

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 994**

# **Verwaltungsprivatrecht**

**Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung,  
deren Reichweite und Konsequenzen**

**Von**

**Ulrich Stelkens**

**Zweite, unveränderte Auflage**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ULRICH STELKENS

**Verwaltungsprivatrecht**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 994**

# Verwaltungsprivatrecht

Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung,  
deren Reichweite und Konsequenzen

Von

Ulrich Stelkens



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs-  
und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät  
der Universität des Saarlandes hat diese Arbeit im Jahre 2003  
als Habilitationsschrift angenommen.

#### Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-11860-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Joachim Burmeister hat dem Verwaltungsprivatrecht 1972 den Vorwurf der „System- und Disziplinlosigkeit“ gemacht, die sich bereits in seiner „begriffsschizophrenen Bezeichnung“ andeute (WiR 1972, 311, 314). Seither ist die Disziplinierung privatrechtlichen Verwaltungshandelns weit fortgeschritten: Es ist mittlerweile im Schrifttum, aber auch in der Rechtsprechung anerkannt, daß die Verwaltung bei jeder Form privatrechtlichen Verwaltungshandelns öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere denen der Grundrechte und der Zuständigkeitsordnung, unterliegt. Die vorliegende Arbeit – es handelt sich um eine aktualisierte Fassung meiner Habilitationsschrift, die im Dezember 2003 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes angenommen worden ist – geht hiervon aus. Ihr Anliegen ist es, die Grundlagen des Verwaltungshandelns in Privatrechtsform zu strukturieren, indem sie insbesondere den privatrechtlichen Verwaltungvertrag als Handlungsform der Verwaltung begreift. Vielleicht kann das Verwaltungsprivatrecht so auch dem Vorwurf der Systemlosigkeit begegnen.

Mein besonderer Dank gilt natürlich zunächst meinem akademischen Lehrer, Herrn Univ.-Prof. Dr. Klaus Grupp, und zwar für viel mehr als für die Betreuung (auch) dieser Arbeit. Zu Dank verpflichtet bin ich ebenso Herrn Univ.-Prof. Dr. Rudolf Wendt und Herrn Univ.-Prof. Dr. Torsten Stein – auch nicht nur für die Erstellung des Zweit- und Drittgutachtens. Danken möchte ich schließlich meinem Vater, Herrn Prof. Dr. Paul Stelkens: Er hat die ersten Entwürfe kritisch durchgearbeitet und die vorgeschlagenen Lösungen einem Praktikabilitätstest unterzogen. Zudem hat die – von ihm ermöglichte – Mitarbeit an „seinem“ VwVfG-Kommentar in weiten Teilen die Grundlage für diese Arbeit geliefert.

Die Arbeit befindet sich auf dem Stand von März 2005. Zu diesem Zeitpunkt lagen Entwürfe für eine Teilreform der §§ 54 ff. VwVfG und des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) vor, deren Inhalt (nur) noch in den Fußnoten berücksichtigt werden konnte.

Saarbücken, im April 2005

Ulrich Stelkens



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung .....</b>	<b>23</b>
-------------------------	-----------

## *Erstes Kapitel*

<b>Der Grundsatz der Privatrechtsbindung der Verwaltung .....</b>	<b>52</b>
---	-----------

<b>A. Verfassungsrechtliche Verankerung des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung.....</b>	<b>53</b>
---	-----------

I. Anerkennung der rechtsstaatlichen Bedeutung der Privatrechtsbindung der Verwaltung im 19. Jahrhundert.....	53
---	----

II. Heutige rechtsstaatliche Bedeutung des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung .....	57
---	----

<b>B. Reichweite des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung.....</b>	<b>64</b>
--	-----------

I. Privatrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts als privatrechtliche „Vollrechtsfähigkeit“ .....	64
---	----

1. Die Konzeption des BGB und ihre verfassungsrechtliche Anerkennung ....	64
---	----

2. Einschränkung der Privatrechtsbindung der Verwaltung nach der Lehre von der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts bzw. der „ultra-vires-Lehre“? .....	70
--	----

II. Folgerungen für Geltungsanspruch und Regelungsinhalt des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung .....	82
---	----

1. Schutzziel und Schutzzinhalt des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung .....	82
--	----



2. Rechtfertigung der bestehenden materiellen Fiskusprivilegien .....	85
3. Reichweite des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung bei Erfüllung primärer und sekundärer Verwaltungsaufgaben .....	86
4. Verhältnis des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung .....	97
5. Reichweite des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung gegenüber dem Organisationsverfassungsrecht juristischer Personen des öffentlichen Rechts .....	104
6. Geltung des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung im Verhältnis zwischen Verwaltungsträgern .....	109
7. Fiskuslasten als Ausprägung des Grundsatzes der Privatrechtsbindung der Verwaltung? .....	119
III. Privatrechtsbindung der Verwaltung und Verwaltungsakt.....	124
1. Die „Verwaltungsaktsfestigkeit“ des Grundsatzes der Privatrechtsbin- dung der Verwaltung .....	125
2. Abgrenzung privatrechtsmißachtender Einzelfallregelungen von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten.....	137
<b>C. Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Bedeutung für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht.....</b>	<b>141</b>

### *Zweites Kapitel*

## **Handlungsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts im Privatrechtsverkehr** 144

<b>A. Verwaltungsorganisationsrechtliche Grundlagen .....</b>	<b>145</b>
I. Grundbegriffe .....	146
1. Unterscheidung zwischen juristischer Person, ihren Organen und Organwaltern .....	146
2. Sonderformen der Verwaltungsorganisation: Auftragsverwaltung, zwischenbehördliches Mandat, Organleihe .....	152

II. Bedeutung der Zuständigkeitsnormen .....	156
1. Arten der Zuständigkeiten .....	157
2. Bindung des privatrechtlichen Verwaltungshandelns an die Zuständigkeitsordnung .....	160
3. Der materielle Gehalt der Zuständigkeitsnormen: Das Prinzip der Selbstorganschaft.....	166
III. Besonderheiten bei Auseinanderfallen von privatrechtlicher Aktiv- oder Passivlegitimation und der Verwaltungszuständigkeit.....	174
1. Abgrenzung von unproblematischen Fällen .....	175
2. Verschiedene Lösungsansätze in der Rechtsprechung.....	181
3. Notwendigkeit einer einheitlichen Lösung .....	189
<b>B. Zurechnung von Willenserklärungen.....</b>	<b>195</b>
I. Maßgebliches Recht für Vertretungsfragen .....	195
1. Bedeutung der Rechtsnatur der abzugebenden Willenserklärung für das anzuwendende Recht .....	196
2. Bedeutung der Rechtsnatur des zwischen dem Organwalter und dem Verwaltungsträger bestehenden Rechtsverhältnisses für das anzuwendende Recht.....	200
II. Zurechnung von Willenserklärungen eines Organwalters i.e.S. ....	203
1. Außenvertretungskompetenz des Organs .....	204
2. Einzelvertretung und Gesamtvertretung durch Organwalter i.e.S. ....	209
3. Begrenzung der Vertretungsmacht durch Schriftformerfordernisse .....	210
4. Begrenzung der Vertretungsmacht der Organwalter i.e.S. durch die materielle Zuständigkeit des Organs und Anwendbarkeit der Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht .....	216
III. Zurechnung von Willenserklärungen eines Organwalters i.w.S. ....	225
1. Rechtsnatur und Rechtswirkungen der Zeichnungsbefugnis .....	225

2. Fehlerfolgen bei Erteilung der Zeichnungsbefugnis durch einen Unbefugten .....	231
3. Fehlerfolgen bei Erteilung der Zeichnungsbefugnis für „höchst-persönliche Rechtsgeschäfte“ .....	232
4. Fehlerfolgen bei Erteilung der Zeichnungsbefugnis an hierfür rechtlich ungeeignete Personen .....	235
5. Reichweite der rechtmäßig erteilten Zeichnungsbefugnis .....	241
IV. Fehlerfolgen und Vertrauensschutz bei fehlender Vertretungsmacht .....	244
1. Entsprechende Anwendbarkeit von § 177, § 178 und § 180 BGB.....	245
2. Duldungs- und Anscheinsvollmacht .....	252
3. Erfüllungshaftung wegen „Anspruchserwirkung“ aus § 242 BGB .....	257
4. Schadensersatzhaftung des Vertreters und des Verwaltungsträgers .....	266
<b>C. Zurechnung nicht-rechtsgeschäftlichen Verhaltens .....</b>	<b>275</b>
I. Zurechnung bei juristischen Personen des Privatrechts .....	275
1. Zurechnung des Verhaltens der Organwalter i.e.S.: § 31 BGB .....	276
2. Zurechnung des Verhaltens anderer Personen: § 278 Satz 1, § 831 Abs. 1, § 855 BGB .....	279
II. Zurechnung bei Verwaltungsträgern.....	283
1. Regelungsgehalt des § 89 Abs. 1 BGB.....	283
2. Regelungsgehalt des Art. 34 Satz 1 GG: Das Problem des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs.....	286
3. Allgemeine Zurechnungsgrundsätze bei Verwaltungsträgern .....	293
III. Die Unterscheidung zwischen dienstlichem und privatem Verhalten.....	296
<b>D. Zurechnung von Kenntnissen und Wissen .....</b>	<b>303</b>
I. Wissenszurechnung bei juristischen Personen des Privatrechts.....	303

1. Wissensvertreter .....	304
2. Wissensinhalt.....	309
II. Wissenszurechnung bei Verwaltungsträgern .....	312
1. Entdeckung der Besonderheiten der Wissenszurechnung bei Verwaltungsträgern durch die Rechtsprechung.....	313
2. Ausschließliche Maßgeblichkeit des öffentlichen Rechts für die Wissenszurechnung bei Verwaltungsträgern .....	318
<b>E. Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Bedeutung für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht .....</b>	<b>323</b>

### *Drittes Kapitel*

## **Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht und die Abgrenzung ihrer Anwendungsbereiche 328**

<b>A. Die „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....</b>	<b>330</b>
I. Kurze Kritik der „klassischen“ Abgrenzungstheorien .....	330
1. Vorrechtlicher Ansatz.....	330
2. Heranziehung von Dogmen zur Bestimmung der Anwendungsbereiche von öffentlichem und privatem Recht .....	333
3. Überbetonung der Rechtswegfrage.....	342
II. Die „Gesetzgebungskompetenztheorie“ als Gesamtlösung.....	344
1. Prämissen und Aussagen der „Gesetzgebungskompetenztheorie“.....	344
2. Näheres zum Zusammenhang zwischen Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG und dem Grundsatz der Privatrechtsbindung der Verwaltung .....	351
3. Näheres zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Privatrechts unter Anwendung der „Gesetzgebungskompetenztheorie“.....	354
4. Möglichkeit gemeinsamen Rechts nach der „Gesetzgebungskompetenz- theorie“ und seine Bedeutung für die Rechtswegfrage.....	356

5. „Gesetzgebungskompetenztheorie“ und der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht.....	363
<b>B. Zuordnung von Normen auf der Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht.....</b>	<b>375</b>
I. Existenz von Privatverwaltungsrecht? .....	376
1. Gesetzgebungspraxis und Rechtsprechung.....	377
2. Notwendigkeit der Anerkennung von Privatverwaltungsrecht aus der Sicht des Gesetzgebers .....	382
3. Reichweite des Privatverwaltungsrechts.....	386
4. Rechtsweg für die Durchsetzung von Privatverwaltungsrecht .....	394
II. Zuordnung von Sonderregeln für den Abschluß und den Inhalt privatrechtlicher Verwaltungsverträge.....	407
1. Zuordnung von Regelungen, die die Privatrechtsform für die Erfüllung von primären Verwaltungsaufgaben vorschreiben.....	407
2. Zuordnung von Regelungen, die ein Kontrahierungsverfahren für die Erfüllung von Primäraufgaben in Privatrechtsform anordnen .....	410
3. Zuordnung von Regelungen, die ein Sonderrecht für privatrechtliche Verwaltungsverträge normieren, die zur Erfüllung primärer Verwaltungsaufgaben abgeschlossen werden.....	412
4. Zuordnung des Vergaberechts .....	414
III. Zuordnung von Regelungen, die Verwaltungsträgern die Einwirkung auf zwischen Dritten bestehende Rechtsverhältnisse ermöglichen .....	421
1. Zuordnung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB.....	421
2. Zuordnung der Verwaltungsträgern eingeräumten gesetzlichen Vorkaufsrechte .....	423
3. Zuordnung von Vorschriften, die zugunsten von Verwaltungsträgern eine Legalzession privatrechtlicher Ansprüche anordnen.....	426
IV. Zuordnung von besonderen sachenrechtlichen Regelungen .....	428

1. Zuordnung von Sonderregeln über Erwerb, Begründung, Veränderung und Übertragung dinglicher Rechte bei Beteiligung von Verwaltungsträgern.....	428
2. Zuordnung von Regelungen, die für Verwaltungsträger im BGB nicht vorgesehene dingliche Rechte begründen.....	435
V. Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Bedeutung für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht.....	449
<b>C. Verwaltungsträger als Verpflichtete aus gesetzlichen privatrechtlichen Ansprüchen.....</b>	<b>452</b>
I. Passivlegitimation aus gesetzlichen Herausgabeansprüchen .....	453
1. Rechtsprechung zum Bereicherungsrecht.....	453
2. Rechtsprechung zu dinglichen Herausgabeansprüchen .....	456
3. Bewertung aus der Sicht der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	462
II. Passivlegitimation aus gesetzlichen Unterlassungs- und Störungsbeseitigungsansprüchen.....	465
1. Rechtsprechung zum Nachbarrecht .....	465
2. Rechtsprechung zu wettbewerbsrechtlichen Abwehransprüchen gegenüber der Art und Weise wettbewerbsrelevanten Verwaltungshandelns .....	484
3. Rechtsprechung zu wettbewerbsrechtlichen Abwehransprüchen gegenüber der Aufnahme wettbewerbsrelevanter Tätigkeiten .....	496
4. Rechtsprechung zum Ehrenschatz und allgemeinen Persönlichkeitsrecht.....	503
5. Bewertung aus der Sicht der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	512
III. Passivlegitimation aus gesetzlichen Schadensersatzansprüchen.....	526
1. Rechtsnatur der allgemeinen Integritätsschutzpflichten als Normqualifikationsproblem.....	527
2. Rechtsprechung zu den Verkehrssicherungspflichten .....	530
3. Rechtsprechung zur Pflicht zur Vermeidung unerlaubter Handlungen.....	534

4. Rechtsprechung zu den Gefährdungshaftungstatbeständen und vergleichbaren Regelungen .....	545
5. Zuordnung der allgemeinen Integritätsschutzpflichten nach der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	547
6. Die besonderen Probleme der „allgemeinen Unfallverhinderungspflichten“: Haftungsregime für Dienstfahrtenunfälle und Querschläger ...	555
IV. Passivlegitimation aus gesetzlichen Aufwendungsersatzansprüchen – insbesondere aus Geschäftsführung ohne Auftrag .....	563
V. Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Bedeutung für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht.....	570
<b>D. Verwaltungsträger als Inhaber gesetzlicher privatrechtlicher Ansprüche .....</b>	<b>573</b>
I. Aktivlegitimation aus bereicherungsrechtlichen Ansprüchen.....	574
1. Anwendungsbereich der §§ 812 ff. BGB nach der Rechtsprechung.....	574
2. Zuordnung nach der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	578
3. Ausschuß und Einschränkung privatrechtlicher Bereicherungsansprüche durch öffentlich-rechtliche Regelungen? .....	586
II. Aktivlegitimation aus gesetzlichen Ansprüchen zur Abwehr von Eingriffen in absolute Rechte, den Besitz und Wettbewerbspositionen.....	588
1. Schutz öffentlich-rechtlicher absoluter Rechte durch privatrechtliche Abwehransprüche? .....	589
2. Abschließende Regelung bestimmter Sachverhalte durch das Privatrecht?.....	595
3. Ausschuß und Einschränkung privatrechtlicher Abwehransprüche durch öffentlich-rechtliche Regelungen?.....	600
III. Aktivlegitimation aus gesetzlichen Schadensersatzansprüchen.....	609
1. Schadensersatzansprüche als „wesensmäßiges“ Privatrecht? .....	610
2. Schutz öffentlich-rechtlicher Rechtsgüter durch privatrechtliche Schadensersatzansprüche? .....	619

3. Sonderfall der allgemeinen Integritätsschutzpflichten.....	628
4. Ausschluß und Einschränkung privatrechtlicher Schadensersatz- ansprüche durch öffentlich-rechtliche Regelungen?.....	631
IV. Aktivlegitimation aus gesetzlichen Aufwendungsersatzansprüchen – insbesondere aus Geschäftsführung ohne Auftrag .....	634
1. Ausschluß privatrechtlicher Aufwendungsersatzansprüche aus verfassungsrechtlichen Gründen? .....	637
2. Anwendbarkeit privatrechtlicher Aufwendungsersatzansprüche nach der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	644
3. Abschließende Regelung bestimmter Sachverhalte durch das Privatrecht?.....	653
4. Ausschluß und Einschränkung privatrechtlicher Aufwendungsersatz- ansprüche durch öffentlich-rechtliche Regelungen?.....	654
V. Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Bedeutung für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht.....	657
<b>E. Anwendbarkeit des Rechts der privatrechtlichen vertraglichen Schuld- verhältnisse – Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privat- rechtlichen Verwaltungsverträgen .....</b>	<b>660</b>
I. Zuordnungen von Verwaltungsverträgen, die bestehende Sonderrechtsver- hältnisse verändern oder aufheben.....	662
1. Veränderung und Aufhebung bestehender privatrechtlicher Schuld- verhältnisse.....	663
2. Veränderung und Aufhebung bestehender öffentlich-rechtlicher Verwaltungsrechtsverhältnisse .....	666
3. Möglichkeit der Veränderung der Rechtsnatur bestehender Rechts- verhältnisse? .....	672
II. Zuordnung von Verwaltungsverträgen, die neue Rechtsverhältnisse begründen .....	678
1. Allgemeiner Ansatzpunkt der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ und die Zuordnung durch Rechtssatz besonders vorgeordneter Verträge.....	680



2. Zuordnung nicht normativ vorgeordneter Verwaltungsverträge nach der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	693
3. Überzeugungskraft der in der Literatur vorgebrachten Argumente für eine weitergehende Publizierung des Verwaltungsvertragsrechts .....	700
III. Besondere Vertragskonstruktionen .....	713
1. Rechtsnatur hinkender Austauschverträge .....	713
2. Rechtsnatur von Umgehungsverträgen .....	725
3. Existenz gemischt öffentlich-privatrechtlicher Verträge? .....	729
IV. Exemplifizierung der Ansatzpunkte der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ in Einzelfällen .....	739
1. Verträge über Leistungen der Daseinsvorsorge .....	740
2. Subventions-, Ansiedlungs- und Ausbildungsförderungsverträge .....	744
3. Vermögensprivatisierungs- und Vermögensverwertungsverträge .....	751
4. Verträge über die Einräumung von Wegenutzungsrechten für Versorgungsleitungen (Gestattungs- und Konzessionsverträge) .....	755
5. Verträge zur Sicherung öffentlich-rechtlicher Forderungen eines Verwaltungsträgers .....	762
6. Verträge zur Abwendung der Enteignung und Umlegungsverträge .....	768
7. Sozialrechtliche Leistungsbeschaffungsverträge .....	772
8. Mietgarantien der Sozialämter .....	781
V. Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Bedeutung für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht .....	785
<b>F. Sonderprobleme des Verhältnisses von Verwaltungsorganisationsrecht und Privatrecht .....</b>	<b>791</b>
1. Anwendbarkeit des Privatrechts zwischen Verwaltungsträgern .....	791
1. Anwendbarkeit des Privatrechts im allgemeinen Verkehr zwischen Verwaltungsträgern .....	793

2. Geltung privatrechtlicher Ansprüche zwischen Verwaltungsträgern aufgrund einer Legalzession .....	816
3. Möglichkeit privatrechtlicher Verträge zwischen Verwaltungsträgern .....	818
4. Ausschluß und Einschränkung privatrechtlicher vertraglicher An- sprüche durch die Besonderheiten des Verwaltungsorganisationsrechts? ..	828
5. Besonderheiten bei Beteiligung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute .....	830
II. Anwendbarkeit des Privatrechts im Recht des öffentlichen Dienstes und bei Einbeziehung selbständiger Unternehmen in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben .....	835
1. Bedeutung der für die Einstellung und Beförderung von Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes geltenden Sonderregelungen.....	836
2. Anerkennung der Existenz auf privatvertraglicher Grundlage tätiger Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes bis 1945 .....	840
3. Fortentwicklung des Rechts der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in Gesetzgebung und Rechtsprechung nach 1945.....	853
4. Rechtsnatur der Arbeitsverträge des öffentlichen Dienstes nach der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	869
5. Rechtsnatur vertraglicher Dienstverhältnisse von Organwaltern i.e.S.....	884
6. Rechtsnatur von Verwaltungsverträgen über die Einbeziehung selbstän- diger Unternehmen in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben .....	888
III. Zusammenfassung der Ergebnisse und ihre Bedeutung für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht.....	897
G. Bedeutung der Ergebnisse für eine Lehre vom Verwaltungsprivatrecht.....	900

### *Viertes Kapitel*

<b>Durchsetzung bestehender öffentlich-rechtlicher Bindungen bei privatrechtlichem Verwaltungshandeln</b>	<b>904</b>
---	------------

A. Kritik der bisherigen Lösungsansätze.....	906
I. Verwaltungsprivatrecht als Sonderprivatrecht.....	907

1. Erste Ansätze einer „Sonderprivatrechtslösung“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	909
2. Die „Sonderprivatrechtslösung“ in der heutigen Rechtsprechung .....	912
3. Methodische Bedenken gegen die „Sonderprivatrechtslösung“ .....	921
4. Unvereinbarkeit der „Sonderprivatrechtslösung“ mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Privatrechtsanwendung .....	926
5. Art. 10 EGV als Zwang zur „Sonderprivatrechtslösung“ bei Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht? .....	941
<b>II. Analoge Anwendung der §§ 54 ff. VwVfG auf privatrechtliche Verwaltungsverträge .....</b>	<b>949</b>
1. Verstoß der Analogie gegen verfassungsrechtliche Prinzipien und die Grundsätze der „Gesetzgebungskompetenztheorie“ .....	950
2. Nur eingeschränkte Vergleichbarkeit privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Verwaltungsverträge .....	953
3. Analogieunfähigkeit der §§ 54 ff. VwVfG .....	960
<b>III. Zweistufentheorie .....</b>	<b>967</b>
1. Zweistufentheorie als Instrument zum Schutz des potentiellen Vertragspartners .....	968
2. Zweistufentheorie als Instrument des Konkurrentenschutzes .....	974
<b>IV. Vorrang „schlichter Privatrechtsanwendung“ .....</b>	<b>981</b>
1. Rechtlicher Vorrang „schlichter Privatrechtsanwendung“ .....	982
2. Methodischer Vorrang „schlichter Privatrechtsanwendung“ .....	986
<b>B. Die „Zweiebenentheorie“ .....</b>	<b>991</b>
<b>I. Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte auf Begründung privatrechtlicher Schuldverhältnisse .....</b>	<b>992</b>
1. Materielle Rechtslage bei subjektiv-öffentlichen Rechten auf Abschluß privatrechtlicher Verwaltungsverträge im Normalfall .....	993

2. Materiellrechtliche Besonderheiten bei „Zwischenschaltung“ von Verwaltungsakten oder Zusagen.....	1005
3. Materiellrechtliche Besonderheiten bei der Einschaltung privater Kreditinstitute in die Subventionsvergabe .....	1010
4. Verwaltungsverfahrenrechtliche Durchsetzung .....	1015
5. Rechtsweg für die gerichtliche Durchsetzung .....	1024
6. Klageart und Vollstreckung bei gerichtlicher Durchsetzung .....	1036
7. Schadensersatzansprüche wegen Fehlverhaltens im Vorfeld des Vertragsschlusses.....	1045
II. Einwendung subjektiv-öffentlicher Rechte gegenüber nach Privatrecht bestehenden Verpflichtungen.....	1052
1. Behauptung, die dem Privaten vertraglich gewährten Rechte blieben hinter dessen subjektiv-öffentlichen Rechten zurück .....	1053
2. Behauptung, die dem Privaten vertraglich auferlegten Verpflichtungen verletzen dessen subjektiv-öffentliche Rechte.....	1056
3. Rechtswegprobleme bei der Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte auf Änderung bestehender privatrechtlicher Verträge .....	1067
4. Behauptung des Verbots der Durchsetzung nach Privatrecht gegebener gesetzlicher Ansprüche.....	1073
5. Prozessuale Probleme bei Verboten der Durchsetzung gesetzlicher privatrechtlicher Ansprüche.....	1081
6. Behauptung sonstiger Rechtswidrigkeit privatrechtlichen Verwaltungshandelns.....	1087
III. Durchsetzung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch den Verwaltungsträger .....	1091
1. Instrumentalisierung privatrechtlicher Möglichkeiten der Vertragsbeendigung zur Durchsetzung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung .....	1093
2. Verfassungsrechtlicher Rahmen für die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Vertragsänderungsansprüche der Verwaltung .....	1102
3. Möglichkeit der Begründung eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vertragsänderungsanspruchs der Verwaltung durch Rechtsfortbildung ..	1116

4. Einzelheiten zum Inhalt und zur Durchsetzung des allgemein öffentlich-rechtlichen Vertragsänderungsanspruchs der Verwaltung.....	1124
5. Öffentlich-rechtliche Vertragsänderungsansprüche der Verwaltung im Kartellvergaberecht .....	1130
6. Besonderheiten beim rechtswidrig gewordenen privatrechtlichen Verwaltungsvertrag .....	1137
<b>IV. Besonderheiten beim verwaltungsprivatrechtlichen Konkurrentenstreit .....</b>	<b>1141</b>
1. Durchsetzung subjektiv-öffentlicher Rechte auf „privatrechtliches Einschreiten“ .....	1142
2. Der verwaltungsprivatrechtliche negative Konkurrentenstreit: Konkurrentenstreit im Subventionsrecht .....	1146
3. Der verwaltungsprivatrechtliche Konkurrentenverdrängungsstreit: Konkurrentenstreit bei Einstellung von Arbeitnehmern in den öffentlichen Dienst, bei Vergabe öffentlicher Aufträge und bei Vermögensprivatisierung.....	1156
4. Besonderheiten des verwaltungsprivatrechtlichen Konkurrentenverdrängungsstreits im Kartellvergaberecht .....	1172
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse.....</b>	<b>1184</b>
I. Verwaltungsträger als gegenüber Privaten aus gesetzlichen privatrechtlichen Ansprüchen Verpflichtete .....	1184
II. Verwaltungsträger als Inhaber gesetzlicher privatrechtlicher Ansprüche.....	1187
III. Das Recht privatrechtlicher Verwaltungsverträge .....	1190
IV. Verwaltungsprivatrecht zwischen Verwaltungsträgern.....	1205
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>1208</b>
<b>Sachverzeichnis.....</b>	<b>1271</b>

## Abkürzungsverzeichnis

Die verwendeten Abkürzungen – mit Ausnahme der unten aufgeführten – entsprechen den amtlichen Gesetzesabkürzungen bzw. den Abkürzungen des „Abkürzungsverzeichnisses der Rechtssprache“, 5. Aufl. 2003, von Hildebert *Kirchner* und Cornelia *Butz*. Die in den zitierten Entscheidungen des BSG verwendeten Abkürzungen finden sich in den Gesamtregisterbänden seiner „Amtlichen Sammlung“. Siehe i. ü. auch die Anmerkung zum Literaturverzeichnis

Begr.	Begründer
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
GKÖD	Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht
HdbDtStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HdbVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts
KommJuR	Der Kommunaljurist
MünchKomm	Münchener Kommentar
SKZ	Saarländische Kommunalzeitschrift
VerwR	Verwaltungsrecht
ZEUS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht



„Die Freude des Mannes, der das Pulver erfunden hat oder die drahtlose Telephonie, ist dem Juristen versagt. In der Rechtswissenschaft gibt es keine Erfinder oder sollte es wenigstens nicht geben. Nur was das Leben wirksam und schaffend an Rechtsstoff schon enthält, weist sie auf und beschreibt sie. Noch mehr: auch die Art, wie sie das beschreibt, die Begriffe, mit welchen sie das Vorgefundene zu erfassen und zu Verständnis und sicherer Beherrschung zu bringen sucht, sie werden besser von ihrem Vertreter nicht auf den Markt gebracht mit der frohen Verkündung: dieses habe ich im stillen Kämmerlein ersonnen als etwas Neues, Bahnbrechendes. Sondern der Sache dient es mehr, wenn er sagen kann: hier ist eine alte erprobte Denkmaschine; seht zu, ob sie nicht jetzt noch zu gebrauchen ist.“

Otto Mayer<sup>1</sup>

## Einleitung

a) Wie der Untertitel der Untersuchung andeutet, soll das Verwaltungsprivatrecht die Antwort auf die Frage geben, wann der Staat und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts an privatrechtliche Rechtssätze gebunden sind, wann sie von privatrechtlichen Handlungsformen Gebrauch machen können und welche Rechtsfolgen sich aus einer Beteiligung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts an einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis ergeben. Verwaltungsprivatrecht umfaßt damit alle die Fälle, in denen das Privatrecht auf das Handeln juristischer Personen des öffentlichen Rechts anzuwenden ist.<sup>2</sup> Der hier vorgeschlagenen Begriffsverwendung steht die „klassische“ Verwendung des Begriffs „Verwaltungsprivatrecht“ gegenüber, die auf H. J. Wolff zurückgeht, dem Erfinder dieser (bereits in der 1. Auflage seines „Verwaltungsrechts“ von 1956 enthaltenen<sup>3</sup>) Wortschöpfung.<sup>4</sup> H. J. Wolff wollte

---

<sup>1</sup> O. Mayer, AöR 21 (1907), S. 499.

<sup>2</sup> Ähnlich die Begriffsverwendung auch bei BGH, NuR 2004, 554, 555 (auf einen zur Enteignungsabwendung geschlossenen Grundstückskaufvertrag sei das „Verwaltungsprivatrecht“ anwendbar); BVerwG, NVwZ 2000, 1418, 1419 (Beschaffungstätigkeit sei „verwaltungsprivatrechtliches Handeln“); VGH Kassel, NVwZ 2003, 238 f. („Raumvermietung an Schilderträger“, hierzu unten S. 1031: Vermietung von Räumen in Kfz-Zulassungsstelle unterstehe dem „Verwaltungsprivatrecht“); Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, S. 353; Lerche, Festschrift Winkler, S. 581, 591 ff.; Röhl, JuS 2002, 1053, 1054; Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee, Rn. 6/24.

<sup>3</sup> H. J. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 23 I b, S. 73.

<sup>4</sup> Als Schöpfer des Begriffs „Verwaltungsprivatrecht“ wird H. J. Wolff auch bezeichnet bei Forsthoff, Lehrbuch, S. 197; Haas, DVBl. 1960, 303; Mann, Verw 35 (2002), S. 463, 478; ders., Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 284; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 357; Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen, S. 8; Wertenbruch, JuS 1961, 105, 106.



hiermit nämlich nur der Rechtsfigur einen Namen geben, die Siebert in seinem insoweit grundlegenden Vortrag vor der Zivilrechtslehrertagung in Schlangenbad am 17. Oktober 1953<sup>5</sup> „entdeckt“, dort mit den Worten „Privatrecht als Mittel der öffentlichen Verwaltung“ umschrieben hatte<sup>6</sup> und die sofort – nicht nur bei H. J. Wolff – großes Interesse fand.<sup>7</sup> Es ging um die schlichte Behauptung, auch die privatrechtlich handelnde Verwaltung sei öffentlich-rechtlichen Bindungen, insbesondere den Grundrechten, dann – aber auch nur dann – unterworfen, wenn sie unmittelbare Verwaltungszwecke erfülle. Damit sollte das „klassische“ Verwaltungsprivatrecht nur für die sog. Daseinsvorsorge (Versorgungs- und Entsorgungsverwaltung) sowie für die Wirtschaftsförderung und für die subventionierende Verwaltung gelten, nicht aber für sonstige „fiskalische“ (beschaffende und erwerbswirtschaftliche) Tätigkeit.<sup>8</sup> Begründet wurde diese Differenzierung jedoch weder von Siebert noch später von H. J. Wolff. Dies war nach dem damaligem Stand der Verwaltungsrechtswissenschaft auch nicht notwendig: Es galt nicht zu begründen, warum die „fiskalische“ Verwaltung nicht an das öffentliche Recht gebunden sein sollte, sondern darzulegen, warum die öffentliche Hand entgegen der in Rechtsprechung<sup>9</sup> und Lehre<sup>10</sup> vor 1949 ganz herrschenden Auffassung nunmehr jedenfalls bei der sog. „unmittelbaren Aufgabenerfüllung“ öffentlich-rechtlichen Bindungen zu unterwerfen sei.

b) Heute ist demgegenüber ganz herrschende Meinung, daß die Verwaltung jedenfalls dann öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, wenn sie zur Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge und der Wirtschaftslenkung privatrechtliche Verwaltungsverträge<sup>11</sup> abschließt.<sup>12</sup> Unklarheiten bestehen

<sup>5</sup> Veröffentlicht in der Festschrift Niedermayer, S. 215 ff.

<sup>6</sup> Siebert, Festschrift Niedermayer, S. 215, 221 f.

<sup>7</sup> Siehe z. B. Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37, 55 Fn. 37; Dürig, Festschrift Nawiasky, S. 157, 184 ff.

<sup>8</sup> Zum „klassischen“ Begriff des Verwaltungsprivatrechts Röhl, VerwArch. 86 (1995), S. 531, 572 ff.; Unruh, DÖV 1997, 653, 662 ff.

<sup>9</sup> RGZ 110, 297, 298 ff.; RGZ 128, 134, 145; RGZ 133, 388, 390 („Theaterkritiker“, hierzu unten S. 910); PrOVGE 52, 28, 31; RAGE 11, 273, 276 f.

<sup>10</sup> W. Jellinek, VerwR, S. 25; Köttgen, VVDStRL 6 (1929), S. 104, 127 ff.; Richter, VVDStRL 6 (1929), S. 69, 82 f., 99 ff.; demgegenüber bereits für eine vollständige Bindung der privatrechtlich handelnden Verwaltung an das öffentliche Recht Behr, AÖR 38 (1918), S. 288, 301: Verträge des Fiskus dürften Angehörige des eigenen Bundesstaates nicht bevorzugen und müßten die Gewerbefreiheit achten; sonst seien sie nichtig.

<sup>11</sup> Mit dem Begriff des Verwaltungsvertrages werden nach der wohl von Bullinger (Vertrag, S. 25 Fn. 1) begründeten, von Krebs und Schmidt-Aßmann (Krebs, VVDStRL 52 [1993], S. 248, 257 f.; ders., in: Ehlers/Krebs, Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, S. 41; Schmidt-Aßmann, Festschrift Gelzer, S. 117; ders., Ordnungsidee, Rn. 6/114; Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen, S. 137 mit Fn. 328)

„nur“ hinsichtlich der Reichweite und des Inhalts dieser Bindungen. Für die heutige Diskussion über die Rechtsfolgen der Verwaltung in Privatrechtsform macht dies jedoch mittlerweile notwendig, die Annahme zu rechtfertigen, eine Bindung an das öffentliche Recht sei nur bei „unmittelbarer Erfüllung staatlicher Aufgaben“ gegeben. Diese Rechtfertigung trägt die bloße Unterscheidung zwischen „unmittelbarer“ und „mittelbarer“ Erfüllung von Verwaltungsaufgaben und die hiermit verbundene Unterscheidung zwischen „verwaltungsprivatrechtlicher“ und „fiskalischer“ Tätigkeit jedenfalls nicht selbstverständlich in sich.<sup>13</sup> Hierbei können die Rechtsfolgen privatrechtlicher Verwaltungstätigkeit heute auf wesentlich festerer dogmatischer Grundlage bestimmt werden, als dies zu der Zeit möglich war, als Siebert und H. J. Wolff die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht entwickelten. Als Ergebnisse jahrelanger rechtswissenschaftlicher Diskussion sollen diese Grundlagen hier nicht weiter in Frage gestellt werden:

c) Dies gilt zunächst für den Grundsatz, daß sich juristische Personen des öffentlichen Rechts schlechthin nicht auf Grundrechte berufen können, auch wenn sie von staatlichen Maßnahmen im „fiskalischen“ Bereich betroffen werden, also auch in Fällen sogenannter „grundrechtstypischer“ Gefährdungslagen.<sup>14</sup> Dies hat das BVerfG in der Sasbach-Entscheidung letztlich unmißver-

---

„wiederbelebten“ Terminologie alle Verträge angesprochen, die Verwaltungsträger schließen, unabhängig von ihrer Rechtsnatur. Dies ist mittlerweile wohl weitgehend eingeführt: *H. Bauer*, Festschrift Knöpfle, S. 11, 12; *ders.*, DÖV 1998, 89, 90; *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Innovation und Flexibilität, S. 245, 252; *Brohm*, JZ 2000, 321, 322; *Grziwotz*, Vertragsgestaltung, Rn. 27 ff.; *Gurlit*, Verwaltungsvertrag, S. 23 f.; *dies.*, Jura 2001, 659, 661; *Höfling/Krings*, JuS 2000, 625, 626; *H. Jochum*, Verwaltungsverfahrenrecht, S. 224; *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 11 Rn. 4; *Spannowsky*, Grenzen, S. 47 f.; *Voßkuhle*, VerwArch 92 (2001), S. 184, 205. Teilweise wird der Begriff des Verwaltungsvertrages jedoch auch enger gefaßt, vgl. die Zusammenstellung bei *Schlette*, Vertragspartner, S. 18 ff.).

<sup>12</sup> Soweit an der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht heute Kritik geübt wird, richtet sie sich vor allem gegen die – noch von *Siebert* und *H. J. Wolff* als selbstverständlich vorausgesetzte – Annahme, die Verwaltung könne die ihr zugewiesenen Aufgaben unter Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen erfüllen. Zu dieser in der Literatur wohl vorherrschenden Position näher 1. Kap. A II f (S. 63) und C a (S. 141), 3. Kap. D II 3 (S. 600 ff.) und IV 1 (S. 637 ff.) sowie E II 3 (S. 700 ff.).

<sup>13</sup> So bereits *Zeidler*, VVDStRL 19 (1961), S. 208, 220 f.; ferner *T. Koch*, Status, S. 139; *Kunert*, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 95 ff.; *Möstl*, Grundrechtsbindung, S. 77; *Schmidt-Aßmann/Krebs*, Rechtsfragen, S. 141 ff.; *Wallerath*, Bedarfsdeckung S. 175 ff.; a. A. nur *H. J. Wolff/Bachoff/Stober*, VerwR I, 23 Rn. 30.

<sup>14</sup> Siehe zur Diskussion über die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts nur die Darstellungen bei *Bleckmann* (Staatsrecht II, § 9 Rn. 26 ff.) und *Storr* (Staat als Unternehmer, S. 187 ff.), die mit überzeugender Argumentation der Rechtsprechung des BVerfG folgen.