

Inhaltsverzeichnis

INHALTSÜBERSICHT	VII
INHALTSVERZEICHNIS	IX
LITERATURVERZEICHNIS	XXIX
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XLV
EINLEITUNG	1
I. INHALT	1
II. AUFBAU	3
III. LESEVORSCHLÄGE	4
1. TEIL: THEORETISCHER ANSATZ	5
1. KAPITEL: EINLEITUNG UND ÜBERSICHT ÜBER DEN 1. TEIL	7
2. KAPITEL: GRUNDLAGEN DER MODERNEN SYSTEMTHEORIE	8
I. ALLGEMEINE SYSTEMTHEORIE	8
II. BIOLOGISCHE SYSTEME UND SINNSYSTEME	8
A. Biologische Systeme	8
B. Sinnsysteme	10
1. Der Sinnbegriff bei LUHMANN	10
2. Psychische Systeme	11
3. KAPITEL: ALLGEMEINE THEORIE SOZIALER SYSTEME	12
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	12
II. KOMMUNIKATION	12
A. Kommunikation als dreistellige Einheit	12
B. Die Unwahrscheinlichkeit der Kommunikation	13

C. Kommunikation und Handlung	14
1. Handlung als Reduktion der Komplexität von Kommunikation	14
2. Handlungsakteure	15
a) Allgemeines	15
b) Psychische Systeme	15
c) Kollektive Systeme	15
d) Die Identität von sozialen Systemen	17
III. FUNKTIONSSYSTEME-ORGANISATIONEN-INTERAKTIONEN	18
A. Allgemeines	18
B. Interaktionssysteme	19
C. Funktionssysteme	19
1. Allgemeines	19
2. Die Unterscheidung von Funktion und Leistung	20
4. KAPITEL: DAS RECHTSSYSTEM ALS AUTOPOIETISCHES SYSTEM	22
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	22
II. DIE OPERATIVE GESCHLOSSENHEIT DES RECHTSSYSTEMS	22
III. FOLGEN DER OPERATIVEN GESCHLOSSENHEIT DES RECHTSSYSTEMS	23
A. Systeminterne Folgen	23
B. Systemexterne Folgen	25
IV. DIE OPERATIONEN DES RECHTSSYSTEMS	25
V. DIE FUNKTION DES RECHTSSYSTEMS	26
VI. DIE BINÄRE CODIERUNG DES RECHTSSYSTEMS	27
VII. RECHTSGELTUNG ALS SYMBOL DER EINHEIT DES RECHTSSYSTEMS	28
VIII. RECHTSPROGRAMME	30
A. Funktion der Rechtsprogramme	30
B. Rechtsprogramme als Konditionalprogramme	31
C. Zweckprogramme aus der Sicht LUHMANN'S	32
1. Zweckprogramme des Rechtssystems sind keine „echten“ Zweckprogramme	32
2. Gründe für den Erlass von Zweckprogrammen	34

3. Zweckprogramme sind kein Problem der Gesetzgebungs-technik	34
4. Therapiemöglichkeiten	35
IX. GERECHTIGKEIT IM AUTOPOIETISCHEN RECHTSSYSTEM	35
A. Allgemeines	35
B. LUHMANNS Verortung der Gerechtigkeit	36
C. Gerechtigkeit als Kontingenzformel	37
1. Kontingenzformeln im allgemeinen	37
2. Gerechtigkeit als Kontingenzformel des Rechtssystems	38
3. Gleichheit als Selbstlegitimation von Gerechtigkeit	39
D. Gerechtigkeit als konsistentes Entscheiden bei adäquater Komplexität	40
1. Allgemeines	40
2. Redundanz und Varietät	41
a) Redundanz im allgemeinen	41
b) Redundanz im Rechtssystem	42
c) Gründe als Symbol von Redundanz	42
d) Das Verhältnis Redundanz-Varietät	44
5. KAPITEL: ENTSCHEIDUNGSTHEORIE	47
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	47
II. „PARADOXIE DES ENTSCHEIDENS“	47
III. UMGANG MIT DER PARADOXIE DES ENTSCHEIDENS	49
IV. DIE ENTFALTUNG DER PARADOXIE DES ENTSCHEIDENS	49
A. Entscheidung und Entscheidungsprämissen	49
B. Entscheidung und Unsicherheitsabsorption	50
C. Rationalität und Motivation	51
V. ERGEBNIS	51
6. KAPITEL: POLITIK UND WIRTSCHAFT ALS AUTOPOIETISCHE SYSTEME	53
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	53
II. DAS POLITISCHE SYSTEM	54
A. Funktion	54
B. Operationsweise	55

C. Leistung	55
D. Binäre Codierung	56
E. Symbolisch generalisierte Kommunikationsmedien	56
F. Konsequenzen der Theorie LUHMANNS	57
G. Das Verhältnis von Recht und Politik im speziellen	58
III. WIRTSCHAFTSSYSTEM	60
A. Grundzüge von LUHMANNS Wirtschaftstheorie	60
B. Ergänzungen	61
1. Vorsorgebedürfnis	61
2. Knappheit	61
3. Der Code Haben/Nichthaben	62
4. Duplikation der Knappheit	63
5. Programme des Wirtschaftssystems	63
6. Markt als interne Umwelt des Wirtschaftssystems	64
7. KAPITEL: STEUERUNGSTHEORIE	67
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	67
II. ALLGEMEINES	67
1. Begriffliches	67
2. Unmöglichkeit von Direktinterventionen in autopoietische Sozialsysteme ...	67
3. ... aber nicht Unmöglichkeit jeglicher Steuerung	68
III. STEUERUNG DURCH DAS POLITISCHE SYSTEM	68
IV. STEUERUNG DURCH RECHT	69
1. Problem	69
2. Lösungsansätze	70
a) Dezentrale Kontextsteuerung	70
b) Systemkopplung über Organisationen	72
8. KAPITEL: ORGANISATIONSSYSTEME	74
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	74
II. ORGANISATIONEN ALS „ENTSCHEIDUNGSBASIERTE AUTOPOIETISCHE SYSTEME“	74
III. DAS PRINZIP DER MITGLIEDSCHAFT	75
A. Systemintern	75

B. Systemextern	76
1. Inklusion und Exklusion	76
2. Der Bedarf von Funktionssystemen nach Exklusion	76
3. Organisationen als einzige kollektive Akteure	77
IV. VERDICHTUNG VON STRUKTURELLEN KOPPLUNGEN ZWISCHEN FUNKTIONSSYSTEMEN	78
V. AUTONOMIE VON ORGANISATIONSSYSTEMEN	78
9. KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG DES 1. TEILS	80
2. TEIL: <u>VERTRAGLICHES HANDELN DES GEMEINWESENS IM LICHTE DER SYSTEMTHEORIE</u>	83
1. KAPITEL: EINLEITUNG UND ÜBERSICHT ÜBER DEN 2. TEIL	85
2. KAPITEL: DIE VERWALTUNG ALS ORGANISATION DES POLITISCHEN SYSTEMS	86
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	86
II. URSPRÜNGLICHE THERIEKONZEPTION VON LUHMANN	87
III. HEUTIGE THERIEKONZEPTION	88
A. Allgemeines	88
B. Die Gerichte als Zentrum des Rechtssystems	88
1. Einleitung	88
2. Recht als nichthierarchisches Funktionssystem	88
a) Entscheidungszwang der Gerichte	89
b) Entscheidungstheoretische Gründe	89
c) Ergebnis	90
3. Das Modell von Zentrum und Peripherie im Rechtssystems	90
C. Stellung des Gesetzgebers	91
1. Der Gesetzgeber als Organisation des politischen Systems	91
2. Die Stellung des Gesetzgebers im Rechtssystem	91
IV. KRITIK	92
A. Ungenügende Betonung der Organisationsautonomie	92
1. Gesetzgebungsvorgang rein politischer Vorgang?	92
2. Politischer Code allenfalls „Leitdifferenz“ des Gesetzgebers	93
3. Rechtskommunikationen des Gesetzgebers	94
B. Rechtsprogramme und die Zuteilung der Codewerte	95

1. Ausgangslage	95
2. Die Zuteilung der Codewerte als verbindliche Rechtskommunikation	95
3. Rechtssysteminterne Regelung	96
4. Erwartungssicherung mit Hilfe des politischen Systems	97
5. Organisationen mit verbindlicher Entscheidungskompetenz im Rechtssystem	97
6. Zusammenhang mit der Exklusionsfähigkeit von Organisationssystemen	98
7. Ergebnis	98
C. Fehlende Trennung des organisatorischen und des funktionellen Begriffs der Rechtsprechung	99
1. Problem	99
2. LUHMANNs funktioneller Rechtsprechungsbegriff	99
3. Keine vollständige Kongruenz zwischen dem organisatorischen und dem funktionellen Begriff der Rechtsprechung	100
4. Zwischenergebnis: LUHMANNs Ausführungen nur in funktioneller Hinsicht überzeugend	101
5. Prinzipielle Unmöglichkeit einer vollständigen Übereinstimmung von funktionellem und organisatorischem Begriff der Rechtsprechung	102
V. DIE VERWALTUNG ALS ORGANISATION MIT VERBINDLICHER ENTSCHEIDUNGSBEFUGNIS IM RECHTSSYSTEM	104
A. Einleitung	104
B. Elemente von Verwaltungen nach LUHMANN	104
1. Verwaltung als Organisation des politischen Systems	104
a) Verwaltung als Organisation	104
b) Prinzip der Mitgliedschaft	104
c) Autopoietisches System	105
d) Verdichtung der strukturellen Kopplungen	105
2. Die Zugehörigkeit der Verwaltung zum politischen System	105
3. Die Verwaltung wird von den verschiedenen Funktionsystemen unterschiedlich beobachtet	106
4. Vergleichbare Ansätze in der Verwaltungsrechtslehre	107
C. Die Verwaltung im Rechtssystem	107
1. Allgemeines	107
2. Die Begründung der Verfügungsbefugnis der Verwaltung	108
3. Konsequenz: Self-restraint der Verwaltung	109
VI. ZUSAMMENFASSUNG	110

3. KAPITEL: DIE SACHGERECHTE ENTSCHEIDUNGSKOMPETENZ DER VERWALTUNG IM RECHTSSYSTEM	112
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	112
II. GRUNDPOSITIONEN DER REGELUNGSTHEORIE	112
A. Allgemeines	112
B. Das Gegensatzpaar Rechtssetzung und Rechtsanwendung	113
C. Norm-Einzelakt	114
D. Der offene Normbegriff	115
III. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER REGELUNGSTHEORIE	116
A. Übersicht	116
B. Die Regelungstheorie im Spiegel der Rechtsdogmatik	116
1. Fliessender Übergang zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung	116
2. Zur Problematik der Gewaltenteilung	117
3. Offener Normbegriff	119
C. Bemerkungen aus systemtheoretischer Perspektive	121
1. Zur Regelungstheorie im allgemeinen	121
2. Zur Verteilung der Entscheidungskompetenzen	121
IV. DAS LEGALITÄTSPRINZIP IM LICHTE DER REGELUNGSTHEORIE	122
A. Übersicht	122
B. Die traditionellen Gehalte des Legalitätsprinzips	123
1. Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt	123
2. Der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts	124
3. Geltungsgrund des Legalitätsprinzips	124
C. Verortung des Legalitätsprinzips in der Regelungstheorie	124
1. Problem	124
2. Das Legalitätsprinzip als Ausfluss der sachgerechten Verteilung der Regelungslast	125
D. Kompetenznorm als Minimalerfordernis	126
E. Topische Konkretisierung des Mindeststandards	127
1. Grundsatz	127
2. Flexibilität, Technizität und Komplexität	128
3. Innovationsinteresse	128
4. Prävisionsinteresse	128

5. Einzelfallgerechtigkeit	129
6. Kompensation	130
F. Insbesondere: Die Bedeutung der Normstruktur	130
G. Die rechtliche Verankerung des Legalitätsprinzips	131
V. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER REGELUNGSTHEORETISCHEN REFORMULIERUNG DES LEGALITÄTSPRINZIPS DURCH COTTIER	132
A. Übersicht	132
B. Das Erfordernis der Gesetzesform	132
1. Allgemeines	132
2. Legt die „Wichtigkeit“ die Normstufe zwingend fest oder ist sie nur ein Topos für deren Bestimmung?	133
C. Das Erfordernis des Rechtssatzes	135
1. Herrschende Lehre	135
2. Vergleich mit COTTIERS Ansatz	135
D. Der Rechtssatzvorbehalt im Lichte der Regelungstheorie	136
1. Anliegen des Rechtssatzvorbehalts	136
2. Beitrag der Normstruktur zur Verwirklichung der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit	136
3. Bestimmung der Rechtsformen, nicht der Normstruktur als Anliegen des Legalitätsprinzips?	138
4. Rechtssatzvorbehalt als Forderung nach einer publikationspflichtigen Rechtsform	138
E. Die „Verständlichkeit“ von Regelungen	140
VI. ZUSAMMENFASSUNG	142
4. KAPITEL: VERTRÄGE IM LICHTE DER MODERNEN SYSTEMTHEORIE	144
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	144
II. INTERAKTIONSEBENE VON VERTRÄGEN	145
III. GESELLSCHAFTSEBENE VON VERTRÄGEN	145
A. Ausgangspunkt	145
B. Verträge aus der Sicht des Wirtschaftssystems	146
C. Verträge aus der Sicht des Rechtssystems	147
D. Verträge aus der Sicht des politischen Systems	148
E. Verträge im Spannungsfeld von Recht, Wirtschaft und Politik	150

1. Ausgangspunkt	150
2. Verträge als strukturelle Kopplung von Wirtschaft und Recht	150
3. Die Rolle des politischen Systems	150
IV. KRITISCHE WÜRDIGUNG DER SYSTEMTHEORETISCHEN VERTRAGSTHEORIE	151
A. Einleitung und Übersicht	151
B. Vergleich mit rechtsdogmatischen Vertragstheorien	152
1. Rechtspositivistische Vertragstheorien	152
a) Allgemeines	152
b) Anhänger der Reinen Rechtslehre in der schweizerischen Vertragslehre	152
2. Nicht-positivistische Vertragstheorien	153
3. Weitere Befürworter des Rechtsnormcharakters von Verträgen in der schweizerischen Literatur	155
4. Gegner der Rechtsnormqualität von Verträgen	156
a) Fehlende materiale Ausrichtung auf die Gerechtigkeit	156
b) Kritik dieser Ansicht aus systemtheoretischer Sicht	156
c) Vertrag Beurteilungsgegenstand, nicht -massstab	157
d) Rechtsnorm, aber nicht Rechtsquelle im technischen Sinne	158
C. Allgemeine Beurteilung der systemtheoretischen Vertragstheorie	158
D. Einzelfragen	159
1. Handlungssakteure bei Verträgen	159
a) Problem	159
b) Interaktionssystem als Handlungssakteur	160
c) Die Identität eines vertraglichen Interaktionssystems	161
2. Steuerung der Wirtschaft durch das Vertragsrecht?	162
3. Vertragsgerechtigkeit	163
V. ZUSAMMENFASSUNG	164
5. KAPITEL: DER VERWALTUNGSVERTRAG	165
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	165
II. DEFINITION	165
III. GESAMTGESELLSCHAFTLICHE EBENE VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN	165

IV. VERWALTUNGSVERTRÄGE IM POLITISCHEN SYSTEM	166
V. VERWALTUNGSVERTRÄGE IM WIRTSCHAFTSSYSTEM	167
VI. VERWALTUNGSVERTRÄGE IM RECHTSSYSTEM	169
A. Allgemeine Charakterisierung	169
B. Vorbemerkung zur Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verwaltungsverträgen	170
1. Allgemeines	170
2. Systemtheoretische Analyse der Unterscheidung	170
3. Konsequenzen	171
a) Unumgänglichkeit von Differenzierungen innerhalb der Verwaltungsverträge	171
b) Unterscheidung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verwaltungsverträgen als erste Typisierung	171
C. Einzelfragen	172
1. Handelt es sich bei Verwaltungsverträgen um Rechtsprogramme oder um Zuteilungen der Codewerte?	172
2. Vertragsgerechtigkeit bei Verwaltungsverträgen	173
VII. ZUM ANWENDUNGSBEREICH DES KONSENSUALEN VERWALTUNGSHANDELNS AUS SYSTEMTHEORETISCHER SICHT	174
A. Allgemeines	174
B. Psychologische, rechtstheoretische und rechtspraktische Gründe für konsensuale Verwaltungshandeln	175
C. Systemtheoretische Gründe für die Verwendung von Verhandlungselementen	176
1. Steuerungstheoretische Gründe	176
a) Allgemeines	176
b) Dezentrale Kontextsteuerung	176
2. Normtheoretische Gründe	177
a) LUHMANNS Vorbehalte gegenüber Zweckprogrammen im Rechtssystem	177
b) Vertragliche Experimentierregelungen	177
c) Vertragliche Nachsteuerungsvorbehalte	178
3. Vorteile von Interaktionssystemen	178
VIII. ZUSAMMENFASSUNG	179
A. Verwaltungsverträge	179
B. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge	179

C. Einzelfragen	180
D. Anwendungsbereich von konsensualem Verwaltungshandeln	180
3. TEIL: FOLGERUNGEN FÜR DIE RECHTSPRAXIS	181
1. KAPITEL: EINLEITUNG UND ÜBERSICHT	183
I. ÜBERSICHT ÜBER DEN 3.TEIL	183
II. ZIEL UND VORGEHEN	183
A. Ausgangslage	183
B. Zur Bewertung der Rechtspraxis mit den Mitteln der Systemtheorie	184
1. Problem	184
2. „Gerechtigkeit“ als Bewertungsmassstab	184
3. Subjektivität der Bewertung	185
C. Fragen an die Sozialpsychologie	185
1. Sozialpsychologie als Ergänzung der Systemtheorie	185
2. Sozialpsychologie und öffentliches Recht	186
3. Erste Fragen an die Sozialpsychologie	186
D. Rechtsvergleichende Hinweise	187
1. Eingrenzung	187
2. Zu Frankreich	187
3. Zu Deutschland	188
2. KAPITEL: DIE GRUNDSÄTZLICHE ZULÄSSIGKEIT VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN	189
I. ÜBERSICHT ÜBER KAPITEL 2 UND 3	189
II. DIE ZULÄSSIGKEIT VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN IN DER SCHWEIZERISCHEN VERWALTUNGSRECHTSDOGMATIK	190
A. Öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge	190
1. Historischer Rückblick	190
2. Heutiger Stand von Lehre und Rechtsprechung	191
B. Privatrechtliche Verwaltungsverträge	192
1. Grundsätzliche Zulässigkeit nie bestritten	192
2. Heutiger Stand von Lehre und Rechtsprechung	193
3. Bindung des privatrechtlich handelnden Gemeinwesens an die Grundrechte?	193

III.	ÜBERLEGUNGEN ZUR GRUNDSÄTZLICHEN ZULÄSSIGKEIT VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN AUS SYSTEMTHEORETISCHER SICHT	194
A.	Öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge als <i>contradictio in adiecto</i> ?	194
B.	Sachgerechte Verteilung der Entscheidungskompetenzen	195
C.	Indifferenz der Systemtheorie	195
D.	Soll das Rechtssystem Verwaltungsverträge zulassen? 1. Ausgangslage 2. Bedeutung der Zulässigkeit von privatrechtlichen Verwaltungsverträgen	195 196
IV.	HINWEISE ZUR ZULÄSSIGKEIT VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN AUS SYSTEMTHEORETISCHER SICHT	197
A.	Der Entscheidungsspielraum der Verwaltung ist ein not- wendiges, aber nicht hinreichendes Zulässigkeitskriterium 1. Ausgangspunkt 2. Gründe des Verbots von „Gerichtsverträgen“ 3. Verwaltungsverträge gehören in die Peripherie des Rechtssystems 4. Als Zulässigkeitskriterium von Verwaltungsverträgen ist ein Entscheidungsspielraum der Verwaltung notwendig ... 5. ... aber nicht hinreichend. 6. Konsequenzen	198 198 199 199 199 200
B.	Je „marktorientierter“ ein Verwaltungsvertrag einzustufen ist, umso weniger offenbart sich die Tautologie des Rechts- systems 1. Ausgangslage 2. Der Zusammenhang zwischen Marktpreis und Zulässigkeit von Verwaltungsverträgen 3. Verallgemeinerung der These	200 200 201 202
C.	Verwaltungsverträge verstossen nicht <i>eo ipso</i> gegen die Rechtsgleichheit 1. Problem 2. Verwaltungsverträge sind systemtheoretisch nicht als Rechtssetzung durch Private zu qualifizieren 3. Verwaltungsverträge verstossen nicht gegen das Gebot der Rechtsgleichheit	202 202 203 203
3.	KAPITEL: VERWALTUNGSVERTRÄGE UND LEGALITÄTSPRINZIP	206

I.	EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	206
II.	LEHRE UND PRAXIS ZUM VERHÄLTNIS VON VERWALTUNGS- VERTRÄGEN UND LEGALITÄTSPRINZIP	206
A.	Der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes bei Verwaltungs- verträgen	206
1.	Allgemeines zum Gesetzesvorrang bei Verwaltungs- verträgen	206
2.	Kein Verstoss gegen übergeordnetes Recht	207
3.	Reduktion des Legalitätsprinzips auf den Gesetzesvorrang	207
4.	Gesetzlicher Ausschluss von Verwaltungsverträgen	207
B.	Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes bei Verwaltungs- verträgen	208
1.	Rechtsprechung	208
2.	Lehre	209
III.	SYSTEMTHEORETISCHE ÜBERLEGUNGEN	209
A.	Die Bedeutung des Legalitätsprinzips für Verwaltungsverträge aus der Sicht der Systemtheorie	209
1.	Grundfrage: Die sachgerechte Verteilung von Entschei- dungskompetenzen im Rechtssystem	209
2.	Bedeutung der Regelungstheorie	210
3.	Entscheidungskompetenzen eines verwaltungsvertraglichen Interaktionssystems	210
4.	Die Bedeutung des Legalitätsprinzips	210
B.	Die gesetzliche Grundlage von Verwaltungsverträgen im Lichte der Regelungstheorie	211
1.	Vorbemerkung zum Gesetzesvorrang bei Verwaltungs- verträgen	211
2.	Aufgabennorm als Mindestvoraussetzung	211
3.	Braucht es für den Abschluss von Verwaltungsverträgen eine ausdrückliche Kompetenzbestimmung?	211
4.	Inhaltliche Anforderungen des Legalitätsprinzips	212
C.	Hinweise zur Konkretisierung des Legalitätsprinzips	213
1.	Vorgehen	213
2.	Unentbehrlche Typologisierung bei den Verwaltungs- verträgen	213
3.	Die Spezifika des Interaktionssystems „Verwaltungs- vertrag“	214

D. Konsequenzen	215
1. Grundsatz: Keine „wichtigen“ Regelungen durch Verwaltungsverträge	215
2. Innovation, Flexibilität, Technizität	215
3. Prävisionsinteresse	216
4. Verwaltungsverträge sind für die Verwirklichung formeller Gleichheit ungeeignet	216
5. Kompensation	217
E. Einzelfragen	217
1. Die gesetzliche Grundlage der Leistung der privaten Vertragspartei	217
2. Publikationspflichtige und nicht-publikationspflichtige Regelungen	218
3. Marktorientierung	219
F. Vergleich mit herrschender Lehre und Rechtsprechung	219
1. Gleichbehandlung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverträgen	219
2. Gesetzesvorrang und Gesetzesvorbehalt	220
4. KAPITEL: DIE UMGESTALTUNG VON FEHLERHAFTEN VERWALTUNGSVERTRÄGEN	223
I. EINLEITUNG UND ÜBERSICHT	223
A. Das verwaltungsvertragliche Rechtsverhältnis als gemeinsame Thematik von Kapitel 4 und 5	223
B. Übersicht über Kapitel 4	223
II. VORBEMERKUNGEN	224
A. Materiell- und formellrechtliche Aspekte der Umgestaltung	224
B. Allgemeines zur Fehlerhaftigkeit von Verwaltungsverträgen	224
C. Vorgehen	225
III. LEHRE UND PRAXIS ZUR RECHTSWIDRIGKEIT VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN	225
A. Ursprünglich rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge	225
1. Allgemeines	225
2. Nichtigkeit	226
3. Widerruf	227
4. Anfechtbarkeit	229

5. Prüfungs raster der herrschenden Lehre bei ursprünglich rechtswidrigen öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverträgen	229
B. Nachträglich rechtswidrige öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge	230
1. Vertragliche Ansprüche als wohlerworbene Rechte	230
2. Gegenpositionen in der Lehre	231
3. Verfahrensfragen	233
C. Rechtswidrige privatrechtliche Verwaltungsverträge	233
1. Grundsatz	233
2. Ursprünglich rechtswidrige Verträge des Privatrechts	234
3. Nachträglich rechtswidrige Verträge des Privatrechts	235
IV. KRITISCHE WÜRDIGUNG	236
A. Das Verfahrensrecht	236
1. Systemtheoretische Überlegungen	236
a) Beschränkung der Verfügungsbefugnis auf verwaltungsökonomisch begründete Fälle	236
b) Kommunikationstheoretische Widersprüche	237
c) Disfunktionalität mit Bezug auf das Wirtschaftssystem	237
d) Grundsätzliche verfahrensmässige Bedenken	238
e) Fragwürdige Differenzierung innerhalb der Verwaltungsverträge	238
2. These	239
3. Sozialpsychologische Gesichtspunkte	239
a) Mehrwert des Verfahrens	239
b) Frage an die Sozialpsychologie	240
c) Vorläufige Überlegungen	240
4. Hinweise zur Rechtslage in Deutschland und in Frankreich	241
a) Deutschland	241
b) Frankreich	242
c) Diskussion	242
d) Ergebnis	244
5. Bedeutung der Beweislast	244
a) Beweislast bei der Umgestaltung von Verwaltungsverträgen	244
b) Beweislastverteilung unabhängig von Parteirolle	245
c) Prozessuale Bedenken gegen die Verfügungsbefugnis der Verwaltung	245
d) Ergebnis	246
6. Praktische Argumente für ein Klageverfahren	246
7. Die Verfügungsbefugnis im Lichte von Art. 6 EMRK	247

a)	Allgemeines	247
b)	Anspruch auf gerichtliche Beurteilung von Streitigkeiten aus dem Verwaltungsvertrag	247
c)	Das Prinzip der Waffengleichheit	249
d)	Ergebnis	250
B.	Die materielle Praxis zur Rechtswidrigkeit bei öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverträgen	251
1.	Allgemeines	251
2.	Materielle Unterschiede in der Behandlung ursprünglich rechtswidriger Verwaltungsverträge nach öffentlichem und nach privatem Recht	252
a)	Hypothetischer Parteiwille als Hauptunterschied	252
b)	Konsequenzen	254
3.	Materielle Unterschiede in der Behandlung nachträglich rechtswidriger Verwaltungsverträge nach öffentlichem und nach privatem Recht	254
C.	Die Rechtswidrigkeit bei privatrechtlichen Verwaltungsverträgen	255
1.	Einleitung und Übersicht	255
2.	Historische Wurzeln der Unterscheidung	255
3.	Systemtheoretische Bewertung des historischen Ansatzes	256
4.	Bedenken der Verwaltungsrechtslehre	257
5.	Manko des Verwaltungsprivatrechts hinsichtlich der Rechtsfolgen	258
a)	Verwaltungsprivatrecht als <i>lex imperfecta</i> ?	258
b)	Angst vor dem eigenen Mut?	259
c)	Verletzung der Regeln des Verwaltungsprivatrechts als Rechtswidrigkeitsgrund	259
d)	These	259
6.	Rechtsfolgen eines wegen Verletzung der Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts rechtswidrigen Verwaltungsvertrags	260
7.	Exkurs: Sind privatrechtliche Verwaltungsverträge überhaupt erforderlich?	261
V.	LEHRE UND PRAXIS ZUR TATSÄCHLICHEN FEHLERHAFTIGKEIT VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN	262
A.	Materielles Recht	262
1.	Ursprüngliche Fehlerhaftigkeit	262
2.	Nachträgliche Fehlerhaftigkeit	263
3.	Die Lösung des französischen Verwaltungsrechts	264

B. Verfahrensrecht	264
VI. KRITISCHE WÜRDIGUNG	264
VII. EXKURS: ZWEISTUFENTHEORIE	266
A. Problem	266
B. Die Zweistufentheorie als Ausweg?	267
C. Kritische Würdigung der Zweistufentheorie	268
1. Allgemeines	268
2. Schadenersatz	268
a) Anwendungsfall der culpa in contrahendo	268
b) Geltendmachung	268
3. Vertragsauflösung	269
a) Allgemeines	269
b) Analoge Anwendung von Art. 230 OR?	270
c) Aufhebung des Vertrags mit Hilfe der Zweistufentheorie?	271
4. Notwendigkeit der Zweistufentheorie	271
5. Bemerkungen zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	272
5. KAPITEL: DIE DURCHSETZUNG VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN	274
I. ÜBERSICHT	274
II. ALLGEMEINES ZUR DURCHSETZUNG VON VERTRAGLICHEN ANSPRÜCHEN IN DER SCHWEIZ	274
III. SCHWEIZERISCHE PRAXIS ZUR DURCHSETZUNG VON VERWALTUNGSVERTRÄGEN	275
A. Vorbemerkung	275
B. Privatrechtliche Verträge der Verwaltung	275
C. Öffentlich-rechtliche Verwaltungsverträge	275
IV. KRITISCHE WÜRDIGUNG	276
A. Hinweise zur Rechtslage in Deutschland und in Frankreich	276
B. Im Lichte der Systemtheorie	277
1. Verwaltungsverträge sind keine definitive Zuteilung des Rechtscodes	277
2. Zuteilung des Rechtscodes nach Möglichkeit durch Gerichte	278

3. Insbesondere: Contrats de collaboration	278
4. Vorsorgliche Massnahmen im öffentlichen Vertragsrecht?	279
V. RECHTSPOLITISCHE FORDERUNGEN	280
6. KAPITEL: ABGRENZUNGSFRAGEN	282
I. EINLEITUNG UND KAPITELÜBERSICHT	282
II. METHODISCHE VORFRAGE	282
III. ABGRENZUNG ZWISCHEN VERWALTUNGSVERTRÄGEN UND VERFÜGUNGEN	284
A. Stand von Rechtsprechung und Lehre	284
1. Herrschende Lehre	284
a) Anknüpfung an der Unterscheidung von einseitigen und zweiseitigen Verwaltungsakten	284
b) Zwei Hauptkriterien	285
2. Weitere Kriterien in der Literatur	287
a) Verhandlungselement	287
b) Partnerschaftliche Stellung der Parteien	288
c) Anzahl der Willenserklärungen	288
d) Zustimmungserfordernis	289
3. Insbesondere: Die Abgrenzung von Verwaltungsverträgen gegenüber mitwirkungsbedürftigen Verfügungen	290
a) Allgemeines	290
b) Das Kriterium des Zustimmungsobjekts	290
c) Verwirklichungsinteresse	290
d) Entbehrliche Rechtsfigur?	290
B. Überlegungen aus systemtheoretischer Sicht	291
1. Grund der Unterscheidung von Verfügungen und Verwaltungsverträgen	291
2. Kommunikationstheoretischer Aspekt der Unterscheidung	291
3. Verwaltungsverträge setzen die Existenz eines kollektiv handlungsfähigen Interaktionssystems voraus	292
4. Systemtheoretische Beurteilung der herrschenden Lehre	293
a) Systemtheoretische Analyse der herrschenden Lehre	293
b) Vernachlässigung der systeminternen Identitäts- beobachtung	294
C. Der Vertragswille als zusätzliches Abgrenzungsmerkmal zwischen Verfügung und Verwaltungsvertrag	295
1. Ausgangslage	295

2. Vorgängige und nachträgliche Abgrenzung von Verfügung und Verwaltungsvertrag	295
3. Die nachträgliche Abgrenzung von Verfügung und Verwaltungsvertrag	296
a) Der Zustimmungsbedarf ist nur als vorgängiges Abgrenzungskriterium geeignet	296
b) Nachträgliche Abgrenzung anhand subjektiver Kriterien	296
c) Kriterien der herrschenden Lehre als Indizien für den Parteiwillen	297
4. Konsequenzen einer nachträglichen Abgrenzung anhand subjektiver Kriterien	297
a) Verwaltungsverträge, die als Verfügungen hätten ergeben müssen	297
b) Vertragswille nur auf einer Seite	298
c) Parteiwille nicht aufklärbar	298
 IV. UNTERScheidung zwischen privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verträgen	 299
A. Stand von Rechtsprechung und Lehre	299
B. Systemtheoretische Überlegungen	300
1. Privatrechtliche Verwaltungsverträge und „gewöhnliche“ privatrechtliche Verträge	300
2. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verwaltungsverträge	301
a) Bedeutung der Unterscheidung	301
b) Unterscheidungskriterien	301
c) Vergleich mit der herrschenden Lehre	302
 THESEN	 304
 KLEINES UND VEREINFACHENDES SYSTEMTHEORETISCHES GLOSSAR	 306