Kastner (1972), 309ff.

⁴⁸ VwGH 15.9.1983, 83/16/0040.

⁴⁹ Positiv VfSlg 6258 (mit allerdings falscher Zitierung einer angeblichen Vorjudikatur), 8173, 8725 (Verletzung von Treu und Glauben als Willkür); VwGH, ZfVB 1978/1018. Es ist verräterisch, wenn die Gerichte sich dabei häufig auf Vorerkenntnisse berufen, die in Wahrheit den Grundsatz von Treu und Glauben bestenfalls abstrakt anerkennen.

^{50 § 13} AVG i.d.F. BGBl 1982/199.

⁵¹ Vgl. dazu Davy, Zur Rechtsbelehrung im Verwaltungsverfahren (13 a AVG), ÖGZ 1983, 59f.; Öhlinger (Fn. 41), 28ff.

lassen sich, freilich nur in sehr unbestimmter Weise, auch aus dienstund organisationsrechtlichen Regelungen ableiten.⁵²

Weiterreichende und zugleich in ihrem Umfang präzisere Betreuungspflichten der Behörden wurden im Sozialversicherungsrecht entwickelt, und zwar explizit gestützt auf die These, daß sich "stichhaltige dogmatische Grundlagen . . . nur aus der Lehre vom sozialversicherungsrechtlichen Schuldverhältnis" ableiten lassen. Dieser Ansatz eröffnet die Analogie zu den dogmatisch sehr verfeinerten Aufklärungs-, Sorgfalts- und Schutzpflichten der Partner bürgerlichrechtlicher Schuldverhältnisse. Grob zusammengefaßt lassen sich daraus folgende Schlüsse ziehen: Auskünfte und Beratungen sind nur auf Initiative des Versicherten zu erteilen und nur soweit, als der Versicherte darauf angewiesen ist und ein rechtliches Interesse daran hat. Die Verletzung einer solchen als Rechtspflicht zu begreifenden Pflicht der Behörde begründet Amtshaftungsansprüche.

3.2. Mitwirkungspflichten und -rechte des Bürgers

a. Was das Pendant zu den behördlichen Betreuungspflichten auf Seite des Bürgers anlangt, so hat die Rechtsprechung gewisse *Mitwirkungspflichten* des Bürgers trotz der im Verwaltungsverfahren geltenden Offizialmaxime postuliert.⁵⁵

Darüber hinaus gibt es gerade in der Leistungsverwaltung eine Fülle teils gesetzlich explizit normierter, teils vorauszusetzender konkreter Mitwirkungspflichten der unterschiedlichsten Art. Die Verwaltung ist vielfach auf eine aktive Mitwirkung des Bürgers angewiesen, um ihre Aufgabe sinnvoll erfüllen zu können. Man denke etwa an die notwendige Bereitschaft eines Schülers, seinerseits gewisse Leistungen zu erbringen, damit die Schule die ihr aufgegebene Leistung erfüllen kann. Den Mitwirkungspflichten des Schülers stehen hier Befugnisse des Verwaltungsorgans Lehrer gegenüber, deren enge kommunikative Verschränkung erst den Erfolg dieser spezifischen Form staat-

⁵² § 43 Abs. 3 Beamten-DienstrechtsG 1979 normiert eine allgemeine Pflicht des Beamten, "die Parteien, soweit es mit den Interessen des Dienstes und dem Gebot der Unparteilichkeit der Amtsführung vereinbar ist, im Rahmen seiner dienstlichen Aufgaben zu unterstützen und zu informieren". Zur Auskunftspflicht der Bundesministerien und der ihnen nachgeordneten Behörden siehe §§ 3 Z 5 und 4 Abs. 3 BundesministerienG 1973. Zu diesen und anderen Regelungen Morscher, Öffentlichkeit und Verwaltung, ÖZÖRVR 1980, 39 (66ff.).

⁵³ Krejci, Sozialversicherungsverhältnis (Fn. 1), 179.

⁵⁴ Vgl. Krejci, ZAS 1975, 83ff.

⁵⁵ Dazu Wielinger/Gruber, Zur Frage der Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren, ZfV 1983, 365ff.

⁵⁶ Dazu Zeizinger, Leistungsverweigerung in der Schule, Stb 1979, 33.

licher Daseinsvorsorge verbürgt. All das läßt sich freilich nur an den Rändern, um nicht zu sagen: an den pathologischen Extremen, rechtlich erfassen. Prägnanter sind die *Melde- und Auskunftspflichten* der privaten Beteiligten an einem Sozialversicherungsverhältnis, die die Sozialversicherungsgesetze in je einem eigenen Abschnitt kodifizieren.⁵⁷

- b. Mitwirkungspflichten stehen vielfach Mitwirkungsrechte des Bürgers gegenüber. Als Beispiel sei die zu manchen Leistungen aus der Sozialversicherung (wie Rehabilitationsmaßnahmen) erforderliche Zustimmung des Leistungsberechtigten genannt⁵⁸, die wohl nur mit Gewalt als Antrag auf Erlassung eines Bescheides rekonstruiert und so in die herkömmlichen Kategorien eines Verfahrensrechtsverhältnisses gepreßt werden kann. Richtig wäre sie als ein selbständiges Element eines materiell-rechtlichen Sozialversicherungsverhältnisses zu verstehen.⁵⁹
- c. Weniger am Gesetzestext als an seiner Konkretisierung in der Rechtswirklichkeit wird deutlich, daß die einzelnen, isolierten und oft recht rudimentären gesetzlichen Bestimmungen über solche Mitwirkungsrechte und -pflichten der Parteien und den korrespondierenden Aufgaben und Befugnissen der Behörden zumindest potentiell auf ein sinnvolles Ganzes, ein "sinnhaftes Gefüge" 60 angelegt sind. Erst in einer solchen aufeinander bezogenen Zusammenschau wird der Stellenwert der einzelnen Regelung und ihre allenfalls bestehende Lückenhaftigkeit deutlich. Dies setzt freilich voraus, die einzelnen Regelungen als Elemente eines komplexen "Rechtsverhältnisses" zu begreifen.

3.3. Schlichtes Verwaltungshandeln

a. Leistungen werden von der Verwaltung häufig erbracht, ohne daß überhaupt ein Bescheid ergeht. Ich erinnere mich aus meiner Volks- und Mittelschulzeit an keinen einzigen förmlichen Bescheid aus diesem zwölfjährigen, sehr intensiven Rechtsverhältnis. Der Ort der Aufstellung einer Mülltonne ist nur dann durch Bescheid zu fixieren, wenn sich Gemeinde, Eigentümer und Mieter nicht einigen können.⁶¹ Die gesetzliche Begrenzung der Fälle, in denen ein Bescheid des Versicherungsträgers in Leistungssachen der Krankenversicherung

⁵⁷ z.B. §§ 33-43 ASVG.

⁵⁸ z.B. § 201a ASVG.

⁵⁹ Zur möglichen Konstruktion dieser Zustimmung als verwaltungsrechtlichen Vertrag siehe Schrammel, Verfügungen (Fn. 14), 72ff., 282.

⁶⁰ Siehe oben Fn. 32.

^{61 § 12} Abs. 3 oö AbfallG LGBI 1975/1.

zu erlassen ist⁶², hat Herr Rüfner schon auf der Berner Tagung als beispielhaft vorgestellt.⁶³

Daß hier dennoch Hoheitsverwaltung vorliegt, obwohl es an den üblichen Definitionskriterien wie "Befehl und Zwang" oder einem formellen Bescheid mangelt, ist sinnvollerweise nicht zu bezweifeln. Allerdings wird damit schon begrifflich ein dem Bescheid vorgelagertes Rechtsverhältnis vorausgesetzt, das nach anderen Kriterien als dem der Rechtsform als hoheitlich zu qualifizieren ist. Die Frage stellt sich insbesondere im Amtshaftungsrecht, wo es regelmäßig um Schäden geht, die nicht durch formelle Akte wie Bescheide, sondern durch faktisches Handeln zugefügt werden.

b. Von der Geltendmachung der Amtshaftung abgesehen setzt freilich die Aktivierung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes die Erlassung eines Bescheides voraus. Erst dieser eröffnet den Weg über den Instanzenzug zum VwGH und VfGH oder begründet die sukzessive Zuständigkeit der Gerichte in "Leistungssachen" der Sozialversicherung.

Das kann aber wohl nicht bedeuten, daß das einem allfälligen Bescheid vorgelagerte schlichte Verwaltungshandeln selbst in einem rechtsfreien Raum erfolgt. Auch Leistung in Form schlichten Verwaltungshandelns ist ja Gesetzesvollzug. Als solcher unterliegt er von Verfassungs wegen nicht nur einer materiell-rechtlichen Determination, sondern auch verfahrensrechtlichen Bindungen. Obwohl die Verwaltungsverfahrensgesetze, genau genommen, nur das Verfahren der Erlassung eines Bescheides regeln, wird man daher eine gewisse "Vorwirkung" bereits auf das einen Bescheid substituierende schlichte Verwaltungshandeln annehmen müssen, so etwa die Regelungen des AVG über die Handlungsfähigkeit, die Stellvertretung oder aber über das Parteiengehör. 66

Ein Fehlerkenntnis ist es daher auch, wenn der VwGH⁶⁷ aus einer gesetzlichen Ermächtigung zu einer Vereinbarung i.S. eines verwal-

^{62 § 367} ASVG.

⁶³ Vgl. Rüfner, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28, 212ff.

⁶⁴ Die Rechtsprechung – diesfalls der ordentlichen Gerichte – stellt auf gewisse Nahebezüge solchen faktischen Handelns zu potentiellen oder tatsächlich ergangenen formellen Hoheitsakten ab, stuft die Intensität dieses Zusammenhanges auf den einzelnen Rechtsgebieten sehr unterschiedlich ab. Dazu ausführlicher Öhlinger, Der Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes, in: Aicher, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (im Druck).

⁶⁵ Vgl. Adamovich, Verwaltungsrecht⁵ (Fn. 1), 15.

⁶⁶ Zum Parteiengehör anders offenbar Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Sport 28.1.1986, 1074/3-III/4/86 (RdS 1986, 25).

⁶⁷ VwGH 19. April 1982, 17/2568/80; dazu auch – fälschlich zustimmend – Wielinger, ZfV 1983, 18.

tungsrechtlichen Vertrages deshalb, weil es sich dabei um keinen Bescheid handelt, auf eine absolute Beliebigkeit der Behörde, auf eine entsprechende Offerte einer Partei zu reagieren, schließt. Auch auf dieser einem Bescheid vorgelagerten Stufe haben allgemeine Grundsätze einer rechtsstaatlichen Verwaltung zu gelten, die "Beliebigkeit" ausschließen.

3.4. Verfügungen über Ansprüche und Leistungen

Ein spezifisches Problem gerade der Leistungsverwaltung liegt in der Frage, inwieweit Ansprüche auf solche Leistungen disponibel sind.

a. Schrifttum und Judikatur haben sich am ausführlichsten mit der Verzichtbarkeit öffentlich-rechtlicher Ansprüche auseinandergesetzt. Für den VfGH ist es "ein der österreichischen Rechtsordnung innewohnender, auch im Bereich des öffentlichen Rechtes geltender Rechtsgrundsatz . . . daß – soweit sich aus den einzelnen Vorschriften nichts anderes ergibt – auf Ansprüche verzichtet werden kann". 68 Der VwGH schwankt zwischen einer uneingeschränkten Bejahung 69 und einer prinzipiellen Verneinung. 70,71 Unterschiedlich wird auch die Frage beantwortet, ob ein als zulässig anerkannter Verzicht empfangsbedürftig oder zustimmungsbedürftig sei. 72,73

Was die Zulässigkeit eines Verzichtes anlangt, so finden sich heute bereits eine Reihe expliziter gesetzlicher Regelungen. Soweit solche fehlen, ist der methodisch gebotene Weg wohl der einer Analogie zur sachlich nächstliegenden Regelung. Ein allgemeiner Grundsatz der Verzichtbarkeit, wie ihn der VfGH annimmt, wird schon durch diese Regelungen, die regelmäßig die Verzichtbarkeit einschränken, widerlegt.

b. Ähnlich strittig ist auch die Frage der Zedierbarkeit öffentlichrechtlicher Leistungsansprüche. Dazu finden sich im Sozialversiche-

⁶⁸ VfSlg 5099; siehe auch VfSlg 356, 1232, 1693. Für die – methodisch verunglückte – Anerkennung solcher allgemeiner Rechtsgrundsätze plädiert neuerdings Mell, ZfV 1984, 117ff.

⁶⁹ So etwa VwSlgNF 2095 A, 2151 A, 2944 A, 3758 A, 9367 A u.a.

⁷⁰ VwGH 18.12.1985, 83/09/0138.

⁷¹ Kontroversiell ist auch die Rechtsprechung in der Sondergerichtsbarkeit; dazu Schrammel, Verfügungen (Fn. 14), 171ff.

⁷² Für Annahmebedürftigkeit VwSlgNF 4047 A. Vgl. ferner *Schrammel*, Verfügungen (Fn. 14), 163ff.

⁷³ Zur formalen Struktur eines Verzichtes – Verzichtserklärung als Antrag auf Erlassung eines Bescheides? – siehe *Oberndorfer*, Zum Verzicht im öffentlichen Recht, insbesondere im Sozialrecht, JBl 1967, 71ff.

⁷⁴ z.B. §§ 11 lit. b, 21 Abs. 1 lit b Pensionsgesetz 1965, § 107 Abs. 3 Z 1 ASVG.

rungsrecht⁷⁵ explizite gesetzliche Regelungen, die eine solche im Prinzip nur mit Zustimmung des Versicherungsträgers erlauben. Ob Zessionen auch ohne solche ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen zulässig sind, wird in Lehre und Judikatur unterschiedlich beantwortet. Mit der Zession, ihre Zulässigkeit vorausgesetzt, wird aus einem zweiseitigen ein dreiseitiges Rechtsverhältnis, bei dem allerdings schon strittig ist, ob der Zessionar seine Forderung, etwa gegenüber dem Versicherungsträger, im Verwaltungsweg oder vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen hat, ob es sich also um ein hoheitliches oder ein privatrechtliches Rechtsverhältnis handelt.⁷⁶

3.5. Fehlerhafte Leistungen

a. Spezifische Probleme der Leistungsverwaltung ergeben sich schließlich aus den potentiellen Diskrepanzen zwischen dem gesetzlichen oder bescheidmäßig konkretisierten Anspruch und der tatsächlichen Leistung.

Schon das eher simple und zugleich häufige Beispiel der Auszahlung überhöhter Geldleistungen bereitet der Judikatur einige Probleme. Freilich inkludiert bereits dieses einfache Beispiel eine Fülle denkbarer Variationen.⁷⁷ Prinzipiell wird man zu unterscheiden haben, ob die überhöhte Leistung durch Bescheid konkretisiert oder aber in direktem Gesetzesvollzug – durch schlichtes Verwaltungshandeln – ausbezahlt wurde.⁷⁸

^{75 § 98} ASVG.

⁷⁶ Dazu ausführlich Schrammel, Verfügungen (Fn. 14), 116ff. Zur Abtretbarkeit öffentlich-rechtlicher Ansprüche am Beispiel des Abgabenrechts Stoll, Steuerschuldverhältnis (Fn. 1), 91ff.

⁷⁷ Vgl. Kerschner, Bereicherung im öffentlichen Recht (1983), 10ff.

⁷⁸ Ist eine am Maßstab des Gesetzes nicht gerechtfertigte Leistung bescheidmäßig konkretisiert worden, so steht einer Rückforderung die Rechtskraft des Bescheides entgegen. Es bedarf hier zunächst erst der Aufhebung dieses Bescheides, die aber nur nach den dafür maßgebenden gesetzlichen Regelungen zulässig ist - im Anwendungsbereich des AVG also nach dessen §§ 68 und 69. Dort wird allerdings auch auf die in den Verwaltungsgesetzen ausdrücklich vorgesehenen Befugnisse der Behörden zur Zurücknahme oder Einschränkung einer Berechtigung verwiesen (§ 68 Abs. 6 AVG). Gesetzliche Regelungen, die eine Rückforderung zu Unrecht erbrachter "Leistungen" anordnen, wie § 107 ASVG, § 49 B-KUVG, können jedoch, entgegen der Praxis, nicht als eine solche Befugnis zur Zurücknahme einer "Berechtigung" angesehen werden. Anders Stolzlechner, Probleme des Irrtums im Leistungsrecht der Sozialversicherung, DRdA 1986, 288ff.; differenzierend Schrammel, Die Entziehung von Leistungen in der Sozialversicherung, in: Tomandl (Hrsg.), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975), 43ff. Wie hier offenbar Mannlicher/Quell, Das Verwaltungsverfahren⁸, Bd. I, 387ff., die keine solche Bestimmung in der – allerdings nur demonstrativen - Zusammenstellung der Regelungen im Sinne des § 68 Abs. 6 AVG anführen.

Das öffentliche Recht kennt keine allgemeinen Regelungen über die Rückforderbarkeit zu Unrecht erbrachter Leistungen, wohl aber einzelne Regelungen mit unterschiedlicher Dichte. Fehlt es an einer solchen Regelung überhaupt oder besagt sie nichts über den Rechtsweg, so ist die Judikatur schon in der Frage schwankend, ob ein solcher Rückforderungsanspruch — ungeachtet des hoheitlichen Charakters des "Grundverhältnisses" — als öffentlich-rechtlich oder aber als privatrechtlich zu qualifizieren und damit im Instanzenzug und vor dem VwGH oder aber vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sei. Die neuere Rechtsprechung tendiert, allerdings nicht mit letzter Eindeutigkeit, zu einer öffentlich-rechtlichen Lösung. Diese m.E. richtige Annex-Lösung setzt aber das Verständnis der Beziehung zwischen Verwaltung und Partei als ein komplexes Rechtsverhältnis voraus; erst in einer solchen Konzeption läßt sich ein Konnex zwischen Rückforderungsanspruch und Grundverhältnis herstellen.

Uneinheitlich ist auch die Begründung eines gesetzlich nicht explizit normierten Rückforderungsanspruches. Von einem radikal gesetzespositivistischen Standpunkt aus erschiene es durchaus konsequent, einen solchen Anspruch überhaupt zu verneinen. Dies judiziert der VwGH in der Tat auch gelegentlich, und zwar sowohl bei Überleistungen der Verwaltung⁸⁰ als auch bei solchen des Bürgers⁸¹ (wie überhöhter Beitragsleistungen zur Sozialversicherung). Die vorgebliche methodische Stringenz solcher Entscheidungen kaschiert freilich nur mangelhaft ein Bild der Verwaltung, das diese mit ausschließlich freiheitsbedrohenden Eingriffen identifiziert. In der Leistungsverwaltung kommt diese Position einer Rechtsverweigerung gelegentlich nahe.⁸²

Im Regelfall ist aber auch der VwGH um eine vernünftige Lösung bemüht. Er stützt sich dabei auf die zivilrechtlichen Bereicherungsregeln. Während sie die ältere Judikatur, ähnlich wie der VfGH den Verzicht, als einen "allgemein geltenden Rechtsgrundsatz" qualifiziert, der nur gewissermaßen zufällig im ABGB seine konkrete Ausformulierung gefunden hat, tendiert die neuere Rechtsprechung zu einer Analogie. Methodisch ist dies schon deshalb richtig, weil gerade die vorhandenen Regelungen im Verwaltungsrecht die Sinnhaftigkeit einer Adaptierung der einschlägigen Bestimmungen des ABGB belegen. Eine Analogie muß daher gerade auf die vorhandenen Regelungen

⁷⁹ z.B. § 107 ASVG. Dazu auch *Pichler*, Die Rückforderung zu Unrecht erbrachter Geldleistungen im Sozialversicherungsrecht, ZAS 1967, 103ff.

⁸⁰ VwSlgNF 1936 A, 2983 A.

⁸¹ VwSlgNF 1961 A.

⁸² Exemplarisch unter diesem Aspekt VwSlgNF 9677 A, wenngleich nicht "Leistungsverwaltung" betreffend.

⁸³ Grundlegend VwSigNF 6736 A.

des Verwaltungsrechtes Bedacht nehmen, auch wenn der Eindruck schwer von der Hand zu weisen ist, daß hier eine wenig durchdachte Kasuistik obwaltet. Auch dort, wo gesetzliche Bestimmungen über die Rückforderbarkeit von Leistungen bestehen, bleibt aber immer noch die Frage offen, inwieweit die zivilrechtlichen Bereicherungsregeln zur Ergänzung dieser unterschiedlich dichten Regelungen herangezogen werden dürfen.⁸⁴

b. Was Leistungsstörungen auf Seite des Leistungsberechtigten anlangt, so ist ein Unterschied zum Zivilrecht eklatant. Solche Leistungsstörungen berechtigen die Verwaltung keinesfalls dazu, ihrerseits die Leistung zu verweigern. Etwa im Sozialversicherungsrecht ist gesetzlich eindeutig geregelt, daß Leistungsstörungen des Versicherten eine Reihe spezifischer Sanktionen bis hin zu Verwaltungsstrafen auslösen⁸⁵, den Anspruch auf die Versicherungsleistung im Prinzip aber unberührt lassen. Auch Leistungsverweigerungen des Schülers berechtigen nur bei besonderer Schwere und in allgemeinbildenden Pflichtschulen überhaupt nicht zum Ausschluß aus der Schule, sondern sind in anderer Weise sanktionierbar. ⁸⁶

Es läßt sich daraus wohl kein uneingeschränkt gültiger Grundsatz für alle Bereiche der Leistungsverwaltung ableiten. Man denke etwa an Subventionen, die allerdings in Österreich nur in seltenen Fällen in den Kategorien der Hoheitsverwaltung erfolgen. Das Forstgesetz⁸⁷ etwa verpflichtet die Verwaltung ausdrücklich, bei Abschluß eines (privatrechtlichen) Förderungsvertrages die Möglichkeit der Auflösung durch einseitige Erklärung für den Fall vorzusehen, daß der Förderungswerber mit der Erfüllung seiner Pflichten in Verzug gerät. (Ob es sinnvoll ist, solche Sonderbestimmungen neben die hier anzuwendenden allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu stellen, sei vorerst dahingestellt.) Die Beispiele des Sozialversicherungsrechts und des Schulrechts machen Grenzen der Übertragbarkeit zivilrechtlicher Grundsätze auf Verwaltungsrechtsverhältnisse deutlich, 88 was deshalb zu beachten ist, weil der Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses von ihrem Ursprung her eine Tendenz zur Übernahme zivilrechtlicher Argumentationsweisen anhaftet. 89

c. Komplexer noch als bei Geldleistungen sind die Probleme mangelhafter Sachleistungen. Wie etwa läßt sich die mangelhafte Qualität

⁸⁴ Vgl. den Literaturüberblick bei Kerschner, Bereicherung (Fn. 77), 52ff.

⁸⁵ Vgl. Krejci, Schuldverhältnis (Fn. 1), 75ff.

^{86 § 49} SchUG.

^{87 § 144} Abs. 3.

⁸⁸ Dazu allgemein auch *Krejci*, in: Schuldverhältnis (Fn. 1); *Tomandl*, in: Sozialrechtsverhältnis (Fn. 1), 56f.

⁸⁹ Siehe oben bei Fn. 31.

eines Unterrichts rechtlich erfassen? Dem VfGH⁹⁰ stellte sich in diesem Jahr die Frage, ob einem an einem Nierenstein Erkrankten ein Recht auf Entfernung dieses Steines durch einen Nierensteinzertrümmerer zusteht, der dies zu einer schmerzlosen, wenige Tage in Anspruch nehmenden Prozedur macht. Das Gesetz verpflichtet wohl die Länder, eine Behandlung "nach den Grundsätzen und anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft" sicherzustellen. Dem würde aber auch eine operative Entfernung eines Nierensteins genügen, so schmerzhaft und zeitraubend sie auch sein mag. Dem Krankenversicherungsträger gegenüber, also jenem Dritten in diesem "Rechtsverhältnis", der einen Teil der Kosten zu tragen hat, besteht nur ein Recht auf eine ausreichende und zweckmäßige, aber das Maß des Notwendigen (und das meint wohl: des finanziell Notwendigen) nicht überschreitende Krankenbehandlung. Es wäre lohnend, all diesen Fragen nachzugehen, die der VfGH weitgehend offen ließ.

4. Die Leistungsfähigkeit eines Begriffes "Rechtsverhältnis"

Die Liste solcher offener Fragen ließe sich fortsetzen. Doch hat diese Skizze auch zeigen können, daß die österreichische Verwaltungsrechtsdogmatik gelegentlich durchaus mit einem Verständnis der Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als einem "Rechtsverhältnis" operiert, in dem der Bescheid nur ein Element bildet, das aber mit diesem Rechtsverhältnis weder zur Gänze identifiziert werden darf, noch in der Lage ist, auf alle aus dieser Relation entstehbaren Rechtsfragen eine Antwort zu geben.

Mit einem expliziten und auf diesen Begriff gebrachten Verständnis solcher Rechtsbeziehungen als "Rechtsverhältnis" in dem eingangs umschriebenen Sinn wäre für die zuvor skizzierten und einer Reihe ähnlicher Probleme ein Platz in der Systematik des Allgemeinen Verwaltungsrechts gewonnen. Daß mit einer solchen systematischen Einordnung offener Fragen auch in der Sache schon einiges gewonnen ist, bedarf für den in der Tradition des Allgemeinen Verwaltungsrechts geschulten Juristen wohl keines näheren Beweises.

Dagegen teile ich die Auffassung⁹³, daß auf der Abstraktionsstufe des Allgemeinen Verwaltungsrechts kaum verallgemeinerbare Aussagen über die inhaltliche *Struktur* von Rechtsverhältnissen möglich sind. Daß hier und heute nicht über "das Rechtsverhältnis", son-

⁹⁰ VfGH 24.6.1986, A 16/85.

^{91 § 18} KAG.

^{92 § 133} Abs. 2 ASVG.

⁹³ Siehe etwa Schnapp, DÖV 1986, 812, mit weiteren Nachweisen; Löwer, NVwZ 1986, 793ff.

dem über "Rechtsverhältnisse" in der Leistungsverwaltung gesprochen wird, scheint diese Skepsis zu inkludieren. Zu unterschiedlich sind wohl die einzelnen Sachbereiche, die man der "Leistungsverwaltung" zurechnen kann, man denke etwa an das Sozialversicherungsrecht auf der einen, an Subventionen auf der anderen Seite. Die relativ entwikkelte Lehre vom Steuerschuldverhältnis⁹⁴, ebenso das Beamtenverhältnis, zeigen überdies, daß neben den Divergenzen innerhalb der Leistungsverwaltung auch Parallelen quer durch das gesamte Verwaltungsrecht bestehen. Aussagen über die Struktur der Rechtsverhältnisse lassen sich wohl erst auf der "mittleren Abstraktionsstufe" des "Sozialversicherungsverhältnisses", des "Subventionsverhältnisses" etc. machen.

III. Rechtsverhältnisse in der privatrechtsförmigen Verwaltung

1. Leistungsverwaltung als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung

Ein Großteil der leistenden Verwaltung erfolgt, wie schon erwähnt, in privatrechtlicher Form. Das gilt für die ganz überwiegende Mehrzahl staatlicher Subventionen⁹⁵ sowie für einen erheblichen Teil dessen, was man üblicherweise als "Daseinsvorsorge" bezeichnet. Zur Hoheitsverwaltung gehört dagegen der größte Teil des Sozialrechtes, insbesondere das Sozialversicherungsrecht. Doch gibt es auch hier "Privatwirtschaftsverwaltung", wovon ich ein Beispiel – schon seiner Kuriosität halber – nicht unerwähnt lassen möchte. Gemäß einem Bundesgesetz⁹⁶ hat der Bundesminister für Soziale Verwaltung den Bund durch eine im Bundesgesetzblatt kundzumachende Auslobung dazu zu verpflichten. Opfern von Verbrechen oder ihren Hinterbliebenen Hilfe zu leisten. Das Gesetz regelt sowohl die Voraussetzungen als auch die Art und Weise der Hilfeleistungen, die sich dem Typus nach in nichts von herkömmlichen "hoheitlichen" Sozialfürsorgemaßnahmen unterscheiden. Die Ursache dieser doch eher ausgefallenen Konstruktion liegt in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Dem Bund fehlt eine Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz in dieser Angelegenheit. Die privatrechtsförmige Verwaltung ist aber nicht an die bundesstaatliche Kompetenzverteilung gebunden.⁹⁷ Ein

⁹⁴ Siehe Stoll, Steuerschuldverhältnis (Fn. 1), Gassner, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 144.

⁹⁵ Vgl. den Überblick bei *Novak*, in: Schilcher/Bretschneider, Konsumentenschutz (Fn. 3), 182ff.

[%] BGBl 1972/288 i.d.F. BGBl 1983/543.

⁹⁷ Art. 17 B-VG. Dazu insbes. VfSlg 2721; Novak, Konsumentenschutz (Fn. 3), 167f.

für unsere Thematik interessanter Nebeneffekt dieser Konstruktion liegt darin, daß die Auslobung einen eindeutigen Anspruch auf die versprochene Leistung ("Belohnung") vermittelt und damit eines der zentralen Probleme der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, auf das ich sogleich zurückkommen werde, aus dem Weg räumt.

In der "Privatwirtschaftsverwaltung" ist die Rechtsbeziehung zwischen der Verwaltung und dem Bürger eine privatrechtliche. Sofern nicht Sonderprivatrecht besteht - das allerdings stark im Wachsen begriffen ist (eine Entwicklung mit ambivalenten Effekten, die einer intensiveren Ausleuchtung noch harrt) - sind auf diese Beziehung die allgemeinen Regeln des Zivilrechtes anzuwenden. Die Frage. ob überhaupt und inwieweit es sinnvoll ist, derartige Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger als "Rechtsverhältnisse" zu begreifen, stellt sich damit nicht. Denn in der prinzipiellen Geltung des allgemeinen Privatrechts ist das Verständnis solcher Rechtsbeziehungen als Rechtsverhältnisse bereits inkludiert, ist doch dieser Begriff in der österreichischen, wohl nicht anders als in der deutschen Privatrechtslehre fest verankert. Die grundsätzliche Frage, die sich hier stellt, lautet vielmehr: Welche Modifikationen erfahren derartige Rechtsverhältnisse aus der Tatsache, daß eine der daran beteiligten Personen ein Verwaltungsträger ist, der in diesem Rechtsverhältnis einen öffentlichen Zweck verfolgt? Es geht, mit anderen Worten, um die Frage, "wieweit verwaltungsrechtliche Normzwecke in der Lage sind, (derartige) Zivilrechtsverhältnisse mitzuprägen". 98

Die Nähe zum echten privaten Rechtsverhältnis und damit die potentielle Wirksamkeit der öffentlichen Zwecke kann eine abgestufte sein — entsprechend den verschiedenen Graden von Privatisierung und Reprivatisierung öffentlicher Aufgaben. An die Stelle eines Verwaltungsträgers kann ein der Form nach privates Rechtssubjekt — eine GesmbH oder AG etwa — treten, die in unterschiedlichem Grad von einer Gebietskörperschaft beherrscht sein kann. Hier ist, wie erst jüngst der VfGH demonstriert hat "" – je nach der Nähe zur Gebietskörperschaft — ein u.U. uneingeschränkter "Durchgriff" auf diese selbst angebracht. Oder es kann eine Aufgabe — wie etwa die Müllabfuhr — auf ein echtes Privatrechtssubjekt übertragen werden, ohne daß sie damit ihren Charakter als öffentliche Aufgabe in soziologischer Hinsicht verlieren würde. Juristisch ist dieser dann freilich kaum mehr faßbar. Die Grenzen zwischen "Staat" und "Gesellschaft" verschwimmen bekanntlich in diesem Bereich.

⁹⁸ So, freilich in etwas abgewandeltem Sinn, Krejci, ÖZW 1985, 34.

⁹⁹ VfGH 24.6.1986, A 16/85. Siehe ferner auch schon VfSlg 7583. Dazu auch oben bei Fn. 90.

2. Das Rechtsschutzdefizit der Privatwirtschaftsverwaltung

Primäre Rechtsfolge der privatrechtlichen Form des Verwaltungshandelns ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte. Es sind somit diese, denen eine Antwort auf die zuvor gestellte Frage aufgegeben ist.

Die Judikatur zu Fragen der Privatwirtschaftsverwaltung ist freilich nicht gerade umfangreich. Das dürfte verschiedene Ursachen haben, hängt aber zweifellos auch damit zusammen, daß in vielen Fällen ein Rechtsanspruch auf ein Agieren der Verwaltung nicht besteht. Zentrale Handlungsform in diesem Bereich ist der zivilrechtliche Vertrag. Die prinzipielle Abschlußfreiheit schließt einen Anspruch auf das Zustandekommen eines solchen Vertrages im Regelfall aus.

Es ist dies ein Element jenes Rechtsschutzdefizites, das wohl das Kernproblem der privatrechtsförmigen leistenden Verwaltung ausmacht. Der Mangel eines Anspruches auf einen Vertragsabschluß impliziert den Mangel eines Anspruches auf die Leistung selbst. Es besteht ferner kein Recht auf Gehör im Sinne eines Rechts auf Prüfung des als "Anbot" zu deutenden Antrags, und auf Begründung einer allfälligen Ablehnung.¹⁰⁰

Es stellt sich die Frage, ob diese Defizite durch den "beherzten Einsatz zivilrechtlicher Instrumente" — wie dies von der Zivilistik gefordert und als erfolgsversprechend verheißen wurde 101 — kompensiert werden kann. In der Tat anerkennen die Gerichte in gewissen Fällen einen Kontrahierungszwang, nämlich dann, wenn eine Gebietskörperschaft — die wenigen Entscheidungen beziehen sich auf Gemeinden — bei der Versorgung der Allgemeinheit mit lebenswichtigen Gütern und Leistungen eine Monopolstellung besitzt. 102

Der OGH erstreckt damit seine allgemeine Monopoljudikatur auf die Privatwirtschaftsverwaltung. Er erfaßt damit den Staat noch in zivilrechtlichen Kategorien – als ein zwar nicht "irgendeines", aber doch eben ein Privatrechtssubjekt. Darin liegen zugleich die Grenzen dieses Ansatzes¹⁰³, auch wenn der OGH seinen Monopolbegriff in diesem Zusammenhang extrem zu strapazieren bereit ist. So ging es in der einschlägigen Leitentscheidung¹⁰⁴ um die privatrechtliche Bewilligung der Gemeinde zur Benützung eines Straßenstückes als

¹⁰⁰ Vgl. Schäffer, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 273.

¹⁰¹ Krejci, ÖZW 1985, 5.

¹⁰² Grundlegend OGH, SZ 44/138, ferner OGH, JBI 1980, 146. Dazu *Bydlinski*, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in: FS Klecatsky (1980), 129ff.

¹⁰³ In diesem Sinn kritisch auch *Raschauer*, "Daseinsvorsorge" als Rechtsbegriff?, ÖZW 1980, 72ff.

¹⁰⁴ SZ 44/138.

Zufahrt zu einer Tankstelle, die von derselben Gemeinde behördlich bereits genehmigt worden war. Die privatrechtliche Zustimmung zur Straßenbenützung war dagegen versagt worden — zweifellos kein klassischer Monopolfall.

Weiter als der OGH geht die Zivilrechtslehre. So wurde aus der Rechtsfigur der culpa in contrahendo ein Anspruch eines Förderungswerbers auf Erledigung seines Ansuchens, zumindest aber auf Auskunft in angemessener Frist abgeleitet. Die Zivilrechtslehre nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz 106 und berührt damit ein zentrales Problem der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung: die Frage, inwieweit der Staat als Träger von Privatrechen einer Grundrechtsbindung unterliegt.

3. Grundrechtsbindung

Die Einsicht, daß der Staat auch dann, wenn er seine spezifischen Aufgaben in privatrechtlicher Form erledigt, diese seine Eigenschaft als "Staat" nicht abstreift und die Rechtsstellung "irgendeines Privaten" erlangt – wie noch die ältere Lehre "Privatwirtschaftsverwaltung" definierte¹⁰⁷ – ist heute Gemeingut der österreichischen Staatsrechtslehre.¹⁰⁸ Weniger klar ist allerdings, ob dies nur als (verfassungs-)rechtspolitisches Postulat oder aber auch als verfassungsrechtsdogmatische Einsicht akzeptiert wird. Den Prüfstein bildet die Frage der Grundrechtsbindung des Staates in der – öffentliche Aufgaben besorgenden – Privatwirtschaftsverwaltung. Sie wird zwar heute theoretisch überwiegend, wenngleich nicht einhellig¹⁰⁹, anerkannt, aber praktisch noch kaum judiziert.¹¹⁰ Die Schwierigkeiten liegen in der Konkretisierung des grundrechtlichen Gehalts in den Kategorien und

¹⁰⁵ Krejci, ÖZW 1985, 6.

¹⁰⁶ Siehe Wilhelm, Privatrechtliche Probleme der Subvention, in: Wenger, Förderungsverwaltung (Fn. 1), 195 (207); Koppensteiner, Privatrechtliche Aspekte der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte, in: Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte, Schriftenreihe der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft 22 (1972), 85 (90ff.); Bydlinski, in: FS Klecatsky (Fn. 102), 144ff.; Krejci, ÖZW 1985, 5f.

¹⁰⁷ Vgl. Adamovich, Verwaltungsrecht⁵ (Fn. 1), 8f.

¹⁰⁸ Grundlegend Klecatsky, Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht. Eine Buch- und Lagebesprechung, JBl 1954, 503ff.; Klecatsky, Die Köpenickiade der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1957, 333ff.

¹⁰⁹ Ablehnend z.B. Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁵, 397; Rosenzweig, Die Bedeutung der Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1978, 467 (470).

¹¹⁰ Siehe Binder, Staat (Fn. 1), 93; Novak, Die Verwaltung 1980, 445.

Institutionen des Privatrechts.¹¹¹ Die Grundrechtsbindung des Staates als Privatrechtsträger hebt selbstverständlich die Geltung des Privatrechtes nicht auf, hätte das doch gerade für den privaten Partner und dessen berechtigtes Vertrauen auf die Gültigkeit seiner mit dem Staat getroffenen "Vereinbarungen" katastrophale Konsequenzen.¹¹² Insofern kann die Geltung der Grundrechte für die privatrechtsförmige Verwaltung immer nur eine "mittelbare", durch das Privatrecht vermittelte sein.

4. Das verfassungsrechtliche Paradoxon der Privatwirtschaftsverwaltung

Die Anerkennung der Grundrechtsbindung privatrechtsförmiger leistender Verwaltung ist wohl eine notwendige, aber gewiß keine hinreichende Bedingung zur Kompensation der zuvor aufgezeigten Rechtsschutzdefizite. Ihre Konkretisierung verlangt zu subtile Erwägungen und Interessenabwägungen, als daß sie für den "Alltag" leistender Verwaltung in ihrer dauernden Präsenz und ihren vielfältigen Formen allgemein brauchbar wäre. Das scheint mir die Spärlichkeit der Judikatur auch "empirisch" zu belegen. Die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schaffende Funktion des Gesetzes in den Beziehungen zwischen Staat und Bürger — sie wurde gerade von der österreichischen Staatsrechtslehre, auch vor diesem Forum, immer wieder betont — läßt sich durch eine noch so elaborierte Judikatur nicht zur Gänze substituieren.

Diese Einsicht führt freilich geradewegs in ein verfassungsrechtliches *Paradoxon* der Privatwirtschaftsverwaltung. Nicht nur daß eine genaue, dem Legalitätsprinzip gemäße gesetzliche Regelung in der Privatwirtschaftsverwaltung verfassungsrechtlich nicht erforderlich ist — das Legalitätsprinzip gilt für diese nach heute herrschender Auffassung und ständiger Praxis nicht¹¹³ — sie ist zum Teil verfassungsrechtlich nicht einmal erlaubt. Für die Privatwirtschaftsverwaltung gilt ja auch, daß sie der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nicht unterliegt¹¹⁴ und daher sowohl dem Bund als auch den Ländern auf allen Verwaltungsgebieten privatrechtsförmige Verwaltung gestattet ist. Zwar wird

¹¹¹ Vgl. Pernthaler, Raumordnung (Fn. 1), 263f.

¹¹² Treffend *Bydlinski*, Die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates in privatrechtlicher Sicht, JBI 1968, 13ff. Ähnlich *Aicher* (Fn. 3), 197ff.

¹¹³ Zur mangelnden Geltung des Legalitätsprinzips für die Privatwirtschaftsverwaltung siehe zuletzt *Rill*, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in: FS Wenger (1983), 57ff.; *Korinek*, in: Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechts (1985), 5f.

¹¹⁴ Art. 17 B-VG; siehe oben Fn. 97.

es für möglich und zulässig erachtet, privatrechtsförmige Verwaltungsaktivitäten auch auf Gebieten, die nach der Kompetenzverteilung in die Gesetzgebungszuständigkeit der jeweils anderen Gebietskörperschaft fallen, durch jene Gebietskörperschaft gesetzlich zu regeln, die diese Aktivitäten durchführt. So gibt es beispielsweise ein Bundesfilmförderungsgesetz¹¹⁵ oder ein Bundessportförderungsgesetz¹¹⁶, obwohl "Kinowesen"¹¹⁷ und Sport Angelegenheiten der Länder sind. Aber ein solches Gesetz darf nur den "Innenbereich" erfassen, das heißt: nur Pflichten und Befugnisse der Verwaltung normieren, aber keine Außenwirkungen entfalten, weil ansonsten in den Kompetenzbereich der nach der Kompetenzverteilung für diese Materie zuständigen Gebietskörperschaft übergegriffen würde. 118, 119 In der Leistungsverwaltung hat dies zur Folge, daß keine unmittelbaren Ansprüche des Bürgers auf das Handeln der Verwaltung normiert werden dürfen. Die einschlägigen gesetzlichen Formeln lauten daher regelmäßig: "Auf Förderungen nach diesem Gesetz besteht kein Rechtsanspruch". 120 Daß diese Formel gelegentlich auch ohne kompetenzrechtliche Notwendigkeit gebraucht wird¹²¹, belegt zum einen die typenprägende Kraft solcher Selbstbindungsgesetze, erweckt aber gewiß auch den Verdacht, daß diese "Selbstbeschränkung" von der Gesetzgebung manchmal nicht ungern in Kauf genommen wird.

¹¹⁵ BGBl 1980/557.

¹¹⁶ BGBl 1970/2.

¹¹⁷ Art. 15 Abs. 3 B-VG.

¹¹⁸ Zulässig sind also nur sog. "Selbstbindungsgesetze" (Statutargesetze). Dazu Loebenstein, Das Förderungswesen unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips, 2. Österreichischer Juristentag, Bd. II/3; Novak, ÖVA 1970, 7ff. Wenger, Zur Problematik der österreichischen "Selbstbindungsgesetze", in: FS Korinek (1972), 189; Schäffer, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 264f.

¹¹⁹ Diese Beschränkung besteht allerdings nur für die "transkompetente" (Terminus von *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung I [1975], 85) privatrechtsförmige Leistungsverwaltung. Die Auffassung darüber, ob Art. 17 B-VG die Kompetenzgrundlage für eine gesetzliche Regelung privatwirtschaftlicher Aktivitäten schlechthin oder nur im "transkompetenten" Bereich ist, sind allerdings geteilt. Richtig ist letzteres. So auch *Novak*, ÖJZ 1979, 8; *Schäffer*, in: Rill (Hrsg.), Verwaltungsrecht (Fn. 1), 270. Ausführlich untersucht *Rill*, in: FS Wenger, 90ff. die Tragfähigkeit der Kompetenztatbestände der Art. 10–15 B-VG für gesetzliche Regelungen der Privatwirtschaftsverwaltung. Vgl. ferner *Raschauer*, in: FS Wenger, 125ff.

^{120 § 1} Abs. 5 Vbg LandwirtschaftsförderungsG; vgl. auch § 2 Abs. 3 FilmförderungsG: "Ein Rechtsanspruch auf Förderung besteht nicht" u.v.a. Manchmal wird dies nicht explizit gesagt, geht aber aus dem Zusammenhang hervor.

¹²¹ So etwa in dem zuvor zitierten Vbg LandwirtschaftsförderungsG.

5. Defizite einer hoheitlichen Gestaltung der Leistungsverwaltung

Es wäre dennoch falsch, das Motiv für die Wahl der privatrechtlichen Form ausschließlich in der oft zitierten "Flucht" zu sehen. Ein zumindest gleichgewichtiger Grund liegt in der begrenzten Regelungskapazität des öffentlich-rechtlichen Instrumentariums, konkret: des Bescheides. Vor den vielfältigen Rechtsproblemen, die etwa im Dreieck von Patient, Arzt und Sozialversicherungsträger angesiedelt sind von der Behandlung von Willensunfähigen über Fragen, die sich aus irrtümlich ausgestellten oder gefälschten Krankenscheinen ergeben, bis zu den Rechtsfolgen ärztlicher Kunstfehler¹²² – muß das öffentliche Recht bei seinem gegenwärtigen Entwicklungsstand schlicht kapitulieren und die Lösungskapazität des Privatrechts neidlos anerkennen. Es fehlen dem öffentlichen Recht auch jene "allgemeinen, durchnormierten Typen von wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen"¹²³, anders ausgedrückt: jene Typologie leistungsbezogener Rechtsverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, die für eine sinnvolle, sachadäquate Abwicklung von Leistungsbeziehungen erforderlich oder auch nur zweckmäßig wären. Es mangelt dem öffentlichen Recht ferner an Regeln, die das Vertrauen des Partners der Verwaltung in ausreichendem Maße schützen wurden. Eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung einer Behörde – also in der Regel ein Bescheid! - als "konkludente Willenserklärung" zu deuten. ist wohl nur in seltensten Fällen denkbar. Auch eine entwickeltere Lehre von Treu und Glauben 124 dürfte nie den Stand des vom Grundsatz der Formfreiheit beherrschten Zivilrechts erreichen können. Je ähnlicher aber Akte der Leistungsverwaltung wirtschaftlichen Leistungsbeziehungen sind, desto eher wird der Bürger in Kontakten mit einer Behörde den Maßstab des "redlichen Verkehrs" anlegen und in seinem Vertrauen enttäuscht werden, sobald sein Verhalten und jenes der Behörde nach Kriterien der Hoheitsverwaltung beurteilt wird. 125

Auf die Grenzen einer prinzipiell nur kassatorischen Verwaltungsgerichtsbarkeit will ich nicht näher eingehen; sie liegen auf der Hand.

¹²² Dazu Welser, Das Zivilrecht und das Dreiecksverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger, Arzt und Patient, in: Tomandl (Hrsg.), Sozialversicherung: Grenzen der Leistungspflicht (1975), 101 (118).

¹²³ Bydlinski, JBI 1968, 14; vgl. auch Wilhelm, in: Wenger, Förderungsverwaltung 203; Rummel, ZfV 1980, 417; Aicher (Fn. 3), 196f.; Schrammel, Verfügungen (Fn. 14), 69f.

¹²⁴ Siehe oben II.3.1.

¹²⁵ Zu all dem näher Bydlinski, JBl 1968, 13f. Vgl. ferner Bydlinski, Privatrecht und umfassende Gewaltenteilung, in: FS Wilburg (1975), 53 (66): öffentlich-rechtliche Parallelbildungen zum Zivilrecht tendieren zu einer Privilegierung des Staates.

Nur bei Säumnis ist auch eine Entscheidung des VwGH in der Sache selbst möglich; handelt es sich aber um eine vom Bürger erwünschte tatsächliche Leistung, so stößt dabei der VwGH rasch auf faktische Grenzen, wie etwa die Judikatur zu behördlichen Auskunftspflichten zeigt, die zwar eine explizite Verweigerung der Auskunft beheben kann, aber bei schlichtem Schweigen der Verwaltung ratlos bleibt. 126 Das bürgerliche Recht verfügt über ein differenzierteres Instrumentarium der Durchsetzung von Leistungsansprüchen.

Es gäbe also durchaus gute Gründe für die Verwaltung, gelegentlich auch aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht zu "flüchten", um bei diesem Bonmot zu bleiben. In Wahrheit sind hier freilich Gesetzgebung und Verwaltung Gefangene eines Dilemmas, aus dem ein Ausweg nur schwer ersichtlich ist.

IV. Nochmals: Zur Frage der Leistungsfähigkeit eines Begriffes "Rechtsverhältnis"

Ich komme an diesem Punkt nochmals auf die Frage der Leistungsfähigkeit der Figur des "Rechtsverhältnisses" zurück.

Eine Typologie der Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung auf der schon angesprochenen "mittleren Abstraktionsstufe" könnte Parallelen der Probleme und der Lösungen im öffentlichen Recht und im Privatrecht aufdecken und so die dogmatische Kluft zwischen Hoheitsverwaltung und privatrechtsförmiger Verwaltung zumindest vergleichend überbrücken. Dies könnte wiederum die Aufarbeitung der auf beiden Seiten bestehenden Defizite durch Lehre, Judikatur und Gesetzgebung stimulieren, wobei hier keine Rang-, wohl aber eine zeitliche Reihenfolge angesprochen ist: Die Gesetzgebung kann wohl nicht ohne Vorleistungen der Judikatur, und diese wieder nicht ohne solche der Lehre auskommen. Das sollte gerade in Österreich aus der Erfahrung der gelungenen Kodifikation des Verwaltungsverfahrens unbestritten sein. 127

Um dies nur ganz global zu skizzieren. Ein solcher Vergleich kann z.B. zeigen, daß zwischen einem antragsbedürftigen Bescheid und einem Vertrag kein essentieller, sondern nur ein Unterschied in den Rechtsfolgen besteht, und daß es daher keine apriorische Heteronomi-

¹²⁶ Vgl. VwSlgNF 9151 A.

¹²⁷ Zur unverzichtbaren Rolle der Judikatur eindrucksvoll auch Antoniolli, Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation eines allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts, in: Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, FS zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (1976), 157ff.

tät in der Hoheitsverwaltung - besser: der öffentlich-rechtlichen Verwaltung – gibt. 128 Das ist aber wiederum Voraussetzung für die Entwicklung eines flexibleren Handlungsinstrumentariums wie des verwaltungsrechtlichen Vertrages, das es erlauben würde, umfangreichere Bereiche leistender Verwaltung dem öffentlichen Recht zu inkorporieren. Auf der anderen Seite macht erst ein solcher Vergleich deutlich. inwieweit auch der privatrechtsförmig öffentliche Aufgaben besorgende Staat "Staat" bleibt, woraus sich zwei Folgerungen ergeben: Zum einen ist in diesem Ausmaß der Staat auch als Privatrechtssubjekt gewissen öffentlich-rechtlichen, vor allem verfassungsrechtlichen Bindungen zu unterwerfen, wie den Grundrechten, aber auch dem verfassungsgesetzlichen Gebot der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit. Das gilt wohl schon de constitutione lata, bedarf aber erst einer wirksamen Entfaltung durch die Judikatur. Zum anderen schärft ein solcher Vergleich den Blick für eine sinnvolle und nicht den Staat privilegierende Gestaltung eines Sonderprivatrechts¹²⁹, in dem Grundgedanken öffentlich-rechtlicher Konstruktionen eine sinnvolle Symbiose mit zivilrechtlichen Institutionen eingehen. Das ist eine Aufgabe, die dem Gesetzgeber nicht abgenommen werden kann.

In diesem Sinn hat die Figur des Rechtsverhältnisses eine wichtige, vor allem *heuristische* Funktion, die erstarrte Positionen zumindest lockern und notwendige Entwicklungen — auf allen Ebenen: der Dogmatik, der Judikatur und der Gesetzgebung — stimulieren könnte. ¹³⁰ Es wäre erfreulich, wenn diese Tagung dazu einige Anregungen brächte.

¹²⁸ Dazu ausführlich schon Öhlinger, siehe auch Kelsen, Reine Rechtslehre² (1960), 167ff.; ferner Henke, Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, 621ff. und neuerdings Martens, Der Bürger als Verwaltungsuntertan?, KritV 1986, 104ff.

¹²⁹ Zu dieser Problematik Bydlinski, FS Wilburg (Fn. 125), 66.

¹³⁰ Bedeutsame Ansätze vor allem bei Wenger, Funktion und Merkmale eines verwaltungsrechtlichen Subventionsbegriffes, in: Wenger, Förderungsverwaltung, 15 (30). Daß die dort entwickelte Konzeption eines Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung überspannenden Begriffs des Subventionsverhältnisses nicht wirkungslos blieb, zeigt die Definition des § 20 Abs. 5 Bundeshaushaltsgesetz, BGBI 1986/213.

Leitsätze des 2. Mitherichterstatters über

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

- I.1. Leistungsverwaltung ist kein dogmatischer Begriff des österreichischen Verwaltungsrechts. Dogmatisch ist vielmehr die formale Differenzierung von "Hoheitsverwaltung" und "Privatwirtschaftsverwaltung" maßgebend. Trotz der tiefen dogmatischen Kluft bestehen Verwaltungsrechtsverhältnisse vielfach aus hoheitlichen und privatrechtlichen Elementen.
- 2. Der Bürger zieht es häufig vor, Auseinandersetzungen aus Rechtsverhältnissen in der Leistungsverwaltung vor informellen Schiedsinstanzen, Ombudsmännern etc. auszutragen. Die Effektivität stringenten Rechts wird dadurch abgeschwächt ("soft law"). Es manifestiert sich darin auch ein Ausweichen vor den ambivalenten Effekten einer Verrechtlichung von Leistungsbeziehungen.
- II.1. Die Einsicht, daß die Relation zwischen dem hoheitlich handelnden Staat und dem Bürger ein Rechts- und kein Gewaltverhältnis ist, hat sich in Österreich früh durchgesetzt. In dem auch dem Referat zugrundeliegenden Verständnis von verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen geht es aber darüber hinaus um die Komplexität von Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger (Rechtsverhältnis als rechtliche Rahmenbeziehung, die einzelne sachlich zusammengehörige leistungsbezogene Rechte und Pflichten zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten zu einem "sinnhaften Gefüge" verklammert).
- 2. Ein Teil der aus solchen Rechtsverhältnissen resultierenden Probleme konnte durch die relativ frühe Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts das den als Parteien anerkannten Betroffenen weitreichende Partizipationsrechte einräumt abgefangen werden. Doch wird dieser Effekt durch eine am hoheitlichen Eingriff orientierte Definition des Verfuhrensproduktes (Bescheid) wieder relativiert.
- 3. Der Bescheid ist von Verfassungs wegen der archimedische Punkt des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystems, aber auch seiner Defizite.

- 4. Defizite einer auf den hoheitlichen Bescheid konzentrierten Dogmatik erweisen sich an folgenden Beispielen:
- Betreuungspflichten der Verwaltung, insbesondere bei Dauerrechtsverhältnissen,
- (materielle) Mitwirkungsrechte und -pflichten der Parteien,
- unmittelbare Leistungen in Form schlichten Verwaltungshandelns,
- Dispositionen des Bürgers über Ansprüche und Leistungen,
- Probleme defizitärer Leistungen.
- 5. Aussagen über inhaltliche Strukturen von Rechtsverhältnissen sind erst auf "mittlerer Abstraktionsstufe" zum "Subventionsverhältnis", "Sozialversicherungsverhältnis" etc. möglich.
- III.1. Leistende Verwaltung erfolgt in überwiegendem Maß privatrechtsförmig. Die entscheidende Frage lautet hier: Inwieweit modifiziert der öffentlich-rechtliche Zweck derartige Zivilrechtsverhältnisse?
- 2. In der privatrechtsförmigen Leistungsverwaltung bestehen erhebliche Rechtsschutzdefizite. Ihre Bewältigung durch den Einsatz zivilrechtlicher Instrumente (z.B.: Kontrahierungszwang) setzt die Anerkennung der Grundrechtsbindung auch des privatrechtsförmigen Verwaltungshandelns als notwendige, aber noch nicht hinreichende Bedingung voraus.
- 3. Einer gesetzlichen Bewältigung dieser Defizite sind Grenzen im transkompetenten Bereich der (nicht an die bundesstaatliche Kompetenzverteilung gebundenen) Privatwirtschaftsverwaltung gesetzt (mangelnde Außenwirkung solcher Gesetze).
- IV.1. Dem Rechtsschutzdefizit der privatrechtsförmigen Verwaltung steht die begrenzte Regelungskapazität des Bescheides, der Mangel Vertrauen schützender Regelungen und eine im wesentlichen nur kassatorische Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts gegenüber. Sonderregelungen tendieren im übrigen zu einer Privilegierung der Verwaltung.
- 2. Eine Typologie der Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung auf mittlerer Abstraktionsstufe kann Parallelen der Probleme und Lösungen im öffentlichen Recht und im Privatrecht aufdecken und so die dogmatische Kluft zwischen Hoheitsverwaltung und Privatrechtsverwaltung zumindest vergleichend überbrücken und damit eine wichtige Vorarbeit zur Lösung der skizzierten offenen Probleme leisten.

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

3. Bericht für die Bundesrepublik Deutschland von Prof. Dr. Peter Krause, Trier

Inhalt

	i	seite
1.	Vorläufige Bemerkungen	213
2.	Die Zurückhaltung des Verwaltungsrechts gegenüber dem Verwaltungsrechtsverhältnis	217
3.	Das "Rechtsverhältnis": ein vom Zivilrecht erborgtes Modell	219
4.	Die Andersartigkeit des Verwaltungsrechtsverhältnisses	220
5.	Was soll das Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht leisten?	222
6.	Besondere Regelungsbedürfnisse des Dauerverhältnisses der Leistungsverwaltung	224
7.	Der Beitrag des materiellen Verwaltungsrechts	227 229
	seitigkeit des Leistungsrechtsverhältnisses	236
8.	Begründung, Gestaltung und Beendigung: Rechtsformen statt inhaltlicher Voraussetzungen?	239
9.	Allgemeine Leistungsbedingungen der Verwaltung	243
10.	Nichtabschließende Schlußbemerkung	244

Die Frage nach den Rechtsverhältnissen in der Leistungsverwaltung lenkt den Blick von der Begründung der Leistungsbeziehung auf ihre Erfüllung und dynamische Fortentwicklung. Nachdem es der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft im Ansatz gelungen ist, die Leistungsverwaltung dem Parlamentsvorbehalt zu unterwerfen, den Zugang zur öffentlichen Leistung und ihre Abwehr grundrechtlich zu sichern und rechtsstaatlich zu ordnen, und das mit ihrem Angebot verknüpfte Ansinnen zum Rechtsverzicht zu disziplinieren, gilt es, durch typisierende und abgestufte Regelungen die bei der Leistungserbringung Beteiligten in den Stand zu setzen, ihr Verhalten in der Leistungsbeziehung dem Rechte gemäß einzurichten, Störungen abzuwehren und zu bewältigen. Erst wenn es auf diese Weise gelungen ist, den Inhalt der Leistungsbeziehung zu bestimmen, wird es in vollem Umfang möglich sein, ihre Begründung zu kontrollieren.

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung verbinden die Leistungsträger notwendig mit den Empfängern, u.U. auch mit Leistungsvermittlern und diese mit den Empfängern; bei Einschaltung von Verbänden verzweigen sie sich abermals. Die Vielfältigkeit erfordert Beschränkung, vorliegend erfolgt sie primär auf die Dauerleistungsverhältnisse im engeren Sinn.

1. Vorläufige Bemerkungen

Herbert Krüger¹ hat das besondere Gewaltverhältnis in der Entbindungsanstalt² beginnen und auf dem Friedhof³ enden lassen. Das Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung greift über Leben und Tod hinaus. Dabei will ich ganz davon schweigen, daß schon die Zeugung, die ärztliche Betreuung des ungeborenen Kindes und seine Abtreibung Gegenstand einer Sachleistung im Dauerrechtsverhältnis der gesetzlichen Krankenversicherung⁴ sein kann, denn es ist nur reflexhaft begünstigt oder bedroht, aber nicht selbst anspruchsberechtigt. Der nasciturus genießt jedoch – nicht ohne Zutun des Bundesverfassungsgerichts⁵ – die Dauerleistung "Versicherungsschutz" in der Arbeitsunfallversicherung, und wer stirbt, weiß seine Angehörigen durch den von ihm aufgebauten Anspruch auf Hinterbliebenensicherung über den Tod hinaus versorgt.

¹ Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 109,110.

² Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 99 IV b 3.

³ Vgl. BVerwG, DÖV 1974, S. 390ff.; *Gaedte*, Handbuch des Friedhofs- und Begräbnisrechts, 1983.

⁴ Vgl. Henke, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 149ff.; Rüfner, ebd., S. 186ff.

⁵ BVerfGE 45, 376ff. = SGb 1978, S. 344f. m. Anm. Krause.

Das Klingeln des Weckdienstes der Bundespost⁶, das Einschalten des Lichts⁷ und des Radiogerätes⁸, das Betätigen des Heizventils⁹, des Wasser-¹⁰ und Gashahns¹¹ – zu welchem Zweck auch immer – kann ein Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung aktualisieren. Der Gang zum Kindergarten, zur Schule und Universität¹², die Aufnahme des Wehr-, Ersatz- und Beamtendienstes¹³ oder einer abhängigen Tätigkeit, wie der Vollzug von Unterbringung, Straf- und Untersuchungshaft¹⁴ führen in ein oder mehrere Leistungsverwaltungsverhältnisse. Auch der freiberuflich, künstlerisch oder selbständig Erwerbstätige vermag ihnen nicht zu entgehen¹⁵; häufig wird auch er in die Sozialversicherung streben oder zwangsweise in sie einbezogen sein. Bald arbeitet er als Vermittler von öffentlichen Leistungen – etwa als Kassenarzt¹⁶, Gesundheitshandwerker¹⁷, Betreiber eines

⁶ Vgl. RGZ 155, 335; BGHZ 9, 17; 66, 41; BGH NJW 1964, S. 41; 1965, S. 962; BVerwG 10, 274, 277; OVG Münster NJW 1975, 1335; VGH München NJW 1974, 379, 380; Wiechert, Fernmeldebenutzungsverhältnis, in: Ergänzbares Lexikon des Rechts, 10/130.

⁷ Vgl. die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBEltV) v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 684ff.

⁸ Vgl. *Tilmann*, Zur Verbesserung des Rechtsschutzes für "Medienverbraucher", in: Schriften der Gesellschaft für Rechtspolitik, Bd. 1, Rundfunkrecht, S. 337, 354ff. m.w.N.

⁹ Vgl. die Verordnung über die Versorgung mit Fernwärme (AVB-FernwärmeV) v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 742ff.

¹⁰ Vgl. die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV) v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 750ff.

¹¹ Vgl. die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 676ff.

¹² Vgl. Wolff/Bachof, VerwR III, 4. Aufl. 1978, § 137 III b 1; Evers, Verwaltung und Schule, VVDStRL Bd. 23 (1966), S. 147ff.; Fuβ, ebd., S. 199ff.; Rupp, Die Stellung des Studenten in der Universität, VVDStRL Bd. 27 (1969), S. 113ff.; Geck, ebd., S. 143ff.; Krause, Das studentische Rechtsverhältnis, in: Hdb. d. WissR 1982, S. 513ff.

¹³ Der Wehrpflichtige hat u.a. Anspruch auf Unterbringung und Verpflegung, Wehrsold und unentgeltliche Heilfürsorge (§ 30 SoldG), sowie Unterhaltssicherung.

¹⁴ Der Strafgefangene hat beispielsweise auch Anspruch auf Gesundheitsfürsorge (§§ 56ff. StVollzG) und soziale Hilfe (§§ 71ff. StVollzG). Die Rechtsprechung lehnt zwar eine Haftung der Justizvollzugsanstalt aus positiver Forderungsverletzung ab, vgl. BGHZ 21, 219; 25, 231, 238; NJW 1962, S. 1053ff.; a.A. OLG Hamburg, MDR 1955, S. 111; kritisch Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, Rdn. 912; Papier, Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, 1970, S. 54; jedenfalls besteht aber ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis, aus dem die Strafanstalt haftet.

¹⁵ Vgl. dazu Krause, in: Ergänzbares Lexikon des Rechts, Stand 1986, Versicherungspflicht 11/590.

Ygl. dazu Krause, Das Kassenarztrecht, SGb 1981, S. 404ff.; ders., Die Rechtsbeziehungen zwischen Kassenarzt und Kassenpatient, SGb 1982, S. 425ff.
 Ygl. dazu Krause, Das Gesundheitshandwerk zwischen Gewerbe-, Gesund-

Pflegeheimes¹⁸ oder als Bankier¹⁹, bald unterliegt er dem Zwang zur Schlachthofbenutzung²⁰ oder nimmt Subventionen in Anspruch²¹. Vielleicht bedarf er der Sondernutzung an einer Straße, einer wasserrechtlichen Bewilligung oder des Rates seines öffentlich-rechtlichen Berufsverbandes²². Und selbst der Wissenschaftler kommt kaum umhin, das öffentliche Bibliothekswesen²³ einschließlich des gebührenpflichtigen Fernleihverkehrs perpetuierlich zu nutzen, auch wenn er dabei vorwiegend Makulatur erzeugt, die er im Dauerrechtsverhältnis der Abfallbeseitigung²⁴ entfernen läßt.

Für die Annahme eines Verhältnisses der Leistungsverwaltung soll es genügen, daß die Verwaltung Leistungen gewährt oder aufzwingt, die sich nicht in Eingriffen und deren Beseitigung erschöpfen. Irrelevant ist, daß auch den Empfänger Lasten oder Pflichten treffen. Von einem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung läßt sich jedenfalls nicht sprechen, wenn jede einzelne Maßnahme, etwa die Ausleihe und die Rückforderung eines Buches, gesondert²⁵ der Leistungs- oder der Eingriffsverwaltung zugeordnet wird.

Die Zwecke der Leistungsverwaltung sind heterogen und von unterschiedlicher Dringlichkeit. Sie spannen sich von der hier ausgeklammerten Gewährleistung von Rechtsfrieden und Sicherheit über die Ermöglichung von Kommunikation und Mobilität, die Bereitstellung von Gütern und Energie durch flächendeckende Leitungssy-

heits-, Sozial- und Wettbewerbsrecht, Gewerbearchiv 1984, S. 313ff., 358ff.; das Rechtsverhältnis wird einem modifizierten Privatrecht zugeordnet, s. dazu Gem. Senat, Beschl. v. 10. April 1986 – GmS – OGB 1/85.

¹⁸ Vgl. dazu Krause, Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln? Gutachten E zum 52. DJT, Verhandlungen des 52. DJT, Bd. I.

¹⁹ Zu der Vermittlerfunktion der Banken bei der Subventionierung vgl. Zacher, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Bd. 15 (1967), S. 308, 370ff.; Schetting, Rechtspraxis der Subventionierung, 1973, S. 316ff.

²⁰ Vgl. BGHZ 61, 7.

²¹ Vgl. dazu *Ipsen*, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 257ff.; *Zacher*, ebd., S. 308ff.; *Schetting* (Fn. 19); *Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979; *ders.*, Entwurf eines Gesetzes über den Subventionsvertrag, DVBl. 1984, S. 845ff.; *Bleckmann*, Subventionsrecht, 1978; *ders.*, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, Gutachten D zum 55. DJT, Bd. I; *Friauf*, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, Referat zum 55. DJT, Verhandlungen des 55. DJT, Bd. II, S. M 8ff., m.w.N.

²² Vgl. dazu Frentzel/Jäkel/Junge, Industrie- und Handelskammergesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1982, § 1.

²³ Vgl. dazu Abb/Luther, Die Bibliotheksbenutzung, in: Hdb. der Bibliothekswissenschaft, Bd. II, 1968, S. 357ff.

²⁴ Vgl. dazu BGHZ, DVBl. 1983, 1061f.

²⁵ Wallerath, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1985, § 2 I 2.

216 Peter Krause

steme, die Vermittlung und Förderung von Kultur, Bildung und Information, die Unterstützung des Gemeinschaftslebens, von Erholung und Sport, das Angebot von Einrichtungen der Vorsorge für Wechselfälle des Lebens, den Ausgleich von ungleichen Belastungen, die Fürsorge für den Hilfsbedürftigen und den zwangsweise Eingeschlossenen, die Gewährleistung von Hygiene und Umweltschutz durch Gemeinschaftseinrichtungen bis hin zur Vergütung des Personals und der Waren, die zur öffentlichen Bedarfsdeckung dienen, und schließen endlich den Anstoß von privater Tätigkeit zu allen möglichen öffentlichen Zwecken im Wege der Vergünstigung ein. Sie können nahezu vollständig in der Befriedigung eines Privatinteresses aufgehen, selbst wenn die Leistungsbeziehung zwangsweise begründet ist; paradigmatisch sind Sozialversicherung, Schule und ein Großteil der Versorgungsbetriebe. Die Leistungsbeziehung kann aber umgekehrt den einzelnen auch primär im öffentlichen Interesse instrumentalisieren oder disziplinieren, so bei Subventionen und einigen Einrichtungen mit Anschluß- und Benutzungszwang.

Eine Typisierung der Rechtsverhältnisse wird sich weniger an dem materiellen öffentlichen Zweck, den sie verfolgen, sondern stärker an dessen Dringlichkeit und seinem Verhältnis zum privaten Interesse sowie daran zu orientieren haben, inwieweit der einzelne dem Leistungsangebot frei gegenübersteht, insbesondere ob und warum er hoheitlich zur Annahme gezwungen ist, ob er existenziell auf die Leistung angewiesen ist und schließlich ob ihm der Weg zu einer (privaten) Konkurrenzeinrichtung offensteht.

Die Leistungen bestehen kaum in Verwaltungsakten; das drängt zu nichtssagender Qualifikation als schlichte Hoheitstätigkeit, Realhandeln, Anstaltsnutzung oder Erfüllungsgeschäft; etwas exakter ist die Einteilung in Geld-, Sach- und Dienstleistungen (§ 11 SGB-AT). Doch auch diese Begriffe sind vage und lassen keine zulängliche Typisierung der Leistungsverhältnisse zu; Geldleistungen bestehen in der Übereignung von Geld ohne Rückgabepflicht, in der Hingabe von Darlehen mit und ohne Zinsen und in der Haftungsübernahme ²⁶. Dienstleistungen integrieren den Berechtigten bald in einen groß angelegten Leistungsapparat oder betreffen ihn in personalen Betreuungsverhältnissen doch unmittelbar und existenziell, bald aber berühren sie ihn nur peripher, wie die öffentlich-rechtliche Verwahrung. Sachleistungen begegnen in Form der Übereignung und der Einräumung von Benut-

²⁶ In diesem Fall lagert sich in die Leistungsbeziehung ein zivil- oder öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis ein, vgl. *Ehlers*, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBI. 1986, S. 917.

zungsrechten an Sachen²⁷ oder Einrichtungen. Mischformen von Dienst- und Sachleistungen²⁸ sind nicht ausgeschlossen, etwa im Rahmen der Krankenhilfe.

Sach- und Dienstleistungen sind regelmäßig nicht bloß konditional, sondern auch final bestimmt²⁹, das macht Prognoseentscheidungen notwendig und erschwert die Konkretisierung, in Sonderheit wenn die Disposition über den Zweck den Beteiligten entzogen ist. Überhaupt sind sie durch Rechtsnormen nur unvollkommen zu präskribieren, durch vorgreifende Einzelfallregelungen nur in geringem Maße zu konkretisieren und durch Rechtsschutz³⁰ nicht verläßlich zu erzwingen³¹.

2. Die Zurückhaltung des Verwaltungsrechts gegenüber dem Verwaltungsrechtsverhältnis

Aus der Intensität, mit der der einzelne in öffentliche Leistungsbeziehungen eingebunden ist, hat das deutsche Verwaltungsrecht bislang nur prinzipiell, aber nicht konkret und detailliert Folgerungen gezogen³². Während das Zivilrecht von vornherein das Rechtsverhältnis in

²⁷ Vgl. etwa § 13 Abs. 2 Satz 2 BVG, wonach Hilfsmittel, deren Neuwert 300 Deutsche Mark übersteigt, in der Regel nicht zu übereignen sind.

²⁸ Dazu Zacher, Materialien zum Sozialgesetzbuch, Stand April 1979, Teil A, Einführung, S. A 55ff.; ders., Grundfragen praktischer und theoretischer sozialrechtlicher Arbeit, VSSR Bd. 4 (1976), S. 1ff.; Krause, Die sozialen Dienste im System der Sozialversicherung, der sozialen Entschädigung und der Sozialhilfe, ZfSH/SGB 1985, S. 346ff.; ders., Rechtsprobleme einer Konkretisierung von Dienst- und Sachleistungen, in: Im Dienst des Sozialrechts, Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 239ff.

²⁹ Vgl. Watermann, Die Ordnungsfunktionen von Kausalität und Finalität im Recht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung, 1967.

³⁰ Vgl. Igl, Heimvertrag, Empfiehlt sich eine besondere Regelung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses des Heimbewohners zum Heimträger im BGB?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsgg. vom BMJ, S. 983f.; zu den Grenzen der Verrechtlichung u.a. Hill, NJW 1986, S. 2605 m.w.N.

³¹ Dies zeigt nicht zuletzt das Vollstreckungsrecht. Die Vollstreckung von Sach- und Dienstleistungen, auf die ein Anspruch besteht, erfolgt regelmäßig nach §§ 198 Abs. 1 SGG i.V.m. § 887 ZPO; sie führt lediglich zum Geldersatz. Auch die Vollstreckung aus Verpflichtungs- oder Bescheidungsurteilen (§ 201 SGG) bietet keine zuverlässige Handhabe gegen die Nichtgewährung einer Ermessensleistung. Aus dem Dilemma zeigen §§ 283 BGB, 255, 259, 510 b ZPO für das Zivilrecht Auswege.

³² Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis – Eine Problemskizze, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVII, S. 60, 65 = ders., Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S. 248ff., dort aber ohne die Leitsätze (!).

218 Peter Krause

den Vordergrund seiner Bemühungen gestellt hat³³, verstand und versteht sich das öffentliche Recht als ein speziell an die Träger öffentlicher Gewalt gerichtetes Regelungswerk mit der Aufgabe, deren Handlungen zu steuern und zu sanktionieren³⁴. Trotz seiner Konzentration auf Handlungsformen und Ersatzleistungen konnte es das Verwaltungsrechtsverhältnis³⁵ nicht völlig ausklammern; einmal, wenn es dem Verwaltungshandeln die Aufgabe zuweist, Rechtsverhältnisse zu gestalten und Ansprüche zu konkretisieren, und wenn es umgekehrt das Verwaltungshandeln am zugrunde liegenden Rechtsverhältnis mißt; zum anderen, wenn es an die Pflichtverstöße in Verwaltungsrechtsverhältnissen Ersatzansprüche knüpft. Damit hat es bereits inzident und sich selbst kaum bewußt einen bedeutsamen Beitrag zur Dogmatik des Verwaltungsrechtsverhältnisses geleistet, der in der Folge offengelegt werden soll.

³³ Vgl. von Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (Allgemeine Lehren und Personenrecht) 1910 (Nachdruck 1957), § 5; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894 (2. Neudruck 1979), §§ 9ff.; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1979, passim; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1983, § 12.

³⁴ Vgl. dazu den im wesentlichen immer noch an den Handlungsformen orientierten Aufbau der Lehrbücher zum allgemeinen Verwaltungsrecht z.B. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1983, §§ 9ff.; *Erichsen/Martens*, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 1986, §§ 10ff.; *Wallerath* (Fn. 25), §§ 6ff.

³⁵ Zum Verwaltungsrechtsverhältnis vgl. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1982, § 20 m.zahlr.N.; Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 229ff.; Bull (Fn. 14), §§ 14ff.; Erichsen/Martens (Fn. 34), § 10; Ehlers, DVBl. 1986, S. 912ff.; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, § 10; Grüner u.a., SGB Kommentar, Stand 1986, Allgemeiner Teil, Einleitung; Häberle (Fn. 32); Henke, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 149ff.; ders., Zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, in: FS Weber, S. 495ff.; ders., Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21); ders., Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts, DÖV 1980, S. 621ff.; ders., Allgemeine Fragen des öffentlichen Vertragsrechts, JZ 1984, S. 441ff.; Hill, NJW 1986, S. 2602ff.; Jellinek, Verwaltungsrecht, unveränderter Neudruck (1966) der 3. Aufl. von 1931, § 9; Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 102ff.; ders., Das Sozialrechtsverhältnis, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII, S. 12ff.; ders., Das öffentlichrechtliche Schuldverhältnis in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, BIStArbSozR 1979, S. 145ff.; Löwer, NVwZ 1986, S. 793ff.; Maurer (Fn. 34), § 8 II; Merk, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1970, §§ 53, 54; Rüfner, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 187ff.; Schnapp, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DÖV 1986, S. 811ff.; Wallerath (Fn. 25), § 6 V; alle m.w.N.; Zacher (Fn. 19), S. 325ff.

3. Das "Rechtsverhältnis": ein vom Zivilrecht erborgtes Modell

Das Zivilrecht hat das Rechtsverhältnis am Paradigma des Begriffs "Schuldverhältnis" entwickelt. Ihn gebraucht es äquivok; § 362 BGB versteht darunter den einzelnen Anspruch und die entsprechende Verpflichtung, die Überschrift vor § 433 BGB das mehrere Ansprüche zusammenfassende komplexe Verhältnis, das mit Erfüllung des Einzelansprüchs nicht notwendig erlischt und nach dessen Ende noch Einzelansprüche bestehen können³⁶. Daneben bezeichnet es Gesamtheiten von rechtlichen Beziehungen – Lebensverhältnisse – als "Rechtsverhältnis", sofern sie Beteiligte an einem Rechtsverhältnis in engerem Sinne untereinander oder mit Dritten verbinden³⁷ und in einem Sinnzusammenhang stehen (vgl. §§ 783ff. BGB). Das ermöglicht es, Ansprüche und Verantwortlichkeiten in polygonalen Beziehungen zu verorten, ohne die Grenzen zwischen den einzelnen Rechtsverhältnissen zu verwischen und sie in ein mehrpoliges aufzulösen³⁸.

Mit allem steht das Rechtsverhältnis als Gegenstand der Feststellungsklage (§§ 43 VwGO; 55 SGG; 41 FGO; 257 ZPO)³⁹ in losem Zusammenhang; doch bleibt Leitidee das zwischen zwei Beteiligten durch mehrere Rechte und Pflichten konstituierte Schuldverhältnis im weiteren Sinne⁴⁰. Dieses hat das BGB in abgestufter Weise in sein Regelungssystem eingebunden. Sämtliche Rechtsverhältnisse unterstellt es den Bestimmungen über Rechtsfähigkeit und Rechtsgeschäfte und alle Schuldverhältnisse dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts. Darüber hinaus hält es für einzelne Typen von Schuldverhältnissen ein besonderes Schuldrecht bereit, das durch zahllose Sondergesetze ergänzt wird. Wo es dennoch an Typen fehlt, bemühen sich Praxis und Lehre um die Typisierung des Atypischen⁴¹. Die Abstufung entlastet ungemein; Normen und Rechtsakte, die ein konkretes Schuldverhältnis begründen oder umgestalten, müssen die Regelungen nicht in vol-

³⁶ Vgl. von Tuhr (Fn. 33), S. 125ff.; Bierling (Fn. 33), § 12; vgl. dazu auch Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 14; Erichsen/Martens (Fn. 34), S. 145; Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 410ff.

³⁷ Vgl. dazu *Medicus*, Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, S. 613ff.

³⁸ Vgl. Bull (Fn. 14), Rdn. 817.

³⁹ Als Rechtsverhältnisse i.S.d. § 43 VwGO gelten die rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einem Sachgut ergeben (BVerwGE 14, 235f.; 16, 92; 62, 351); vgl. aber *Trzaskalik*, Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß, 1978.

⁴⁰ So auch Ehlers, DVBl. 1986, S. 913f.

⁴¹ Weick, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenseitigen Vertragsrecht, NJW 1978, S. 11, 14ff.

220 Peter Krause

lem Umfang selbst treffen. Das Zivilrecht bietet so – auch in Gestalt bloß dispositiven Rechts – den Beteiligten einen Rahmen und Regelungsalternativen und macht Problemfelder und Lösungsmöglichkeiten sichtbar, die ihre Phantasie ad hoc überfordern müßten⁴². Damit gewährt es Rechtssicherheit, Klarheit und Freiheit bei der Eingehung, Umgestaltung und Abwicklung der Rechtsverhältnisse oder verstärkt sie zumindest.

4. Die Andersartigkeit des Verwaltungsrechtsverhältnisses

Mit der Übernahme des Begriffs "Rechtsverhältnis" (vgl. Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Deutschen Bundestages) legt das Verwaltungsrecht ein Modell des Zivilrechts zugrunde, nicht mit dem voreiligen Ziel, dessen Regelungen im Wege der Analogie zu übernehmen⁴³, sondern um die spezifischen Regelungsbedürfnisse und -alternativen des Verwaltungsrechtsverhältnisses vergleichend herauszuheben.

Dabei wird zunächst die prinzipielle Andersartigkeit des Verwaltungsverhältnisses bewußt. Einmal bleibt es Gewaltverhältnis⁴⁴, auch wenn es durch das Recht begründet und begrenzt wird⁴⁵: Die

⁴² Vgl. Krause (Fn. 18), S. E 83; zur Leitbildfunktion des dispositiven Rechts Weick, NJW 1978, S. 13.

⁴³ Vgl. Krause, Die Willenserklärungen des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 297, 301f. m.w.N. auf die frühe Gemeinrechtsliteratur unter Anm. 42; Kormann, Grundzüge eines Allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in: Annalen des Deutschen Reiches, Bd. 44 (1911), S. 350ff., Bd. 45 (1912), S. 100ff.; ders., System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910; Friedrichs, Wie weit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? ArchBürgR Bd. 42 (1916), S. 28ff.; ders., Allgemeiner Teil des Rechts, in: Annalen des Deutschen Reiches, Bd. 50 (1917), S. 385ff.; ders., Der Allgemeine Teil des Rechts, 1927; für ein differenziertes "Gemeinrecht" Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 80ff.

⁴⁴ Wenn das besondere Gewaltverhältnis dadurch gekennzeichnet ist, daß in ihm die Ursprünglichkeit des Zwecks weder durch Gesetz noch durch die Grundrechte oder durch Rechtsschutz gebrochen ist (Herbert Krüger, VVDStRL 15 [1957], S. 112), dann nähern sich gerade final gesteuerte Leistungsverhältnisse den Gewaltverhältnissen an (vgl. dazu Krause, Sozialrechtsverhältnis [Fn. 35], S. 12); zum besonderen Gewaltverhältnis s.a. Fuß, Personale Kontaktverhältnisse zwischen Verwaltung und Bürger, DÖV 1972, S. 765ff.; Ronellenfitsch, Das besondere Gewaltverhältnis – ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, DÖV 1981, S. 933ff.; Loschelder, Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlichrechtlichen Sonderverbindung, 1982.

⁴⁵ Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 12; vgl. schon Nawiaski, Forderungs- und Gewaltverhältnis, in: FS Zitelmann, 1913, S. 1, 17; Henke, VVDSt-RL Bd. 28 (1970), S. 157f.; ders., DÖV 1980, S. 621.

dem Staat zukommende überlegene Rechtsmacht⁴⁶ bedarf beständiger Ausbalancierung, nicht zuletzt durch die Grundrechte.

Zweitens werden im Zivilrecht Rechtspflichten stets durch subjektive Rechte konstituiert, während die Pflichten der Träger öffentlicher Gewalt nicht notwendig aus Ansprüchen erwachsen. Deshalb kann das Rechtsverhältnis im öffentlichen Recht nicht die beherrschende Bedeutung gewinnen wie im Zivilrecht. Auch wenn der Übergang zwischen bloßen Reflexen und subjektiven Rechten fließend ist, erscheint es wenig sinnvoll, den Begriff des Rechtsverhältnisses auf Tatbestände auszudehnen, in denen die objektiv-rechtliche Bindung nicht von einem entsprechenden subjektiven Recht begleitet wird⁴⁷.

Aus dem gleichen Grund mangelt es den Pflichten der Verwaltung an der Relativität, die die zivilrechtlichen Verbindlichkeiten kennzeichnet; sie sind relativ nicht nur, weil sie von der Geltendmachung der entsprechenden Rechte abhängen, sondern auch, weil sie Pflichten aus anderen Rechtsverhältnissen widersprechen können. Eine solche Relativität, die die Reduktion auf eine prinzipiell zweipolige Beziehung⁴⁸ und die strenge Beschränkung der Rechtskraft inter partes ermöglicht, ist dem nach dem Prinzip des ausgeschlossenen Widerspruchs konstruierten Rechtsstaat fremd. Verwaltungsprozeß- und Verwaltungsverfahrensrecht lassen es regelmäßig nicht zu, daß er durch Urteil, Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag (§ 58 Abs. 1 VwVfG) zu widersprechendem Verhalten dem einen oder anderen Beteiligten gegenüber verpflichtet wird⁴⁹. Sie haben durch Beiladung und Beteiligung versucht, die Verbindlichkeit auszudehnen⁵⁰. Die Übertragung der verfahrensrechtlichen Multidimensionalität auf das materielle Rechtsverhältnis⁵¹ droht jedoch den Beitrag zur Vereinfachung preiszugeben, den seine Begrenzung auf Zweipoligkeit leistet. Das spricht dafür zu versuchen, die Lebensverhältnisse des Verwaltungsrechts, auch wo sie eine Vielzahl von Beteiligten in drei- und mehrseitigen

⁴⁶ Fragwürdig Schnapp, DÖV 1986, S. 813.

⁴⁷ Anders Achterberg, Allg. VerwR (Fn. 35), § 20 Rdn. 68ff.

⁴⁸ Bierling (Fn. 33), S. 284, 290ff.; vgl. auch Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, S. 130f., 212, der eine Mehrpoligkeit des Arbeitsverhältnisses ablehnt.

⁴⁹ Vgl. *Brohm*, Die Konkurrentenklage, in: FS f. Menger, 1985, S. 235ff., 237 m. Anm. 9; vgl. auch S. 252ff.; *ders.*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 245, 253ff.

⁵⁰ Vgl. Wahl, Der Nachbarschutz im Baurecht, JuS 1984, S. 577, 580, 585f.; Schmidt-Aβmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL Bd. 34 (1976), S. 221, 248.

⁵¹ Bauer, Subjektive öffentliche Rechte des Staates, DVBl. 1976, S. 208, 217f.

222 Peter Krause

Strukturen verbinden⁵² oder das Verfahren die Beteiligung Drittinteressierter ermöglicht, in selbständige Zweierbeziehungen zu zerlegen⁵³.

Drittens unterscheiden sich nicht nur die Pflichten, sondern auch die Befugnisse, die den Trägern öffentlicher Gewalt aus ihrer Gemeinwohlverbindlichkeit erwachsen, prinzipiell von den durch Privatautonomie und Privatnützigkeit geprägten subjektiven Rechten des Zivilrechts⁵⁴. Die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Gewalt zum einzelnen werden daher nie durch den Interessengegensatz bestimmt, wie er unter Privaten zu präsumieren ist⁵⁵. Sie dienen einem öffentlichen Zweck und verlangen zugleich Identifikation mit dem Interesse des Privaten. Wenn dennoch Befugnisse der Verwaltung, die sich gegen den einzelnen richten, die Rolle des Anspruchs einnehmen sollen, darf darüber die grundlegende Differenz zum subjektiven Recht des Privaten nicht vergessen werden⁵⁶, die insbesondere der Disposition Grenzen setzt.

5. Was soll das Rechtsverhältn's im öffentlichen Recht leisten?

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung haben eine Reihe rechtlicher Probleme zu bewältigen, die sich im Verhältnis unter einzelnen nicht stellen. Die Legitimität ihrer Entstehung ist — mangels Privatautonomie des Staates⁵⁷ und angesichts der eingeschränkten Geltung des Prinzips "volenti non fit iniuria" für den mit ihm konfrontierten einzelnen — nicht schon durch freiwillige Begründung gegeben (anders §§ 305ff. BGB), sondern vom objektiven Recht her, und zwar je nach dem Typus des Rechtsverhältnisses unterschiedlich zu leisten. Es muß

⁵² Vgl. Schmidt-Aβmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 26ff.

⁵³ So beim Vertrag zugunsten Dritter, BGHZ 54, 147; grundsätzlich in diesem Sinne Walter Schmidt, Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts, 1982, S. 251.

⁵⁴ Henke, DÖV 1980, S. 621, 623 m, Anm. 11.

⁵⁵ Krause, VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 306; ders., Rechtsformen (Fn. 35), S. 30; ders., Willensmängel bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten und öffentlich-rechtlichen Verträgen, JuS 1972, S. 425, 427.

⁵⁶ Henke, DÖV 1980, S. 623; zu weitgehend Bauer, DVBl. 1986, S. 208ff.; dagegen Ehlers, DVBl. 1986, S. 915 und Bleckmann, Nochmals: Subjektive öffentliche Rechte des Staates, DVBl. 1986, S. 666 und Hill, NJW 1986, S. 2610, denen ich weitgehend zustimme; kritisch zum Strafanspruch des Staates Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 13; OLG Düsseldorf, NJW 1986, S. 2205.

⁵⁷ Vgl. Mallmann, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Bd. 19 (1961), S. 165, 207; Krause, Rechtsformen (Fn. 36), S. 86 m.w.N.; Schulin, Der öffentlich-rechtliche Vertrag vor einer Bewährungsprobe, JZ 1986, S. 474.

auch klarstellen, wie die konkrete Ordnung des Rechtsverhältnisses, die das Zivilrecht ebenfalls dem Vertrag überläßt, festzulegen ist, durch zwingendes oder dispositives Gesetz oder ohne seine Direktive durch einseitigen oder vereinbarten Begründungsakt oder einseitig vorformulierte Leistungsbedingung mit und ohne Rechtsnormqualität.

Zu den spezifischen Regelungsbedürfnissen treten solche hinzu, wie sie sich ähnlich, wenn auch in der Sache abweichend, für die Verhältnisse unter Privaten stellen. Es läge nahe, zu ihrer Befriedigung ein entsprechend abgestuftes Normensystem vorzuhalten. Davon ist das Verwaltungsrecht aber weit entfernt; die Verwaltungsverfahrensgesetze erfüllen die Aufgaben des allgemeinen Teils des BGB nur teilweise und tragen kaum zur Klärung der Legitimität der Verwaltungsrechtsverhältnisse bei. Das allgemeine öffentliche Schuldrecht ist zwar, wenigstens hinsichtlich der Geldforderungen, in einem wesentlich besseren Zustand, aber wenig bekannt. Dagegen fehlt es wiederum an einem besonderen öffentlichen Schuldrecht, das auf mittlerer Abstraktionsebene Typen von Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung entwickelt⁵⁸. Seine Ausbildung an das besondere Verwaltungsrecht zu verweisen, hieße weiterhin die gemeinsamen Strukturen zu verdekken und die Erkenntnis von in seinen einzelnen Teilen immer wiederkehrenden Problemlagen und Ordnungsinstrumenten zu behindern⁵⁹. Das allgemeine Verwaltungsrecht muß zumindest ein Gerüst zur Verortung der Fragen und Lösungsmöglichkeiten vorhalten.

Der Mangel eines abgestuften Regelungssystems und einer typisierenden Ordnung drängt dazu, die Legitimität des einzelnen Rechtsverhältnisses, seiner Begründung und inhaltlichen Ausgestaltung jeweils konkret von der seines Zustandekommens abhängig zu machen und am Zivilrecht sowie an Generalklauseln zu messen, die aus den Grundrechten, dem Rechtsstaats-, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Grundsatz von Treu und Glauben⁶⁰ abgeleitet werden. Die Aufforderung zu sorgfältiger Abwägung nach diesen "Maßstäben" vermag den Beteiligten, die vor der Begründung und Abwicklung eines komplexen Verwaltungsverhältnisses stehen, jedoch wenig zu helfen. Sie erleichtern auch die nachträgliche Kontrolle durch Aufsicht, Gerichte und Rechnungshöfe kaum und überlasten die voneinander isolierten Teile des besonderen Verwaltungsrechts.

⁵⁸ Vgl. Krause, AöR Bd. 99 (1974), S. 634, 641.

⁵⁹ Vgl. *Tomandl*, Das Sozialrechtsverhältnis, in: Das Sozialrechtsverhältnis, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. XVIII, S. 53 m.w.N.; *Hill*, NJW 1986, S. 2602f.; anders *Maurer* (Fn. 34), § 8 Rdn. 24; wohl auch *Maunz*, Rechtsfragen der Leistungsverwaltung, BayVBl. 1986, S. 545ff., 550.

⁶⁰ Vgl. Grüner u.a. (Fn. 35), Einleitung, S. 26.

6. Besondere Regelungsbedürfnisse des Dauerverhältnisses der Leistungsverwaltung

Alle Leistungsverhältnisse sind der Zeit ausgesetzt⁶¹. Ihrer Begründung geht eine Phase der Entscheidungsbildung oder Tatbestandsverwirklichung mit vorgreifenden Verfahrens- und Treuebindungen voraus; die Begründung kann sich in zeitlich getrennte Elemente (Angebot und Annahme) gliedern; ihr folgt häufig eine Phase, in der eine rückwirkende Beseitigung möglich ist. Nach der Abwicklung des Rechtsverhältnisses können Nebenpflichten fortdauern⁶². Vor allem aber steht die Abwicklung selbst in der Zeit, und zwar auch dann. wenn die Leistung sich in der Verschaffung der Substanz eines Gutes erschöpft⁶³. Denn Ansprüche werden zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig und erfüllt: nach der Begründung auftretende Leistungsstörungen können Schadenersatz-, Wandlungs-, Auflösungs-, Zurückbehaltungsund Rückforderungsrechte nach sich ziehen⁶⁴, vorherige das Entstehen des Leistungsverhältnisses verhindern. Die Rechts- und Sachlage und ihre Bewertung unterliegt Veränderungen (vgl. § 60 VwVfG, der allerdings nicht einmal Anhörung verlangt).

Eine besondere Bedeutung gewinnt die Zeit für Rechtsverhältnisse, in denen ein dauerndes Verhalten (z.B. Dienste, insbesondere Heilbehandlung, Pflege, Unterricht, aber auch Versicherungsschutz) oder wiederkehrende Einzelleistungen über einen längeren Zeitraum (z.B. Renten, Versorgungs- und Entsorgungsleistungen) geschuldet werden (Dauerschuldverhältnisse)⁶⁵ oder in denen in einem u.U. langdauernden Vorsorgeprozeß ein Recht auf Zukunftssicherung erworben wird. Subventionen bewirken die dauernde Pflicht des Empfängers zur Verwirklichung des Subventionszwecks⁶⁶; soweit sie in Form eines Darlehens gegeben werden, darüber hinaus auch die Pflicht zur Zins- und zur Rückzahlung.

⁶¹ Vgl. Ehlers, DVBl. 1986, S. 914f.

⁶² Häberle (Fn. 32), S. 82.

⁶³ Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, Neudruck der Ausgabe München 1929, hrsgg. von Weitnauer/Ehmann, 1974, S. 32.

⁶⁴ Vgl. §§ 273, 276, 320ff., 459ff., 537ff., 633ff. BGB.

⁶⁵ Zum Begriff vgl. Kress (Fn. 63), S. 32ff.; Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, 1948; § 10 Nr. 3, § 11 Nr. 12 AGBG, m. BT-Drucks. 7/5422, S. 8; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 13. Aufl. 1982, § 2 VI. Im öffentlichen Recht s. Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 346ff.; Krause, Rechtsformen (Fn. 35), S. 72f.; BGHZ 61, 7 (Schlachthofbenutzung).

⁶⁶ Pflichtverstöße stützen die Rückforderung der geleisteten einmaligen und wiederkehrenden (Zins-)Zuschüsse, die Kündigung des Darlehens einschließlich der Bürgschaft unter Schonung der Interessen des Gläubigers (vgl. Schetting [Fn. 19], S. 216ff.); seine Kritik auf S. 278 erscheint mir überzogen.

Viele Dauerrechtsverhältnisse verändern ihr Gesicht im Laufe der Zeit, ohne daß die Veränderung notwendig durch Verwaltungsakte begleitet wird; der Schüler steigt auf und wechselt die Fächer, der Beamte wird beurlaubt, befördert, versetzt, umgesetzt oder tritt in den Ruhestand⁶⁷, der Versicherte ist aktuell zu wechselnder Beitragszahlung verpflichtet, ohne Beitragszahlung latent versichert, ihm kann eine Rehabilitationsmaßnahme, eine vorzeitige Rente oder ein Altersruhegeld gewährt werden⁶⁸.

Dauerrechtsverhältnisse fordern dauernde Pflichtenanspannung⁶⁹ und häufig ein höheres Maß an Treue und Loyalität; sie allein können nicht nur ex tunc, sondern auch ex nunc verändert und aufgehoben werden⁷⁰. Wo das Vertrauen nachhaltig gestört ist, kann eine Auflösung aus wichtigem Grund unvermeidlich sein⁷¹.

Ist ein Rechtsverhältnis auf unbestimmte Dauer oder auf Lebenszeit begründet worden, stellt sich daneben die Frage, ob und wie sich die Beteiligten von ihm lösen können, weil sie andere Prioritäten setzen⁷². Für die Zivilperson geht es darum, den Verlust an Autonomie zu begrenzen⁷³ (vgl. etwa das Recht auf Entlassung aus dem Beamtenverhältnis im Gegensatz zur Unwiderruflichkeit der Pflichtversicherung auf Antrag), für den Träger öffentlicher Gewalt um die Wahrung der politischen Alternative.

Gibt er dem einzelnen um dessen Freiheit und Unabhängigkeit willen eine feste Planungsgrundlage, wie im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit, hat das mit Vertrauen in die Beständigkeit des gegebenen Wortes (VA) nur mittelbar zu tun; umgekehrt verbietet es das Vertrauensschutzprinzip nicht generell, daß sich die Verwaltung die Befugnis vorbehält, sich auch ohne Änderung der Sach- und Rechtslage nach pflichtgemäßem Ermessen zu lösen⁷⁴. Ob die Beendigung des

⁶⁷ Zur Ablaufstruktur des Beamtenverhältnisses s. Achterberg, Allg. VerwR (Fn. 35), § 14 Rdn. 8ff.

⁶⁸ Vgl. Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 29f.

⁶⁹ Esser, Schuldrecht, Bd. I, 4. Aufl. 1970, § 23 II; Kramer, Münchener Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 1985, Einleitung Rdn. 84ff.

⁷⁰ Vgl. Kress (Fn. 63), S. 34, 157ff.

⁷¹ Vgl. Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 45. Aufl. 1986, § 242, Anm. 4 F.

⁷² Vgl. Krause, Der Widerruf der Beteiligung an der Kassenarztpraxis nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, SGb 1985, S. 486; zur Kündigung im Subventionsverhältnis s. Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 332ff.

⁷³ Vgl. Tiemann/Tiemann, Kassenarztrecht im Wandel, 1983, S. 178ff.

⁷⁴ Vgl. Hermann, in: Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 2 Bde., 1981, 1984, Bd. II, § 32 AVB WasserV Rdn. 13 m.N. und § 33 Rdn. 2; Krause, SGb 1985 (Fn. 72), S. 485ff., 486f.; s.a. BVerwGE 67, 99; kritisch eher Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 81ff.

Dauerverhältnisses eine durch es begründete Eigentumsposition nimmt, hängt von seinem Inhalt ab 75. Sie als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu werten 76 ist abwegig. Sowenig eine gesetzliche Begründung des Dauerrechtsverhältnisses dem einzelnen das Recht nimmt, aus ihm auszuscheiden (§ 173 RVO), sowenig folgt ein solches Recht aus der Freiwilligkeit des Eintritts (vgl. § 1227 Abs. 1 Nr. 9 RVO), der Wegfall der Geschäftsgrundlage durch Gesetzesänderung kann dann allerdings von Verfassungs wegen ein Kündigungsrecht begründen 77.

Soll die Dauerleistung ihr Ziel erreichen, muß sie zudem immer wieder den konkreten Verhältnissen angepaßt werden und häufig die wandelbaren Wünsche des Leistungsempfängers berücksichtigen (§ 33 SGB-I); dabei kann dessen Geschäftsfähigkeit nicht maßgebend sein⁷⁸. Teils erfolgt die Konkretisierung durch eine gestufte Typisierung, teils ebenso wie bei der bürgerlich-rechtlichen Gattungsschuld einseitig durch den Schuldner, der nur sekundär darauf zu kontrollieren ist, ob er hinter dem Geforderten zurückbleibt - eine Haftungsbeschränkung durch Konkretisierung ist aber regelmäßig ausgeschlossen (§ 243 Abs. 2 BGB)⁷⁹ –, teils ist sie einem selbständigen Leistungsvermittler anvertraut – wie dem Kassenarzt –, was Kontrollen durch die Verwaltung nötig macht. Generell gewinnt die konkret handelnde Person ein hohes Maß an zumindest faktischer Entscheidungsfreiheit80. Der Gefahr, daß die Berechtigten dadurch zum Obiekt werden, hat das Recht gegenzusteuern, nicht allein durch Generalklauseln (§ 33, § 17 Abs. 1 Satz 1 SGB), sondern auch durch typengerechte Verfahrensregeln, die gewährleisten, daß die relevanten Umstände festgestellt und die Wünsche, bis zur freien Wahl des Arztes oder Krankenhauses oder zur Ablehnung eines Betreuers⁸¹, artikuliert

⁷⁵ Vgl. aber *Bachof*, Die Unzulässigkeit der Entziehung von Erbbegräbnisrechten, in: Gedächtnisschrift für Peters, 1967, S. 642ff.; richtig BVerwG, DÖV 1974, S. 390, 391, das sich für die vorzeitige Beendigung eines Erbbegräbnisrechts auf das zugrundeliegende öffentlich-rechtliche (Anstalts-)Nutzungsverhältnis bezieht; zum Problem s.a. *Krause*, Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 61, S. 34ff.

⁷⁶ So für die Sperre eines Fernsprechausschlusses OVG Münster, NJW 1984, S. 1642.

⁷⁷ Vgl. BVerfG, NJW 1986, S. 707 mit abweichenden Meinungen.

⁷⁸ Vgl. Igl (Fn. 30), S. 985ff.

⁷⁹ Tiemann, Grundfragen der Staats- und Benutzerhaftung in öffentlichrechtlichen Benutzungsverhältnissen, VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 381, 398. Auf die Individualisierung durch abgestufte Typisierung und auf die kooperative Gestaltung weist Hill, NJW 1986, S. 2605 m. Nachweisen hin.

⁸⁰ Ellwein, Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre, 1966, S. 88; Krause, ZfSH/SGB 1985, S. 351.

⁸¹ Vgl. Rüfner, Neuregelung der sozialen Pflege- und Betreuungsverhältnisse, NJW 1978, S. 1662, 1665; *Igl* (Fn. 30), S. 981ff.; *Krasney*. Empfiehlt es sich,

und aufgenommen werden. Der Rechtsschutz bedarf der Unterstützung durch aufsichtsrechtliche Kontrollen, die der Willkür und den Eigeninteressen des Personals entgegensteuern, ohne seine Verantwortung (vgl. Art. 5 Abs. 3 GG) aufzulösen, und durch Beschwerdestellen — wie den Patientenfürsprecher in den Krankenhäusern des Landes Rheinland-Pfalz — sowie durch Formen kollektiver Interessenwahrnehmung, etwa durch Heimbeiräte, Schüler- und Elternvertretungen oder Selbstverwaltungsorgane⁸². Wo Sach- und Dienstleistungen ausbleiben, entsteht die Notwendigkeit für den Berechtigten, sie auf eigene Kosten zu beschaffen; ob und unter welchen Voraussetzungen er Kostenerstattung verlangen kann, bedarf ebenso der Entscheidung⁸³ wie die Frage, ob er damit einen Schadensersatz- oder im ursprünglichen Rechtsweg zu verfolgenden Erfüllungsanspruch geltend macht.

Wird ein Dauerrechtsverhältnis aufgelöst oder erweist es sich als nicht bestehend, nachdem bereits Leistungen ausgetauscht worden sind, kann die Auflösung für die Zukunft, die die Rückabwicklung erspart, den Vorzug verdienen⁸⁴ (vgl. auch § 26 SGB IV).

7. Der Beitrag des materiellen Verwaltungsrechts

a) Zur regelgerechten Abwicklung des Leistungsverhältnisses

Der Beitrag des materiellen Verwaltungsrechts zur Ablaufsteuerung der Leistungsbeziehungen ist größer, als gemeinhin angenommen

soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln? Referat zum 52. DJT, in: Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, S. N 34ff., 61ff. m.w.N.; *Th.Simons*, Verfahren und verfahrensäquivalente Rechtsformen im Sozialrecht, 1985, passim, vgl. S. 599ff.

⁸² Vgl. Starck, Organisation des öffentlichen Schulwesens, NJW 1976, S. 1375ff.; Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL Bd. 31 (1973), S. 179, 248, 285; den substitutiven Charakter der Partizipation verkennt Naschold, Organisation und Demokratie, 2. Aufl. 1973, S. 19, für den volle Selbstentfaltung in der Teilhabe am öffentlichen politischen Prozeß besteht.

⁸³ Vgl. §§ 185 Abs. 3, 185 b Abs. 2 Satz 2, 368 d Abs. 1 Satz 2 RVO; nicht im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag s. Wollschläger, Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht und Erstattungsanspruch, 1977, S. 86ff.; zu weiteren Fällen s. BSGE 9, 232; 25, 146; 35, 10; 53, 273; vgl. auch Krause/Sattler, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum SGB I und zum SGB IV, JbdSozRdG 1986, Bd. 8, S. 55; Wallerath, Das System der öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche, DÖV 1972, 221ff. Daß es dem Leistungsträger grundsätzlich nicht freigestellt ist, anstelle der Sachleistung die Kosten zu erstatten, auch wenn der Berechtigte einverstanden ist, weist auf die eingeschränkte Disponibilität hin, vgl. Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 23.

⁸⁴ Kress (Fn. 63), S. 423ff., 440; Palandt/Heinrichs (Fn. 71), vor § 145 Anm. 5 c, § 326 Anm. 1 m.w.N.

wird. Der Gesetzgeber hat nicht nur das "Steuerschuldverhältnis" geregelt, sondern zahlreiche dem Zivilrecht entsprechende oder von ihm abweichende Regelungen getroffen, regelmäßig getrennt in den Verwaltungsverfahrensgesetzen, im Sozialgesetzbuch (Erstes, Viertes und Zehntes Buch) und in der Abgabenordnung⁸⁵, und so nicht ein, sondern gleich mehrere allgemeine öffentliche Schuldrechte geschaffen.

Die Rechtsprechung⁸⁶ hat die gesetzlichen Regelungen vorbereitet und weiter ausgefüllt. So finden sich Bestimmungen über den Zeitpunkt, in dem Ansprüche, insbesondere auf Ermessensleistungen, entstehen und fällig werden (§ 40 Abs. 1, 2 SGB-I; § 22 SGB-IV: § 38, 218 AO)⁸⁷, über ihre Verjährung⁸⁸, deren Dauer (§ 45 SGB-I; §§ 25, 27 Abs. 2 SGB-IV; § 169-171, 228-232 AO), Hemmung, Unterbrechung, Wirkung (vgl. §§ 194ff. BGB, nur ausnahmsweise Erlöschen des Anspruchs, § 232 AO) und Geltendmachung, über Voraussetzungen und Folgen des Verzugs (zum Gläubigerverzug s.a. § 66 SGB-I). über das Erlöschen des Anspruchs (zur Erfüllung s. §§ 47ff. SGB-I; §§ 47, 224, 225 AO), auch durch irrtümliche Leistung eines nicht Verpflichteten (vgl. § 43 SGB-I), über Aufrechnung (§ 51 SGB-I; § 226 AO)⁸⁹ und Verrechnung (§ 52 SGB-I; § 28 SGB-IV), über Verwirkung und Verzicht (§ 46 SGB-I; § 234 AO, § 2 Abs. 3 BBesG)⁹⁰, Erlaß (§ 42 Abs. 3 Nr. 3 SGB-I; § 76 Abs. 2 SGB-IV; §§ 163, 227 AO), Stundung (§ 42 Abs. 3 SGB-I; § 76 Abs. 2 SGB-IV; § 222 AO) und Niederschlagung (die den Anspruch unberührt läßt, § 76 Abs. 2 SGB-IV; § 261 AO), über Pfändung, Verpfändung, Abtretung⁹¹ und Verer-

⁸⁵ Vgl. Überschrift "Steuerschuldverhältnis" vor § 37 AO und "Steuerschuldrecht" vor § 33 AO. Zu den Differenzen zwischen dem auf Geldleistungen bezogenen Steuerschuldverhältnis und dem Steuerpflichtverhältnis s. Kruse, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Stand April 1986, vor § 33 AO Rdn. 1.

⁵⁶ Vgl. zu allem folgenden Krause, BlStArbSozR 1979, 145ff., mit Einzelnachweisen aus der Rechtsprechung, sowie Grüner u.a. (Fn. 35), Einleitung, S. 27ff.

⁸⁷ Die Auffassung in BVerwGE 15, 78, 83, daß gesetzliche Ansprüche nicht schon bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen, sondern erst ab Bewilligung durch Verwaltungsakt fällig werden, so daß im Prinzip kein Verzug möglich ist, dürfte singulär geblieben sein.

⁸⁸ H.-F.Lange, Die verwaltungsrechtliche Verjährung, 1984; Dörr, Die Verjährung vermögensrechtlicher Ansprüche im öffentlichen Recht, DÖV 1984, S. 12ff.

⁸⁹ Vgl. Herbsleb, Die Aufrechnung im Verwaltungsrecht, 1968; Burmester, Die Verrechnung von Steuerforderungen, 1977; Ehlers, Die Rechtsnatur der Aufrechnung im öffentlichen Recht, NVwZ 1983, S. 446.

⁹⁰ Vgl. Wilde, Der Verzicht Privater auf subjektive öffentliche Rechte, 1966. Zur Verwirkung von materiellen Ansprüchen: BSGE 47, 194; BVerwGE 44, 339, 343f. m.w.N.

⁹¹ BVerwG, ZBR 1984, S. 218.

bung⁹² (§§ 53 Abs. 1, 54 SGB-I; §§ 56ff. SGB-I), über Gesamtschuldner- und Gesamtgläubigerschaft⁹³ und über die Art und Weise der Erfüllung (§ 47 SGB-I), bis hin zur Leistung an Dritte (§ 48 SGB-I) und zum Zurückbehaltungsrecht⁹⁴ — allerdings vorwiegend für Geldleistungen.

Die Steuerung von Sach- und Dienstleistungen, insbesondere in Dauerrechtsverhältnissen, haben Rechtsprechung, Rechtslehre und Gesetzgebung eher vernachlässigt⁹⁵. Wo sie durch den mit ihr verfolgten öffentlichen Zweck bestimmt werden (vgl. § 182b RVO), bleiben die Erfüllungsansprüche bestehen, bis er erreicht worden ist⁹⁶. Seine Sicherung durch Instrumente, die den Eintritt von Leistungsstörungen vermeiden, ist ebenso unterentwickelt wie das Verfahren zur Feststellung dessen, was im Einzelfall für ihn ausreichend und zweckmäßig ist, ohne das Maß des Notwendigen zu überschreiten (§§ 182 Abs. 2, 368e RVO).

b) Zur Bewältigung von Leistungsstörungen

Jede Verletzung des Rechts eines Privaten im Verwaltungsrechtsverhältnis schließt grundsätzlich eine Amtspflichtverletzung ein. Nur wo für den Staat ein selbständiger Unternehmer tätig wird, der keinen

⁹² Vgl. Klaus Otto, Die Nachfolge in öffentlich-rechtliche Positionen des Bürgers. 1971.

⁹³ Nicht im Polizeirecht nach BGH NJW 1981, S. 2457; dagegen Seibert, Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich im Polizei- und Ordnungsrecht, DÖV 1983, S. 964ff.; Kormann, Lastenverteilung bei Mehrheit von Störern, UPR 1983, S. 281ff.; Schwabe, Lastenverteilung bei einer Mehrheit von Umweltstörern, UPR 1984, S. 7, 9f.; zur gesamtschuldnerischen Haftung von Hoheitsträgern und Verwaltungshelfern vgl. Ossenbühl, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL Bd. 29 (1971), S. 133, 200.

⁹⁴ Stober, Das Zurückbehaltungsrecht wegen öffentlich-rechtlicher Forderungen, DVBI. 1973, S. 351ff.

⁹⁵ Vgl. dazu Krause, ZfSH/SGB 1985, S. 346ff.; nähere Qualitätsbestimmungen für der Gattung nach geschuldete Sachleistungen finden sich für die öffentlichen Versorgungsbetriebe, vgl. dazu § 4 AVBEltV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 742; § 4 AVBGasV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 676; § 4 AVBFernwärmeV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 742; § 4 AVBWasserV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 750.

^{**} Vgl. BSG v. 12. Dezember 1984, SozR 4100 § 56 Nr. 18; Motzer, Die "positive Vertragsverletzung" des Arbeitnehmers, 1982, S. 228ff., unterscheidet die Minderleistung, die durch vergütungsfreie Mehrarbeit auszugleichen ist ("weder der Arbeitswert noch der Arbeitsminderwert infolge Fehlleistung" sind "exakt zu quantifizieren und in Geld auszugleichen", S. 234) und die Schlechtleistung, die zum Schadensersatz verpflichtet; ähnlich Igl (Fn. 30), der (S. 1011f.) zusätzlich darauf hinweist, daß bei Pflegeverhältnissen der Schaden unabschätzbar und unersetzbar ist und eine Alternative (Kündigung) regelmäßig nicht offensteht.

Amtspflichten unterliegt⁹⁷, fallen Leistungsstörung und Amtspflichtverletzung auseinander. Ob dann eine Haftung des Staates analog § 278 BGB sinnvoll ist, bedarf sorgfältiger Prüfung; soweit der Berechtigte den Leistungsvermittler frei auswählen konnte, wird das mit guten Gründen verneint⁹⁸, obwohl der Staat die Erfüllungsverantwortung behält⁹⁹. Daneben ist das Bedürfnis, die Staatshaftung auch auf Forderungsverletzung zu gründen und dazu das allgemeine vom besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis abzugrenzen¹⁰⁰, äußerst gering. Die Rechtsfolgedifferenzen zwischen Amtspflichts- und Forderungsverletzung werden regelmäßig überschätzt. Die Mitverschuldensregeln (§ 254 BGB statt § 839 Abs. 3 BGB) führen kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen; die Anforderungen an die Beweislast hat die Rechtsprechung längst angeglichen 101; die Einbeziehung Dritter in den Schutz ist in beiden Fällen in gleicher Weise gesichert¹⁰²: soweit zu sehen, ist der Anspruch auf Naturalrestitution nie auf Forderungsverletzung gestützt worden, der Folgenbeseitigungsanspruch liegt offenbar näher. Die lange Verjährungsfrist bei der Forderungsverletzung 103 ist ebenso bedenklich 104 wie der Versuch, die Subsidiarität der Amtshaftung im Verhältnis zum Zweitschädiger wegen Vorliegens eines Verwaltungsschuldverhältnisses zwischen dem Staat und dem Geschädigten zu unterlaufen.

Die Aufspaltung des Rechtswegs für Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche ist de lege lata, abgesehen vom öffentlich-rechtlichen

⁹⁷ Dazu Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S. 196ff.; BGHZ 54, 299ff.; Stürner, Die Haftung der Gemeinde für verunreinigtes Wasser, JuS 1973, S. 749, 753; vgl. auch BGHZ 3, 163; verfehlt BGHZ 4, 138; BGH NJW 1974, S. 1325.

⁹⁸ Für die Kassenärzte findet sich eine Sonderregelung in § 368 d Abs. 4 RVO; dazu Krause, SGb 1982, S. 425ff.; s.a. Udo Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 113, 116, 264ff.

⁹⁹ Dürig, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Stand Okt. 1984, Art. 3 Rdn. 44; Krasney (Fn. 81), S. N 57, 63.

Verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis, Verwaltungsverfahrensgesetz und Reform der Staatshaftung, DÖV 1979, S. 696f.; BGHZ 21, 214, 218; 54, 299, 303; 61, 7, 11; BGH, NJW 1974, S. 1816; weitere Nachweise bei Palandt/Heinrichs (Fn. 71), § 276 Anm. 8 a, b; Kramer, Münchener Kommentar (Fn. 69), Einleitung Rdn. 10ff. und Roth, § 242 Rdn. 72ff.; Maurer (Fn. 34), § 28 Rdn. 2ff. Die Unklarheit verweist darauf, daß die unterschiedlichen Probleme nicht durch eine Begriffsbestimmung zu lösen sind; ähnlich Hill, NJW 1986, S. 2605.

¹⁰¹ BGH, NJW 1982, S. 2241; BGHZ 8, 259; v.Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 297; vgl. auch Grüner u.a. (Fn. 35), Einleitung, S. 36f. m.w.N.

¹⁰² Vgl. BGH, NJW 1974, S. 1817f.

¹⁰³ BGH, VersR 1978, S. 253ff.

¹⁰⁴ Vgl. v. Bar (Fn. 101), S. 315ff.

Vertrag, ohnehin unvermeidbar¹⁰⁵. Ich habe schon vor Jahren empfohlen, wenigstens eine Verweisung vorzunehmen¹⁰⁶.

Im Gegensatz dazu ist der bloße Verstoß des einzelnen gegen eine Pflicht aus einem Verwaltungsschuldverhältnis kaum je ein Delikt¹⁰⁷; daher gewinnt die Abgrenzung von Forderungs- und allgemeinem Verwaltungsverhältnis primär die Bedeutung, den Schadensersatzanspruch der öffentlichen Hand zu erweitern¹⁰⁸. Allerdings hält sich die Rechtspraxis zurück. Sie kapituliert dabei teils vor den Schwierigkeiten in der Feststellung und Berechnung des Schadens der öffentlichen Hand¹⁰⁹, teils neigt sie grundsätzlich dazu, dem einzelnen nur Lasten, nicht aber echte Rechtspflichten aufzuerlegen¹¹⁰. Eine "Vertragsstrafe" ist aber in den allgemeinen Bedingungen für Versorgungsleistungen (vgl. §§ 23, 27) vorgesehen¹¹¹ und wird für das Subventionsverhältnis empfohlen und für zulässig gehalten¹¹².

Allgemein besteht eine Tendenz, die Folgen von Leistungsstörungen unabhängig von der Rechtsform zu bestimmen¹¹³ und nach dem Maße der Privatrechtsähnlichkeit dem Privatrecht anzunähern¹¹⁴;

¹⁰⁵ Die Zivilperson muß primär vor den Verwaltungsgerichten Erfüllungs-, Folgenbeseitigungs-, Herstellungs- und Rückabwicklungsansprüche geltend machen, ehe sie vor den Zivilgerichten Schadensersatz fordert (BGHZ 87, 9, 17); vgl. auch Scherer, Rechtsweg bei öffentlich-rechtlicher "culpa in contrahendo", NVwZ 1986, S. 540.

¹⁰⁶ Vgl. Krause, Verfahrensrechtliche Probleme der Entscheidung über den Rechtsweg und der Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg, ZZP 1970, S. 289, 310; ähnlich jetzt auch Henke, JZ 1984, S. 446ff.

¹⁰⁷ Vgl. Eckert, Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, DVBl. 1962, S. 11, 18f.; Simons, Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, 1967, S. 167f., 176f.; Papier (Fn. 14), S. 78; Hüttenbrink, Die Bürgerhaftung als Gegenstück zur Staatshaftung, DÖV 1982, S. 489f.; Bull (Fn. 14), Rdn. 836.

¹⁰⁸ RGZ 98, 341; BSGE 45, 119, 121f., 125; v. 24.3.1983, 8 RK 33/81; dazu Krause/Sattler, JbdSozRdG, Bd. 6, 1984, S. 62f.; dies. (Fn. 18), S. E 87; LSG Celle, Nds. Rpfl. 1979, S. 130; dazu Rüfner, Verwaltungsakt und verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis im Sozialrecht, JuS 1981, S. 259ff.; VGH Mannheim, VBIBW 1982, S. 369ff.

¹⁰⁹ Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 331f., will Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns ausschließen, weil die Bedingungen des privaten Wirtschaftsverkehrs nicht gelten; das ist zu pauschal.

¹¹⁰ Kritisch Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 328; Schetting (Fn. 19), S. 236, 281ff.; Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 342.

¹¹¹ Dazu Hermann (Fn. 74), Bd. II, § 23 AVBV Rdn. 1.

¹¹² Schetting (Fn. 19), S. 281ff.; Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 242; zur Zulässigkeit BayVGH, BayVBI. 1983, S. 730 m.w.N.

¹¹³ Vgl. Schmidt-Salzer, in: Hermann u.a. (Fn. 74), Bd. I, Vorb. vor § 6 Rdn. 9.

¹¹⁴ Bullinger, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, DÖV 1977, S. 812, 814.

dem steht die Unabdingbarkeit der Amtshaftung entgegen, die eine effektive Haftungsbeschränkung nur bei zivilrechtlicher Ausgestaltung zuläßt¹¹⁵. Doch gilt bei Verzug die Pauschalierung des Schadens in Form von Verzugszinsen unter analoger Heranziehung des Zivilrechts ohne Spezialbestimmungen als unzulässig¹¹⁶.

Die Systematik der Leistungsstörungen im Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung weist einige Eigenheiten auf. Wird eine Dauerleistung nicht rechtzeitig erbracht, tritt häufig nicht Verzug, sondern Teil-Unmöglichkeit ein¹¹⁷. Dagegen ist eine anfängliche wie eine nachträgliche rechtliche Unmöglichkeit regelmäßig ausgeschlossen, wo das Leistungsverhältnis durch Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag begründet worden ist (vgl. § 44 VwVfG). Sie können zwar unter dieser Voraussetzung wie bei tatsächlichen und rechtlichen Veränderungen beseitigt werden (§§ 48f. VwVfG; §§ 45, 47, 48 SGB X; zum Vertrag s. § 60 VwVfG; § 59 SGB X; zur Zusage s. § 38 Abs. 3 VwVfG; § 34 Abs. 3 VwVfG), bilden aber für die Zeit ihres Bestandes gesetzesunabhängige Rechtsquellen¹¹⁸.

Leistungsstörungen in Verwaltungsrechtsverhältnissen¹¹⁹ begründen nicht ohne weiteres Einrede-, Rücktritts- und Kündigungsrechte,

PostG; § 21 TelegrammO; § 49 FernmeldeO; dazu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1983, S. 58), durch Landesgesetz (BVerfGE 61, 149, 199f.), durch Satzung bei entsprechender gesetzlicher Ermächtigung (BayVGH, DVBl. 1985, S. 904), nicht ohne sie (BGHZ 61, 7; Tiemann, Möglichkeiten und Grenzen der Haftungsbeschränkung im verwaltungsrechtlichen Benutzungsverhältnis, BayVBl. 1974, S. 57, 60ff.; Frotscher, Die Gemeinde 1975, S. 148; v.Mutius, Grundfälle zum Kommunalrecht, JuS 1978, S. 183; abw. Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 99), Art. 34 Rdn. 34), aber keinesfalls durch Vertrag oder Verwaltungsakt möglich sein. Das kann unangemessen sein (zu Auswegen s. Rüfner, in: Erichsen/Martens (Fn. 34), § 53 IV m.w.N.).

Anspruchs der Privatperson auf Verzugszinsen BVerwGE 14, 1, 4; 15, 78, 81; 21, 44; BVerwG, NVwZ 1986, S. 554 mit krit. Anm. Friehe, Verzugszinsen aus öffentlich-rechtlichem Vertrag, ebd., S. 538.

¹¹⁷ Vgl. Grüner u.a. (Fn. 35), Einleitung, S. 34ff.; ob es in jedem Fall angemessen ist, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB über die Amtshaftung auszuräumen, erscheint fraglich, vgl. aber BGHZ 76, 16, 30; § 58 Abs. 1 VwVfG bedeutet Klarstellung für einen Sonderfall.

¹¹⁸ Vgl. Krause, Rechtsformen (Fn. 35), S. 151ff.; Ehlers, DVBl. 1986, S. 915.

¹¹⁹ Vgl. dazu Bullinger, DÖV 1977, S. 812ff.; s. ferner Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 330; H.Meyer, Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen, NJW 1977, S. 1705ff.; Obermayer, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, BayVBl. 1977, S. 546ff.; Tiemann, BayVBl. 1974, S. 57ff.; Simons (Fn. 107); Papier (Fn. 14); Eckert, DVBl. 1962, S. 11ff.

wie sie das Zivilrecht für gegenseitige Verträge entwickelt hat (vgl. §§ 320, 325, 326 BGB)¹²⁰, insbesondere nicht bei Zwangsverhältnissen¹²¹. Dem Träger öffentlicher Gewalt ist die Auflösung weiterhin verwehrt, wo er den mit dem Dauerverhältnis verfolgten Zweck nicht aufgeben darf¹²², etwa bei Gesundheitsleistungen¹²³. Das macht kompensatorische Lösungen notwendig. Insgesamt stehen unterschiedliche Auffangsysteme zur Verfügung. Der nicht integrierbare Schulpflichtige oder Pflegebedürftige wird zuletzt in eine Einrichtung für Verhaltensgestörte gelangen. Wer Gebühren für Versorgungsleistungen schuldig bleibt, dem droht zwar der Ausschluß, aber die Sozialhilfe kann ausnahmsweise für Rückstände eintreten¹²⁴. Generell sind schonende Übergänge zu ermöglichen¹²⁵.

Bei erheblicher Angewiesenheit auf die Staatsleistung rechtfertigt die Verletzung von Nebenpflichten den Ausschluß nur, wenn die Störung die Leistungserfüllung insgesamt gefährdet, u.U. auch dann nur auf Zeit¹²⁶.

¹²⁰ Der Abnehmer von Wasser in einem öffentlich-rechtlich ausgestalteten Lieferungsverhältnis kann trotz schlechter Qualität nicht nach Maßgabe des Kaufvertragsrechts Wandlung oder Minderung fordern, weil das Benutzungsverhältnis nicht auf freiwilliger Vereinbarung beruht und weil er nicht die Freiheit hatte und hat, mit einem anderen Lieferanten zu kontrahieren; Bad. Württ. ESVGH 26, 155, 157. Vgl. auch Wolfgang Gassner, Das Schuldverhältnis im Verwaltungsrecht, in: Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1979, S. 133ff., 149; Bedenken auch bei Eckert, DVBl. 1962, S. 17, 19, 20; zum Ausschluß des § 346 Satz 2 BGB s. Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 334.

¹²¹ Tiemann, VerwArch. Bd. 65 (1974), 392f.; W.Frotscher, Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, 1974, S. 26.

¹²² Vgl. Eckert, DVBl. 1962, S. 17, 19, 20; Simons (Fn. 107), S. 117f., 144; Ossenbühl (Fn. 115), S. 232.

¹²³ Vgl. dazu *Faude*, Selbstverantwortung und Solidarverantwortung im Sozialrecht, 1983, S. 458ff.

¹²⁴ G.Krieger, Übernahme von Stromgeldschulden durch den Sozialhilfeträger, ZfF 1983, S. 77ff.

¹²⁵ Igl, Rechtliche Gestaltung sozialer Pflege- und Betreuungsverhältnisse, VSSR Bd. 6 (1978), S. 201, 247; Rüfner, NJW 1978, S. 1665; vgl. auch BVerwGE 17, 83: zu kurzfristige Umsetzung von Obdachlosen; die Frage wird dort nicht unter dem Aspekt des materiellen Rechts, sondern der Rechtsschutzgarantie (!) behandelt.

¹²⁶ Vgl. OVG Münster, NJW 1976, S. 725. Die allgemeinen Bedingungen für Versorgungsleistungen (§ 33) lassen eine Kündigung nur unter erschwerten Bedingungen zu; vgl. auch *Tiemann*, VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 391; zur Sperrung eines Fernsprechanschlusses s. BVerwG v. 7.6.1975.

c) Ansätze zur Ausbildung eines besonderen öffentlichen Schuldrechts

Über den Anstrengungen zur begrifflichen Abgrenzung von Forderungsverhältnis und allgemeinem Gewaltverhältnis ist der Beitrag der Amtshaftungsjudikatur zur Präzisierung der Pflichten und damit zur Typisierung der Verwaltungsrechtsverhältnisse nicht ausgewertet worden. Er beginnt mit der Übertragung der Rechtsfigur der culpa in contrahendo in das öffentliche Recht¹²⁷ und setzt sich in die typenmäßige Konkretisierung von Haupt- und Nebenpflichten¹²⁸ fort.

Die Rechtsprechung hat Verhältnisse der öffentlichen Daseinsvorsorge dem Kaufrecht angenähert¹²⁹; die Bedingungen über die Versorgung mit Gas, Wasser, Fernwärme und Elektrizität haben diese Typisierung verfeinert¹³⁰. Die Wissenschaft hat das Modell des Werkvertrages für Müllabfuhr, Post und Straßenreinigung, das der Leihe für die kostenlose Benutzung von Bibliotheken empfohlen und im Fernsprechverhältnis Elemente von Dienst-, Werk- und Mietverhältnis gefunden¹³¹. Sie hat das Schulverhältnis¹³², das studentische Rechtsverhältnis¹³³, die Rechtsbeziehungen zwischen Kommunen und Einrichtungsbenutzern¹³⁴, das Anstaltsnutzungsverhältnis¹³⁵, das Sozialrechts-

¹²⁷ Vgl. OVGE (Münster) 26, 41; BVerwG, Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 125; *Littbarski*, JuS 1979, S. 537ff.; c.i.c. läßt es zu, über Vertrauensschutzprinzip (dazu BGH, MDR 1984, S. 918; MDR 1985, S. 299 m.w.N.) und Verkehrssicherungspflicht (vgl. dazu *v.Bar* [Fn. 101], S. 26ff.) weitere Pflichten des Vorbereitungsverhältnisses zu entwickeln.

¹²⁸ Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 252; Faude (Fn. 123), S. 411. Eine Vielzahl von Nebenpflichten finden sich in den Bedingungen über die Versorgung mit Gas, Wasser, Fernwärme und Elektrizität (vgl. §§ 5, 8, 10, 12, 14–17). U.a. regeln sie, wann Unterbrechungen hinzunehmen sind, wie sie angekündigt werden müssen und welche Vorkehrungen zur Schadensminderung der Abnehmer zu treffen hat; dazu Schmidt-Salzer, in: Hermann u.a. (Fn. 74), Bd. I, Vorb. vor § 6 Rdn. 51ff.; zur Schadensminderungspflicht vgl. auch Faude, a.a.O., S. 342ff., 452ff.

¹²⁹ Vgl. BGHZ 59, 303; BGH, DVBl. 1977, S. 802, auch wenn sie es dem Abnehmer versagt, die Gegenleistung bei Schlechterfüllung zu verweigern (Bad.Württ. ESVGH 26, 155, 157).

¹³⁰ Vgl. Schmidt-Salzer, in: Hermann u.a. (Fn. 74), Bd. I, Vorb. vor § 6 Rdn. 9ff.

¹³¹ Tiemann, VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 394; Erman/Schopp, BGB Handkomm., 7. Aufl. 1981, vor § 535 Rdn. 38 m. Nachweisen aus Rechtsprechung u. Literatur.

¹³² Evers (Fn. 12), S. 147ff.; Fuß, ebd., S. 199ff.; Niehues, Schul- und Prüfungsrecht, 2. Aufl. 1983.

¹³³ Krause, Das studentische Rechtsverhältnis (Fn. 12), S. 513ff.

¹³⁴ Frotscher (Fn. 121); ders., in: Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, 1983, S. 149ff.; vgl. auch Lange, ebd., S. 175ff.

¹³⁵ Rüfner, Die Nutzung öffentlicher Anstalten, DV Bd. 17 (1984), S. 19ff.;

verhältnis ¹³⁶, und das Pflege- und Betreuungsverhältnis aufgearbeitet ¹³⁷ und das Subventionsverhältnis wiederholt durchleutet ¹³⁸. Die Rechtsprechung hat besondere Betreuungs-, Beratungs- und Auskunftspflichten der Verwaltung als Nebenpflichten ¹³⁹ herausgearbeitet ¹⁴⁰. Sie hat ebenso die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht in Anlehnung an die Fürsorgepflicht des privaten Arbeitgebers ¹⁴¹, die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses, verstärkt des Steuer- und Sozialgeheimnisses (§ 30 VwVfG; § 30 AO; § 35 SGB-AT i.V.m. §§ 67ff. SGB-X) ¹⁴² in ihrem intrikaten Gegensatz zur Publizität, und die Verkehrssicherungspflichten ¹⁴³ entwickelt. Sie hat es der Verwaltung unter

zur öffentlich-rechtlichen Anstalt s.a. Lange, VVDStRL Bd. 44 (1986), S. 169ff.; Breuer, ebd., S. 211ff.

¹³⁶ Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35); Grüner u.a. (Fn. 35), Allgemeiner Teil, Einleitung; Bley, Sozialrecht, 5. Aufl. 1986, S. 56ff.; alle m.w.N.; zum Sozialversicherungsverhältnis s. Krejci, Das Sozialversicherungsverhältnis, 1977; von Carolsfeld, Über das Sozialversicherungsverhältnis, in: Im Dienst des Sozialrechts, FS für Wannagat, 1981, S. 473ff.; Sammet, Leistungsstörungen im Sozialrechtsverhältnis, 1980.

¹³⁷ Krause (Fn. 18); Schmidt-Elsen, Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?, Referat zum 52. DJT, in: Verhandlungen des 52. DJT, Bd. II, S. N 11ff.; Krasney, ebd., S. N 34ff.; zum Vorschlag einer gesetzlichen Regelung s. Igl (Fn. 30), S. 951ff. Die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhaus und Patienten werden grundsätzlich als privatrechtlich eingeordnet (s. schon § 17 Abs. 2 Nr. 4 StHG), vgl. dazu die Bekanntmachung der Anmeldung der Empfehlung "Allgemeine Vertragsbedingungen für Krankenhausbehandlungs-Verträge" vom 2. Januar 1986, Bundeskartellamt, Bekanntmachung Nr. 1/86, Bundesanzeiger v. 15.1.1986, Nr. 9, S. 415ff., die nur dürftige Regelungen enthält.

¹³⁸ Vgl. Fn. 21.

¹³⁹ Vgl. BGHZ 61, 7; Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 25f. (insbes. Fn. 47 m.w.N.); ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 306ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Bull (Fn. 14), Rdn. 524ff., 832ff.; Krejci, Nebenpflichten der Sozialversicherungsträger gegenüber den Versicherten, VSSR Bd. 3 (1975), S. 212ff.; Kirchhof, Allgemeines Verwaltungsrecht, in: Sozialrechtsprechung, FS zum 25jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, Bd. II, S. 537ff., 556; Schellhorn, GK SGB-AT, § 14 Rdn. 47f. m.w.N.; BVerwGE 10, 274, Leitsatz 2: "Der Benutzer der Telegrafeneinrichtung der Bundespost tritt zu dieser in eine öffentlich-rechtliche Beziehung mit gegenseitigen, nach Treu und Glauben zu beurteilenden Rechten und Pflichten"; ähnlich zum Fernsprechteilnehmerverhältnis, BVerwGE 44, 7.

¹⁴⁰ Zu den Nebenpflichten s.a. *Erichsen*, in: Erichsen/Martens (Fn. 34), § 10 II; *Roth*, Münchener Kommentar, 2. Aufl. 1985, § 242 BGB, Rdn. 74ff. m. Anm. 115; *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 38ff. sowie Anhang z. Einl., S. 1–112.

¹⁴¹ Vgl. RG Warneyer 1915, Nr. 76.

¹⁴² Dazu Bull (Fn. 14), Rdn. 833; Hill, NJW 1986, S. 2602ff.; zur Fürsorgepflicht der Universität im studentischen Rechtsverhältnis s. Krause, Das studentische Rechtsverhältnis (Fn. 12), S. 625.

¹⁴³ Kirchhof (Fn. 139), S. 556 m.w.N.

dem Titel eines Herstellungsanspruchs verwehrt, dem Leistungsberechtigten die Verzögerungen oder Fehler in seinen Erklärungen entgegenzuhalten, die sie selbst verursacht hat¹⁴⁴, und überhaupt Nebenpflichten konstituiert, um die Verwirklichung des Leistungszweckes zu sichern.

d) Die Pflichten des Leistungsempfängers: Zweiseitigkeit und Gegenseitigkeit des Leistungsrechtsverhältnisses

Schließlich haben sich Rechtswissenschaft und Praxis auch der Lasten und Pflichten angenommen, die die Zuwendung von Leistungen dem Empfänger auferlegt. Sie beginnen damit, daß er sich auf die Mitwirkung zur Feststellung der Leistungsvoraussetzungen und bei der Erfüllung einlassen muß. Die Verletzung dieser teilweise sondergesetzlich geregelten Gläubigerpflichten (vgl. §§ 60ff. SGB-AT) begrenzt die Eintrittspflicht des Staates¹⁴⁵. Zu ihnen gehört es auch, die Leistungsbedingungen zu achten und auf Mitberechtigte Rücksicht zu nehmen¹⁴⁶. Für die Beschränkung von Freiheitsräumen durch solche Gläubigerpflichten, insbesondere um Organisation und Zielsetzung eines komplexen Leistungsapparates zu sichern¹⁴⁷, liefern jedoch der Grundrechtskatalog¹⁴⁸ und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nur vage Anhaltspunkte¹⁴⁹; sie bedürfen der Ergänzung durch konkrete, typengerechte Ordnungen, die der Zumutbarkeit jeweils angemessen Rechnung tragen. Eine besondere Gläubigerlast in Ausgleichsverhältnissen ist die sogenannte Schadensminderungspflicht.

¹⁴⁴ Vgl. *Grüner u.a.* (Fn. 35), Einleitung, S. 54, Anhang zur Einleitung, S. 93f.; sowie *Krause*, JbdSozRdG, Bd. 1-8, passim.

¹⁴⁵ Soweit der öffentliche Zweck die Leistung nicht gebietet, s. Palandt/Heinrichs (Fn. 71), § 293 BGB Anm. 2; OVG Münster, NJW 1976, S. 725; BVerwG, NVwZ 1983, S. 410; etwa bei Heilbehandlung Hauck-Haines, Sozialgesetzbuch, SGB I, Kommentar, K § 66 Rdn. 17; Rüfner, Die Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten in der Solidargemeinschaft nach §§ 60ff. SGB-AT, VSSR 1977, S. 347, 361; ganz ohne Mitarbeit ist die Leistung jedenfalls nicht möglich, s. Faude (Fn. 123), S. 458ff.

¹⁴⁶ Vgl. Pieroth, Zur Rechtmäßigkeit der Einstellung von Lehrveranstaltungen, DVBl. 1973, S. 239ff.; OVG Hamburg, NWvZ 1982, S. 448ff.

¹⁴⁷ Vgl. Lerche, Die Grundrechte der Soldaten, in: Die Grundrechte, Bd. IV 1, 2. Aufl. 1972, S. 459f.; ders., Schutz der Persönlichkeit im Bereich der sozialen Sicherheit, Schriftenreihe des Deutschen Sozialgerichtsverbandes, Bd. IX, S. 94ff.; Krause (Fn. 18), S. E 105ff., 108ff.

¹⁴⁸ Igl (Fn. 30), S. 1031; Krause (Fn. 18), S. E 111f.

¹⁴⁹ Zur Einschränkung der Meinungsfreiheit s. BayVerfGH, NJW 1982, S. 1089ff. und Suhr, Ein Schul-Fall zur streitbaren Meinungsfreiheit, ebd., S. 1065ff.; zur Mitwirkung vgl. auch Abb/Luther (Fn. 23), S. 359.

Über die bloßen Gläubigerpflichten geht die Nebenpflicht, das Schuldnerinteresse zu wahren, hinaus, deren Beeinträchtigung Schadensersatzansprüche auslösen kann¹⁵⁰.

Von wieder anderer Art sind Pflichten zur Förderung des mit der Leistung verfolgten Zwecks, insbesondere zur bestimmungsgemäßen Verwendung. Diese Kooperationspflichten¹⁵¹ bedürfen keiner Sanktion, wenn der Zweck mit dem Eigeninteresse des Empfängers zusammenfällt, wie bei rehabilitativen Maßnahmen¹⁵². Soweit eine Zweckentfremdung möglich ist oder die Zwecke auseinanderfallen – etwa bei der Subvention –, bedarf es jedoch zwecksichernder Regelungen¹⁵³. Erforderlich ist vor allem die Offenlegung des Zwecks (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SubventionsG v. 29.7.1976, BGBl. I, S. 2037).

Soweit die Leistung in der zeitweiligen Überlassung von Vorteilen besteht oder wenn sich nachträglich ergibt, daß Leistungen zu Unrecht erbracht worden sind oder ein Leistungsverhältnis nachträglich beseitigt wird, entstehen ferner Rückerstattungspflichten¹⁵⁴.

Schließlich erfolgen eine Vielzahl – auch gesetzlich begründeter – staatlicher Leistungen nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit. Die Verbindung einer besonderen Belastung mit dem Erwerb eines Leistungsanspruchs kann diese verfassungsrechtlich¹⁵⁵ legitimieren oder fordern, sie nach dem Prinzip der causa data causa non secuta auszugleichen, wenn sich der in Aussicht gestellte Gegenleistungsanspruch nicht

¹⁵⁰ Sie sind u.U. unabhängig davon, ob das Leistungsverhältnis zu Recht ins Werk gesetzt worden ist. *Bley* (Fn. 136), S. 58; s.a, *Herholz*, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. AcP 130, S. 257ff.

¹⁵¹ Vgl. dazu Krüger, Das wirtschaftspolitische Mitwirkungsverhältnis, 1974, S. 42ff.; Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 35ff.

¹⁵² Vgl. BSG v. 22.9.1981, *Breithaupt*, 1982, S. 689; Pflichten zur Schadensminderung und Zwecksicherung können ineinander übergehen, vgl. *Faude* (Fn. 123), S. 342ff., 452ff.; zum Abbruch einer Rehabilitation bei mangelnder Kooperation: BSG, NVwZ 1986, S. 596.

¹⁵³ Diese begründen teils die Rückforderung oder Vorenthaltung der Leistung, teils aber auch eine – u.U. pauschalierte – Schadensersatzpflicht und bedürfen einer Legitimation durch Gesetz oder Einwilligung; vgl. Schetting (Fn. 19), S. 127ff., 141ff., 145ff.; Henseler, Staatliche Verhaltenslenkung durch Subventionen im Spannungsfeld zur Unternehmerfreiheit des Begünstigten, VerwArch. Bd. 77 (1986), S. 269, wendet sich jedoch wieder gegen eine echte Rechtspflicht des Subventionsempfängers (m.w.N.).

¹⁵⁴ Bley (Fn. 136), S. 58. Besondere Schwierigkeiten wirft die Rückabwicklung ungerechtfertigter Sachleistungen auf, vgl. Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 41.

¹⁵⁵ In Geld: dazu Isensee, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 33; ders., Der Sozialversicherungsbeitrag des Arbeitgebers in der Finanzordnung des Grundgesetzes, DRV 1980, S. 145, 148; Krause, Fremdlasten der Sozialversicherung, Vierteljahresschrift f. Sozialrecht, Bd. 8, 1980, S. 130ff.; ders., Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 14; in Form von Dienstleistungen: dazu Ossenbühl, VVDStRL 29, 1971, S. 181f.

verwirklicht (vgl. § 1303 RVO)¹⁵⁶; sie kann aber auch die vorgesehene Gegenleistung dem Schutz des Art. 14 GG unterstellen¹⁵⁷. Auch wo Leistung und Gegenleistung auf Gesetz beruhen, kann das Ausbleiben der einen zur Verweigerung der anderen berechtigen (§ 9 BBesG, ähnlich für Ansprüche aus der Rentenversicherung) oder die unbeanstandete Annahme einer Leistung analog dem faktischen Vertrag¹⁵⁸ das Recht begründen, die Gegenleistung trotz fehlender Rechtsgrundlage zu bekommen (vgl. §§ 213 und 315 RVO; bei nicht rechtzeitig beanstandeten Rentenversicherungsbeiträgen) oder zu behalten (§ 26 SGB-IV)¹⁵⁹.

Das gegenseitige Dauerverhältnis der Leistungsverwaltung ist nicht prinzipiell von einer gesetzlichen Grundlage abhängig; es kann der Möglichkeit des Rechtserwerbs durch Rechtsverbrauch nicht entraten 160. Das gilt vor allem für die Leistungsvermittlung durch selbständige Unternehmer. Der Unterwerfung sind allerdings Grenzen zu setzen, die den Ausverkauf von Hoheitsrechten und ungleiche Begünstigung und Benachteiligung 161 verhindern. Die Zivilperson ist zudem vielfältig dem Druck des Staates ausgesetzt; auch das schränkt die legitimierende Kraft des Arrangements ein, jedoch ist es ebenso abwegig, Freiheit nur zu bejahen, wo metaphysisch erwiesen ist, daß jeder Einfluß ausgeschlossen war 162, wie unmöglich, mit einem allgemeinen Konzept der "Unterwerfung" den mannigfachen Formen des Arrange-

¹⁵⁶ Papier, Verfassungsschutz sozialrechtlicher Rentenansprüche, -anwartschaften und "-erwerbsberechtigungen", VSSR Bd. 1 (1973/74), S. 53; Krause (Fn. 75), S. 68; zum Problem s.a. BVerfGE 51, 357.

¹⁵⁷ Krause (Fn. 75), S. 65ff.; BVerfGE 40, 65, 83; 42, 176, 190f.; 53, 257, 289f.; 55, 114, 131; 58, 81, 104; 64, 87, 98; 69, 272, 301; BVerfG, NJW 1986, S. 1159ff.; zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Anwartschaften vgl. Badura, Die eigentumsrechtliche Bindung des Gesetzgebers bei der Anpassung der Renten in der Sozialversicherung, SGb 1984, S. 398ff.

¹⁵⁸ Dazu auch Bull (Fn. 14), Rdn. 815; Henke, JZ 1984, S. 443.

¹⁵⁹ v.Maydell, in: Krause/v.Maydell/Merten/Meydem, GK-SGB IV, 1978, § 26 Rdn. 18 spricht in diesem Zusammenhang von einem faktischen Versicherungsverhältnis; kritisch zur Lösung des § 26 SGB-IV Krause, JbdSozRdG, Bd. 1 (1979), S. 88f.; Meydam, Der Erstattungsanspruch, BIStArbSozR 1977, S. 92ff., 94. Dem faktischen Beamten können nach § 14 Satz 2 BBG die Dienstbezüge belassen werden, vgl. BVerwGE 71, 354, 356; ob darüber hinaus aus allgemeinen Rechtsprinzipien der geleistete Dienst vergütet werden muß, ist streitig, BVerw-G, Buchholz 232, § 87 BBG Nr. 48; BVerwG, NJW 1983, 2042 m.w.N.

¹⁶⁰ Zacher (Fn. 19), S. 344.

¹⁶¹ Hoffmann-Riem, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL Bd. 40 (1982), S. 187, 204f.; s.a. Krause, Rechtsformen (Fn. 35), S. 222.

¹⁶² Vgl. Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 28f.; Zezschwitz, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, 1873ff.; Friauf (Fn. 21), S. M 9, 17f., 20.

ments zwischen Staat und einzelnem gerecht zu werden¹⁶³. Die Schranken sind durch §§ 36 und 56 VwVfG kaum präzisiert¹⁶⁴. Es ist besonders hier unausweichlich, konkrete Typen gegenseitiger Schuldverhältnisse¹⁶⁵ auf ihre Zulässigkeit zu befragen, sie näher auszubilden, mit Voraussetzungen und Verfahren ihrer Begründung sowie mit klaren Bestimmungen über die Pflichten und den Ablauf zu verbinden; erst damit sind Autonomie des einzelnen und Rechtsstaatlichkeit der Verwaltung verläßlich zu sichern¹⁶⁶.

8. Begründung, Gestaltung und Beendigung: Rechtsformen statt inhaltlicher Voraussetzungen?

Die Verfahrensgesetze haben, vorbereitet und begleitet von Wissenschaft und Praxis, die Lösung einer Reihe von Problemen des Verwaltungsrechtsverhältnisses dem Verwaltungsakt und dem öffentlichrechtlichen Vertrag anvertraut. Sie versagen, wo Entstehen, Änderung und Beendigung des Rechtsverhältnisses und der einzelnen aus ihm fließenden Rechtspositionen unabhängig davon durch einseitige Willenserklärung – etwa den Beitritt zur Krankenkasse –, durch faktisches Verhalten – wie die Zahlung von Rentenversicherungsbeiträgen oder die Inanspruchnahme einer Leistung – oder durch Gesetz eintreten, ohne daß es einer Feststellung durch Verwaltungsakt bedarf (vgl. §§ 1583, 1631 RVO). Die verfahrensmäßige Bewältigung wird in diesen Fällen nur scheinbar erleichtert, wenn die Leistung – wie häufig – zu beantragen ist (vgl. § 1545 Abs. 1, 1569 RVO), denn das Verwaltungsverfahrensrecht erfaßt nur Anträge auf Verwaltungsakte.

Notleidend ist insbesondere die Dogmatik der Willenserklärungen und Rechtshandlungen der Zivilperson im öffentlichen Recht¹⁶⁷.

Aber selbst in dem Umfang, in dem das Dauerrechtsverhältnis der Einwirkung durch Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag unterliegt, sind sie überfordert. Das private Rechtsgeschäft ist in langer Tradition aus konkreten Rechtsverhältnistypen abstrahiert wor-

¹⁶³ Krause, JuS 1972, S. 425; ders., Rechtsformen (Fn. 35), S. 219.

¹⁶⁴ Henseler, VerwArch. Bd. 77 (1986), S. 274 m.w.N.

¹⁶⁵ Der Austauschvertrag (§ 56 VwVfG, § 55 SGB X) bildet nur einen formellen Typus des synallagmatischen Verwaltungsrechtsverhältnisses, neben ihm ist ein Austauschverwaltungsakt möglich (§ 56 Abs. 2 VwVfG, § 55 Abs. 2 SGB X), und ein Teil der Austauschverhältnisse erfolgt aufgrund – mehr oder minder – faktischer Anstaltsnutzung.

¹⁶⁶ Vgl. Krause, AöR Bd. 99 (1974), S. 664f.; ders. (Fn. 18), S. N 113.

¹⁶⁷ Vgl. Häberle (Fn. 32), Anm. 130; näher dazu Krause, VerwArch Bd. 61 (1970), S. 305 und JuS 1972, S. 425ff.; § 12 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG verweist nur auf das materielle Recht (vgl. § 36 SGB-AT); auf die faktischen Verhältnisse weist Hill, NJW 1986, S. 2608 mit weiteren Hinweisen hin.

den 168 und wird durch den Typ des Rechtsverhältnisses geprägt, den es begründet, es ist Kauf-, Werk-, Dienst- oder Mietvertrag. Der Verwaltungsakt ist dagegen als knapper Tenor konzipiert, der ein komplexes Rechtsverhältnis nur nach Maßgabe eines das "Nähere" regelnden Gesetzes begründet. Selbst der öffentlich-rechtliche Vertrag ist nicht aus gängigen Rechtsgeschäftstypen abstrahiert, sondern wird der Verwaltung als leere Handlungsmöglichkeit angeboten 169.

Um ein komplexes Rechtsverhältnis zu begründen, ohne sich dabei wie Beamtenernennung oder Rentenbewilligung auf ein Gesetz zu beziehen, muß der Verwaltungsakt auf Nebenbestimmungen ausweichen. Die Bestimmung der Dauer des Leistungsverhältnisses (vgl. zur Miete §§ 535, 564 Abs. 1 BGB; zur Sondernutzung § 8 Abs. 2 BFernStrG; zur Rente § 1276 RVO; zur Erlaubnis § 3 Abs. 2 GaststättenG; zur Bewilligung § 8 Abs. 5 WHG) gilt als Befristung (die im Zivilrecht nur die Geltungsdauer des Regelungsaktes betrifft, § 163 BGB) des Verwaltungsaktes (vgl. § 36 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG), und auch die Frage seiner Beendigung durch "Kündigung" 170 haben die Verfahrensgesetze unter die Titel "Widerruf" (§ 49 VwVfG), "Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens" (§ 51 VwVfG), "Aufhebung eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung bei Änderung der Verhältnisse" (§ 48 SGB X) gezogen oder sie Nebenbestimmungen, nämlich der auflösenden Bedingung, dem Widerrufsvorbehalt, der Auflage und dem Auflagenvorbehalt zugewiesen. Damit gewähren sie zwar formell Flexibilität, bleiben aber die materiellen Voraussetzungen und Einschränkungen schuldig. Die Beschwörung gesetzlicher Schutzzwecke¹⁷¹ vermag den "abstrakten Dispositionsschutz"¹⁷² und das differenzierte System von Bindung und Lösbarkeit nicht zu ersetzen. das das Zivilrecht für Miet- oder Arbeitsverhältnis und das Beamtenrecht mit seiner Differenzierung von Rücknahme der Ernennung, Widerruf des Beamtenverhältnisses auf Widerruf, Entlassung aus dem

¹⁶⁸ Dazu *Flume* (Fn. 33), S. 23ff., 28ff., 31ff.; *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 107ff.

¹⁶⁹ Vgl. Krause, Sozialrechtsverhältnis (Fn. 35), S. 15; s.a. Püttner, Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger, DVBl. 1982, S. 122, 133, nach dessen Auffassung es Leistungsaustauschverträge faktisch nicht gibt.

¹⁷⁰ Das ist keine Frage der Regelungsform, sondern der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses, vgl. *Krause*, Rechtsformen (Fn. 35), S. 186; *ders.*, SAE 1984, S. 89, 96; *ders.*, SGb 1985, S. 486.

¹⁷¹ Vgl. Meyer, in: Meyer/Borgs, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982, § 36 Rdn. 23, § 49 Rdn. 21f.; Knack, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1982, § 49 Anm. 6.1.2; Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 1983, § 49 Rdn. 28ff.

¹⁷² Vgl. Kisker, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32 (1974), S. 149ff., 152, allerdings auf Zusage und Vertrag begrenzt.

Beamtenverhältnis auf Probe, Versetzung in den einstweiligen und endgültigen Ruhestand und disziplinarische Maßnahmen, bis hin zur Regelung der Entlassung auf Antrag und von Fristen für die Entlassung entwickelt. Nur durch entsprechende materielle Kündigungsregelungen für die unterschiedlichen Rechtsverhältnisse — wie in den Bedingungen für die Versorgungsleistungen¹⁷³ — lassen sich die Leerformeln¹⁷⁴ füllen. Ohne sie bleibt überdies der lösungswillige Private auf den undifferenzierten Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung oder auf Beseitigung des Verwaltungsaktes verwiesen.

Ebenfalls einer Nebenbestimmung des Verwaltungsaktes, nämlich der Auflage (§ 56 Abs. 2 VwVfG), kommt es zu, Gegenleistungspflichten zu begründen 175. Daß bei Nichterfüllung nur ein Widerruf ex tunc zugelassen ist, beruht auf mangelnder Differenzierung von Dauerverhältnis (für Verwaltungsakte mit Dauerwirkung vgl. aber § 48 SGB-X) und punktuellem Rechtsverhältnis; dem entspricht es, wenn Lehre und Rechtsprechung dem Verwaltungsakt, der den Anspruch auf die Verschaffung eines Gutes und damit ein punktuelles Leistungsverhältnis begründet, eine Dauerwirkung unterlegen, nämlich Einräumung des — nach unserer Rechtsordnung gar keiner Grundlage bedürftigen — Rechts zum Behalten der Leistung 176.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist – solange es nicht gelingt, Vertragstypen zu entwickeln – kaum besser geeignet, Leistungsverhältnisse zu ordnen als der vereinbarte Verwaltungsakt¹⁷⁷. Angesichts

¹⁷³ Vgl. Hermann (Fn. 74), Bd. II, § 32 AVBWasserV Rdn. 13 m. Nachweisen und § 33 Rdn. 2; zum Sonderfall einer "Kündigung" durch unterlassene Rückmeldung s. Krause, Das studentische Rechtsverhältnis (Fn. 12), S. 622.

¹⁷⁴ Für die Zulässigkeit entsprechender Nebenbestimmungen vgl. Meyer, in: Meyer/Borgs (Fn. 171), § 36 Rdn. 29: "Beachtung gesetzlicher Schutzzwecke", und der Ausübung von Abänderungs- und Auflösungsbefugnissen vgl. die Kommentare zu § 49 VwVfG und § 48 SGB X.

¹⁷⁵ Zur Untauglichkeit der Auflage, das Gegenseitigkeitsverhältnis auszuschöpfen, Krause, Rechtsformen (Fn. 35), S. 227 Anm. 55 m.w.N.

¹⁷⁶ Jarass, Die Rückforderung zweckwidrig verwendeter Subventionen, DVBl. 1984, S. 855f.; Götz, Rückforderung von Subventionen, NVwZ 1984, S. 480, 483; Oldiges, Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventionsverwaltung, NJW 1984, S. 1927, 1935; Erichsen/Martens (Fn. 34), S. 318; BVerwGE 62, 1, 3; BVerwG, DVBl. 1983, S. 810, 812. Der Fehler wird nicht nur beim Blick auf § 48 Abs. 2 Sätze 4ff. VwVfG offenbar, sondern auch, wo es um den Widerruf des Versprechens wiederkehrender Leistungen geht. § 44a BHO trägt dem Problem Rechnung, sofern er, über die Ermöglichung einer nachträglichen Zinserhöhung hinausgehend, den Widerruf ex tunc zuläßt.

¹⁷⁷ Vgl. v. Zezschwitz, NJW 1983, S. 1873ff.; Gusy, Die Bindung privatrechtlichen Verwaltungshandelns an das öffentliche Recht, DÖV 1984, S. 872, 876; ders., Öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürgern, DVBl. 1983, S. 1222ff.; abweichend allerdings unter Entwicklung eines speziellen Schuldrechts (!) Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 20ff.;

freier Auswechselbarkeit von Verwaltungsakt und Vertrag (§ 54 Satz 2 VwVfG; § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB-X) ist es jedenfalls ausgeschlossen, das Dauerrechtsverhältnis je nach verwendeter Regelungsform über die Pauschalverweisung des § 62 Satz 2 VwVfG (§ 61 Satz 2 SGB-X) dem bürgerlichen Schuldrecht oder einem davon inhaltlich abweichenden öffentlichen Schuldrecht zuzuweisen¹⁷⁸.

Die Alternative des zivilrechtlichen Vertrages¹⁷⁹ ist ebenfalls nicht hilfreich, wo das Zivilrecht keine geeigneten Schuldverhältnistypen bereithält¹⁸⁰. Im übrigen nähern sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen der Träger öffentlicher Gewalt an¹⁸¹. Die Spielräume der Verwaltung werden nicht größer, wenn sie ins Privatrecht ausweicht¹⁸², und umgekehrt erlangt sie auch bei einer Flucht ins öffentliche Recht keine Immunitätsprivilegien¹⁸³, etwa hinsichtlich des Wettbewerbsrechts¹⁸⁴ oder des Gesetzes über allgemeine Geschäftsbedingungen¹⁸⁵.

Alle vertraglichen Rechtsverhältnisse sind in gleicher Weise der Gestaltung und Durchsetzung durch Verwaltungsakt entzogen, aber für sonstige einseitige Rechtsgestaltungen offen. Weitgehend erschöpft sich die Differenz zwischen öffentlichem und privaten Recht in der

ders., JZ 1984, S. 441ff. Solange die Differenzen in den Voraussetzungen und Folgen der Regelungsformen ungeklärt sind, ist ein verbindliches Urteil, welches dem Arrangement besser entspricht, jedenfalls nicht möglich; vgl. Krause, Rechtsformen (Fn. 35), S. 227; ders., VerwArch. Bd. 61 (1970), S. 297ff.; ders., JuS 1972, S. 425ff.; anders Kopp, Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluß öffentlicher Verträge als Verwaltungsakte, BayVBl. 1980, S. 609ff.

¹⁷⁸ So zu Recht Henke, Recht der Wirtschaftssubventionen (Fn. 21), S. 15f.; ähnlich Obermayer, BayVBl. 1977, S. 550; schon die Einschränkung des § 40 Abs. 2 VwGO ist systemwidrig.

¹⁷⁹ Vgl. Ossenbühl, Rechtliche Probleme der Zulassung zu öffentlichen Stadthallen, DVBl. 1973, S. 289ff.; ders., Öffentliches Recht und Privatrecht in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1974, S. 541.

¹⁸⁰ Zacher (Fn. 19), S. 340f.; Schetting (Fn. 19), S. 25f.; Krause (Fn. 18), S. E 57.

¹⁸¹ Siehe schon Bullinger (Fn. 43), S. 81ff.

¹⁸² Vgl. Rüfner (Fn. 65), S. 358ff.; Wolff/Bachof, VerwR I, 9. Aufl. 1974, § 23 II b; Erichsen/Martens (Fn. 34), § 28; Henke, JZ 1984, S. 443; Harries, Verwaltungsentscheidung und Rechtsverhältnis, NJW 1984, S. 2191; Gusy, DÖV 1984, S. 872.

¹⁸³ BVerfG, Dreierausschuß, NVwZ 1982, S. 306ff.

¹⁸⁴ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 362ff. m.w.N.

¹⁸⁵ BVerfG, NVwZ 1982, S. 306ff. mit kritischer Anm. Stober, Bundesgesetzliche Regelung kommunaler Wasserversorgungsbedingungen, S. 294; vgl. auch Bullinger, DÖV 1977, S. 814; Ehlers (Fn. 184), S. 352ff., 431f.; sogar die Verwaltungsvollstreckung kann auf privatrechtliche Geldforderungen ausgedehnt sein (§§ 71ff. RhPf VwVollstrG) und selbst ein Anschluß- und Benutzungszwang soll ein privatrechtliches Entgelt nicht ausschließen (BGH, MDR 1984, S. 558).

Auswirkung auf den Rechtsweg und die Haftung¹⁸⁶; beides sind eher periphere Fragen.

9. Allgemeine Leistungsbedingungen der Verwaltung

Soweit das Gesetz keine Vorgaben entwickelt, hat die Verwaltung ihren Ordnungsbedarf¹⁸⁷ vielfach durch vorformulierte Leistungsbestimmungen befriedigt. Sie bedient sich "öffentlich-rechtlicher Leistungs- oder Geschäftsbedingungen"¹⁸⁸ für Versorgungsbetriebe in Form von Rechtsverordnungen und Satzungen¹⁸⁹ und für die Beihilfe an Beamte in Gestalt einer Verwaltungsvorschrift¹⁹⁰. Sie hat sie überdies zum Gegenstand von Verträgen gemacht¹⁹¹, durch Leistungsbescheide in bezug genommen¹⁹² oder in die Widmung des Leistungsapparates aufgenommen¹⁹³. Nachträgliche konkretisierende Regelungen hat sie schließlich auf die Befugnis zu einseitiger Leistungsbestimmung analog § 315 BGB gestützt. Das alles hat vielfach Kritik erfahren. Jedoch vermag diese Art der Steuerung des Dauerrechtsverhältnisses¹⁹⁴ den Partnern ein hohes Maß an Rechtsklarheit zu ver-

¹⁸⁶ Deren Differenz häufig überschätzt wird, vgl. Salzwedel, Wege- und Verkehrsrecht, in: Badura, Bes. VerwR, 7. Aufl. 1985, S. 645. Siehe im übrigen ohen.

¹⁸⁷ Vgl. dazu Friauf (Fn. 21), S. M 39.

¹⁸⁸ Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 1979, S. 334.

¹⁸⁹ AVBEltV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 684; AVBGasV v. 21. Juni 1979, BGBl. I, S. 676; jeweils aufgrund des Energiewirtschaftsgesetzes; AVBFernwärmeV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 742; AVBWasserV v. 20. Juni 1980, BGBl. I, S. 750; jeweils aufgrund des AGBG. Dazu Schmidt-Salzer, in: Hermann u.a. (Fn. 74), Bd. I, Einleitung Rdn. 1-3, 11-13, sowie Hermann, ebd., Bd. II, § 32 AVBWasserV Rdn. 13.

¹⁹⁰ Die Zulässigkeit ist äußerst umstritten; vgl. BVerfG, ZBR 1978, S. 37; BVerwGE 19, 55f.; 22, 163; a.A. *Grimmer*, Das Beihilfewesen im System des Beamtenrechts, ZBR 1967, S. 329; *Leisner*, Beamtenversicherung zwischen Beihilfe und Krankenversicherung, 1978, S. 4ff.

¹⁹¹ Tiemann. VerwArch. Bd. 65 (1974), S. 381, 382.

¹⁹² Vgl. Oldiges, NJW 1984, S. 1927ff.; Schwerdtfeger, Die lenkende Veröffentlichung von Subventionsrichtlinien – Auslobung und Vertrauensschutz, NVwZ 1984, S. 486.

¹⁹³ Vgl. OVG Lüneburg, Rk VR N-W GO § 18 Nr. 96; zu Anstaltsordnungen s. Schmidt-Aßmann, in: Püttner (Fn. 134), Bd. 3, S. 197ff.; zur Abwägung mit den schutzwürdigen Belangen des Benutzers s. OVG Koblenz, DÖV 1983, S. 477 und Friauf (Fn. 21), S. M 22; als außenwirksame Regelungen sind sie offen für eine Interpretation durch die Gerichte, die bei bloßen Richtlinien ausgeschlossen ist; vgl. BVerwGE 58, 45; dazu die Kritik von Friauf, a.a.O., S. M 26 m.w.N.

¹⁹⁴ Vgl. Schuppert, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, VVDStRL Bd. 42 (1984), S. 216, 237; Schenke, Gesetzgebung durch Verwaltungsvorschriften, DÖV 1977, S. 27, 29ff.

mitteln¹⁹⁵ und die notwendige Anpassung zu erleichtern. Angesichts der Vielfalt der Leistungsbestimmungen und ihrer Grundlagen ist es jedenfalls zu einfach, sie generell als Sonderverordnungen aus einem öffentlichen Gewaltverhältnis zu legitimieren oder zu kritisieren¹⁹⁶. Da sie nicht generell durch gesetzliche Regelungen zu ersetzen sind¹⁹⁷, aber einer gesetzlichen Kontrolle bedürfen, liegt es wiederum nahe, die konkreten Rechtsverhältnistypen normativ soweit zu entwickeln, daß sie auch über Zulässigkeit und Grenzen von derartigen Ordnungen entscheiden.

10. Nichtabschließende Schlußbemerkung

Es ist offensichtlich, daß die vorgelegte tour d'horizon, die Forderung der Regensburger Tagung, dem Verwaltungsrechtsverhältnis die Stellung im deutschen Verwaltungsrecht zuzuweisen, die es verdient, nicht hat einlösen können. Der "systematische Gesamtentwurf, der gleichermaßen die verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Grundsatzfragen klärt wie die "notwendige Detailarbeit im konkreten Rechtsstoff leistet" "198", bleibt aufgegeben. Er wird nicht zuletzt die Frage nach den "Grundrechten im Leistungsstaat" aufzunehmen haben, indem er sie wie die Prinzipien des sozialen Rechtsstaates in konkrete Ordnungen umgießt, die die "Zuwendung, die Abhängigkeit des Empfängers von ihr, seinen Nutzen daraus, den öffentlichen Zweck, dem sie dient" und die Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit der Begründung des Verwaltungsrechtsverhältnisses in Ansatz bringt.

Es galt allein zu zeigen, was eine abgestufte dogmatische Bewältigung der Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung²⁰⁰, die nicht

¹⁹⁵ Friauf (Fn. 21), S. M 18, 25 m.w.N.; zur begrenzten Leistungsfähigkeit des Gesetzes, dem Normbedarf der Verwaltungsrechtsverhältnisse zu genügen, vgl. Schenke, DÖV 1977, S. 27; Ronellenfitsch, DÖV 1981, S. 933, 934; Jarass, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, 473ff.; Stettner, Der Verwaltungsvorbehalt, DÖV 1984, S. 611. 621.

¹⁹⁶ Vgl. Böckenförde/Grawert, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, AöR 95 (1970), S. 1, 37; Wolff/Bachof (Fn. 182), § 25 VIII a 1; Ossenbühl, in: Erichsen/Martens (Fn. 34), § 7 V; ablehnend Pieroth, Rechtsverweigerung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen, VerwArch. Bd. 68 (1977), S. 218; Schenke, DÖV 1977, S. 32; Ronellenfitsch, DÖV 1981, S. 939; Maurer (Fn. 34), § 8 Rdn. 31; Kiepe, Entwicklungen beim besonderen Gewaltverhältnis und beim Vorbehalt des Gesetzes, DÖV 1979, S. 402f. m.w.N. unter Fn. 44.

¹⁹⁷ Dazu Ehmke, Disk. Bem. VVDStRL Bd. 23 (1966), S. 258, 276f.; Ipsen, ebd., S. 269.

¹⁹⁸ Häberle (Fn. 32), S. 65.

¹⁹⁹ Zacher, VVDStRL Bd. 25 (1967), S. 344.

²⁰⁰ Vgl. dazu Rüfner, VVDStRL Bd. 28 (1970), S. 215ff.; Scheuner, ebd., S. 232.

allein schuldrechtlicher, sondern auch sachen- und mitgliedschaftsrechtlicher Art sein können, verspricht, wieweit sie bereits unternommen worden und wieweit sie Desiderat geblieben ist²⁰¹. Den Versuch, sie fortzutreiben, von der vollständigen Darlegung der Leistungsfähigkeit abhängig zu machen, hieße die Wissenschaft versteinern; den Sinn des Begriffs positivistisch darauf einzuschränken, Rechtsfolgen aus vorhandenen Rechtssätzen abzuleiten, griffe zu kurz. Auch der Appell an den Gesetzgeber bedarf der Begleitung durch konkrete Lösungsvorschläge. Weder Überschätzung noch Scheu sind am Platz. Ein Verhältnis ist kein Punkt, nicht um auszuruhen, nicht um die Welt des Verwaltungsrechts aus den Angeln zu heben²⁰². Eine Mesalliance wäre es nur, wenn die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft auch im Wandel von Verfassungs wegen zur Einehe mit dem Verwaltungsakt verpflichtet sein sollte.

²⁰¹ Ehlers, DVBl. 1986, S. 912.

²⁰² Anders Häberle (Fn. 32), S. 67.

Leitsätze des Drittberichterstatters über:

Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung

1. Das Thema lenkt den Blick von der Stiftung der Leistungsbeziehung auf die Steuerung des Verhaltens in ihr. Die Aufgabe wächst mit dem Ausbau des Leistungsstaates, auf den der einzelne für sein Leben und seine Freiheitsbetätigung zunehmend angewiesen ist. Ihre Lösung kann nicht allein von Konditionalsätzen erwartet werden, sie setzt auch Verfahren und Formen der Zweckprogrammierung für Sach- und Dienstleistungen und das von beiden Beteiligten erwartete unterstützende Handeln voraus.

Die Ordnung der Leistungsbeziehung muß typengerecht und abgestuft erfolgen und sich weniger an dem öffentlichen Zweck, der mit ihr verfolgt wird, als an dessen Verhältnis zum Privatinteresse und an dem Maße der Freiwilligkeit, mit dem der einzelne dem Leistungsangebot gegenübersteht, orientieren.

- 2. Der Beitrag, den das deutsche Verwaltungsrecht beiläufig dazu erbracht hat, ist zwar lückenhaft, aber nicht irrelevant, er bedarf eingehender wissenschaftlicher Aufnahme.
- 3. Ein Rechtsverhältnis ist die durch mindestens eine (subjektive) Berechtigung und die entsprechende Verpflichtung beschriebene rechtliche Ordnung, nach der grundsätzlich zwei Beteiligte ihr Verhalten zueinander einzurichten haben. Regelmäßig umfaßt es eine Vielzahl zusammengehöriger Ansprüche (Paradigma: Beamtenverhältnis).

Mehrere Rechtsverhältnisse können aufeinander bezogen sein, ihre Zusammenschau ermöglicht es, die Ansprüche und Verantwortlichkeiten unter mehr als zwei Beteiligten zu verorten, ohne die durch die Beschränkung auf die Bipolarität bewirkte Vereinfachung aufgeben zu müssen.

- 4. Die Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt modifiziert die durch Egalität und Autonomie geprägte Ordnung unter den Zivilpersonen
- durch seine unaufhebbare, ausgleichsbedürftige, überlegene Rechtsmacht (Gewaltverhältnis),
- durch seine objektiv-rechtliche, anspruchsunabhängige Verpflichtung (geringere Relevanz des Rechtsverhältnisses im Verwaltungsrecht),

- durch den prinzipiellen Ausschluß seiner bloß relativen Verpflichtung,
- durch Ermessensbindung und Gemeinwohlverpflichtung in der Ausübung seiner Befugnisse im Gegensatz zur Privatnützigkeit des subjektiven Rechts.

Gleichwohl erscheint das Modell des bipolaren Zivilrechtsverhältnisses geeignet, um gleiche oder unterschiedliche Problemlagen und Lösungsalternativen zu entwickeln.

5. Der Ordnungsbedarf des rechtsgeschäftlich begründeten Zivilrechtsverhältnisses wird grundsätzlich durch den Begründungsakt selbst und nur unterstützend durch das Gesetz befriedigt (§ 305 BGB). Das ist für das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht selbstverständlich.

Vor allem sind regelungsbedürftig

- die Begründung des VRV und seine Beendigung,
- die Inhalte der Haupt- und Nebenpflichten,
- die Folgen ihrer Verletzung (Schadensersatz oder Auflösung der Beziehung oder anderweitige Sanktionen),
- die Verfahren der Abwicklung und Konkretisierung.

Die Verfahrensgesetze, die Grundrechte, der Gesetzesvorbehalt und andere Verfassungsprinzipien sind nur teilweise, insbesondere aber nur bei einer typengerechten Differenzierung geeignet, den Ordnungsbedarf der Verwaltungsrechtsverhältnisse zu realisieren und den Beteiligten eine Orientierung zu geben. Die Aufgabe kann nicht in das besondere Verwaltungsrecht verlagert werden, weil gleiche Rechtsverhältnisse in verschiedenen Zusammenhängen auftreten, sondern muß auf einer mittleren Abstraktionsebene eingeleitet werden.

- 6. Dauerverhältnisse verlangen dauernde Pflichtenanspannung. Sie verändern sich und ihre Wirkung in der Zeit und verlangen Anpassung, bis hin zur ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung. Sie sind durch die Zeit teilbar. Ihre Rückabwicklung kann dem Rechnung tragen. Die verschiedenen Formen der Einwirkung, denen sie sich öffnen müssen, erfaßt das Verfahrensrecht nur insoweit, als es sich um Verwaltungsakte handelt; selbst die Kündigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist verfahrensmäßig nicht gebunden (Anwendung von § 28 VwVfG?).
- 7. a) Das allgemeine Verwaltungsschuldrecht ist durch Gesetz und Rechtsprechung bereits nahezu vollständig ausgebildet worden. Es mangelt allerdings an Regelungen über die Sach- und Dienstleistungsverhältnisse und über die das Rechtsverhältnis begleitende Kooperation der Beteiligten.
- b) Die Haftung des Trägers öffentlicher Gewalt nach Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB reicht grundsätzlich aus. Der Forderungsverletzung

kommt daneben keine nennenswerte oder keine billigenswerte Funktion zu.

Für die Haftung des einzelnen könnte sie dagegen Bedeutung gewinnen; allerdings hält sich die Rechtspraxis ersichtlich zurück, auch angesichts der Schwierigkeit, den Schaden des Staates zu messen, sofern sie nicht seine Pauschalierung nach Art einer "Vertragsstrafe" ins Auge faßt.

Die Auflösung (Kündigung, Rücktritt etc.) von Rechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung bei Forderungsverletzung ist durch den öffentlichen Zweck und den Zwangscharakter häufig ausgeschlossen. Das erfordert kompensatorische Regelungen.

- c) Die Amtshaftungsjudikatur hat wesentlich zur Präzisierung der Haupt- und Nebenpflichten in den Verwaltungsrechtsverhältnissen und zu ihrer Typisierung und damit zur Ausbildung eines besonderen Verwaltungsschuldrechts beigetragen.
- d) Dem einzelnen können aus dem Rechtsverhältnis der Leistungsverwaltung Gläubigerpflichten, Nebenpflichten im Interesse des Schuldners, Zwecksicherungspflichten und Rückabwicklungspflichten sowie echte Gegenleistungspflichten erwachsen.

Synallagmatische Rechtsverhältnisse sind unmittelbar durch Gesetz möglich; die Gegenleistungsbeziehung gewinnt dann vielfach verfassungsrechtliche Relevanz. Sie können auch ohne spezielle gesetzliche Grundlage durch Einwilligung begründet werden; deren Legitimität (auch die nach §§ 36 Abs. 3 und 56 VwVfG) ließe sich eher begründen und begrenzen, wenn man sich auf vorgeprägte Typen von Austauschverhältnissen beziehen könnte.

8. Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag sind als "leere" Handlungsformen bei der Begründung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen der Leistungsverwaltung regelmäßig überfordert; das gilt auch für die Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt und für Widerruf und Rücknahme.

Die Verfahrensgesetze versagen ganz, wo die Begründung, Änderung und Konkretisierung des Verwaltungsrechtsverhältnisses nicht durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag, sondern – wie vielfach – durch Willenserklärung und schlichtes Handeln der Verwaltung oder des einzelnen erfolgt.

Das Zivilrechtsgeschäft ist zur Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung – angesichts der auch dort mangelnden speziellen Rechtsverhältnistypen – nicht wesentlich besser, aber auch nicht grundsätzlich schlechter geeignet als der Verwaltungsakt oder der öffentlich-rechtliche Vertrag; Zivilrecht und öffentliches Recht der Verwaltungsrechtsverhältnisse bewegen sich ohnehin aufeinander zu.

9. Die Träger der öffentlichen Verwaltung füllen die Regelungslücken in weitem Umfang durch untergesetzliche Vorschriften aus. Das geht von Rechtsverordnungen und Satzungen über ermessensleitende Verwaltungsvorschriften, allgemeine Geschäftsbedingungen, die zum Gegenstand von Verwaltungsakten, Verträgen oder Widmungsverfügungen werden, bis hin zu einseitigen Leistungsbedingungen entsprechend § 315 BGB. Ihr Beitrag zur Rechtsklärung ist bedeutsam; ihre Heterogenität läßt es nicht generell zu, sie als Sonderverordnungen aus dem Gewaltverhältnis zu begründen oder zu kritisieren. Sie bedürfen aber einer Zusammenführung und Kontrolle vom Typus des jeweiligen Rechtsverhältnisses her.

4. Aussprache und Schlußworte

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

Vorsitzender (Tomuschat): Meine Damen und Herren, ich glaube, das gestern praktizierte System der Wortmeldung auf Kärtchen hat sich bewährt. Ich möchte nur einige Stichworte geben und gar nicht im vorhinein versuchen, diktatorisch die Diskussion auf bestimmte Aspekte festzulegen. Einige Gedanken: Erstens zum Rechtsverhältnis und zur Leistungsfähigkeit dieses Begriffes. Bedeutet das Denken in Rechtsverhältnissen eine Abkehr vom Verwaltungsakt? Zweitens stellen sich vielfältige Fragen, die an die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht in diesem Bereich anknüpfen: Notwendigkeit und Sinn der Unterscheidung bei Leistungsverhältnissen? Gibt es hier einen gemeinsamen Nenner? Das Privatrecht wird modifiziert, aber auch das öffentliche Recht wird ähnlich modifiziert, wenn es sich um Leistungsverhältnisse handelt. Insoweit lauten die Stichworte Verwaltungsprivatrecht und Wahlfreiheit im Hinblick auf die verfügbaren Rechtsformen. Dazu tritt die Grundsatzfrage: Gewährleistung materieller Gerechtigkeit eher durch staatliche Fürsorge oder durch freie Willensentscheidungen des Privaten? Dann ein dritter Komplex, der sowohl die Notwendigkeit der Erarbeitung von Regeln entweder durch die Wissenschaft oder die Rechtsprechung oder sogar einen möglichen Appell an den Gesetzgeber umschließt, daß er ein allgemeines Schuldrecht schaffen oder Typen besonderer Schuldverhältnisse noch besser ausgestalten solle als bisher. Schließlich erhebt sich gerade in bezug auf Nebenpflichten die Frage, ob nicht durch die Konstruktion zusätzlicher Pflichten zu Lasten des Bürgers der Gesetzesvorbehalt unterlaufen wird. Den Abschluß könnten dann Bemerkungen zu besonderen Typen von Leistungsverhältnissen bilden: Subventionsverhältnis, Schuldverhältnis, Beamtenverhältnis. Manches läßt sich ja nicht über den allgemeinen Leisten des Rechtsverhältnisses schlagen.

Ich bitte Sie, sich vielleicht jetzt schon zu Wort zu melden. Es ist dann einfacher, die Wortmeldungen zu sortieren und in der entsprechenden Ordnung die Redner zu Wort kommen zu lassen. Ich glaube, daß jedermann sprechen kann, wenn ich von den gestrigen Erfahrungen ausgehe. Man ist nicht genötigt, sich um jeden Preis zu Punkt 1 zu melden in der Sorge, daß man dann später nicht mehr aufgerufen wird. Vielen Dank.

Meine Damen und Herren, darf ich Sie vielleicht bitten, Platz zu nehmen. Wir haben unser Zeitlimit schon überschritten, und es wäre schade, wenn die Diskussion abgebrochen werden müßte in einem Zustand, wo sie in der Sache noch nicht abgeschlossen ist. Wie gestern wollen wir ohne eine Unterbrechung für den Kaffee auskommen. Man kann während der Beratung auch einmal hinausgehen. Es wird draußen Kaffee ausgeschenkt. Was die Zahl der Wortmeldungen angeht, so kann ich sagen, daß noch die Chance besteht, zu Wort zu kommen, wenn man sich jetzt anmeldet. Es liegen bisher ungefähr 12 oder 14 Wortmeldungen vor.

Der Vorstand hat Herrn Häberle gebeten, zu diesem Thema einige Eingangsworte zu sprechen.

Häberle: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Es ist ein nobile officium, einem solchen Wunsch des Vorstands auf Eröffnung der Diskussion füglich zu entsprechen. Ein Eingangsvotum hat die Aufgabe, Konsonanzen und ggf. auch Dissonanzen der drei Referate zur Sprache zu bringen und in der Oppermannschen Tradition vielleicht auch eine erste Bewertung zu versuchen. Die drei Referenten haben mit unterschiedlichem Temperament "Funken" aus ihrem Thema geschlagen; unsere Aufgabe wird es sein, daraus in Konfrontation und Integration ein Feuer zu entfachen. Zunächst zu Herrn Fleiner, "unserem" Herrn Fleiner hier und heute, also dem "richtigen" Fleiner: Sein Referat war ebenso temperamentvoll wie für die Schweiz pionierhaft. Das Referat von Herrn Öhlinger war ebenso differenziert wie für Österreich kühn, das Referat von Herrn Krause war ebenso besonnen wie von hoher praktischer Vernunft zeugend. – Mein eigener Beitrag gliedert sich in eine tagungs- und wissenschaftsgeschichtliche Vorbemerkung und drei Stichworte zur Sache. Zunächst die Vorbemerkung: Das Thema "Verwaltungsrechtsverhältnis" gehört spezifisch unserer Staatsrechtslehrervereinigung, jedenfalls vorläufig. In ihrem Rahmen hat es seine "Karriere" begonnen. Sie alle kennen den zum Klassikertext gereiften Leitsatz 24 von Herrn Bachof auf der Regensburger Tagung von 1971; an diesem klassischen Text sollten wir uns heute "festhalten", dürfen wir aber auch Herrn Bachof selbst "festhalten". Vorausgegangen waren Äußerungen in Heft 25 zu den Subventionsverhältnissen seitens der Herren H. P. Ipsen sowie Zacher, unserem hier und heute großen Vorsitzenden; später kam es in Bern (1969) zu weiterführenden Überlegungen der Kollegen Henke, auch Rüfner aus Anlaß der Sozialrechtsverhältnisse. Wenn ich die Geschichte unserer Vereinigung recht überblicke, ist es das erste Mal, daß wir Referate aus den drei deutschsprachigen Ländern am zweiten Tag, also zum verwaltungsrechtlichen Thema hören. Bisher gab es solche "Dreierberichte"

stets nur im Felde von verfassungsrechtlichen Themen, ich erinnere an die Tagungen in Innsbruck, Trier und Freiburg i.Ue. Heute, in München, stehen wir dank des Vorstands vor den Herausforderungen und Chancen, im deutschsprachigen Verwaltungsrecht ganz spezifische, integrierte Rechtsvergleichung zu leisten. Sie steht vor der zentralen Frage, ob wir die Zukunft des Verwaltungsrechtssystems auf "zwei Beine" stellen sollen, auf den Verwaltungsakt und das Verwaltungsrechtsverhältnis, und ob wir den Verwaltungsakt als "Standbein" nehmen und das Verwaltungsrechtsverhältnis als "Spielbein" oder umgekehrt. Ich meine, wir sollten eine Art "Zwei-Beine-Theorie" entwickeln: es bleibt beim Verwaltungsakt, doch gibt es nun die zweite Ordnungseinheit des Verwaltungsrechtsverhältnisses. Wir sehen hier in den drei Referaten viel Konvergenzen und relativ wenig Divergenzen. Dies ermutigt uns, tendenziell auf der Bahn voranzuschreiten, die sowohl dem Verwaltungsakt als auch dem Verwaltungsrechtsverhältnis eine gleichberechtigte Heimstatt in unserem Verwaltungsrechtssystem gibt. Wenn ich in den Bildern und Gesetzen der Geometrie bliebe, müßte ich in bezug auf den Verwaltungsakt bzw. das Verwaltungsrechtsverhältnis von zwei "archimedischen Punkten" sprechen. Sie kann es jedoch nicht geben, daher ziehe ich die "Zwei-Beine-Theorie" vor.

Nun zum ersten Punkt, zur Frage von Möglichkeiten und Grenzen des integrierenden Verwaltungsrechtsvergleichs im deutschsprachigen Raum. Wir sollten uns einmal fragen, ob sich die Verwaltungsrechtsordnungen der drei deutschsprachigen Länder eigentlich näher oder ferner sind als die jeweiligen Verfassungsrechtssysteme. Wir müssen fragen, was wir wechselseitig voneinander lernen können, auch von den Unterschieden. Ermutigend ist die Erinnerung daran, daß auch ein Otto Mayer den heute klassischen Verwaltungsakt, das "erste Bein" unseres Verwaltungsrechtssystems, in Prozessen der Rezeption und Produktion aus dem französischen Recht übernommen hat. Er ist geworden, wurde entwickelt, ist nicht einfach vorgegeben. Das könnte man dann später einmal vom Verwaltungsrechtsverhältnis sagen. Auf Frankreich hat Herr Fleiner ebenso anschaulich hingewiesen wie auf das US-amerikanische Verwaltungsrechtsdenken bei seinem Versuch, in der Schweiz den Sprung von der überstrapazierten Verfügung in Richtung auf das Denken in Verwaltungsrechtsverhältnissen zu schaffen. - Jetzt zum zweiten Punkt: Welches sind die den drei Ländern eigenen Konvergenzen in Sachen Verwaltungsrechtsverhältnis? Alle drei Referenten haben mit bestimmten Vorgaben des Verfassungsrechts gearbeitet. Ich nenne als Stichworte die Subjektstellung des aktiven Bürgers, der Grundrechte hat, besonders den Gleichheitssatz, und der mit der öffentlichen Verwaltung im sozialen Rechtsstaat mit seinen gewachsenen Staatsaufgaben "gemeinsame Sache"

macht. Im Sozialrecht sehen wir die oft schicksalhafte Verknüpfung des heutigen Bürgers und seine existenzielle Nähe zu einem Bereich des Besonderen Verwaltungsrechts. Hier wie anderwärts ist eine das Verwaltungsrechtsverhältnis kennzeichnende strukturelle Gleichstellung zwischen Bürger und Verwaltung sichtbar. Überhaupt besteht Anlaß, das allgemeine Verwaltungsrecht mit den "propria" der besonderen Verwaltungsrechtsgebiete wie Sozialrecht, Steuerrecht, Subventionsrecht stärker zusammenzuführen. Ein weiterer den drei Referaten gemeinsamer Aspekt ist der Zeitfaktor und das Verfahren. Ich meine die Erkenntnis von Herrn Bachof in Regensburg (1971), wonach sich die Momentaufnahme, das Punktuelle im Eingriffs- und Ordnungsstaat zum Dauerhaften, Prozeßhaften im Verwaltungshandeln des Leistungsstaates gewandelt hat. Alle drei Referate haben für das öffentliche Recht überzeugend immer wieder an Problemlösungsmaterial und Gerechtigkeitsaspekte der uralten Weisheiten der Zivilrechtslehre angeknüpft, das ja auch in den für unser Verwaltungsrechtsverhältnis typischen Kooperationsverhältnissen sowie Gleichordnungsund dauerhafteren Zeitstrukturen denkt. Wir sollten indes nicht in eine "Euphorie" in Sachen Verwaltungsrechtsverhältnis verfallen, das sage ich durchaus selbstkritisch im Blick auf eine eigene Arbeit von 1979: Es geht um ein Sowohl-als-auch von Verwaltungsakt und Verhältnis, hierauf sollte die Verwaltungsrechtsdogmatik vorsichtig umgebaut werden. - Erlauben Sie ein kurzes Wort zu meinem dritten und letzten Punkt, zu den Unterschieden im Ensemble der nationalen Verwaltungskultur der drei deutschsprachigen Länder, die das Denken und Handeln in bezug auf Verwaltungsrechtsverhältnisse unterschiedlich prägen. Es war faszinierend zu sehen, wie Herr Öhlinger vorführte. daß in Österreich der Gedanke des Verfahrens - und das ist doch charakteristisch! - dazu benutzt wurde, um der Struktur des Verwaltungsrechtsverhältnisses vom Rechtsschutz her näher zu kommen. Herr Fleiner forderte – rechtspolitisch – ein eigenes subsidiäres Verwaltungsrechtsverhältnis-Gesetz (LS 24). Anderes sollte m.E. für die Bundesrepublik Deutschland gelten: Hier können wir den aus einer konzertierten Aktion der Verwaltungs- und Verfassungsrechtswissenschaft sowie der Verwaltungsrechtsprechung lebenden und in Richtung auf das Verwaltungsrechtsverhältnis zielenden Wachstumsprozeß kontinuierlich weiter "laufen" lassen, ein allgemeines Gesetz ist nicht erforderlich. Demgegenüber gebieten die Eigenheiten der Verwaltungskultur in der Schweiz heute eine größere gesetzgeberische, politische Intervention, weil Wissenschaft und Verwaltungspraxis dort den größeren - pionierhaften "Sprung" in Richtung auf das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht allein vollbringen können. Besten Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank Herr Häberle, vor allem für den Versuch, die Gemeinsamkeiten der beiden Referate herauszustellen. Ich darf jetzt von meiner Rednerliste die nächsten drei Namen bekanntgeben: zunächst Herr Ipsen, dann Herr Burmeister, dann Herr Bachof. Herr Ipsen.

H. P. Ipsen: Die positiven Anmerkungen, die Herr Häberle gegeben hat zu der dreiteiligen Betrachtung unseres Themas, kann ich nur unterstreichen. Die Rechtsvergleichung, die uns nach der Struktur unserer Vereinigung quasi aufgegeben ist, ist heute perfekt vollzogen worden. Dabei von Herrn Fleiner noch mit Ausblicken auf das angelsächsische und das französische Recht, wobei ich den Blick auf die Vereinigten Staaten für besonders anregend und ermunternd für die weitere Verfolgung dieser Gedanken halte. Die Rechtsvergleichung mit unseren österreichischen Nachbarn habe ich seit eh und je für fruchtbar gehalten. Ich habe mich schon in meiner Dissertation über den "Widerruf gültiger Verwaltungsakte" am österreichischen AVG emporgerankt, nicht nur deswegen, weil es außer einigen einschlägigen Paragraphen des Preußischen PVG hierzu nichts gab, sondern auch, weil ich die Regelungen dort für besonders ergiebig hielt (mit Ausnahme der dort sog. Rechtskraft von Verwaltungsakten).

Als ich vor dreißig Jahren (und Sie werden diesen Rückgriff verstehen, in meinem Alter fällt mir Neues nicht mehr ein, so daß ich die ganze Problematik durch die Brille der Subventionen sehe) mit diesem Thema begann, konnte ich allerdings in Österreich keine Hilfe finden. wohl aber in der Schweiz. Aus den Ausführungen unseres Kollegen Öhlinger geht an vielen Stellen hervor, daß er auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung Defizita rechtsstaatlicher Natur und hinreichenden Rechtsschutzes erkennt. Er hat aber auch Kritik an der deutschen Gerichtsbarkeit geübt, indes sind damit die Mängel nicht beseitigt. Er hat unter II 3 davon gesprochen, daß der "Bescheid" der archimedische Punkt sei und dazu beitrage, rechtsstaatliche Defizite zu liefern. Er hat Ähnliches gesagt unter III 2 in bezug auf die Grundrechtsbindung innerhalb der Leistungsverwaltung, die - er hat sich vorsichtig ausgedrückt - auch nicht hinreichend gesichert sei. Unter IV 1 hat er auf das Rechtsschutzdefizit hingewiesen und unter III 1 die Wendung gebraucht, der öffentliche Zweck modifiziere die Rechtsbeziehungen der Leistungsverwaltung. Das ist nun eine sehr vorsichtige Ausdrucksweise. Ich sehe nämlich - entschuldigen Sie bitte, wenn ich mich so drastisch ausdrücke - in dem ganzen Institut der privaten Wirtschaftsverwaltung eine organisierte Flucht aus dem Legalitätsprinzip. Wie im österreichischen Verfassungsrecht mit seiner Betonung dieses Prinzips dieses Institut der Wirtschaftsverwaltung weiterhin seine Existenz behauptet, habe ich bis Graz, wo wir zum Subventionismus mit dieser Frage befaßt waren, nicht begriffen, und ich habe es bis heute nicht begriffen. Und dies zwar deshalb nicht, weil die Einbindung der Leistungsverwaltung dieser Gestaltungsformen in vielfältiger Beziehung dazu beiträgt, gebotenen rechtsstaatlichen Rechtsschutzanforderungen zu entweichen. Auch die Heilmittel, die angeboten worden sind, werden dem schwerlich abhelfen können. Auch die Abhilfe eines Gesetzes, das aus Kompetenzgründen keine Außenwirkung haben könne (These III 2) würde ich für untauglich halten, weil es ja gerade auf diese Außenwirksamkeit einer Normierung ankommt. Und damit komme ich mit einer überleitenden Frage zu einem letzten Punkt, nämlich dem, was ich in den drei Referaten, rechtspolitisch gesehen, an Gemeinsamkeiten erkenne.

Auf der Grazer Tagung, wo Herr Zacher und ich über die Subventionen zu sprechen hatten, habe ich an die anwesenden österreichischen Kollegen die Frage gerichtet, und ich darf sie heute zu Herrn Öhlinger wiederholen, was eigentlich aus dem famosen Entwurf (ich glaube Ihres Finanzministers) geworden ist, der versuchte, die österreichische Wirtschaftsverwaltung zu kodifizieren. Davon ist in der Tagungsdiskussion die Rede gewesen. Durch Vermittlung von Herrn Winkler habe ich eine gewisse Vorstellung von diesem Entwurf. Ich habe nie wieder etwas von ihm gehört. Immerhin wäre das ein Versuch – ob ein tauglicher, bleibe dahingestellt –, die Leistungsverwaltung im Subventionsbereich in den Griff zu bekommen. Und nun zu der Frage, was an Gemeinsamkeiten den Referaten zu entnehmen ist.

Ich glaube sagen zu dürfen, daß in allen drei Referaten ein (wenn auch modifizierter, unterschiedlicher) Wunsch nach gesetzlichen Regelungen laut geworden ist, nach einer Art Kodifikation, wobei Differenzen bestehen etwa zwischen Herrn Krause und Herrn Öhlinger. auf welchem Niveau solche Regelungen ergehen sollten. Herr Krause hat diese Forderung in Ziffern 3 und 4, in 7b, 7d, 8 und 9 angemeldet in verschiedenen Formulierungen, Herr Öhlinger unter IV 2 und Herr Fleiner in der Ziffer 18 seiner Thesen. Welcher Art soll solche Regelung sein? Ich war etwas überrascht, daß hier nicht von den Referenten Kenntnis genommen worden ist von der Hamburger Tagung des Juristentages, wo die öffentlich-rechtliche Abteilung vor zwei Jahren einen ganz detaillierten Beschluß über eine normierende Behandlung des Subventionsthemas gefaßt hat, und zwar so detailliert, daß man daraus einen Gesetzestext hätte formulieren können. Ich will mich nicht dazu äußern, ob ich diesen Beschluß begrüße oder beklage. Ich will nur auf den Umstand hinweisen.

An vielen Stellen haben die Referenten mit unterschiedlicher Intensität und in unterschiedlicher Methodik darauf hingewiesen, daß die Gestaltungen und Kodifikationen des Zivilrechts über Rechtsverhältnisse hilfreich sein könnten, und dies um so mehr, je mehr Lei-

stungsbeziehungen zwischen öffentlicher Gewalt und dem Bürger vertraglich stattfinden, wobei dann zum Teil auch an eine Absage an die Figur des Verwaltungsaktes mit seinen Auswirkungen gedacht worden ist. Mir liegt hierzu der Gedanke nahe, ob wir nicht in der bekannten Judikatur, die ja schon das Reichsgericht entwickelt hat, überlegen sollten, gewisse grundsätzliche normierte Entscheidungen des Zivilrechts nutzbar zu machen für Regelungen unserer Materie. Ich würde annehmen, daß Herr Henke, der das schöne Buch zu diesem Thema geschrieben hat, in der Diskussion hierzu etwas beitragen kann.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Ipsen. Jetzt Herr Burmeister.

Burmeister: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich werde mich bemühen, mich kurz zu fassen.

Mich haben alle drei Referate - und dies bitte ich nicht als Kritik mißzudeuten - in dem seit langer Zeit erhärtenden Eindruck bestärkt. daß im Bereich der verwaltungsrechtsdogmatischen Theorie- und Svstembildung eine eigentümliche Abkoppelung vom Verfassungsrecht festzustellen ist: eine eigentümliche Abkoppelung vom Verfassungsrecht insofern, als die Verwaltungsrechtsdogmatik mit der Figur des "Verwaltungsprivatrechts" oder – in der Diktion noch fragwürdiger - der "Privatwirtschaftsverwaltung" Erscheinungen von Verwaltungshandlungen zu erfassen versucht, die ich auf der Grundlage des Grundgesetzes nicht zu erklären vermag und für die ich eine verfassungsrechtliche Fundierung nicht finden kann. Lassen Sie mich das kurz erläutern: Seit Überwindung der Fiskustheorie, spätestens unter dem Grundgesetz, ist die Staatsgewalt abschließend erfaßt in der Dreiteilung von Legislative, Exekutive und Jurisdiktion. Was nicht Legislative und was nicht Jurisdiktion ist, ist Exekutive, ist vollziehende Gewalt i.S. von Art. 1 Abs. 3 GG. Eine danebenstehende, außerhalb dieser Dreiteilung existente Erscheinung von Staatlichkeit, einen Staat als Privatrechtssubjekt, gibt es nicht und kann es verfassungsrechtlich nicht geben. Diese verfassungsrechtliche Vorgabe wird offensichtlich von der Verwaltungsrechtsdogmatik nicht zur Kenntnis genommen, denn sie bedient sich der Figur des Verwaltungsprivatrechts, um Rechtsverhältnisse konstruktiv zu erfassen, an denen die Exekutive als Privatrechtssubjekt beteiligt ist - was sich, wie gesagt, aus verfassungsrechtlicher Sicht verbietet. Zu dieser dogmatischen Fehlentwicklung hat sicherlich wesentlich die ständig wiederholte These von der Überwindung von Staat und Gesellschaft beigetragen, die in Verbindung gebracht wird mit dem Sozialstaatspostulat und weithin verstanden wird als Mandat des Staates zur ständigen Expansion in Bereiche, die nach liberaler Auffassung zum Reservat gesellschaftlichprivater Betätigung gehören.

Ich betone nochmals: ein "Verwaltungsprivatrecht" als Kennzeichnung eines Bereiches von Verwaltungstätigkeit in dem Sinne, daß durch die Benutzung von privatrechtlichen Handlungsformen ein Austausch des Staates als Kompetenzträger, sozusagen eine "Entstaatlichung", stattfindet oder ein Austausch des beteiligten Funktionsträgers dergestalt, daß dieser als Privatrechtssubjekt außerhalb seines kompetenzrechtlich-strukturierten Status als Einrichtung der vollziehenden Gewalt an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist, vermag verfassungsrechtlich nicht erklärt zu werden. Lassen Sie mich dies an einem praktischen Beispiel, dem Grundstückskauf einer Gemeinde zur Errichtung eines Rathauses, klarmachen: Die Verwaltungsrechtsdogmatik geht einhellig davon aus, daß es sich hierbei um einen privatrechtlichen Kaufvertrag handelt, um nichts anderes. Dies ist unzutreffend. Die rechtliche Möglichkeit einer Gemeinde, einen Kaufvertrag über den Erwerb eines Grundstücks zu schließen, stellt in keiner Weise infrage, daß Partei oder Zurechnungsendpunkt des Kaufvertrages die Gemeinde als Selbstverwaltungsträger in dem ihr durch Art. 28 Abs. 2 GG verliehenen Status als Träger mittelbarer Staatsverwaltung ist. Die Befugnis der Gemeinde, sich des Mittels des privatrechtlichen Kaufvertrages in Erfüllung der ihr zugewiesenen Selbstverwaltungsaufgaben zu bedienen, erschließt der Gemeinde nicht etwa Handlungsbefugnisse als Privatrechtssubjekt, die außerhalb ihres verfassungsrechtlichen Status und Kompetenzbereiches lägen. Voraussetzungen und Grenzen der Legitimation der Gemeinde, einen Kaufvertrag über ein Grundstück abzuschließen, ergeben sich allein aus der Kompetenzzuweisungsnorm des Art. 28 Abs. 2 GG, und Vertragspartner ist die Gemeinde nur in ihrer Eigenschaft als Träger mittelbarer Staatsverwaltung. - Gleiches gilt, um ein anderes Beispiel herzunehmen, wenn ein Organ der Kultusverwaltung für ein staatliches Museum ein Bild vom Künstler erwirbt. Legitimationsnorm für den Abschluß des Kaufvertrages ist nicht § 433 BGB, sondern der verfassungsrechtliche kulturstaatliche Auftrag des Landes. Das Organ wird gerade nicht aus oder aufgrund der ihm als Privatrechtssubjekt zustehenden Befugnis zur Teilnahme am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr tätig, sondern in Ausübung der ihm übertragenen Kompetenzen, und Partei des Vertrages ist das Land als Bestandteil der institutionalisierten Staatlichkeit, neben der es eine zweite Erscheinung von Staatlichkeit als Privatrechtssubjekt nicht gibt.

Wenn ich die Gründe für diese eigentümliche Diskrepanz zwischen verwaltungsrechtlicher Theoriebildung und Verfassungsrecht richtig überschaue, so scheint mir einem Gesichtspunkt zentrale Bedeutung zuzukommen, auf den vor allem Herr Böckenförde hingewiesen hat: nämlich dem Umstand, daß durch die Übernahme der Konstruktionsfigur der Juristischen Person aus der zivilistischen Dogmatik Attribute

dieser Konstruktion auf den Staat mitübertragen wurden, die für den Staat nicht zutreffen. Die Juristische Person ist eine Erfindung der Zivilistik, um Organisationseinrichtungen die volle Rechtsfähigkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr zuteil werden zu lassen, wie sie natürlichen Personen zukommt. Die mit der rechtskonstruktiven Erfassung des Staates bzw. handlungsfähiger staatlicher Organisationseinheiten verbundene Vorstellung, diesen kämen Vollrechtsfähigkeit zu, ist jedoch verfehlt. Ein staatlicher Kompetenzträger ist niemals vollrechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit von staatlichen Kompetenzträgern ist Ausfluß ihrer Kompetenzinhaberschaft, gegenständlich durch diese beschränkt und qualitativ durch diese bestimmt; eine davon abgespaltene privatrechtliche Teil- oder Vollrechtsfähigkeit ist nicht existent, ja rechtskonstruktiv nicht einmal denkbar.

Es ist daher, um es kurz zu machen, festzustellen: Die Theorie bzw. die Prämisse, daß die Öffentliche Hand mit dem Rückgriff auf privatrechtliche Handlungsformen sich gewissermaßen eine zweite Erscheinungsform als Privatrechtssubjekt erschleichen könne, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Die Verwaltungsrechtsdogmatik muß sich lösen von der Figur des Verwaltungsprivatrechts bzw. der Privatwirtschaftsverwaltung. Am sinnfälligsten beweist dies die Theorie der Fiskalgeltung der Grundrechte, bei der es sich ja um nichts anderes handelt als eine Reaktion, um den in das Privatrecht entlassenen Staat wieder in die Bindungen des Öffentlichen Rechts zurückzuführen. Man brauchte keine Theorie der Fiskalgeltung der Grundrechte, wenn der Fehler vermieden worden wäre, dem Staat die Privatrechtsfähigkeit zuzuerkennen. Es gäbe noch zu einer Reihe anderer verwaltungsrechtsdogmatischer Fehlentwicklungen Bemerkungen zu machen, die hiermit in unmittelbarem Zusammenhang stehen. worauf hier jedoch verzichtet werden muß. Entscheidend ist, daß man sich auf die Grundfrage konzentriert, ob das dogmatische Gebäude des sog. Verwaltungsprivatrechts eigentlich verfassungsrechtlich tragfähig ist. Ich meine, daß dies nicht der Fall ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Burmeister.

Ich darf vielleicht noch zum Ablauf sagen, daß man fünf Minuten nach Möglichkeit nicht überschreiten sollte, so daß möglichst viele zu Wort kommen können. Wir sollten anstreben, daß gegen 17 Uhr den Vortragenden die Gelegenheit zu einem Schlußwort gegeben wird. Sie haben aber selbstverständlich die Möglichkeit, auch während der Debatte sich zu Wort zu melden, sofern dies zweckmäßig erscheint.

Herr Bachof, bitte.

Bachof: Als ich in Herrn Krauses Leitsatz 4 las, die Beteiligung eines Trägers öffentlicher Gewalt modifiziere die durch Egalität und Au-

tonomie geprägte Ordnung unter den Zivilpersonen "durch seine unaufhebbare, ausgleichsbedürftige, überlegene Rechtsmacht (Gewaltverhältnis)", habe ich mit Erleichterung gedacht: Das gibt es also doch noch, die Staatsgewalt, und damit auch den Staat. Denn nach einigen der Vorbereitungs- und anderen einschlägigen Beiträgen konnte man den Eindruck gewinnen, ihre Autoren wollten die Staatsgewalt (und damit auch den Staat) beerdigen. Zwar ist im Grundgesetz expressis verbis von "Staatsgewalt", von "öffentlicher Gewalt" und "vollziehender Gewalt" die Rede. Auch sprechen wir ganz unbefangen von Gewaltenteilung und von erster, zweiter und dritter Gewalt. Wenn aber das Wort "Gewaltverhältnis" auftaucht, dann ergreift manchen Kollegen offenbar ein wahrer Schauder. Warum eigentlich? Was bedeutet das (allgemeine) Gewaltverhältnis denn anders als das Verhältnis, in dem jeder der Staatsgewalt Unterworfene zum Staate steht? Gibt es solche staatliche Herrschaftsmacht etwa nicht mehr? Herr Wielinger hat gemeint, in Österreich habe man sich schon früh dazu bekannt, das Staat-Bürger-Verhältnis nicht als Gewaltverhältnis, sondern als Rechtsverhältnis anzusehen. Besteht aber etwa ein notwendiger Gegensatz zwischen Rechtsverhältnis und Gewaltverhältnis? Das Rechtsverhältnis ist der weitere Begriff. Nicht jedes Rechtsverhältnis ist ein Gewaltverhältnis, aber das staatliche Gewaltverhältnis ist in unserem heutigen Rechtsstaat stets ein rechtlich normiertes Verhältnis, also ein "Rechtsverhältnis". Niemand wird das bezweifeln. Aber hat deshalb die Staatsgewalt aufgehört, Staatsgewalt zu sein? Daß sie heute einem anderen Träger zugeordnet ist als in der Monarchie, und daß sie eine rechtlich normierte Gewalt ist, ändert doch nichts daran, daß sie Staatsgewalt ist und bleibt und als solche das Verhalten des einzelnen zu regeln und zu bestimmen vermag. Wenn gelegentlich geäußert wurde, der einzelne sei heute dem Staat "völlig gleichgestellt", so möge, wer dies behauptet, einmal die Probe auf's Exempel machen und z.B. sein Fahrzeug verbotswidrig mitten auf der Straße parken: sehr rasch wird die Staatsgewalt sich deutlich bemerkbar machen und den Gedanken von der Gleichstellung ad absurdum führen.

Ich habe den Eindruck, daß die Ablehnung des Gewaltverhältnisses vorwiegend auf ideologischen Vorurteilen beruht, weil das Wort "Gewalt" recht verschiedene Bedeutungen hat; mancher vermag sich darunter offenbar nur den knüppelnden Polizisten vorzustellen. Die "Staatsgewalt" ist aber nun einmal ein feststehender verfassungsrechtlicher Begriff. Dieser ist untrennbar mit dem staatlichen Gewaltmonopol verbunden, welches in der Ablösung von Privatrache und Privatfehde erst die Voraussetzungen des Rechtsstaats geschaffen hat. Ohne Staatsgewalt gibt es keinen Rechtsstaat und gibt es auch keine Rechtsverhältnisse. Denn Rechtsverhältnisse beruhen letzten Endes auf ihrer Garantie durch den Staat. Wer die Staatsgewalt und

ihre zwangsläufige Konsequenz, das Gewaltverhältnis, abschaffen will, müßte verlangen, Art. 20 II 1 GG — "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus" — zu streichen und statt dessen zu sagen: "Die Staatsgewalt ist abgeschafft. Es lebe die Anarchie!"

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Bachof.

Die nächsten drei Redner sind Herr Zuleeg, Herr Haverkate, Herr Battis. Herr Zuleeg zunächst.

Zuleeg: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Alle drei Referate haben die Vorzüge des Rechtsverhältnisses, genauer: des Begriffs des Rechtsverhältnisses herausgearbeitet. Wenn ich das in einem Stichwort kurz zusammenfassen kann, erscheint das Rechtsverhältnis als eine Dauerbeziehung zwischen mindestens zwei Personen, und diese Dauerbeziehung hat auch ihre Vorwirkung, wie vor allem Herr Öhlinger und Herr Krause hervorgehoben haben. Ich möchte nun noch einen besonderen Punkt anfügen, der bereits in den zweiten Gliederungspunkt der Diskussion übergreift. Es müßte das Postulat aufgestellt werden, und ich habe das auch schon in Veröffentlichungen getan, daß ein Rechtsverhältnis einheitlich zu qualifizieren sei. Es ist auf dem Hintergrund der Referate eigentlich für alle drei Länder ganz deutlich hervorgetreten, daß die Rechtsbeziehungen und die einzelnen Bestandteile des Rechtsverhältnisses so ineinander verschränkt sind, daß es ein Unding wäre, öffentliches Recht und Privatrecht als Gemisch auf ein Rechtsverhältnis anzuwenden. D.h. also, wir haben eine zusätzliche Bedeutung des Rechtsverhältnisses bei der Qualifikation. ob öffentliches Recht oder Privatrecht vorliegt. Dann stellt sich die Frage, ob die Zuordnungstheorie, die ja gegenwärtig schon als herrschend betrachtet wird, wirklich ihre Funktion erfüllen kann; denn je größer die Vielfalt der Beziehungen ist, desto mehr Rechtsnormen werden anwendbar. Wo soll man denn anknüpfen, um das Rechtsverhältnis anhand der Rechtsnormen zu qualifizieren?

Ich meine allerdings, daß Rechtsnormen durchaus eine Rolle spielen, und dafür ist die Erkenntnis wichtig, daß die Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum Privatrecht schlicht ein Kollisionsproblem ist, und daß es deshalb einer Kollisionsnorm bedarf. Die Schwierigkeit, vor der wir freilich stehen, ist die, daß kaum Kollisionsnormen zu finden sind. Nach meinem Vorschlag bleibt nichts anderes übrig, als eine Regel oder zumindest eine Vermutung aufzustellen. In der Regel ist meines Erachtens das öffentliche Recht anzuwenden, wenn ein Hoheitsträger beteiligt ist, wie aus den Referaten für die Schweiz und für die Bundesrepublik Deutschland deutlich hervorgegangen ist. Nur in besonderen Ausnahmefällen und natürlich dann, wenn eine entsprechende Kollisionsnorm vorhanden ist, muß man auf das Privat-

recht ausweichen. Dann stellt sich die Frage, wie ist in dieses System der Begründungsakt einzureihen?

Die These von Herrn Öhlinger kann nach wie vor aufrechterhalten werden, daß der Begründungsakt ein Archimedischer Punkt ist. Sie haben das für den Rechtsschutz besonders hervorgehoben. Ich meine aber, daß auch für die rechtliche Bindungswirkung und für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses der Begründungsakt nach wie vor eine wesentliche Bedeutung hat. Dann fragt es sich, öffentlich-rechtlicher Vertrag oder Verwaltungsakt? Hier gehen die Auffassungen auseinander. Herr Fleiner-Gerster hat sich für den öffentlich-rechtlichen Vertrag eingesetzt. Ich möchte dazu Widerspruch anmelden, weil ich der Ansicht bin, wenn Sie dem öffentlich-rechtlichen Vertrag einen so großen Raum gewähren, ist damit eine Gestaltungsfreiheit für beide Seiten verbunden, eine vertragliche Gestaltungsfreiheit. Sie haben aber selbst an anderer Stelle den Gleichheitssatz hervorgehoben und ein Gesetz vorgeschlagen, das den Staat und jeden anderen Hoheitsträger näher einbindet. Darin sehe ich eine gewisse innere Widersprüchlichkeit, und ich meine deshalb, daß die Regelform der Verwaltungsakt, die Verfügung oder der Bescheid sein soll und dieser Rechtsakt damit seine Bedeutung nicht verliert, wenn wir das Rechtsverhältnis besonders betonen.

Zum Schluß möchte ich allerdings noch darauf hinweisen, daß es verschiedene Rechtsverhältnisse gibt, bei denen der Begründungsakt versagen muß. Herr Krause hat bereits angedeutet, daß es so etwas gibt. Ich meine, daß wir den Bogen nicht weiter spannen müssen. Rechtsverhältnisse können im öffentlichen Recht, im Gegensatz zum Privatrecht, auch durch bloße Inanspruchnahme, wenn Sie mir gestatten, dieses unschöne Wort zu verwenden, begründet werden, beispielsweise bei der Benutzung kommunaler Einrichtungen. Durch die bloße Benutzung kann das Rechtsverhältnis zustandekommen. Ich möchte noch weiter darauf hinweisen, daß dort, wo der Begründungsakt defizitär ist, wie das Herr Öhlinger ausgedrückt hat, ebenfalls eine Qualifikation erfolgen muß; denn Rechtsbeziehungen sind vorhanden. Ein Rechtsverhältnis entsteht also, obwohl der Begründungsakt nichtig oder wegen Dissenses gescheitert ist. Dankeschön.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Zuleeg. Nun Herr Haverkate.

Haverkate: Meine Damen und Herren. Punkt 1: Einige Anmerkungen der Referenten legten nahe: die Leistungsverwaltung sei durch Kooperation zwischen den Beteiligten gekennzeichnet. Ich frage: Ist die Leistungsverwaltung denn der Sache nach mehr auf Kooperation angelegt als die ordnende und Eingriffsverwaltung? Ich bezweifle das. Wir finden auch im Bereich der ordnenden Verwaltung zunehmend

Kooperationselemente. Wie oft ist die hoheitliche Verfügung nur ein formaler Endpunkt langwieriger Verhandlungen zwischen dem Bürger und der Verwaltung? Da ist dann das Hoheitliche nur noch Form; inhaltlich sind Absprachen zwischen den Beteiligten. Wenn man etwa bauen will, geht man klugerweise zum Bauamt und fragt, welche Vorstellungen die Behörde hat — man versucht, sich mit der Behörde abzustimmen, um die Baugenehmigung rasch und ohne Schwierigkeiten zu bekommen. Zum andern: Will die Verwaltung von gesetzlichen Eingriffsbefugnissen Gebrauch machen, so steht sie nicht selten vor dem Problem, daß für ein hoheitliches Vorgehen ein bestimmter politischer Preis gezahlt werden muß; das hoheitliche Vorgehen muß oft politisch "erkauft" werden — wir finden also vielfältige Kooperationsansätze, die durchaus nicht immer begrüßenswert sind. Kurzum: ich glaube also, Kooperation findet nicht nur in der Leistungsverwaltung statt. Und: Kooperation muß nicht immer etwas Erfreuliches sein.

Punkt 2: Herr Fleiner hatte in seiner These 26 gefordert: Nach Möglichkeit Regelungen durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Ich frage: Kann denn nur ein Vertrag die Interessenlage der betroffenen Parteien ausgewogen berücksichtigen? Tut er das typischerweise? Wer schon einmal einen Vertrag ausgehandelt hat, weiß, daß es durchaus unerfreuliche Verträge gibt, Diktatverträge, Verträge, die ein bestehendes Machtungleichgewicht in aller Härte widerspiegeln. Das zeigt: es kommt doch offensichtlich weniger auf die Form an, weniger darauf, ob eine Regelung durch Vertrag oder durch einseitige Verfügung getroffen wird; entscheidend ist vielmehr, ob eine faire Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen stattgefunden hat.

Im übrigen: Die Vertragsform kann sogar für den Bürger eindeutige Nachteile mit sich bringen. Will der Bürger später gegen eine vertragliche Regelung angehen, wird er doch immer den Einwand hören, "Damals waren Sie doch einverstanden?" Die Vertragsform verschiebt in der Praxis die Argumentationslast zu Ungunsten des Bürgers – er hat ja unterschrieben.

Punkt 3: Die Referenten haben von den "am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien" gesprochen. Wer sind diese Beteiligten? Da ist die Verwaltung, da ist der Begünstigte — zwischen ihnen besteht ein Rechtsverhältnis. Wo aber bleibt der Konkurrent? Da wirbt eine Gemeinde ein Kaufhausunternehmen an, es soll endlich ein schönes modernes Kaufhaus in der Gemeinde errichtet werden. Man einigt sich: die Gemeinde gibt eine Subvention, ja sie sichert darüber hinaus zu, dem Investor lästige Konkurrenz vom Halse zu halten. Am Rechtsverhältnis beteiligt sind die Gemeinde und das Unternehmen, der Konkurrent (den wir ja noch gar nicht kennen) bleibt bei einer Konzentration auf das "Rechtsverhältnis" unbeachtet. Ich sehe die Gefahr, daß das im geltenden Recht schon sehr leidige und ungelöste

Problem eines effektiven Konkurrentenschutzes noch stärker als bisher verdrängt wird, wenn wir unsere Betrachtung auf das "Rechtsverhältnis" konzentrieren.

Punkt 4: Herr Fleiner. Sie haben das Wohlverhalten des Leistungsempfängers angesprochen. Das ist ein ganz schwieriges und wichtiges Problem. Nun gibt es einen praktischen Zwang zum Wohlverhalten gerade außerhalb des Rechtlichen und außerhalb des Rechtsverhältnisses. Denken wir an die faktischen Dauersubventionen. Ein Beispiel: Ein Privat-Theater bekommt jedes Jahr eine Zuweisung aus dem Haushaltsplan - über 20 Jahre lang. Rechtlich ist diese Zuweisung jedesmal neu, jedes Jahr frisch. Der Druck, der auf ein solches Theaterunternehmen ausgeübt würde - etwa ein Druck zu politischem Wohlverhalten - dieser Druck betrifft gar nicht das laufende Rechtsverhältnis, sondern nur die faktische Chance, im nächsten Jahre wieder Mittel zu bekommen. Frage: Wie erfassen wir diese faktische Belastung dessen, der in der Zukunft von einer bestimmten Leistung der Verwaltung abhängig sein wird? Auch hier scheint mir die Konzentration auf das - gegenwärtige - Rechtsverhältnis keinen Ansatz zu hieten.

Punkt 5: Was bewirkt die Konzentration auf das "Rechtsverhältnis?" Man mag damit synallagmatische Beziehungen, Wechselseitigkeitsbeziehungen zwischen Verwaltung und Bürger verdeutlichen. Vielleicht noch wichtiger: der Begriff des Rechtsverhältnisses mag daran erinnern, in welche sehr verschiedenen und vielgestaltigen Lebensverhältnisse eine Leistung der Verwaltung hineinwirkt. Insoweit hat die Hinwendung zum Rechtsverhältnis sicherlich eine wichtige heuristische Funktion. Aber eines ist klar - das ist bei Herrn Krause wie bei den anderen Referenten deutlich geworden - diese Hinwendung zum Rechtsverhältnis ersetzt keine materiellen Kontrollmaßstäbe. Rechtliche Maßstäbe für die Beurteilung staatlicher Leistungen lassen sich aus dem Begriff des Rechtsverhältnisses nicht entwickeln. Bei wichtigen Problemen, die gelöst werden müssen, sind wir noch nicht weitergekommen - das zeigt sich beim Konkurrentenschutz, das zeigt sich bei dem faktischen Zwang zum Wohlverhalten des Begünstigten; vielleicht sehen wir aber die Realität des leistenden Staatshandelns mitsamt seinen ungelösten Rechtsschutzproblemen aufmerksamer.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Haverkate. Herr Battis, bitte.

Battis: Herr Vorsitzender, sehr verehrte Damen, meine Herren. Die Intensität und Stringenz der fundierten Darlegungen von Herrn *Krause* und das breite, von Herrn *Fleiner* aufgefächerte Spektrum der rechtsvergleichenden Hinweise ermuntern mich, kurz, aber entschieden, der

in beiden Referaten zutage getretenen Tendenz zu widersprechen. Besonders ermuntert hat mich dazu der Eröffnungsbeitrag von Herrn Häberle, der ja schon so weit gegangen ist, von einer Zwei-Beine-Theorie zu sprechen und, wenn ich ihn richtig verstanden habe, erwägt, den Verwaltungsakt nur noch als Spielbein zu sehen. Ich halte das in der Tendenz für verfehlt und stimme insofern Herrn Öhlinger zu: der Bescheid ist unverzichtbar.

Erlauben Sie mir dazu zwei Bilder von Herrn Bachof aufzugreifen. Das eine ist das vom Verwaltungsakt als Momentaufnahme und das zweite, das von vorhin: der Verwaltungsakt als Ausdruck von Staatsgewalt. Wenn man sich das Bild vom Verwaltungsakt als Momentaufnahme vor Augen hält, und zwar vor dem Hintergrund, wie ihn besonders eindrucksvoll Herr Krause dargestellt hat, daß nämlich Dauerrechtsverhältnisse schon vorgeburtlich beginnen und nach dem Tode noch nachwirken, dann wird m.E. deutlich, daß wir Dauerrechtsverhältnisse von solcher rechtlicher Intensität wie sie der Verwaltungsakt hat, nicht bedürfen, daß diese Intensität nur für bestimmte Momentaufnahmen erträglich ist. Ich polemisiere jetzt ein bißchen. Herr Krause, Sie haben das Beamtenrecht als Vorbild hingestellt. Wahrscheinlich bin ich über den Verdacht erhaben, das Beamtenrecht als Ausdruck des Feudalismus und als vordemokratisches Relikt zu sehen. Gleichwohl verspüre ich wenig Neigung dazu, zu befürworten, daß die Dauerrechtsverhältnisse in eine ähnliche Dichte der Verrechtlichung gerieten wie sie für das Beamtenrecht typisch ist.

Wohl im Gegensatz zu Herrn Fleiner möchte ich einen allgemeinen Kodifikationsbedarf für die Rechtsverhältnisse im Bereich der Leistungsverwaltung verneinen. Das schließt nicht aus, daß, wie vom Juristentag empfohlen, für bestimmte Bereiche, wie Subventionen gewisse spezielle Regelungen zu schaffen. Aber ich sehe weder einen Bedarf für ein allgemeines noch für ein besonderes Verwaltungsrechtsverhältnis, also für eine Kodifikation besonderer und allgemeiner Verwaltungsrechtsverhältnisse. Der Verwaltungsakt ist einerseits wegen seiner Präzision als einseitig verbindliche Regelung nicht zu überbieten, er hat aber andererseits gleichzeitig die erforderliche Flexibilität, ein Umstand, den Sie, Herr Krause, zutreffend angesprochen haben mit dem Hinweis auf Nebenbestimmungen, Teilgenehmigungen, mehrstufige Verfahren etc. Ich meine, hier gibt es der Möglichkeiten genug. Lassen Sie mich bitte schließen mit der Bemerkung, daß in der Verwaltungspraxis Vorstellungen, wie sie hier zumindest teilweise angeklungen sind, auf noch viel deutlicheren Widerspruch stoßen würden. Ohne die ergänzende begrifflich-systematische und didaktische Funktion des Verwaltungsrechtsverhältnisses zu bestreiten, meine ich, daß der Verwaltungsakt das einzige Standbein bleiben muß.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Battis. Herr Zacher, wollten Sie sich unmittelbar dazu im Wege des Quereinstiegs äußern, der, wie ich glaube, erlaubt ist? Aber nicht mehr als zwei Minuten.

Zacher: Ich wollte zu Herrn Battis etwas sagen. Begründungsakt und Ordnung im Rechtsverhältnis sind einfach zwei unterschiedliche. wenn auch zusammenhängende Dinge. Die kann man doch nicht gegeneinander aufrechnen. Das sind zwei Ordnungsprobleme. Wenn ich die ganze Ordnung eines Rechtsverhältnisses - Verwaltungsakt oder Vertrag, ist vollkommen uninteressant – im Begründungsakt anlegen muß, wird dessen Prognoselast, Konfliktphantasie und Regelungskraft weithin überfordert. Je länger das Verhältnis dauert und je komplexer es ist, desto geringer ist die Leistungsfähigkeit des Begründungsakts: denn um so größer muß der Normvorrat sein, der generell vorgegeben ist, um die Verhältnisse im Zeitverlauf über die Komplexität hin zu steuern. Das kann der Begründungsakt nicht. Unsere Wissenschaft hat bisher über den Begründungsakt unendlich viel nachgedacht. Und sie hat die Frage, wieviel er über Komplexität und Dauer hin leistet. nicht gestellt und beantwortet. Die Probleme werden immer zu Lasten des Bürgers gelöst, indem dann eben auf Veränderungen, neue Entwicklungen mit Widerrufen und dergleichen reagiert wird. Und insofern ist die Frage des Themas gewesen, einmal nicht über den Begründungsakt zu reden, sondern einmal über den Ordnungsvorrat, der bestehen muß, um die Komplexität über die Entwicklung hin zu steuern.

Vorsitzender: Jetzt Herr Götz.

Götz: Unser Gegenstand ist ausschließlich die Leistungsverwaltung, nicht die ordnende Verwaltung. Ich meine, daß die drei Referenten uns sehr deutlich gezeigt haben, daß diese Leistungsverwaltung kein einheitlich geschlossenes Ganzes ist, sondern daß sie eine differenzierte Struktur hat. Ich brauche nur stichwortartig an die Bereiche zu erinnern: Schule, Sozialversicherung, sonstige Sozialleistungen, Subventionsverwaltung, staatliche und kommunale Nutzungsverhältnisse für Einrichtungen. Das können wir systematisch alles als Leistungsverwaltung zusammenfassen, müssen uns aber klar sein, daß die rechtliche Ordnung besonders durch die Differenzierung geprägt wird. Dies müssen wir im Auge behalten, wenn wir auf die Suche gehen nach Institutionen, die die jeweiligen Rechtsverhältnisse angemessen erfassen. Ich bin mit Ihnen, Herr Krause, der Meinung, daß diese Institutionen nicht insgesamt in den besonderen Teil entlassen werden können, sondern daß wir uns - um Ihr Stichwort zu gebrauchen – auf eine mittlere Abstraktionsebene begeben sollen. Das ist ein sehr deutungsfähiger Begriff, mit dem man zunächst einmal leben kann. Man kann von ihm ausgehen und nach praktischer Konkretisierung suchen. Ich möchte an dieser Stelle für die Vielfalt der rechtlichen Institutionen zur Ordnung der Leistungsverwaltung plädieren und möchte vor den vielfältigen Klischees, Stereotypen und Vereinfachungen warnen, die sich in die Diskussion dieser Frage doch sehr häufig einschleichen.

Dazu der erste Punkt: das Zivilrecht als Ordnungsmodell. Sie haben, Herr Krause, sehr richtig in Erinnerung gerufen, daß das Rechtsverhältnis seine Ordnung modelltypisch im Zivilrecht hat und dort prototypisch im Schuldverhältnis zum Ausdruck kommt. Ich meine. wir sollten diese Modellwirkung des Zivilrechts nicht überschätzen. 1940 hat Günther Haupt eine bedeutende zivilrechtliche Entdeckung gemacht. Er hat an dem Beispiel der Straßenbahnfahrt das faktische Vertragsverhältnis entdeckt und damit das Zivilrecht revolutioniert. Er hat seine Ordnungsprinzipien der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie umgestoßen, um zu einer angemessenen Einordnung eines Vorganges öffentlicher Verwaltung, nämlich jener Straßenbahnfahrt, zu kommen. Dies nur einmal als Beispiel dafür, daß das Zivilrecht keineswegs von vornherein der Erwartung entsprechen kann, das angemessene Modell für die Bewältigung von Vorgängen oder sonstiger Leistungsverwaltung bereitzuhalten. Der Umstand, daß das Zivilrecht kodifiziert ist, hat oft eine starke Anziehungskraft auf die verwaltungsrechtliche Diskussion ausgeübt. Wenn wir die Kodifikation des Zivilrechts zum Vorbild nehmen, dann verfallen wir allerdings in eine Betrachtungsweise, die etwa 100 Jahre zurückführt, als diejenigen, die das Verwaltungsrecht entwickelt haben, neidvoll auf die zivilrechtliche Kodifikation geblickt haben. Heute ist diese Kodifikation gealtert. Sie hat Lücken (Beispiel: positive Vertragsverletzung). Vieles hat sich im Zivilrecht außerhalb der Kodifikation entwickelt. Wir können die Kodifikation nicht als Vorbild nehmen.

Zweitens: Ein langjähriges Stereotyp war es, daß der Verwaltungsakt, weil er seinen Ursprung in der Polizeiverfügung und im Abgabenbescheid habe, nicht als allgemeines Institut des Verwaltungsrechtes und schon gar nicht in der Leistungsverwaltung taugen könne. Das stimmt so nicht. Wir müssen zur Kenntnis nehmen, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz, daß das Sozialgesetzbuch, daß die Abgabenordnung den Verwaltungsakt zum Ausgangspunkt von Regelungen macht. Das hat seine wichtigen Gründe. Nicht so sehr, Herr Zacher, für die Begründung der Rechtsverhältnisse — das ist ganz einleuchtend, was Sie dazu sagen —, sondern der Verwaltungsakt ist ein Akt, in dem Entscheidungen kanalisiert werden, die man dann an diesem Punkt auch angreifen kann, und in dem sich die Bestandskraft ansiedeln läßt.

Dritter und letzter Punkt, mit dem ich für die Vielfalt der Institutionen plädieren möchte: die Verwendung des Privatrechtes in der öffentlichen Verwaltung. Wir finden von Zeit zu Zeit die Bekenntnisse der überzeugten Zivilrechtsgegner, was das Tätigwerden der öffentlichen Verwaltung betrifft. Ich meine, daß das Zivilrecht unverzichtbar ist als ein Handlungsmittel der Leistungsverwaltung. Die Entwicklung hat aber dazu geführt, daß das Zivilrecht im wesentlichen nur an bestimmten Einsatzpunkten noch seinen Platz hat und daß die Gefahr der Flucht in das Zivilrecht weitgehend gebannt ist - nicht zufällig haben wir heute mehrfach das interessante Stichwort der Flucht in das öffentliche Recht gehört. Es ist sehr viel gegen Zwei-Stufen-Lehre und Verwaltungsprivatrecht polemisiert worden. Bei diesen Polemiken hat man immer nur die Schwierigkeiten dieser Ordnungsmodelle gesehen, die unzweifelhaft bestehen. Aber jene Modelle sind nicht verzichtbar und haben meines Erachtens Hervorragendes geleistet, um die Verwendung des Zivilrechtes rechtsstaatlich unbedenklich zu malchen. Warum ist das Zivilrecht unverzichtbar? Es ist z.B. unverzichtbar, wenn Subventionsprogramme, oder wenn die Kreditversicherung der Exportwirtschaft mit der Einschaltung von Banken oder bankähnlichen Institutionen abgewickelt wird. Hier eignet sich Zivilrecht in einer Durchführungssituation. Und es ist auch unverzichtbar und auch unbedenklich für bestimmte Nutzungsverhältnisse in der kommunalen Leistungsverwaltung.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Götz. Die nächsten: Herr Bothe, Herr Raschauer, Herr Meyer. Ich darf sagen, daß man sich noch zu Wort melden kann. Es liegen jetzt ungefähr acht Wortmeldungen vor. Es besteht also die Chance, bis 17 Uhr noch zu Wort zu kommen.

Bothe: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte ein paar der Probleme, die wir heute diskutieren, anhand eines praktischen Falles erörtern, eines Falles, der, das wird Sie nicht wundern, aus dem internationalen Bereich kommt. Es handelt sich um die von Herrn Götz eben schon angesprochenen Fragen der Exportgewährleistung, und zwar im Zusammenhang mit dem Phänomen der Verschuldungskrise der Dritten Welt und einiger sozialistischer Staaten.

Um den Zusammenhang mit unserem Thema darzutun, sind einige Erläuterungen erforderlich. Vor der Entscheidung über eine Gewährleistung läßt sich der Bund für den Fall der Umschuldung von dem Exporteur, dessen Exportkredit er gewährleistet, die Zustimmung dazu geben, daß die Forderung des Exporteurs in Umschuldungsverhandlungen einbezogen werden kann. Das ist notwendig, weil der Bund zum Zeitpunkt der Verhandlungen mit dem dritten Staat nur teilweise Gläubiger dieser Forderung ist. Er wird Gläubiger der Ex-

portforderung erst in dem Moment, wo er entschädigt, und nur insoweit er entschädigt. Soweit er z.B. bei dem regelmäßig vereinbarten Selbstbehalt nicht entschädigt, oder wenn diese Verhandlungen geführt werden, bevor der Entschädigungsfall eintritt, dann ist der Gläubiger der Forderung noch der private Exporteur oder ein privates Kreditinstitut. Für diesen Fall braucht der Bund eine Zustimmung, damit er darüber verhandeln kann. Die rechtliche Qualifizierung und die rechtlichen Konsequenzen dieser Zustimmung sind es, die im Zusammenhang unseres Themas interessieren.

Sie wissen, daß die Exportgewährleistung konstruiert ist nach dem klassischen Modell der Zwei-Stufen-Theorie: Es gibt zunächst einen Verwaltungsakt des Bundes, der die Gewährleistung zuspricht, und dann einen Abwicklungsvertrag, der für den Bund von der Hermes-Kreditversicherung geschlossen wird.

In dem Antrag auf Erteilung der Gewährleistung, also in dem Antrag auf Erlaß eines Verwaltungsaktes ist die besagte Zustimmung ausgesprochen. Sie wird aber auch durch Bezugnahme Bestandteil des Abwicklungsvertrages, über dessen Einordnung in bürgerlichrechtliche Vertragstypen sich die Zivilrechtler zwar streiten, der aber zweifelsohne ein privatrechtlicher Vertrag zwischen dem Bund und dem Exporteur ist.

An diese Konstruktion schließen sich folgende Fragen an: Ist diese Zustimmung – in doppelter Weise erteilt – oder genauer die durch sie gewonnene Verfügungsbefugnis des Bundes über die Forderung Bestandteil, Nebenbestimmung des Verwaltungsakts? Da es sich um eine Belastung handelt, stellt sich hier die Frage des Gesetzesvorbehalts. Nach der Auffassung der Verwaltungsrechtsprechung im Zusammenhang etwa mit Subventionen handelt es sich wohl um einen Nachteil, der so eng mit einem Vorteil verbunden ist, daß eine gesetzliche Grundlage nicht für erforderlich gehalten wird. Spannend wird die Sache dann, wenn sich einige Gefahren realisieren, die sich für den Gläubiger aus dieser Situation ergeben können. Der Gläubiger kann zwei Arten von Vermögensnachteilen erleiden. Einmal kann bei den Verhandlungen ein Zinssatz herauskommen, der niedriger ist als der, den der Gläubiger bei einer Abwicklung des Vertrages mit dem Importeur im Ausland erhalten hätte, wenn also die in der Umschuldung vereinbarten Konsolidierungszinsen niedriger sind als die vertraglichen Verzugszinsen. Das zweite sind Nachteile, die sich durch eine Herauszögerung des Verfahrens ergeben. Besteht ein Anspruch des Gläubigers auf Ausgleich dieser Schäden? Damit sind wir bei der Frage möglicher Anspruchsgrundlagen, und bei unserem heutigen Thema.

Zunächst einmal ist an die Amtspflichtverletzung zu denken. Woraus kann sich eine Amtspflicht ergeben? In Betracht kommt ein öf-

fentlich-rechtliches Treuhand-Verhältnis, das für den Bund als Verhandlungsführer die Pflicht begründet, die Vermögensinteressen des privaten Gläubigers sorgfältig zu wahren. Dieses ist allerdings nur dann und insoweit gegeben, als man die Umschuldungsverhandlung, die ja eigentlich schon zur Abwicklung gehört, doch dem öffentlich-rechtlichen Teil dieses Rechtsverhältnisses zuordnet. Wenn man sagt, dies gehört zu der privatrechtlichen Seite, dann kommt in Betracht ein Anspruch aus positiver Forderungsverletzung. Wo kommt es auf den Unterschied an? Nun für beide Ansprüche sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Ein Unterschied besteht bei der Verjährung, aber möglicherweise auch bei den Maßstäben für Rechtswidrigkeit und Verschulden. Der Bund hat bei den Verhandlungen, das wird niemand bestreiten, die Interessen des Exporteurs zu wahren; er hat aber auch andere Interessen zu wahren. Er kann etwa aus politischen Gründen einen besonders niedrigen, für den Exporteur ungünstigen Zinssatz gewähren. Eine Amtspflichtverletzung könnte darin kaum gesehen werden. Der gleiche Gesichtspunkt wäre bei der Prüfung im Rahmen einer positiven Vertragsverletzung unter privatrechtlichen Gesichtspunkten etwas schwierig unterzubringen.

Man kann weiter fragen, ob nicht in einem solchen Fall, in dem die Wahrung öffentlicher Interessen und die Wahrung der privaten Interessen des Gläubigers kollidieren können, auch daran zu denken ist, den enteignenden Eingriff als Anspruchsgrundlage heranzuziehen. Es ist doch eine Aufopferungslage gegeben, bei der der Bund berechtigt wäre, dem Schuldnerstaat günstige Bedingungen einzuräumen, und zwar aus Erwägungen des öffentlichen Interesses, zugleich entgegenstehende private Interessen hintanzustellen. Er wäre dann aber verpflichtet, nach den Grundsätzen des enteignenden Eingriffes zu entschädigen. Diese Konstruktion scheint mir logisch zu sein, das Problem dabei ist freilich die Bestimmung der Opfergrenze.

Insgesamt scheinen mir die beschriebenen Fälle mit der Konstruktion eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses der Exportgewährleistung jedenfalls sinnvoll lösbar.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Bothe. Ja, jetzt kommt der österreichische Widerhall aus dem Publikum. Herr Raschauer.

Raschauer: Meine Damen und Herren! Zu diesem konkreten Votum kann ich keinen Widerhall geben. Ich sage ganz bewußt "ich", um mir keinen Vorwurf einzuhandeln.

Ich habe drei Punkte anzumerken. Erstens: Ich habe nie verstanden, wie man die Frage Rechtsverhältnis oder Bescheid offenbar als Alternative verstehen kann. Durch einen Bescheid kann ein Rechtsverhältnis begründet werden; der Bescheid, also der Verwaltungsakt,

kann der Erfüllungsakt eines Rechtsverhältnisses sein, insbesondere eines Verwaltungsverfahrensverhältnisses; und durch einen Verwaltungsakt kann der Bestand oder Inhalt eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden. Die beiden Begriffe ergänzen einander also und können nicht als Alternativen gesehen werden. Ein österreichischer Klassiker, Walter Antoniolli, hatte in seinem Lehrbuch schon 1954 ein Kapitel über Rechtsverhältnisse und ein Kapitel über das Verwaltungshandeln.

Zweiter Punkt: Das Verhältnis dieses Themas zur Verfassung. Daraus möchte ich nur einen Aspekt besonders herausgreifen, der bei allen Rechtsverhältnisfragen eine Rolle spielen muß: Wie hältst Du es mit dem Legalitätsprinzip? Unter den vielen Beispielen, die wir heute gehört haben, sind offenbar nie oder kaum der Hauptinhalt des Rechtsverhältnisses in Frage gestanden, sondern waren die Nebenpflichten von Interesse. Unter diesen interessieren vor allem die ungeschriebenen Nebenpflichten, die verschiedentlich anerkannt werden. Ein ganz einfaches Beispiel: In einem Gesetz steht, daß ein bestimmter Verwaltungsakt antragsbedürftig ist; mehr steht dazu nicht. In der Verwaltungspraxis muß der Bürger dann oft ein drei-, vieroder mehrseitiges Formular ausfüllen. Was insoweit zunächst banal ist, das weitet sich dann in der Staatspraxis immer weiter aus. Nach dem Arzneimittelgesetz sind es ganze Bücher mit umfassenden Urkunden, die vorgelegt werden müssen. In dem konkreten Beispiel, gebe ich zu, ist es in Österreich mittlerweile gesetzlich ausdrücklich vorgesehen. Aber in anderen Zusammenhängen, insbesondere in Anlagenbewilligungsverfahren, steckt offenbar in dem Wort "antragsbedürftig" eine ganze Welt von Nebenpflichten. In verfassungsdogmatischer Sicht benötige ich dafür jedoch eine Grundlage.

Ich wollte an sich zu dem Wort "Gewalt", wie es in dem Thesenpapier von Herrn Krause vorkommt und dort auf Grund des Kontextes, des Satzes davor und des Satzes dahinter nicht weiter verdächtig ist, nichts sagen. Aber nachdem ich soeben von einem Altmeister der deutschen Staatsrechtslehre ein Plädover über den Staatsgewaltsbegriff gehört habe, möchte ich mir doch erlauben zu warnen. Denn das Bedenken, das hier erwächst durch eine zu leichte Verwendung des Begriffes "Staatsgewalt" kann nicht nur am Beispiel des besonderen Gewaltverhältnisses verdeutlicht werden, sondern gerade auch an Beispielen aus der vorliegenden Themenstellung: "Die Staatsgewalt benötigt dieses und jenes, und daher darf sie dieses und jenes auch fordern". So einfach, glaube ich, dürfte der Gedankengang nicht sein. Ich will hier nichts unterstellen, aber es sollte eine solche Ableitung von vorneherein gar nicht nahegelegt werden. In Österreich kommt der Begriff "Staatsgewalt" in der Verfassung auch nicht als Rechtsbegriff vor.

Daher: Begründungsversuche für ungeschriebene Nebenpflichten können — und das ist ja bei allen Vortragenden deutlich geworden, vor allem unter dem Gesichtspunkt Dauerschuldverhältnis geliefert werden. In diesem Zusammenhang könnten wir in Österreich doch auch einiges beitragen. Ich würde es nicht ganz so negativ kritisch skizzieren, wie dies heute Herr Öhlinger getan hat. Ich glaube, man kann einiges an Judikatur ausbreiten, wo im Rahmen von Abgabenund Sozialversicherungsverhältnissen sehr wohl Zusagen eine Bedeutung beigemessen wurde, Treu und Glauben relevant war u.a.m. Hier, glaube ich, könnten wir auch positive Beispiele bringen.

Der zweite Gesichtspunkt, den ich als Begründungsansatz für nicht geschriebene Nebenpflichten unter dem Legalitätsprinzip zur Diskussion stellen wollte, ist die Frage der Symmetrie und damit ein spezieller Aspekt des Gleichheitssatzes. Wir haben in unserem Verwaltungsverfahrensrecht das Problem ungeschriebener Mitwirkungspflichten von Bürgern, von Parteien im Verfahren. Es wäre nun zu überlegen, ob diese ungeschriebenen verfahrensrechtlichen Nebenpflichten nicht deshalb gerechtfertigt sind, weil ausdrücklich auch die Behörde einer Beratungs- und Betreuungspflicht unterworfen ist, so daß insoweit eine gewisse Symmetrie besteht, die eine nicht geschriebene Mitwirkungspflicht, Offenlegungs- oder Beischaffungspflicht tragen könnte.

Derartige Überlegungen können wohl nur die Lehre und im Einzelfall die Rechtsprechung entwickeln. Ich wäre nicht sehr optimistisch, wollte man herangehen und diese Fragen verrechtlichen, etwa als einen allgemeinen Teil des Rechtsverhältnisrechts im Verwaltungsrecht gesetzlich ausformulieren.

Ganz zum Schluß noch eine Anmerkung: Wenn wir dieses Ringen um ein Rechtsverhältnisrecht ernsthaft aufgreifen, dann zeigt sich die Ambivalenz von bestimmten Einrichtungen — Herr Öhlinger hat die Volksanwaltschaft und ihre besondere Bedeutung in diesem Zusammenhang zitiert, Herr Krause hat die Patientenfürsprecher angeführt. Wenn man schnell einen gewissen Erfolg für die Patienten herbeiführen will, dann wird man als Politiker klarerweise an solche Konstruktionen denken. Für einen Juristen ist es, trocken betrachtet, letztlich eine Kapitulation des Rechtsverhältnisdenkens. Da man offenbar die im Rahmen des Rechtsverhältnisses bestehenden Pflichten nicht durchsetzen kann, müssen irgendwelche Ersatzlösungen Platz greifen. Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Raschauer. Bevor ich Herrn Meyer jetzt das Wort gebe, möchte ich abermals darauf hinweisen, daß man sich noch zu Wort melden kann. Es wäre besonders schön, wenn sich eine schweizerische Stimme erheben würde zum Referat von Herrn Fleiner. Wir haben bisher aus der Schweiz keine Reaktion gehabt. Es

wäre doch schade, wenn dazu nichts gesagt würde. - Herr Meyer, Herr Breuer, Herr Oldiges sind die nächsten Sprecher.

Meyer: Herr Öhlinger, bei Ihrem Referat ist mir eingefallen: Tu felix Germania! Denn ich habe aus Ihrem Referat erfahren, daß in Österreich immer noch die Verwaltungsrechtsdogmatik sich als Abfallprodukt des Prozeßrechts sieht und sehen muß, weil das Prozeßrecht zwingt, die materiell-rechtliche Lage so zu "interpretieren", daß Klagen überhaupt zulässig sind. Das ist bei uns, Gott sei Dank vorbei, wenn es auch noch nicht alle gemerkt haben.

Ich vermag nicht zu sehen, daß das Rechtsverhältnis den Verwaltungsakt ersetzen könnte. Dazu hat Herr Raschauer das Notwendige gesagt. Außerdem, Herr Krause, "leerer" als das Rechtsverhältnis ist der Verwaltungsakt nun wirklich nicht; das Rechtsverhältnis ist vielmehr das inhaltsloseste Rechtsinstrument, das je angeboten worden ist. Im übrigen haben diejenigen, die immer noch meinen, der Verwaltungsakt sei ein punktuelles Instrument, offensichtlich das Verwaltungsverfahrensgesetz, die Abgabenordnung und das Sozialgesetzbuch, 10. Teil, nicht gelesen. Nach § 9 des Verwaltungsverfahrensgesetzes zum Beispiel begründet der Verwaltungsakt im Vorgriff ein zeitliches Verhältnis, ist also keineswegs auf eine punktuelle Wirkung beschränkt.

Der Begriff Rechtsverhältnis als alter oder neuer Terminus ist nur interessant, wenn sich aus ihm etwas ergibt, was ohne ihn nicht existierte. Die Referenten haben sich auf die "mittlere Abstraktionsebene" zurückgezogen. Herr Götz hat das irgendwie freundlich kommentiert. Ich muß sagen, das ist die Ebene, auf der sich gut schlafen läßt. Sie ist nämlich von der Basis so weit entfernt, daß Störungen von dort nicht zu erwarten sind, und von den Ideen so weit, daß man nicht grundsätzlich werden muß. Also auf gut deutsch: sie ist nichts wert.

In Wirklichkeit haben die Referate nur eins gebracht, nämlich die Behauptung eines weiteren Normierungsbedürfnisses. Darüber läßt sich reden. Dazu braucht man aber das Rechtsverhältnis nicht.

Ich habe den fatalen Eindruck, daß das Rechtsverhältnis nicht nur nicht der oder auch nur irgendein archimedischer Punkt des Verwaltungsrechts ist, sondern lediglich Münchhausens Zopf.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Meyer, in der Hoffnung, daß Sie viel Widerspruch ausgelöst haben. Jetzt Herr Breuer, Herr Oldiges.

Breuer: Auch ich möchte noch einmal auf die Frage zurückkommen, ob eigentlich die Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung eine Neukonzeption unserer Verwaltungsrechtsordnung verlangen.

Alle Referenten haben sich wohl, wenn ich es richtig verstanden habe, mit unterschiedlichen Akzenten dafür ausgesprochen, in stärkerem Maße vom Verwaltungsrechtsverhältnis auszugehen. Am vorsichtigsten war insofern sicherlich Herr Öhlinger, aber in sehr pragmatischer und faßbarer Weise hat Herr Fleiner das für die Schweiz skizziert, und in einem großen rechtsdogmatischen Bogen hat Herr Krause versucht, diese Linie zu entwickeln.

Trotzdem möchte ich, an ein Wort von Herrn Häberle anknüpfend, zur Skepsis oder zur Vorsicht im Hinblick darauf mahnen, daß wir nicht in eine Euphorie verfallen sollten. Die Anknüpfungen an das Privatrecht scheinen mir nicht den Punkt zu treffen. Es gibt vielmehr entscheidende Unterschiede zwischen dem Privatrechtsverhältnis und dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis. Herr Krause hat in seiner These 4 diesen Punkt angesprochen. Ich will aber noch einmal ganz deutlich hervorheben, daß der Verwaltungsakt, wie auch die anderen Rechtsformen des Verwaltungshandelns, schlechterdings nicht ersetzbar sind durch die Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses. Weshalb ist das so? Der Verwaltungsakt erfüllt m.E., gerade im Hinblick auf die Rechtsposition des Bürgers und das Rechtsstaatsprinzip, vier wesentliche Funktionen, die das Verwaltungsrechtsverhältnis als solches gar nicht erfüllen kann.

Zum ersten: Die Rechtsformen des Verwaltungshandelns und insbesondere des Verwaltungsaktes sind vor dem Hintergrund der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sehen. Gesetze bedürfen der Konkretisierung. Diese Konkretisierung erfolgt vor allem durch den Verwaltungsakt mit verbindlicher Wirkung gegenüber dem Bürger. Das Zwischenstadium zwischen dem Gesetz und der Betroffenheit des einzelnen ist in dieser verbindlichen Form notwendig. Das Verwaltungsrechtsverhältnis gibt uns insofern nichts in die Hand.

Der zweite Punkt hängt eng mit dem ersterwähnten zusammen. Im Verwaltungsrechtsverhältnis geht es um die Durchsetzung öffentlicher Interessen. Die Verwaltung hat den spezifischen Auftrag, öffentliche Interessen im Gesetzesvollzug durchzusetzen. Dies geschieht namentlich mit dem Verwaltungsakt, der verbindlich ist und eventuell in Bestandskraft erwachsen kann, ja darauf gerichtet ist, daß er in Bestandskraft erwächst. Diese Durchsetzung öffentlicher Interessen mit der Form des Verwaltungshandelns ist ebenfalls unersetzlich und kann durch die Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses nicht aufgefangen werden.

Dritter Punkt: Vor allem der Verwaltungsakt erfüllt eine rechtsstaatliche Funktion der Klarheit und Sicherheit. Durch den verbindlichen Ausspruch der Verwaltung wird im Individualrechtsverhältnis eine Klarheit geschaffen, die allein aus dem Gesetz nicht zu gewinnen ist. Dies ermöglicht auch die Einbeziehung von Drittinteressen. Das

Problem ist bereits angesprochen worden, verdient aber m.E. noch einmal besondere Hervorhebung. Zum Beispiel bei den Wirtschaftssubventionen kann der begünstigende Verwaltungsakt wegen seiner drittbelastenden Wirkungen die Möglichkeit eines Rechtsschutzes eröffnen, wobei ich mich über die Einzelheiten hier nicht näher zu äußern brauche. Auch insoweit kann das Verwaltungsrechtsverhältnis als Rechtsfigur nicht das leisten, was der Verwaltungsakt mit seinen wechselseitigen Bezügen zu begründen vermag.

Viertens: Spätestens seit Erlaß der Verwaltungsverfahrensgesetze sind wir es gewohnt, die Mitwirkungsrechte des Bürgers vor Erlaß eines Verwaltungsaktes mit besonderer Sensibilität zu betrachten, und dahinter steht auch der grundrechtliche Aspekt. Der Verwaltungsakt ist also insofern, wie schon gesagt worden ist, nicht nur eine punktuelle Regelung, sondern ein Akt, der aus einem Verfahren hervorgeht, und in diesem Verfahren sind, rechtlich und grundrechtlich garantiert, die individuellen Positionen des Bürgers zu wahren. Auch insoweit sehe ich in der Figur des Verwaltungsrechtsverhältnisses keinen äquivalenten Ersatz.

Wenn ich nun versuche, dies in eine Quintessenz zusammenzufassen, so würde ich eine Synthese zwischen den klassischen Rechtsformen des Verwaltungshandelns, insbesondere dem Verwaltungsakt, und dem Verwaltungsrechtsverhältnis für erforderlich halten. Das letztere kann immerhin damit plausibel gemacht werden, daß so Dauerbeziehungen, vor allem Beziehungen wechselseitiger Verpflichtungen, besser in den Griff genommen werden können.

Ein letztes Wort, das vornehmlich an das Referat von Herrn Fleiner anknüpft: Jedenfalls für das deutsche Verwaltungsrecht vermag ich kein Defizit an Rechtsschutz zu erkennen, wenn man sich an die tradierten Formen des verwaltungsrechtlichen Handelns hält. Es ist möglich und, wenn ich richtig sehe, in der deutschen Verwaltungsrechtsordnung im Laufe der letzten Jahrzehnte gelungen, über die Generalklausel für den Verwaltungsrechtsweg, über eine breite Fülle von Klagearten, die durchaus die verschiedenen Rechtsformen des Verwaltungshandelns einfangen, und über eine vorsichtige, aber doch immerhin beachtliche Erweiterung der Klagebefugnis spezifischen Verwaltungsrechtsschutz zu gewähren, der gerade daran anknüpft, daß die Verwaltung verbindliche, eventuell bestandskräftige Regelungen erläßt, die dann natürlich auch dem Rechtsschutz in adäquater Form zugeführt werden müssen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Breuer. Ich habe jetzt noch zum ersten Punkt Herrn Oldiges sowie Herrn Frotscher, und dann will Herr Bachof noch einmal das Wort ergreifen, um vor allem Herrn

Meyer zu antworten. Dann können wir zu Punkt 2) übergehen. Herr Oldiges.

Oldiges: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, einer der wichtigsten Aspekte unseres facettenreichen Themas betrifft die Beziehung von Rechtsverhältnis und Verwaltungsakt. Nicht zuletzt deshalb suggeriert wohl auch der Vorschlag zur Strukturierung unserer Diskussion die Frage, ob eine Weiterentwicklung des Instituts des Rechtsverhältnisses zu einer Abkehr von der Rechtsfigur Verwaltungsakt veranlassen könnte. Hier bedürfte es an sich zunächst einer Klarstellung, die aber schon von Herrn Raschauer und - ihm folgend - auch von Herrn Mever geleistet worden ist. Der oft herausgestellte Gegensatz von Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis verzeichnet das Bild, weil er der wirklichen dogmatischen Funktion beider Begriffe nicht entspricht. Denn mit dieser Gegenüberstellung werden nicht etwa zwei unterschiedliche Handlungsformen der Verwaltung gekennzeichnet. Es trifft auch nicht zu, daß der eine Begriff der Eingriffs- und der andere der Leistungsverwaltung zuzuordnen wäre. Und schließlich wäre es auch verfehlt, das Institut des Rechtsverhältnisses mit dem Vertrag gleichzusetzen.

Es wurde mehrfach gesagt, der Verwaltungsakt werfe wie eine Momentaufnahme ein punktuelles Licht auf ein Verwaltungsgeschehen, das sich insgesamt unter dem Dach des Verwaltungsrechtsverhältnisses abspiele. Ich begreife den Verwaltungsakt dagegen eher als einen Impuls, mit dem die Verwaltung die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger gestaltet. Der Begriff des Rechtsverhältnisses kennzeichnet demgegenüber als ein Ordnungsbegriff gerade diese Rechtsbeziehungen. Versteht man Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis in dieser Weise, ergeben sich zwischen ihnen vielfältige Beziehungen. Es wurde schon darauf hingewiesen, daß der Verwaltungsakt für die Entstehung und den Bestand eines Rechtsverhältnisses unterschiedlichste Funktionen haben kann. Andererseits kann das Rechtsverhältnis gleichsam auch der Boden sein, auf dem dann erst ein Verwaltungsakt zur Entstehung gelangt. Denken Sie an den Bereich der Leistungsverwaltung, in der Bewilligungsbescheide auf der Grundlage entsprechender Ansprüche ergehen, oder denken Sie auch - etwas außerhalb unseres Themas — an das Polizeirecht: Hier ist die materielle Polizeipflicht des Störers die Grundlage für seine Inanspruchnahme durch Verwaltungsakt, nämlich durch Polizeiverfügung.

Verwaltungsakt und Rechtsverhältnis bezeichnen also in Wahrheit gar keinen Gegensatz, sondern sind vielfältig aufeinander bezogen und ergänzen sich wechselseitig. Der wirkliche Gegensatz liegt nicht hier, sondern er besteht zwischen subordinationsrechtlicher und koordinationsrechtlicher Verwaltung. Und im Hinblick auf diesen Gegensatz wäre dann zu fragen: Kann koordinationsrechtliche Verwaltung die subordinationsrechtliche Verwaltung verdrängen, kann sie zu einer Abkehr von der subordinationsrechtlichen Verwaltung führen? Das ist, wie eben Herr *Breuer* schon ausführlich dargestellt hat, aus mancherlei Gründen nicht möglich. Wir benötigen neben der koordinationsrechtlichen auch die subordinationsrechtliche Verwaltungsform. Wir benötigen auch — als Instrument rechtsstaatlich gebotener Klarstellung im Staat-Bürger-Verhältnis — den Verwaltungsakt. Das gilt, wie die Diskussion beim Juristentag 1984 in Hamburg gezeigt hat, selbst für den Bereich der Subventionsverwaltung wie überhaupt auch sonst für jeden Bereich der Massenverwaltung, wo die Behörde aus Sachzwängen heraus gar nicht anders als subordinationsrechtlich agieren kann.

Nach all dem wäre schließlich noch zu fragen: Hat denn die Figur des Rechtsverhältnisses im Verwaltungsrecht überhaupt eine Bedeutung, die über die Beschreibung der Tatsache hinausreicht, daß sich Staat und Bürger im Rechtsstaat in rechtlich geordneten Beziehungen gegenüberstehen? Sollte man nicht besser auf den Begriff des Rechtsverhältnisses ganz verzichten? Hier bin ich etwas anderer Auffassung. als sie Herr Mever eben vertreten hat. Da muß zunächst einmal die prozeßrechtliche Funktion des Rechtsverhältnisses erwähnt werden, auf die heute eigentlich kaum eingegangen worden ist. Als Gegenstand der Feststellungsklage ermöglicht das Rechtsverhältnis Rechtsschutz, wo andere Klagearten (noch) nicht greifen, und erweitert damit insgesamt den Rechtsschutz des Bürgers gegenüber der Verwaltung. Über diese prozessuale Funktion hinaus ist das Institut des Verwaltungsrechtsverhältnisses auch in materiell-rechtlicher Hinsicht von maßgeblicher Bedeutung. Es bildet den dogmatischen Ansatz für die Entwicklung von Sorgfalts-, Schutz- und sonstigen Nebenpflichten sowohl im Bereich der Eingriffs- wie auch der Leistungsverwaltung. Derartige aus dem Gesichtspunkt des Rechtsverhältnisses heraus entwickelte Rechtspflichten verstärken im Verhältnis von Staat und Bürger ganz erheblich die Position des Bürgers. Nicht zuletzt im Hinblick auf diese materiell-rechtsstaatliche Funktion sollten wir an der Figur des Rechtsverhältnisses festhalten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Oldiges.

(Zwischenruf Meyer)

Vorsitzender: Ja, eine Frage dürfen Sie stellen.

Meyer: Herr Oldiges, ich wüßte gerne, ob Sie für die rechtsstaatliche Verantwortung nun auf das Rechtsverhältnis oder auf den Verwaltungsakt abstellen wollen. Wenn das Zweite der Fall ist, ergibt sich aus dem Rechtsverhältnis überhaupt nichts. Wenn Sie aber aus dem

Rechtsverhältnis Nebenpflichten entwickeln wollen, stellt sich die Frage nach dem Gesetzesvorbehalt. Sehen Sie ihn schon dadurch erfüllt, daß Sie sagen, es liege ein Rechtsverhältnis vor?

Oldiges: Das Verwaltungsrechtsverhältnis bringt eine besondere, über das "allgemeine Gewaltverhältnis" hinausreichende Nähe zwischen Bürger und Verwaltung zum Ausdruck, bei der sich aus dem Rechtsstaatsprinzip für die Verwaltung eine erhöhte Pflichtenstellung herleitet. Das Rechtsverhältnis ist darum insoweit auch nach meiner Vorstellung in der Tat der Inbegriff solcher letztlich schon von der Verfassung selbst gebotenen Rechtspflichten.

Vorsitzender: Gut. Jetzt Herr Frotscher.

Frotscher: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, das Institut des Verwaltungsaktes ist in den beiden ersten Referaten und auch in verschiedenen Vorbereitungsaufsätzen in die Schußlinie geraten und zum Teil in einen direkten Gegensatz zum Begriff des Rechtsverhältnisses gebracht worden. So glaubte ich, eine Lanze für das Institut des Verwaltungsaktes und dessen richtige dogmatische Einordnung brechen zu müssen.

Nach dem bisherigen Verlauf unserer Diskussion kann ich mich nun fast einer Mehrheitsmeinung anschließen. Denn angefangen mit der Verteidigung durch Herrn Bachof haben verschiedene Vorredner, zuletzt auch Herr Breuer und Herr Oldiges, zugunsten des Verwaltungsaktes gesprochen. Ich möchte noch zwei Gesichtspunkte hinzufügen, die mir wesentlich erscheinen.

Zunächst einmal könnte ein Grund für die kritische Haltung gegenüber dem Institut des Verwaltungsaktes darin liegen, daß dieser als historisch "belastet", nämlich als Relikt des Obrigkeitsstaates erscheint. Eine solche Betrachtungsweise ist jedoch zu oberflächlich. Richtig ist nur, daß die Lehre vom Verwaltungsakt — wie ein Großteil unseres modernen Verwaltungsrechts — im Rahmen einer zwar rechtsstaatlichen, aber zugleich obrigkeitlichen, vordemokratischen Verfassungsordnung entwickelt worden ist.

Das kann jedoch nicht bedeuten, daß man Rechtsinstitute, die unter anderen Verfassungsbedingungen entstanden oder entwickelt worden sind, heute einfach abschaffen müßte. Die Frage muß vielmehr lauten: Welche Funktion hat der Verwaltungsakt in der gegenwärtigen Verwaltungsrechtsordnung, unter geänderten Verfassungs"Vorzeichen"? Und da glaube ich, wie Herr Bachof, daß auch der demokratische Staat der Gegenwart auf das Instrument des Verwaltungsaktes angewiesen ist. Die Verwaltung muß die Möglichkeit haben, Rechtsverhältnisse einseitig und verbindlich zu ordnen. Sie kann nicht

stattdessen auf den Weg des Aushandelns einer vertraglichen Regelung gedrängt werden.

Ein solches instrumentales Verständnis des Verwaltungsakts führt dazu, daß man nicht etwa die gesamte Dogmatik des Verwaltungsrechts vom Verwaltungsakt her aufbaut, sondern daß man zunächst die einzelnen Verwaltungshandlungen unterscheidet. Dabei ergibt sich die große Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtshandlungen der Verwaltung. Das sog. schlichte Verwaltungshandeln, das Herr Öhlinger in seinem Referat als Beispiel für Defizite der auf den hoheitlichen Bescheid konzentrierten Dogmatik angeführt hat, läßt sich danach einfach einordnen. Es handelt sich um eine Tathandlung der Verwaltung, einen Realakt. Diesem stehen die Rechtshandlungen gegenüber, unter denen sicherlich in der Praxis der Verwaltungsakt die größte Bedeutung hat. Aber dazu kommen weitere Rechtshandlungen der Verwaltung: der öffentlich-rechtliche Vertrag und die abstrakt-generellen Regelungen wie Rechtsverordnungen oder — ohne Außenwirkung — Verwaltungsvorschriften.

Wenn man den Verwaltungsakt in dieser Weise in ein System der Verwaltungshandlungen einordnet, dann kann man mit dem Begriff auch heute sehr wohl arbeiten, und es ergibt sich insbesondere keine dogmatische Frontstellung zum Rechtsverhältnis. Der Begriff des Rechtsverhältnisses erscheint mir auch nicht unproblematisch. Ob er wirklich weiterführt? Jedenfalls ist er mit dem dargestellten System der Verwaltungshandlungen durchaus vereinbar. Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger wird geprägt durch einzelne Rechtshandlungen der Verwaltung, unter anderem, und das sehr häufig, durch Verwaltungsakte. Insofern also, meine ich, besteht hier kein Gegensatz. Rechtsverhältnis und Verwaltungsakt passen vielmehr, wenn die Begriffe richtig verstanden werden, zusammen.

Eine andere Frage, die schon angesprochen worden ist, und die man davon loslösen sollte, betrifft die Rechtsform. Wann darf Privatrecht, wann muß öffentliches Recht zur Anwendung kommen? Das ist eigentlich auch unser zweiter Diskussionspunkt. Und ich möchte dazu nur in zwei Sätzen noch Stellung nehmen. Ich meine, daß die Verwaltung im Zweifel öffentlich-rechtlich handelt, daß wir die Wahlfreiheit, die viel propagierte und in der Praxis natürlich auch von den Hoheitsträgern geforderte Wahlfreiheit möglichst weitgehend einschränken sollten. Das muß vor allen Dingen für Zwangsleistungsbeziehungen gelten, z.B. für Leistungsverhältnisse, die mit einem Anschluß- und Benutzungszwang verbunden sind. Das habe ich an anderer Stelle näher ausgeführt. Ich meine, hier kann es keine Wahlfreiheit für die Verwaltung mehr geben — im Interesse des Bürgers. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Frotscher. Herr Bachof.

Bachof: Zu Herrn Mever und einigen anderen Vorrednern: Selbstverständlich kann der Verwaltungsakt nicht durch das Rechtsverhältnis ersetzt werden. Das sind zwei inkommensurable Institute. Ich habe eine solche Vorstellung nie vertreten, insbesondere nicht auf der Regensburger Tagung. Ich wollte damals nur die Aufmerksamkeit der Verwaltungsrechtswissenschaft auf die Rechtsverhältnisse hinlenken. weil die bisher zu einseitige Blickrichtung auf die Verwaltungshandlungen und vor allem auf die Verwaltungsakte den dogmatischen Fortentwicklungen im Wege stand und insbesondere den Rechtsschutz unangemessen verkürzte. Die Älteren unter uns werden sich noch erinnern, wie wir in den 40er, 50er und z.T. sogar noch in den 60er Jahren darum gekämpft haben, die Feststellungsklage und die allgemeine Leistungsklage in der Rechtsprechung durchzusetzen. Das scheiterte jahrelang an einer zu engen Auffassung des Rechtsverhältnisses. Es war weitgehend so: Wo kein Verwaltungsakt, da auch kein Rechtsschutz. Deshalb sah man sich immer wieder genötigt, einen Verwaltungsakt – oft nicht ohne dogmatische Seiltänze – zu entdecken oder gar zu erfinden, um zum Rechtsschutz zu gelangen. Mir lag deshalb in Regensburg daran zu betonen, daß es mehr auf den Inhalt der Rechtsverhältnisse als auf die Art ihres Zustandekommens ankomme. Denn ganz gleichartige Rechtsverhältnisse können oft entweder durch Verwaltungsakt oder durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder auch unmittelbar durch einen Rechtssatz begründet werden. Das war der Sinn meiner Ausführungen, nicht aber die Absicht, den Verwaltungsakt durch das Rechtsverhältnis zu ersetzen. Ich bin im Gegenteil der Meinung - vielleicht sogar noch dezidierter als Herr Fleiner -, daß wir den Verwaltungsakt brauchen, zumal es viele Angelegenheiten gibt, besonders in der Massenverwaltung, die gar nicht anders als durch Verwaltungsakte bewältigt werden können. -

Dann noch ein kurzer Nachtrag zu meiner Bemerkung von vorhin über Rechtsverhältnis und Gewaltverhältnis: Herr Löwer hat in einem Aufsatz in der NVwZ, den ich jetzt leider nicht vorliegen habe, dankenswerterweise durch zwei Zitate Otto Mayers belegt, daß der Gewaltbegriff schon bei diesem keineswegs stets auf eine gesetzesfreie Gewaltausübung zielte. Manche Gewaltverhältnisse, vor allem die sog. "besonderen", wiesen freilich weite rechtsfreie Zonen auf, aber total rechtsfrei waren auch sie schon in der konstitutionellen Monarchie nicht mehr. Übrigens war ich neugierig, ob die von Herrn Löwer gebrachten Zitate Mayers aus der 3. Aufl. von 1924 etwa eine Konzession an die veränderte Staatsform darstellen. Ich stellte fest: Wörtlich steht's so auch schon in der 2. Aufl. von 1914, und der Sache nach ähnlich in der 1. Aufl. von 1895.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Bachof. Bevor ich Herrn Maurer das Wort gebe zum Thema 2: Wir haben dann noch die Herren Schachtschneider und Püttner. Damit ist dann die Rednerliste vorläufig erschöpft. Herr Maurer.

Maurer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Es besteht Einigkeit darüber, daß es das Verwaltungsrechtsverhältnis als Rechtsfigur gibt. Es besteht auch Einigkeit darüber, wie es zu definieren ist, nämlich als die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer bestimmten Regelung ergebende rechtliche Beziehung zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten. Das müßte eigentlich schon stutzig machen. Denn wenn so viele Staats- und Verwaltungsrechtslehrer über einen Begriff einig sind, kann er wohl wenig aussagekräftig sein.

Tatsächlich gibt das Verwaltungsrechtsverhältnis als solches auch wenig her. Es bedarf noch der näheren Ausgestaltung und Konkretisierung; es muß noch Farbe bekommen. Seine Konturen erhält es durch die formell- und materiellrechtlichen Regelungen der Lebensund Rechtsbereiche, denen es zuzuordnen ist. Dementsprechend gibt es Subventionsrechtsverhältnisse, Steuerrechtsverhältnisse, Sozialrechtsverhältnisse, Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge usw. Das führt ganz von selbst in den Bereich des Besonderen Verwaltungsrechts.

Ob das Verwaltungsrechtsverhältnis - über seine Definition und allgemeine Charakterisierung hinaus - ein Institut des Allgemeinen Verwaltungsrechts ist, hängt von dessen Abgrenzung ab. Wenn man davon ausgeht, daß das Allgemeine Verwaltungsrecht die Regeln und Grundsätze erfaßt, die für alle Rechtsbereiche oder doch zumindest für die meisten Rechtsbereiche maßgebend sind, läßt sich m.E. kaum etwas entdecken. Nehmen wir z.B. die Beteiligung. Es gibt so viele Möglichkeiten und Formen der Beteiligung am Rechtsverhältnis, daß sich daraus keine allgemeinen Sätze destillieren lassen, die dann auf das einzelne Rechtsverhältnis angewandt werden könnten. Entsprechendes gilt für die Rechtsnachfolge. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsnachfolge eintritt, bestimmt sich nach dem jeweiligen Rechtsgebiet und ist daher für die einzelnen Rechtsverhältnisse - das Sozialrechtsverhältnis, das Subventionsrechtsverhältnis, das Polizeirechtsverhältnis, das Benutzungsverhältnis usw. unterschiedlich zu beurteilen. Noch differenzierter wird das Bild bei den sich evtl. aus dem Rechtsverhältnis ergebenden Nebenpflichten der Beteiligten. Es zeigt sich, daß das Allgemeine Verwaltungsrecht offenbar nicht in der Lage ist, für alle Rechtsverhältnisse und damit für das Rechtsverhältnis maßgebende Regelungen und Grundsätze zu entwickeln.

Schließlich noch zu der Frage: Verwaltungsrechtsverhältnis oder Verwaltungsakt. Es ist schon mehrfach festgestellt worden, daß sie keine Alternative bilden. Der Verwaltungsakt kann Grundlage eines Rechtsverhältnisses sein und umgekehrt können sich aus dem Rechtsverhältnis Verwaltungsakte ergeben. Es handelt sich also nicht um zwei sich gegenseitig ausschließende, sondern um zwei sich gegenseitig ergänzende Begriffe. Der Verwaltungsakt ist gerade auch für den Bereich der Leistungsverwaltung unverzichtbar. Die Frage, um die es wohl auch Herrn Bachof auf der Regensburger Staatsrechtslehrertagung ging, ist nicht, ob der Verwaltungsakt aufgegeben oder beschränkt werden soll, sondern, ob er als zentraler Begriff des Verwaltungsrechtssystems durch das Verwaltungsrechtsverhältnis abgelöst werden soll. Diese verwaltungsrechtsdogmatische Grundfrage steht auch hier im Raume. Dabei ist allerdings zu beachten, daß der Verwaltungsakt nur eine, wenn auch besonders bedeutsame Handlungsform der Verwaltung darstellt. Die Fragestellung müßte daher auf alle Handlungsformen der Verwaltung ausgedehnt werden. Da das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht per se entsteht, sondern i.d.R. eine entsprechende Verwaltungsmaßnahme voraussetzt, kommt es wieder auf diese zurück. Im übrigen sollte man sich vor einer vorschnellen Verengung auf einen dogmatischen Grundbegriff hüten. Das Verwaltungsrecht ist zu vielgestaltig, als daß es sich darauf reduzieren ließe. Die Eignung des Verwaltungsrechtsverhältnisses hängt von seiner Leistungsfähigkeit ab.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Maurer. Damit haben wir die Erörterung zum ersten Punkt abgeschlossen. Ich rufe jetzt Herrn Schachtschneider auf.

Schachtschneider: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich habe ja in meinem Staatsunternehmen und Privatrecht eine grundsätzliche Kritik der Fiskustheorie versucht und schließe mich ganz den grundsätzlichen Sätzen von Joachim Burmeister an. Ich möchte nur bemerken, daß es sehr fragwürdig ist, wenn der Staat sich zu einem wesentlichen Teil dem Aktienrecht, dem Konzernrecht, dem Wettbewerbsrecht unterstellt, obwohl wir doch alle erwarten, daß er sich an das Grundgesetz und an das Verwaltungsrecht hält – zusammenfassend gesagt: an das Staatsrecht.

Herr Burmeister hat völlig zu recht die Problematik der Personenhaftigkeit des Staats angesprochen. Schon auf der Staatsrechtslehrertagung 1961 haben Mahlmann und Zeidler sehr deutlich die biologistische Sicht des Staates kritisiert. Es ist ohnehin nötig, unter freiheitsdogmatischen Gesichtspunkten die Lehre von der juristischen Person

neu zu durchdenken, insbesondere die Dogmatik des Staates als juristischer Person. Im vorigen Jahrhundert, im Konstitutionalismus, hat es sich aus Gründen, die wir alle kennen, entwickelt, den Staat als Person zu sehen und ihm damit die allgemeine Privatrechtsfähigkeit zuzugestehen.

Ich möchte dazu einige Folgebemerkungen, insbesondere zu dem Verhältnis von Staatsrecht und Privatrecht machen. Ich ziehe es vor, für öffentliches Recht Staatsrecht zu sagen, weil nämlich allein die Parteien des Rechtsverhältnisses für die Frage maßgeblich sein können, ob Privatrecht oder Staatsrecht vorliegt. Die Wolffsche Subjektstheorie hat, wie wir alle wissen, den Mangel, die Fiskustheorie nicht zu kritisieren. Sie muß deswegen notwendig fehlerhaft, zirkelhaft bleiben. Alles Recht also, das auf den Staat Anwendung findet, ist Staatsrecht. Privatrecht findet nur auf Private Anwendung. Was heißt das aber für die vielfach zu recht angesprochene Nützlichkeit und Unverzichtbarkeit des Zivilrechts? Es gibt drei Rechtskreise: Das Staatsrecht, wie ich es definiert habe, das Privatrecht und das gegenüber dieser Dichotomie des Staatlichen und des Privaten neutrale Recht. Letzteres kann durchaus in Zivilrechtsbüchern stehen. Ein großer Teil. wenn nicht der wesentliche Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist neutrales Recht, etwa das Kaufrecht und das Werkvertragsrecht. Dieses Recht ist auf staatliches Verhalten anzuwenden, weil es keine Privatheit voraussetzt. Auch der Staat kann kaufen und verkaufen; auch dem Staat kann eine Sache übergeben werden. Eigentum freilich kann der Staat nicht haben, weil er nicht zur Beliebigkeit berechtigt ist. Das hat auch schon Wolff, der ja nun wirklich ein Künder der Fiskustheorie ist, gesagt. Wenn immer wieder für das Zivilrecht als Gebiet des Staatsrechtes die Lanze gebrochen wird, dann muß man das so verstehen, daß nur noch das neutrale Recht als Staatsrecht zur Anwendung kommt.

Was macht nun das eigentliche Privatrecht aus? Es ist die Autonomiehaftigkeit dieses Rechts. Ich würde es das Autonomierecht nennen. Es setzt die Fähigkeit und das Recht zur Autonomie oder die Freiheit voraus. Gerade die kann man dem Staat nicht zugestehen. Der Staat hat weder das Recht zur Autonomie noch — und das ist dasselbe — kann er sich Freiheit zueignen. Alles Recht, welches Autonomie voraussetzt, darf der Staat nicht nutzen. Er darf sich dessen Regime nicht unterstellen. Nehmen wir das Beispiel des Vertrages. Der Staat ist vertragsfähig, aber er hat keine Vertragsfreiheit, weil er sich Freiheit nicht anmaßen darf. Das zeigt sich etwa beim Äquivalenzprinzip. Im Privatverhältnis gilt immer noch prinzipiell das formale — prinzipiell!

— Äquivalenzprinzip. Die Parteien bestimmen, ob Leistung und Gegenleistung äquivalent sind. Im Staatsrecht gilt das materiale Äquivalenzprinzip, § 56 VwVfG.

Es gibt sachliche Kriterien der Angemessenheit für Leistung und Gegenleistung. Das Verhältnis des Privatrechts zum Staatsrecht ist aber nicht eines des Kollisionsrechts, wie Herr Zuleeg gemeint hat. Diese These hat schon Pestalozza aufgestellt. Eine kollisionsrechtliche Lage hieße, daß auf staatliches Verhalten sowohl Staatsrecht als auch Privatrecht Anwendung finden kann. Dann müßte der Staat ja doch wieder privat sein können. Bestimmte Vorschriften des Privatrechts sind eben auf den Staat nicht anwendbar.

Das schließt es auch aus — diese Bemerkung gehört auch zu Punkt 2 unserer Gespräche —, ein Wahlrecht des Staates anzuerkennen, sich dem Privatrecht zu unterstellen. Was ist die Mutter dieses Wahlrechts? Es ist nicht leistbar, nach den Funktionen, den Aufgaben des Staates zu unterscheiden, ob er im Bereich des Staatsrechts verbleiben muß oder ob er sich unter das Prinzip des Privatrechts stellen darf. Er wählt also. Man gesteht ihm dieses Wahlrecht zu. Es kann nicht zur Disposition des Staates stehen, so sagt das auch Burmeister, sich dem Privatrecht zu unterstellen und damit den Grundrechten und vor allem den Kompetenznormen zu entfliehen. Die Fiskalgeltung der Grundrechte ist im übrigen weitestgehend anerkannt. Das gilt auch und gerade — für Österreich und die Schweiz ist das von den Referenten angesprochen worden — für den großen Bereich der öffentlichen Unternehmen, mit dem ich mich beschäftigt habe.

Eine besondere Blüte scheinen mir die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu sein oder gar die gemischtwirtschaftliche Verwaltung in Österreich. Das ist eine Mischverwaltung, die Privatheit und Staatlichkeit vermengt. Diese sind m.E. inkommensurable Größen. Rechtens kann es derartige gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder gar gemischtwirtschaftliche Verwaltung in gar keiner Weise geben.

Dies sind also einige Stichworte im Anschluß an Joachim Burmeister Danke.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Schachtschneider. Und nun Herr Püttner.

Püttner: Ich bitte um Verständnis, meine Damen und Herren, daß ich zunächst Luft holen muß, nach diesen Thesen, die wir gerade gehört haben. Aber ich nutze die Gelegenheit einer Atempause, um zunächst den Referenten für ihre Ausführungen noch einmal ganz besonders zu danken. Ich glaube, ich kann den Dank nicht besser zusammenfassen, als es Herr *Meyer* schon getan hat. Die Referenten haben ja die Verpflichtung, nicht im Allgemeinen stehen zu bleiben, im Himmel der Abstraktion. Sie haben gleichzeitig die Aufgabe, sich vom konkreten Detail zu lösen und zu einer gewissen Systematik, zu einer zusammenfassenden Betrachtung vorzustoßen. Diese kann man mitt-

lere Abstraktionsebene nennen. Wenn es den Referenten gelungen ist, diese Ebene zu erreichen — und das sehe ich durchaus —, würde ich das als ein Lob betrachten, was Herr *Meyer* wohl nur zur Belebung der Debatte als Negativum gekennzeichnet hat.

Wie mir allerdings aufgefallen ist, liegen die Dinge sehr unterschiedlich: Bei Herrn Krause sehe ich immer wieder die Rückkehr nach unten (wenn ich so sagen darf: zum Material); bei Herrn Öhlinger beeindrucken mich die Schwierigkeiten, die die speziellen Verfassungsvorschriften Österreichs präsentieren, Herr Fleiner hat interessanterweise stärker als bisher den rechtsvergleichenden Aspekt in den Mittelpunkt gestellt. Wir haben wahrscheinlich seit Otto Mayer den Aspekt der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht zu sehr aus dem Auge verloren; deshalb sind wir Herrn Fleiner dankbar, daß er uns vom amerikanischen Recht und vom service public her klargemacht hat, welche Aspekte in das Thema hineinspielen.

Aber nun zur Sache: Ich bin jetzt wieder so gefaßt, daß ich den fragwürdigen Thesen von Herrn Schachtschneider und Herrn Burmeister gelassen entgegentreten kann. Ich meine, daß wir es uns nicht so einfach machen können, von der Theorie her zu sagen: Öffentliches Recht ist das Recht des Staates, und dem muß nun alles untergeordnet werden. Reim Dich, oder ich freß' Dich! Natürlich läßt sich das in der Theorie behaupten, aber die Praxis ist doch eine andere. Wenn wir unsere Rolle als Rechtsanwender richtig begreifen, so haben wir die Aufgabe, den Bestand an Recht, das teils der Gesetzgeber, teils die Beteiligten gesetzt haben, und das wir in der Rechtswirklichkeit vorfinden, hinzunehmen, aufzuarbeiten und unter abstrakten Gesichtspunkten zu ordnen. Und dabei können wir den Wirklichkeiten nicht ausweichen. Ich möchte Herrn Götz vollkommen Recht geben. Wir finden eine gemischte Gestaltung vor, öffentliches, privates Recht und auch teilweise die dezidierte Wahl von Privatrecht durch die Verwaltung. Und dem können wir uns nicht entziehen mit Berufung auf irgendwelche Theorien von einem Staat, den wir uns wünschen, der aber nun einmal so nicht vorhanden ist.

Ich möchte an die Theorie von Wolff anknüpfen (die Sonderrechtstheorie, wie sie gern genannt wird). Wenn man gemäß dieser Theorie statt Zivil- oder Privatrecht "allgemeines Recht" sagt und damit das allgemeine Recht meint, das für alle Beteiligten gedacht ist und für jedermann bereit steht, so kann man das "Sonderrecht" der öffentlichen Hand (= öffentliches Recht), zu dem nur gegriffen wird, wenn ein besonderer Anlaß besteht, recht gut gegenüberstellen. Dann ist das Privatrecht die Regel und das öffentliche Recht die Ausnahme, und dann ist es gar nicht mehr so verwerflich, wenn die öffentliche Hand so lange beim "allgemeinen Recht" bleibt, wie ihr dieses genügende Grundlagen gibt, um sinnvoll zu handeln. Das betrifft sowohl den

Staat als auch den anderen Beteiligten, den Bürger. Wenn sich alles damit regeln läßt, dann braucht man nicht zum Sonderrecht zu greifen. Nur wenn das Privatrecht zur Erreichung der gegebenen Ziele nicht taugt und Anlaß besteht, obrigkeitlich mit Sonderrecht einzugreifen, dann ist das notwendig und legitim.

Leider wird das damit gegebene Wahlrecht von der öffentlichen Hand häufig nicht bedacht und ausgeübt. Die Verwaltung handelt, ohne sich Gedanken zu machen, ob öffentliches oder privates Recht gegeben sein soll. Dann müssen wir nachträglich qualifizieren: das ist ein Dilemma, in dem wir häufig stehen. Aber das darf uns nicht die Augen dafür verschließen, daß es durchaus normal und richtig sein kann, wenn der Staat nicht ausschließlich nach öffentlichem Recht leben will, sondern seine Rechtsordnung so gestaltet, daß ein allgemeines Recht existiert, nach dem auch die Hoheitsträger agieren können, und daß daneben ein Sonderrecht besteht, das zusätzlich oder statt dessen in Anspruch genommen werden kann, wenn dazu Anlaß besteht.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Püttner. Jetzt Herr Vogel. — Wollten Sie, Herr Burmeister, etwas dazu sagen? Ja, dann haben Sie das Wort.

Burmeister: Herr Püttner, das, was Sie sagten, ist Resignation vor dem Faktischen. Das Resultat sehen wir ia. Nicht die Verfassung als Leitprinzip reguliert und reglementiert das staatliche Handeln, sondem wir orientieren uns in der Verwaltungsrechtsdogmatik daran, was der Staat tut. Die gravierendsten Grundrechtseinschränkungen, Herr Püttner, resultieren aus dem Umstand, daß der Staat sich der privatrechtlichen Handlungsform bedient, ständig expandiert und Sektoren okkupiert, die zum genuinen Bereich grundrechtlicher Freiheitsausgrenzungen gehören. Das sind in der Tat bedenkliche Anzeichen. Wenn man in das letzte Statistische Jahrbuch des Bundes hineinschaut, so bekommt man ein Bild, wie die Realität dieses Staatskapitalismus aussieht: 10.500 Unternehmen des Bundes agieren erwerbswirtschaftlich am Markt. Man hat sich schlicht daran gewöhnt, daß der Staat diese Befugnis unter Inanspruchnahme von privatrechtlichen Formen für sich beanspruchen könne. Nein, ich muß ganz deutlich sagen: wir müssen uns auf die Schranken, die dem Staat durch die Verfassung gesetzt sind, besinnen. Und dazu gehört auch die prinzipielle Festlegung auf den Gebrauch des öffentlich-rechtlichen Handlungsinstrumentariums. Die Freistellung von diesen Bindungen ist im Grunde das Bedenkliche. Staatliches Handeln ist eben qualitativ kein privatrechtliches Handeln; es läßt sich allenfalls von privatrechtsförmlichem Handeln sprechen. Der gedankliche Fehler, dem erhebliche praktische Bedeutung zukommt, liegt darin, daß aus der Befugnis zum Gebrauch privatrechtlicher Handlungsformen die Erschließung von außerhalb des Kompetenzbereiches liegenden zusätzlichen Handlungsbefugnissen im Sinne subjektiver Rechte des Staates abgeleitet wird. Darin liegt die Ursache der ständigen Expansion der staatlichen Kompetenzsphäre und darin liegt nach meinem Dafürhalten das eigentlich Bedenkliche der Theorie von der Wahlfreiheit der Handlungsformen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Burmeister. Herr Vogel, als vorläufig letzter Redner.

Vogel: Herr Püttner hat mir vieles von dem vorweggenommen, was ich zu Herrn Schachtschneider und Herrn Burmeister anmerken wollte. Ich möchte ihm sehr nachdrücklich zustimmen. Es gibt, wie Sie wissen, nichts Neues unter der Sonne; der Rabbi Ben Akiba hat das zuerst bemerkt. So ist der Verwaltungsakt schon etliche Male zu Grabe getragen worden und auch das privatrechtliche Handeln des Staates hat man schon öfter für unzulässig erklärt. Dennoch sehe ich nicht, wie wir ohne die Befugnis des Staates, auch privatrechtlich zu handeln, auskommen sollten. Ich habe den Verdacht, daß es sich hier zum Teil nur um begriffliche Meinungsverschiedenheiten, um eine andere begriffliche Einordnung handelt. Wenn es das sein sollte, würde es sich nicht lohnen, darüber zu streiten.

Zunächst einmal steht der Staat im Bereich der Bedarfsdeckung vor der Notwendigkeit, sich mit Privaten einzulassen, die Leistungen am Markt erbringen, Leistungen, für die sie auch private Abnehmer haben. Mein Lehrer Ipsen hat in der ersten Stunde seiner Verwaltungsrechtsvorlesung das für mich immer wieder sehr anschauliche Beispiel des Regierungsrats in einer hamburgischen Behörde gebracht. der für sämtliche Hamburger Behörden den Scheuersand einzukaufen habe. Nun: wenn ich Scheuersand zu verkaufen habe, und ihn verschiedenen Kunden verkaufe, dann möchte ich im Kontrahieren mit staatlichen Behörden nicht Gefahr laufen, schlechter zu stehen als im Verhältnis zu anderen Abnehmern, etwa hoheitlichen Entscheidungsbefugnissen gegenüberzustehen, einer eingeschränkten Haftung o.ä. Oder wenn ich einer öffentlichen Körperschaft Räume vermiete, möchte ich nicht Gefahr laufen, ihr gegenüber schlechtere Bedingungen als gegenüber privaten Mietern zu haben. Der Bürger kann m.a.W. ein dringendes Interesse daran haben, daß der Staat ihm unter denselben Bedingungen wie ein Privatmann gegenübertritt. Und ob Sie das nun "allgemeines Recht" oder wie sonst immer nennen, es ist doch das Privatrecht, das in diesen Fällen als allgemeines Recht vom Staat angewandt wird.

Erst wenn wir in den Bereich der Verwaltungsagenden kommen. bei denen sich der Staat des Privatrechts bedient, zeigt sich, das ist einzuräumen, eine gewisse Fragwürdigkeit solcher Ausstattung des Staats mit Privatrecht. Aber wir sollten dabei doch andererseits auch bedenken, daß historisch gesehen das Privatrecht dem Staat eine Flexibilität seines Handelns gegeben hat, die in vielen Bereichen notwendig war und die er in Ermangelung öffentlich-rechtlicher Normen nicht gehabt hätte, wenn ihm diese Möglichkeit versagt geblieben wäre. Bedenken, die sicherlich berechtigt waren, im Hinblick auf den Rechtsschutz des Bürgers, den Grundrechtsschutz und so fort, sind nach meiner Überzeugung durch den Gedanken einer öffentlichrechtlichen Überlagerung des Privatrechts - nichts anderes besagt ja der Ausdruck "Verwaltungsprivatrecht" - weitgehend ausgeräumt worden. Wenn man das alles jetzt beiseite tun will, dann müßte man mich erst einmal davon überzeugen, daß man eine bessere Lösung weiß. Herr Schachtschneider hat ein sehr kluges Buch darüber geschrieben, aber – verzeihen Sie, Herr Schachtschneider! – überzeugen können hat es mich bislang nicht.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Vogel. Jetzt Herr Zacher.

Zacher: Ich will ausgehen von der Feststellung von Herrn Burmeister, daß wir Maßstäbe brauchen, um Einzelakte zu messen. In der Tat: nach meiner Überzeugung ist das Denken in Rechtsverhältnissen die Suche nach solchen Maßstäben. Wenn sich in komplexen Dauerrechtsverhältnissen etwas verändert, muß ich wissen, woran ich eine solche Veränderung messen kann.

Das Denken in Rechtsverhältnissen ist eine Provokation, solche Fragen auf Vorrat – durch einen materiellen Ordnungsvorrat – zu lösen. Und hier befinde ich mich, wenn ich recht sehe, in voller Übereinstimmung mit Herrn Oldiges, der gesagt hat, daß man mit Hilfe des Denkens in Rechtsverhältnissen die Rechte und Pflichten genauer abwägen kann. Natürlich, Herr Meyer, Sie haben zu Herrn Oldiges gesagt: daß da nun die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen, daß die hier zur Geltung kommen sollten, "geschenkt, geschenkt!" Wenn aber die allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen, wenn sie sozusagen vom Himmel des Verfassungsprinzips auf die bloße Erde fallen, wenn da kein Gerüst dazwischen ist, wo man sie zwischendurch auffängt, ordnet und den Problemen näherbringt, eben jene mittlere Abstraktionsebene, wenn man diese Anforderungen immer ganz oben in der Abstraktion läßt und bloß auf den Einzelfall auftreffen läßt, dann ergeben sie ja nur Einzelfallkasuistik. Sie werden sagen, auch die kann man fortentwickeln. Wenn sie aber fortentwikkelt wird, wird sie in der Tat doch auf eine mittlere Abstraktionsebene geraten. Und da würde ich auch Herrn Maurer noch einmal widersprechen. Die Frage, wie sehr das Rechtsverhältnis geeignet ist, Systeme zu entwickeln, Systemdenken aufzubauen, hat er ja offengelassen. Gerade das aber soll das Denken in Rechtsverhältnissen bewirken. Das Denken in Verwaltungsakten ist keine Alternative dazu.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Zacher. Jetzt Herr Ress.

Ress: Mir scheint, daß die rechtsvergleichende Betrachtung zu kurz gekommen ist. Deshalb möchte ich wenigstens einen Versuch in dieser Richtung unternehmen. Wir haben eine Reihe von Referaten über die Rechtsverhältnisse in der Schweiz, Österreich und der Bundesrepublik Deutschland gehört. Was fehlt und was wir leisten müßten, ist wirkliche Rechtsvergleichung, nämlich das Ineinander-In-Beziehung-Setzen der in den Referaten zutage getretenen Ergebnisse anhand bestimmter Kriterien (tertium comparationis). Ein solches Kriterium könnte z.B. sein, welche Folgen die rechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsprozeßrechts auf die Zuordnung von Rechtsverhältnissen zum Privatrecht und zum öffentlichen Recht hat.

Was fasziniert und Fragen aufwirft ist doch die Tatsache, daß in Österreich nach wie vor ein Regelungsmodell besteht, welches stark von den Klageformen im Verwaltungsprozeßrecht geprägt ist. Es gibt keine eigene oder allgemeine Zulässigkeitsregelung für den Verwaltungsprozeß, sondern die Zulässigkeit richtet sich nach den Klageformen. An diese anknüpfend – ausgerichtet an Bescheidbeschwerde, Maßnahmebeschwerde und Säumnisbeschwerde – orientiert sich auch die Klassifikation der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Handlungsformen der Verwaltung. Der in Österreich gefundene "Ausweg", d.h. die Zuordnung der Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung in das Privatrecht, jedenfalls im wesentlichen, ist die Folge der konkreten Ausgestaltung der Klageformen in Österreich. Auf der anderen Seite ist es eine Folge der deutschen Verwaltungsgerichtsordnung und ihrer Systematik, daß bei uns die Einordnung in anderer Weise stattgefunden hat. Aufgrund der allgemeinen Zulässigkeitsregelung im deutschen Verwaltungsprozeßrecht mit der Ausrichtung am Begriff der "öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten" hat eine völlig andere Entwicklung stattgefunden, die möglicherweise nicht eingetreten wäre, hätten wir diese Öffnung des Verwaltungsprozesses über § 40 VwGO nicht gehabt. Die verwaltungsrechtliche Systematik der Handlungsformen und die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht ist - so scheint es im Vergleich - von dieser prozessualen Einordnung abhängig. Nicht irgendwelche historischen "Zufälligkeiten" bestimmen das Ergebnis verwaltungsrechtlicher Systematik, sondern die systembildende Natur prozessualer Regelungen.

Daraus ergibt sich für mich eine - auch vom Ergebnis her zu stellende - Frage. Wir haben eine Fülle von Schwierigkeiten mit der Zuordnung einzelner Rechtsbereiche und Streitigkeiten zum öffentlichen oder zum privaten Recht, d.h. aber vom Verwaltungsprozeßrecht aus gesehen: Rechtswegprobleme, die in der bisherigen Diskussion und in den Referaten anklangen. Immer wieder wird in der Literatur die Frage aufgeworfen: Ist es nicht an der Zeit, bei uns die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse zu entprivatisieren und die - in einer Übergangsphase so fruchtbaren - Konstruktionen von Mischund Doppelverhältnissen, von Stufentheorien u.ä. fallen zu lassen, um zu einer öffentlich-rechtlichen Einheitskonzeption zu finden? Mit anderen Worten, einen nicht unerheblichen Teil dessen, was im Verwaltungsprivatrecht sich abspielt, ins öffentliche Recht hinüberzuziehen, auch mit der Folge des dann gegebenen Rechtswegs zu den Verwaltungsgerichten? Die Judikatur der deutschen Verwaltungsgerichte zeigt sich diesen Tendenzen gegenüber in gewisser Weise aufgeschlossen. Wie steht es demgegenüber in Österreich? In Österreich wird dieser gesamte Rechtsbereich nach wie vor über die ordentliche Gerichtsbarkeit abgewickelt. Es wäre jetzt interessant, in einem Vergleich der Rechtsprechung zu den Verwaltungsrechtsverhältnissen in der Bundesrepublik und in der Schweiz zu untersuchen, wie das "Verwaltungsrechtsverhältnis" von der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Österreich im einzelnen ausgeprägt und ausgestaltet worden ist, d.h. von einer Judikatur, die im Grunde nicht darauf eingestellt ist, öffentliche Zweckbindungen zu berücksichtigen. Derartige Bedenken haben in der Bundesrepublik zu dem Versuch geführt, diese Verhältnisse als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren und den Verwaltungsgerichten zuzuweisen. Wie ist nun diese Einordnung in Österreich als privatrechtlich im Vergleich mit der öffentlich-rechtlichen Deutung unserer Verwaltungsrechtsverhältnisse im Ergebnis zu beurteilen? Welche grundlegenden Unterschiede ergeben sich im Detail und im Ergebnis aus dieser unterschiedlichen Klassifikation? Ich stelle nur diese Fragen, deren Beantwortung, wenn ich es recht sehe, eine intensive Rechtsvergleichung verlangt, die noch zu leisten wäre.

Ich möchte noch auf ein spezifisches Problem aufmerksam machen, welches mit der Einordnung der Rechtsverhältnisse in privatrechtliche und öffentlich-rechtliche zusammenhängt. Es ist von einer "allgemeinen" Kategorie des Rechts gesprochen worden, sozusagen einer Kategorie des neutralen Rechts, das weder Privatrecht noch öffentliches Recht ist. Eine solche Position war an sich der Ausgangspunkt der Common-Law-Länder, in denen sich erst mühselig und auch nicht unangefochten eine Art administrative Law emanzipiert. Dort finden wir dieses Denken in einem allgemeinen, nicht näher spezifizierten Recht, aus dem sich dann erst, je nach bestimmten Aufgaben, Zwek-

ken und Funktionen auch Kategorisierungen, d.h. Ordnungsfunktionen einzelner Rechtsbereiche herausbilden. In Großbritannien hat diese Entwicklung nicht zur Auflösung der allgemeinen Gerichtszuständigkeit geführt, sondern allenfalls zur Zuordnung bestimmter Rechtsprinzipien zu bestimmten Rechtsbereichen, die es natürlich dann auch abzugrenzen gilt. Eine solche Betrachtung hat sicher bestimmte Vorteile, insbesondere für den rechtschutzsuchenden Bürger.

Ich möchte aus der Sicht des an international-rechtlichen Problemen Interessierten noch eine Frage anschließen. Wie werden jene Rechtsverhältnisse eingeordnet, in denen sich die grenzüberschreitende Kooperation vollzieht, z.B. die Verträge deutscher Gemeinden mit ausländischen Gemeinden, die - zum Teil auch die Erledigung öffentlicher Aufgaben einschließenden und öffentliche Haushaltsmittel in Anspruch nehmenden Partnerschaftsabkommen von Städten, die Kooperationsverträge deutscher Universitäten mit ausländischen Universitäten usw.? Folgen wir der These von Herrn Burmeister, daß in diesen Fällen die öffentlich-rechtliche Handlungsform nach der Rechtsordnung in der Bundesrepublik Deutschland geboten ist, dann ergeben sich nicht nur erhebliche Probleme aus dem Territorialitätsprinzip, sondern auch aus der Frage, ob die öffentlich-rechtliche Handlungsform deutschen Rechtsträgern dieser Art zu Handlungen über die Grenze überhaupt zur Verfügung steht. Aus dem Territorialitätsprinzip folgt nicht nur die Vermutung, daß Rechtssätze des deutschen öffentlichen Rechts sich in ihrem räumlichen Geltungsbereich auf die Bundesrepublik Deutschland beschränken und ihnen auch. jedenfalls in der Regel, keine Schutzwirkung zugunsten von Bewohnern im Ausland zu entnehmen ist. Aus dem Territorialitätsprinzip ergeben sich auch Bedenken dagegen, die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Gestaltung grenzüberschreitender Kooperationsformen einzusetzen. Denn die Ermächtigungsnorm zum Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge geht davon aus, daß es sich um Vertragsgestaltungen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland handelt. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Ermächtigung zum Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge durch die Unterwerfung unter ein fremdes öffentliches Recht im Rahmen eines öffentlich-rechtlich gedeuteten grenzüberschreitenden Vertrages ermöglicht. Erhalten wir uns dagegen in diesen grenzüberschreitenden Zusammenhängen die privatrechtlichen Handlungsformen auch für die öffentliche Hand, so ergeben sich weit weniger Probleme. Die Frage des auf derartige Verträge anwendbaren Rechts würde dann unter Anwendung des IPR auch bei Beteiligung öffentlich-rechtlicher Rechtsträger zu klären sein. Ich will damit nicht behaupten, daß die privatrechtliche Handlungsform eine in jeder Hinsicht befriedigende Lösung für grenzüberschreitende Verträge von Selbstverwaltungskörperschaften bildet, es handelt sich aber um einen Gestaltungsbereich, dessen Praxis offensichtlich ist und dessen Notwendigkeit nicht abgestritten werden kann. Ein anderer Lösungsansatz wäre — natürlich ebenfalls nicht unproblematisch — darin zu sehen, diese Art grenzüberschreitender vertraglicher Beziehungen in das Völkerrecht und damit in eine Handlungsbefugnis — auch unterstaatlicher Rechtsträger — in diesem Bereich einzuordnen

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Ress. Das war ein zweiter österreichischer Widerhall, diesmal aus Saarbrücken. Jetzt wollte Herr Burmeister noch das Wort ergreifen.

Burmeister: Es ist für die Bagatellisierung der Problematik symptomatisch, daß Sie, Herr Vogel, die staatliche Bedarfsdeckung wieder einmal am Beispiel des Kaufs von Scheuersand festmachten. Das wird der realen Bedeutung der Bedarfsdeckung einfach nicht gerecht: Nahezu ein Drittel des Haushaltes wird für staatliche Bedarfsdeckung ausgegeben, insbesondere erfolgt die gesamte Deckung mit militärischen Ausrüstungsgütern auf der Grundlage und mit den Mitteln des Privatrechts. Die Zuordnung dieses Bereichs zum Privatrecht hat beispielsweise eine Verwässerung der parlamentarischen Kontrolle zur Folge und führt im übrigen zur Unterwerfung dieses Bereichs unter die Kontrollzuständigkeit der Zivilgerichte, denen - wie die Rechtsprechung lehrt - nicht gerade eine besondere "Empfindsamkeit" gegeben ist, die spezifisch öffentlichen Bindungen in solchen Rechtsverhältnissen zum Tragen zu bringen. Die zivilgerichtliche Kontrollzuständigkeit über weite Bereiche öffentlicher Verwaltung, die fälschlich an der Handlungsform und nicht an der Funktion ansetzt, ist wirklich ein Dilemma.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Burmeister. Herr Vogel, ja, Sie können sogleich sprechen.

Vogel: Ich darf nur noch ganz kurz antworten. Herr Burmeister: ich räume ja ein, daß es Bereiche gibt, in denen die öffentlich-rechtliche Kontrolle, also die Anwendung öffentlich-rechtlicher Normen geboten ist, sei es das Privatrecht überlagernd oder sei es ausschließlich. Nur: mir scheint, daß Sie das Privatrecht mit dem Bade ausschütten. Dem wollte ich widersprechen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Vogel. Nun Herr Löwer.

Löwer: Herr Burmeister, Sie haben hier Ihre bekannte Aversion gegen das Verwaltungsprivatrecht neuerlich vorgetragen. Dabei um-

faßt Ihr Vorwurf auch die Bedarfsdeckung durch die fiskalische Tätigkeit im Sinne erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit. Ich weiß auch, daß der Beteiligungsbericht der Bundesregierung bald fünf Zentimeter dick ist, und ich weiß für alles dies auch nicht unbedingt eine kompetenzrechtliche Rechtfertigung. Nur mit Leistungsverwaltung hat das ja nichts zu tun. Wir sollten bezüglich der Leistungsverwaltung dogmengeschichtlich nicht vergessen, daß die Entdeckung des Privatrechts für die staatliche Leistung eine rechtsstaatliche Tat gewesen ist, denn ohne dieses Privatrecht hätte es keinen Rechtsschutz gegeben. Und dann kam Otto Mayer aus Straßburg herüber und lehrte: Leistungen würden anstaltlich dargeboten und unterstünden deshalb dem öffentlichen Recht. Ich hätte deshalb Ihren Beitrag, Herr Burmeister, auf der Tagung 1929, als Lutz Richter und Arnold Köttgen über die Anstalt berichteten, verstanden. Damals bestand die Gefahr, daß die öffentliche Verwaltung sich von kompetenzrechtlichen Bindungen durch die Wahl der Privatrechtsform freimachte. Aber wie ist die weitere Entwicklung verlaufen? Wir haben die Anstalt genommen und das Privatrecht und haben so als gewachsene Rechtsordnung jetzt Verwaltungsprivatrecht vor uns. Nur, dieses Verwaltungsprivatrecht ist vollständig kompetenzgebunden. Es gibt da keine Bequemlichkeit, die den Offizier genötigt hat, die Uniform auszuziehen und im Anzug tanzen zu gehen, wie Walter Jellinek sinngemäß bemerkt hat. Diese Freiheit haben wir der Verwaltung doch genommen. Wir haben Stück für Stück das öffentliche Recht in das Verwaltungsprivatrecht hineingetragen. Und nun haben wir so eine Zone des Gemeinrechts, wo es weithin folgenlos bleibt, ob der Staat privatrechtlich agiert oder öffentlich-rechtlich. Es macht keinen Unterschied, ob ich qua faktischem zivilrechtlichem Vertrag in ein öffentliches Verkehrsmittel einsteige oder kraft schlicht hoheitlich angebotener Nutzung. Es ist folgenlos. Und weil es ohne wesentliche Bedeutung ist, brauchen wir eigentlich so große Kontroversen um dieses Thema beim Verwaltungsprivatrecht, wohlgemerkt, nicht zu führen. Für die erwerbswirtschaftliche Betätigung und die Unmöglichkeit, diese kompetenzrechtlich zu rechtfertigen, gebe ich Ihnen recht. Und bei der Bedarfsdeckung könnte man über die Publifizierung noch nachdenken, nur beim Verwaltungsprivatrecht ist das eigentlich kein Problem mehr.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Löwer. Herr Zuleeg und dann Herr Mever.

Zuleeg: Ganz kurz angeknüpft an den Satz, es sei völlig gleichgültig, ob sich das Rechtsverhältnis nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht richtet. Die Grundrechtsbindung kann auch im Privat-

recht durchgesetzt werden. Wir haben aber keine Bindung für das Verwaltungsprivatrecht, die dem Verwaltungsverfahrensgesetz und allen speziellen Gesetzen entspricht. Insoweit ist das Verwaltungsprivatrecht noch längst nicht genügend öffentlich-rechtlich überlagert. Und wenn es soweit käme, daß es bis in jede Einzelheit öffentlich-rechtlich überlagert wäre, dann frage ich Sie, warum dann noch Privatrecht anzunehmen ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Zuleeg. Herr Meyer.

Meyer: Erstens bezweifle ich, daß die VEBA den Grundrechten unterliegt. Zweitens bin ich im Gegensatz zu Herrn Schachtschneider der Ansicht, daß wir durchaus auch im öffentlich-rechtlichen Bereich in begrenztem Umfang von Autonomie sprechen können. Was ist denn Ermessen, was ist Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers anders als Autonomie? Und darum kann man es durchaus für legitim halten. Rechtsfiguren anzuwenden, die auf ein System oder auf Rechtssubjekte zugeschnitten sind, für die Autonomie eine dominierende Bedeutung hat. Freilich sind diese Rechtsfiguren nur zu einem Teil oder nur beschränkt anwendbar, nämlich nur insoweit, als die Autonomie reicht. Aber Schwierigkeiten sehe ich nicht. Wenn die Gemeinde ein Rathaus haut, ist das ein ziemlich autonomer Akt. Er ist mindestens so autonom, wie wenn Sie Ihr eigenes Häuschen bauen. Warum sollte für solche Fälle und für die dazu notwendigen Rechtsbeziehungen nicht das Privatrecht zur Verfügung stehen? Vielleicht sollte man das Kind nicht unbedingt mit dem Bade ausschütten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Meyer. Wir hätten noch vier Minuten bis 17 Uhr. Es ist also noch Zeit für einen oder zwei Redner gegeben. Herr Schachtschneider.

Schachtschneider: Herr Meyer, erlauben Sie dazu eine kleine Bemerkung. Man muß Autonomie von Unabhängigkeit unterscheiden. Der Staat ist durchgehend an Gesetze gebunden. Während Autonomie dadurch gekennzeichnet ist, daß der Mensch sich selbst die Zwecke setzt. Die Selbstzweckhaftigkeit eignet dem Staat in keiner Weise. Er darf sie sich auch nicht zueignen. Autonomie ist Recht zur Willkür um der Pflicht zur Sittlichkeit willen. Das paßt auf den Staat nicht. Er ist meinetwegen ein sittlicher Staat, weil er durchgehend diesen Gesetzen, die auf der Autonomie beruhen, unterworfen ist, aber die Selbstzweckhaftigkeit fehlt ihm. Es ist ein grundsätzlicher Fehler, sage ich mit aller Deutlichkeit, Autonomie mit Unabhängigkeit zu identifizieren.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Schachtschneider. Es liegen keine weiteren Wortmeldungen zu den Punkten 3 und 4 vor, also zu den Komplexen: Erarbeitung neuer Regeln, brauchen wir neue Interpretationen?, Appell an den Gesetzgeber usw., ferner zu der Frage, ob der Begriff des Rechtsverhältnisses in irgendeiner Weise den Gesetzesvorbehalt unterlaufen würde, weil nämlich Nebenpflichten zugunsten oder zu Lasten des Bürgers konstruiert werden könnten. Aber wahrscheinlich ist es ohnehin zu spät, um das noch gründlich durchzudiskutieren, und deswegen möchte ich jetzt das Wort zurückgeben an die Referenten, wobei wir diesmal vielleicht in umgekehrter Reihenfolge verfahren sollten.

Herr Krause, ich darf Sie dann zunächst bitten.

Krause: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, gestatten Sie mir zunächst ein paar Bemerkungen zu einigen allgemeinen Diskussionsbeiträgen, die mich sehr überrascht haben. Den darin angesprochenen Gegensatz zwischen einer Orientierung des Verwaltungsrechts am Verwaltungsakt oder am Verwaltungsrechtsverhältnis - an Regelungsmaßnahme oder Regelungserfolg - habe ich nie gesehen und kann ihn auch jetzt nicht sehen. M.E. sind beide Orientierungen in vollem Umfange kompatibel. Wenn ich in These 1 gesagt habe, daß der Verwaltungsakt als leere Handlungsform ungeeignet ist, galt das nicht als Absage, vielmehr habe ich darauf drängen wollen, diese Handlungsform anzufüllen mit materiellen Rechtsinhalten, und den materiellen Rechtsinhalt, den ein Verwaltungsakt oder eine andere Regelungsmaßnahme ieweils herbeiführen wollen und sollen, bezeichne ich als Verwaltungsrechtsverhältnis. Nun mag man sich darüber streiten, ob das Rechtsverhältnis der richtige Name für die konkrete inhaltlich bestimmte Rechtsbeziehung zwischen einzelnem und Träger öffentlicher Verwaltung ist. Wir können dafür auch andere Bezeichnungen verwenden. Vielleicht fällt Herrn Mever ein besseres Wort für die Sache ein. Ich habe aber gemeint, nachdem der Vorstand das Thema gestellt hat, das Wort Rechtsverhältnis in diesem Sinne verwenden und verstehen zu können.

Damit zur Sache selbst. Der erste Punkt betrifft die Frage, ob die Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung vom Zivilrecht her zu begreifen sind. Ich hatte gehofft, in meinem Vortrag und in These 4 meine Vorbehalte dagegen, das Zivilrecht einfach als Modell zu übernehmen, deutlich hervorgehoben zu haben. Ich habe an verschiedenen Stellen die grundsätzliche Andersartigkeit betont — vielleicht nicht dezidiert genug, darum noch einmal: Ich halte das Modell des Zivilrechts prinzipiell für nicht geeignet, Verwaltungsrechtsbeziehungen zu erfassen. Ein wenig möchte ich allerdings Herrn Burmeister und Herrn Schachtschneider widersprechen: Ich meine, daß es gleich-

wohl durchaus sinnvoll sein kann, gewisse Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung in Formen des Zivilrechts abzuwickeln, und teile keineswegs Ihre allzu rigorosen Zweifel, ob der öffentliche Zweck, wie die Bindungen des öffentlichen Rechts und der Verfassung sich auch im Zivilrecht durchsetzen lassen. Es ist dazu nur erforderlich, die grundlegende Differenz des Status der privatautonomen Zivilrechtsperson und der gebundenen Träger der öffentlichen Gewalt im Bewußtsein zu halten.

Die wichtigste klärungsbedürftige Frage geht für mich dahin: Wie verhalten sich die Beteiligten in der Leistungsbeziehung selber, d.h. nachdem diese begründet worden ist? Der Gedanke, das Gesetz, die Verfassung oder der Begründungsakt würden das alles schon regeln, ist nicht tragfähig. Herr Raschauer hat vorhin gemeint, die Hauptpflichten stünden wenigstens in vollem Umfange fest, es ginge nur um die Nebenpflichten. Meine Damen und Herren, solange die Leistungen in derartig Einfachem bestehen, sind die Hauptpflichten selbstverständlich alle eingehend vorweg zu regeln. Das wird aber ganz anders, sobald ein allgemeiner öffentlicher Zweck in Sach- und Dienstleistungen umzugießen ist. Dann sind auch Hauptoflichten zu konkretisieren, und zwar weit über das Maß hinaus, das der Begründungsakt geleistet hat und leisten konnte. Herr Öhlinger hat von 12 Jahren Schule gesprochen, in denen die öffentlichen Erziehungsziele alltäglich konkretisiert werden müssen. Das Ziel der Gesunderhaltung und Heilung muß bei jeder Arztbehandlung präzisiert werden. Ähnliches gilt für zahlreiche andere Leistungsbeziehungen. Zu ihrer Konkretisierung bedarf es allgemeiner Modelle. Dafür bedarf es Verfahren der Kooperation. Dafür brauchen wir Begriffe, die die Aufgabe beschreiben. Die Verwaltungsverfahrensgesetze leiten zwar auf den Verwaltungsakt hin, aber sie leiten nicht mehr weiter, wenn es um die Verwirklichung der mit ihm festgestellten oder begründeten Rechtsverhältnisse durch die Beteiligten geht.

Damit zur Forderung nach einer Kodifikation. Für eine Kodifikation ist es gegenwärtig noch viel zu früh. Und was eine Kodifikation wirklich zu leisten vermag, darf nicht überschätzt werden. Sie wird jedenfalls nicht alle Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung abschließend in Typen erfassen können. Das hat auch das Zivilrecht sicherlich nicht vermocht, wie Herr Götz schon gesagt hat. Das Zivilrecht bietet kein abgeschlossenes System aller Rechtsverhältnistypen. Das Bild einer solchen Geschlossenheit konnte es vielleicht einem Betrachter von außen, vor allem bald nach dem Erlaß des BGB vermitteln, etwa von 1900 bis 1905, aber ich glaube, nicht einmal in jener Zeit war es vollständig. Bald darauf hat jedenfalls die Kritik an der Tauglichkeit vorhandener Zivilrechtsverhältnistypen eingesetzt. Das Zivilrecht ist aber stets bereit gewesen und geblieben, sich auf die

Aufgabe der dogmatischen Fortentwicklung der Rechtsverhältnisse nicht von dem Begründungsakt, sondern von ihrem Inhalt und vom materiellen Recht her einzulassen. Eine solche Offenheit ist auch im Bereich des öffentlichen Rechts, des Verwaltungsrechts gefordert. Um die konkreten Probleme der Abwicklung von Rechtsverhältnissen in der Zeit zu erkennen, sich auf sie besinnen und sie zu Lösungen führen zu können, ist eine allgemeine Betrachtung hilfreich. Daß die Probleme und ihre Lösungen unterschiedlich sind in den verschiedensten Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts, Herr Maurer, werde ich jederzeit zugeben; das bedeutet aber nicht, daß sie nicht durch allgemeine Kategorien erfaßt werden könnten. Nur dadurch wird es regelmäßig gelingen, das Problem überhaupt zu stellen. Lassen Sie mich das an einem Beispiel verdeutlichen. Natürlich regelt das besondere Verwaltungsrecht die Rechtsnachfolge überall anders. Dennoch wird der Begriff "Rechtsnachfolge" durchgängig verwendet. Das mit ihm gestellte allgemeine Problem mußte erst einmal am allgemeinen Modell des Verwaltungsrechtsverhältnisses festgemacht werden, und dann konnte es im konkreten Zusammenhang des besonderen Verwaltungsrechts sachgerecht gelöst werden. Tatsächlich wird auch so verfahren: In den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts wird die Rechtsnachfolge unter dem Oberbegriff des Verwaltungsrechtsverhältnisses generell abgehandelt. Ein anderes Beispiel: Die Frage einer Aufkündigung der Dauerrechtsbeziehung mag sich in vielen Rechtsgebieten ganz verschieden darstellen. Noch nicht einmal im Sozialversicherungsrecht finden sich durchgängig gleiche Lösungen, andere für das Krankenversicherungs- und andere für das Rentenversicherungsrechtsverhältnis, und sogar im Krankenversicherungsrecht finden sich solche für das Verhältnis der Krankenkasse zum Versicherten und andersartige für ihr Verhältnis zum Kassenarzt; dennoch bleibt die Kündbarkeit ein durchgängiges Problem für alle Dauerrechtsverhältnisse und muß als solches außerhalb des Besonderen Verwaltungsrechts artikuliert werden und in einem generellen Schema seiner konkreten Ordnung einen Ort finden. Ist das geschehen, lassen sich die Lösungen in den verschiedenen besonderen Verwaltungsrechtsgebieten aufsuchen, vergleichen, kritisieren, verfeinern, u.U. auch angleichen. Ein Entwurf zu einem solchen Schema war eigentlich alles, was ich Ihnen zu geben hatte. Ich kann Ihnen daher jetzt nur noch danken für Ihre lebhafte Diskussion und hoffen, daß mein Beitrag doch den Anstoß vermittelt, weiter über die Sache nachzudenken.

Vorsitzender: Das Wort hat Herr Öhlinger.

Öhlinger: Auch ich muß mit einer Entschuldigung beginnen. Daß die äußere Form meines Thesenpapiers, Herr Ipsen, nicht den Regeln

entspricht, liegt daran, daß ich diese Regel in der Tat nicht kannte. Wahrscheinlich habe ich einmal nicht zugehört.

Im übrigen muß ich aber für diese Diskussion danken. Auch wenn Herr Ress zutreffend festgestellt hat - es war wohl nicht als Kritik gemeint -, daß die Rechtsvergleichung jetzt erst beginnen muß, daß wir hier nur Vorarbeit dafür geleistet haben, so ist hier und heute doch etwas geschehen, was meines Wissens schon seit Jahren, wenn nicht seit Jahrzehnten am verwaltungsrechtlichen Tag der Tagung unserer Vereinigung nicht mehr der Fall war: daß das österreichische Verwaltungsrecht angesprochen wurde, und zwar nicht nur in ein, zwei kurzen Bemerkungen, sondern in einer sehr intensiven Weise. Ich halte das deshalb für so wichtig, weil sich kein anderer Bereich des Rechtes so wie das Verwaltungsrecht in Österreich und in Deutschland in seinen Grundlagen auseinanderentwickelt hat. Es gibt keinen anderen Rechtsbereich, in dem die Gesprächsbasis bereits so dünn geworden ist. Es ist dies nicht im Verfassungsrecht der Fall, wo es regelmäßig um vergleichbare Probleme geht. Und ich weiß von unseren Zivilrechtlern, Arbeitsrechtlern, Strafrechtlern usw., daß dort regelmäßige Diskussionen über die Grenzen hinweg stattfinden. Im Verwaltungsrecht haben sich Divergenzen gerade in den theoretischen und begrifflichen Grundlagen entwickelt, die bewirken, daß eigentlich schon seit Jahren kein Gespräch über die Grenzen hinweg stattfindet. Heute hat es dafür zumindest Ansätze gegeben. Man muß dem Vorstand dafür dankbar sein, daß er eine Organisationsform wählte, die dies möglich machte.

Herr Ipsen hat mehrere Fragen an mich gerichtet. Sie sagten, daß Sie die strikte Betonung des Legalitätsprinzips in Österreich auf der einen Seite und den weiten Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, in der dieses nicht gilt, auf der anderen Seite nicht verstünden. Ich könnte es mir jetzt einfach machen und mit einem Zitat belegen, daß auch mir dies zu verstehen schwer fällt. Hier liegt in der Tat ein schwer verständlicher Bruch der Verwaltungsdogmatik vor. In Wahrheit ist das, was man in Österreich "Privatwirtschaftsverwaltung" nennt, das Ventil einer ansonsten sehr rigorosen Dogmatik – der Bereich, in den man flieht, wenn man mit den traditionellen Kategorien des öffentlichen Rechtes Schwierigkeiten hat.

Zur Frage, wie es um die Pläne einer Verrechtlichung der Förderungsverwaltung steht: das Thema dürfte ad acta gelegt worden sein. Konkrete und umfassende gesetzliche Regelungen zeichnen sich nicht ab.

Herr Bachof hat gegen meinen Hinweis darauf, daß in Österreich der Begriff des Gewaltverhältnisses gewissermaßen eliminiert und durch einen allgemeinen und inhaltsleeren Begriff des Rechtsverhältnisses ersetzt wurde, polemisiert. Natürlich gibt es auch in Österreich

die Staatsgewalt. Allerdings nicht im Verfassungstext. Dort wurde sie bewußt gestrichen. Es heißt z.B. in Österreich nicht: "Alle Gewalt geht vom Volke aus", sondern: "Das Recht geht vom Volke aus". Gemeint ist damit — und dies wurde in Österreich stets sehr konsequent durchgehalten, wenn wir wieder vom Bereich der privatrechtsförmigen Verwaltung absehen —, daß es keinen allgemeinen Titel des Staates gibt, ohne rechtliche Grundlage Verwaltungsakte zu setzen. Es sollte damit der Begriff eines Gewaltverhältnisses als Legitimation konkreten Verwaltungshandelns ausgeschaltet werden. Im übrigen ist aber dieser Begriff des Rechtsverhältnisses so abstrakt, daß er nichts weiter besagt.

Damit komme ich zu der Frage, welchen Sinn es eigentlich hat, über "Rechtsverhältnisse" zu sprechen. Ich habe mein Referat nicht nur allgemein auf eine "mittlere Abstraktionsebene" gestellt, sondern gerade auch in dieser Frage - und dazu muß ich mich bekennen eine Art Mittelposition eingenommen, nicht weil ich Mittelpositionen immer für den richtigen Weg halte. Sie sind vielmehr oft eine Ausflucht vor einer klaren Position. In dieser Frage scheint sie mir allerdings richtig zu sein. Ich habe versucht aufzuzeigen, wo auf der Ebene des allgemeinen Verwaltungsrechtes m.E. dieser Begriff in der Tat seine Berechtigung hat. Es ist dies ein schmaler Bereich. Herr Zacher mag damit unzufrieden gewesen sein und sich mehr erwartet haben. Es ist dies etwa der Bereich der Nebenpflichten, insbesondere der Betreuungspflichten der Verwaltung, wo man mit diesem Begriff durchaus zu konkreten Aussagen gelangen kann. Es ist dies sodann der Bereich der Leistungsstörungen und der fehlerhaften Leistungen überhaupt. Es ist dies ferner der Bereich der Dispositionen über öffentlich-rechtliche Ansprüche. Es mag dies wenig erscheinen. Wenn man aber - und hier gehe ich natürlich von der Erfahrung der österreichischen Praxis aus die Verwaltungsrealität kennt, so sieht man, daß gerade in diesen Fragen die Praxis sehr viele Probleme hat. Es mag dies in Deutschland anders sein - tu felix Germania, Herr Mever. Ich kann dazu nur herzlich gratulieren. Ich möchte aber nicht verhehlen, daß die Leistungen der deutschen Verwaltungsrechtsdogmatik in der Tat die Anerkennung des Österreichers ohne Vorbehalte verdienen.

Mit der Frage Rechtsverhältnis und Gesetzesvorbehalt hat Herr Meyer, wenn ich ihn richtig verstanden habe, eigentlich eine geradezu klassisch österreichische Position bezogen. Es ist für mich, der ich aus der österreichischen Tradition komme, selbstverständlich, daß ich mit dem Rechtsverhältnis nicht einen Begriff einführen kann, aus dem sich Rechtsfolgen ableiten lassen, die nicht irgendwie auf ein Gesetz zurückgeführt werden könnten. Nur, so einfach, daß man mit Subsumptionsschlüssen alle Probleme, die zwischen dem Gesetz und seiner Konkretisierung liegen, lösen könnte, ist es bekanntlich nicht. Ich

freue mich über die Geste Ihrer Zustimmung Herr Zacher. Ich habe die juristische Figur des Rechtsverhältnisses so verstanden, daß sie die Rechtskonkretisierung nach regelmäßigen Fallkonstellationen typisieren und so im Einzelfall anleiten und entlasten kann, oder vielleicht auch nur die Probleme, die sich hier stellen, deutlicher sichtbar machen kann. Ich meine, daß darüber hinaus die Figur des Rechtsverhältnisses Anleitungen für den Gesetzgeber bieten kann, und habe dies am Ende meines Referates zu zeigen versucht. In anderen Fällen wird sie Anleitung für die Judikatur bieten können. Sie kann aber nicht den Gesetzgeber substituieren. Herr Raschauer hat gemeint, daß meine etwas kritische Darstellung der konkreten Rechtssituation in Österreich, etwa im Bereich der Nebenpflichten der Behörden, doch etwas zu pessimistisch sei. Ich habe die Judikatur durchgesehen: die Fälle, in denen etwa der Grundsatz von Treu und Glauben eine konkrete Entscheidung trägt und nicht bloßes Dekor bleibt, lassen sich an einer Hand abzählen. Ich würde mich aber freuen, wenn es mehr gäbe.

Die Diskussion hat sich auf ein Problem konzentriert, das ganz grundsätzliche Fragen gerade des österreichischen Verwaltungsrechtes betrifft. Sie ist nach meinen Notizen eingeleitet worden mit dem Satz von Herrn Burmeister, daß der Begriff der "Privatwirtschaftsverwaltung" ein verhängnisvoller Begriff sei. Es ist dies zunächst einmal nur ein Terminus der österreichischen Verwaltungsrechtsdogmatik, und es ist vielleicht zu wenig deutlich durchgeklungen, wird aber im schriftlichen Referat hoffentlich deutlicher werden, daß ich diesen Terminus nur dort gebraucht habe, wo ich referierte. Dort, wo ich eine eigene Position bezog, habe ich immer von "privatrechtsförmiger Verwaltung" gesprochen. Der Terminus ist in der Tat verhängnisvoll. Allerdings muß ich als Österreicher die Problematik differenzierter sehen. und zwar gerade auch aus verfassungsrechtlichen Gründen. In der österreichischen Bundesverfassung ist ja die Fähigkeit des Bundes und der Länder, Träger von Privatrechten zu sein, in dieser Formulierung ausdrücklich verankert, und bezüglich der Gemeinden sogar noch deutlicher. Aber es stellt sich natürlich die Frage, wie man diese Formulierungen auslegt. Und da bin auch ich gegenüber der extrem weiten Auslegung der herrschenden österreichischen Lehre durchaus skeptisch. Mein Referat enthielt durchaus einige Kritik gegenüber der orthodoxen Position. Auf der anderen Seite meine ich aber, daß wir auf das Privatrecht für den Staat nicht verzichten können. Ich habe mich anläßlich dieses Referates etwas eingehender mit den Beziehungen zwischen Krankenanstalt und Patienten befaßt und bin dabei auf eine Fülle komplizierter Rechtsfragen gestoßen. Ich habe nur einige in meinem Referat angeschnitten. In diesem Bereich versagt nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand das öffentliche Recht als Antwort auf alle diese sehr differenzierten Probleme. Es mag dies in der Bundesrepublik Deutschland anders sein. Ich kann dann wieder nur sagen: Tu felix Germania. Ich meine, daß man in den Leistungsbeziehungen zwischen Verwaltung und Privaten auf das Privatrecht nicht völlig verzichten kann. Für einen Verzicht darauf, den Begriff der "Privatautonomie" auf den Staat anzuwenden, würde allerdings auch ich plädieren. Wenn diese Tagung meine Fachkollegen in Österreich zu mehr Vorsicht in diesem Punkt veranlassen könnte, so wäre dies schon ein Fortschritt.

Es ist wohl nicht notwendig, daß ich auf alle Diskussionsbeiträge eingehe, die sich auf mein Referat bezogen. Ich wurde schon vormittags gerügt, daß ich die Zeit überschritten hätte. Ich danke jedenfalls noch einmal sehr herzlich.

Vorsitzender: Herr Fleiner-Gerster, bitte.

Fleiner-Gerster: Ich möchte mich dem Dank von Herrn Öhlinger, namentlich für die rechtsvergleichende Diskussion in jeder Beziehung anschließen. Ich war außerordentlich dankbar dafür, daß Sie in Ihren Voten immer auch den Bezug zum schweizerischen, österreichischen und deutschen Recht gezogen haben. Lassen Sie mich zur Rechtsvergleichung zwei, drei Bemerkungen noch anfügen: Erstens einmal glaube ich, Rechtsvergleichung ist, je länger, je notwendiger aus verschiedenen Gründen. Erstens, weil sie unsere Horizonte öffnet, zweitens, weil wir mehr und mehr international zusammenarbeiten und deshalb wissen müssen, wie im Verwaltungsrecht anderer Staaten zum Beispiel Umweltschutz vollzogen wird, und drittens zwingen uns die internationalen Konventionen, namentlich auch die EMRK, ich habe auf Art. 6 hingewiesen, mehr und mehr rechtsvergleichend zusammenzuarbeiten.

Schließlich, und das scheint mir im Bereich des Verwaltungsrechtes wichtig, können wir im Rahmen der Rechtsvergleichung Erfahrungen sammeln. Die heutige Tagung hat mir jedenfalls gezeigt, daß wir vom deutschen Verwaltungsrecht sehr viel lernen können. Wir sind im Rahmen unseres Verwaltungsrechtes, Herr *Bachof*, noch hinter dem zurück, was Sie namentlich mit Ihrer Verwaltungsklage, Klage auf Vornahme des Verwaltungshandelns, eingeleitet haben. Wir kennen die Leistungsklage im Verwaltungsrecht nicht. Das mag auch der Grund gewesen sein, weshalb ich einiges gefordert habe, was in der Bundesrepublik schon längst Realität ist.

Die Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht zwischen kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Systemen ist aber auch von höchstem Interesse. Hier vielleicht nur eines der Beispiele, um Ihnen zu zeigen — ich konnte dies im Referat nicht darlegen — wie im Bereich des amerikanischen Rechts auf dem Gebiet der Leistungsverwal-

tung judiziert wird. Es gibt im amerikanischen Verwaltungsrecht die sogenannte "structural injunction". Das ist die Klage auf Vornahme einer Leistung der Verwaltung, die aber dazu führt, daß die Leistung praktisch über die Ersatzvornahme durch das Gericht durchgeführt wird. Da gab es eine Klage eines schwarzen Mädchens, das nicht in eine Schule aufgenommen wurde. Das Gericht hat im Rahmen der structural injunction, nachdem es sah, daß die Schule Schwarze immer nachhaltig diskriminiert hatte, kurzerhand die Schule in eigene Verwaltung genommen. Ich sage nicht, man müsse solche Modelle bei uns unbesehen übernehmen. Ich erwähne das Beispiel nur, um zu zeigen, daß man im Rahmen des Verwaltungsrechts völlig anders denken kann. Im Rahmen des "Verwaltungsrechts" des common law beispielsweise, ist natürlich auch von Bedeutung, daß, um den Begriff "Staatsgewalt" hier aufzunehmen, Staatsgewalt in erster Linie den Gerichten und nur in zweiter Linie der Exekutive anvertraut ist. Dies entspricht auch einer ganz anderen Betrachtungsweise als derienigen unseres Verwaltungsrechts. Und damit komme ich zurück auf die Rechtsverhältnisse: was den Verwaltungsakt anbetrifft, bin ich in der Tat der Meinung, daß wir ihn wieder unter Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und der Rechtsgeschichte auf das zurückführen sollten, was er eben gewesen ist: ein "acte administratif contentieux".

Es ist das die "quasi judicial decision", wie wir sie noch heute im englischen Recht haben, also die richterähnliche Entscheidung, die dann von der nächsthöheren Instanz überprüft wird. Im amerikanischen Recht ist die "adjudication", als richterähnliche Entscheidung, an den "administrative procedure act" gebunden. Im übrigen aber sollte man für Entscheidungen im Rahmen des Verwaltungsrechtes nicht die schwerfälligen Verfahren in Gang bringen, indem wir, wie zum Teil auch im schweizerischen Verwaltungsrecht, das Institut der Verfügung überstrapazieren, sondern wir sollten nach neuen Formen der Zusammenarbeit und auch des Verwaltungshandelns suchen. Damit komme ich zum Begriff der Rechtsverhältnisse. Hier kann ich mich nur anschließen an das, was alle bereits gesagt haben. Es besteht kein Gegensatz zwischen Rechtsverhältnis und Verwaltungsakt. Die Frage ist immer nur die: Erstens einmal, wodurch wird ein Rechtsverhältnis begründet? Durch Gesetz, Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichen Vertrag, privatrechtlichen Vertrag? Die zweite Frage, die sich aber meines Erachtens eben sofort stellt, ist die: Ist es nicht notwendig, für die Dauerverhältnisse, namentlich der Leistungsverwaltung, nach Formen, und ich übernehme das, was Herr Öhlinger gesagt hat. nach Modellen zu suchen, wie sie auch Herr Krause dargelegt hat, die es uns erlauben, den entsprechenden Interessensituationen besser gerecht zu werden, als wenn wir lediglich vom Verwaltungsakt her die Dinge ansehen? Ich bin einverstanden, daß der Verwaltungsakt auch

langfristige Rechtsverhältnisse begründen kann, selbstverständlich, genauso wie das Gesetz. Aber, ich glaube, der Verwaltungsakt orientiert sich mindestens historisch zu stark an punktuellen Modellen, ähnlich wie etwa der punktuelle Kaufvertrag. Wenn man in Verwaltungsakten denkt, neigt man immer dazu, punktuell zu denken. Im Bereich der Leistungsverwaltung müssen wir uns aber darum bemühen, langfristig zu denken, uns zu überlegen, wie am sinnvollsten Lösungen für die Abänderung und Anpassung der Rechtsverhältnisse gefunden werden können, wie Dritte in diese Rechtsverhältnisse einbezogen werden müssen, wie diese Rechtsverhältnisse beendigt und wie sie allenfalls begründet werden. Wir dürfen aber nicht nur von der Begründung der Rechtsverhältnisse her an die Betrachtungsweise herangehen, denn da denkt man zunächst an den Verwaltungsakt und weniger an den Vertrag. Wenn wir aber an die langfristigen Rechtsverhältnisse denken, scheint mir in der Regel - ich möchte hier nichts absolut sagen - der verwaltungsrechtliche Vertrag mindestens für die schweizerische Situation das angemessene Modell zu sein, wobei ich selbstverständlich einräumen muß, daß der verwaltungsrechtliche Vertrag nur dann sinnvoll ist, wenn er mit mehr Analogien aus dem Zivilrecht ausgestaltet wird. Der Verwaltungsakt als Verwaltungsakt - scheint mir - enthält zu viele Privilegien für die "Hoheitsträger", namentlich für die private Verwaltungstätigkeit oder für den privaten Träger der Leistungsverwaltung, beispielsweise für eine private Krankenkasse, die hoheitliche Verfügungen erlassen kann, deren Fehler nach Ablauf der Rechtsmittelfrist geheilt und dann vollstreckt werden können, gleich wie etwa ein Steuerbescheid der Verwaltung. In diesen Fällen scheint mir die Privilegierung nicht gerechtfertigt und auch der Interessenlage nicht zu entsprechen. Im übrigen meine ich, daß im vertraglichen, inhaltlichen Verhältnis das gegenseitige Element viel stärker zum Ausdruck kommt.

Damit möchte ich mit einem weiteren rechtsvergleichenden Gedanken schließen. In einer Diskussion erfuhr ich kürzlich folgendes: Die Japaner, die mit schweizerischen Firmen verhandeln, kritisieren unser Rechtsdenken und behaupten, europäische Juristen seien gewohnt, lediglich in Rechten und Pflichten zu denken. Die Japaner hingegen beurteilen das Handeln nicht nach dem Gegensatz von Rechten und Pflichten, sondern unter dem Gesichtspunkt der Loyalität. Und ich würde meinen, im Bereich der Rechtsverhältnisse, wenn es um langfristige Rechtsverhältnisse geht, dann wäre die Loyalität auf seiten der Verwaltung wie auch auf seiten des Leistungsempfängers das Kriterium, an dem man sich orientieren sollte, und auf dem man — da bin ich mit Herrn Krause einverstanden — langfristig vielleicht eine Kodifikation aufbauen kann und soll. In diesem Sinne möchte ich hier schließen, nicht ohne dem Vorstand gedankt zu haben dafür, daß er

uns dieses schöne, ich meine, für die Schweiz nachhaltige Thema, gegeben hat.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren! Zum Abschluß der Erörterungen dieses Tages möchte ich, auch im Namen des Vorstandes, den drei Referenten noch einmal sehr herzlich danken. Es ist vor allem den beiden ausländischen Referenten ein Thema aufgedrängt worden, das sie zunächst nicht geme akzeptiert haben. Es erschien anfänglich etwas als Ausdruck eines deutschen Rechtsimperialismus. Aber wahrscheinlich werden Herr Öhlinger und Herr Fleiner nunmehr in ihren Ländern zu Klassikern dieser Rechtsdomäne des Leistungsverwaltungsrechts. Ob das Rechtsverhältnis sehr tragfähig ist als Rechtsfigur, ist zweifelhaft geblieben. Ich glaube aber, daß die Erörterungen dieses Tages zumindest für größere intellektuelle Klarheit gesorgt haben. Ich danke auch allen Diskussionsteilnehmern.

Zacher: Ich möchte auch noch einmal den Referenten beider Tage danken und Ihnen allen, die Sie an den Diskussionen teilgenommen haben. Daß der erste Tag ein guter Tag der Vereinigung war, das, glaube ich, steht außer Zweifel. Ich glaube ganz persönlich, daß auch der zweite Tag ein sehr wichtiger Tag war für die Arbeit der Vereinigung. Ich glaube das aus zwei Gründen: Erstens, weil er dem Drei-Länder-Verhältnis in der Vereinigung einen neuen Akzent gegeben hat. Es ist ja für das ganze Konzept der Vereinigung wichtig, daß dieses Gespräch über die drei Länder hin sich vollzieht. Das Zweite, warum ich glaube, daß es ein wichtiger Tag war: weil ich meine, daß diese Ergänzung der Rechts-, der Handlungsformen, des Denkens in Handlungsformen, durch Denken in Rechtsinhalten ein wichtiges petitum für unser Verwaltungsrecht ist. Ich bin ganz zuversichtlich, daß trotz der vielen Skepsis im Saale die Arbeiten, die heute geleistet worden sind, eine Zukunft haben.