

# Inhaltsverzeichnis

<b>§ 1 Einführung</b> .....	27
A. Untersuchungsziel und -gegenstand .....	27
B. Gang der Untersuchung und wesentliche Problemstellungen .....	30
C. Selbständigkeit und Verbindung von öffentlichem und privatem Recht ..	34
I. Privatrecht .....	35
II. Öffentliches Recht .....	36
III. Relevante Verbindungen und Schnittbereiche der Teilrechtsordnungen .....	37

## *Erster Teil*

### **Grundstrukturen des modernisierten Privatrechts und Verbindungen zum öffentlichen Recht** 41

#### 1. Abschnitt

#### **Die Schuldrechtsmodernisierung – Abbild der jüngsten Privatrechtsentwicklung** 41

<b>§ 2 Hintergründe und Kernehalte der Schuldrechtsmodernisierung</b> .....	41
A. Hintergründe .....	41
I. Europäisierung .....	42
1. Rechtsverbindliche Vorgaben .....	44
2. Gesamteuropäische Zivilrechtswissenschaft .....	45
II. Das Erstarren der Kodifikationsidee in Deutschland und Europa ..	46
1. Die Kodifikationsidee in nationaler Perspektive .....	46
2. Die Kodifikationsidee in europäischer Perspektive .....	47
B. Umsetzung und Kernehalte der Schuldrechtsmodernisierung .....	48
I. Stationen des Umsetzungsprozesses .....	48
1. Die Vorarbeiten der nationalen Schuldrechtskommission .....	49
2. „Kleine Lösung“ .....	50
3. „Große Lösung“ .....	50
II. Kerninhalte und -anliegen der Schuldrechtsreform .....	51
<b>§ 3 Der Ausbau des Verbraucherprivatrechts</b> .....	53
A. Verbraucherprivatrecht: Das Ende der Privatautonomie? .....	53

B. Entwicklungsskizze des Verbraucherprivatrechts .....	55
C. Leitbegriffe des Verbraucherprivatrechts und deren Umsetzung .....	57
I. Verbraucherbegriff .....	58
II. Unternehmerbegriff .....	60
III. Das Leitbild des informierten und informierbaren Verbrauchers ...	61
D. Verbraucherprivatrecht in verfassungsrechtlicher Perspektive .....	62
E. Zwischenergebnis .....	65

## 2. Abschnitt

### **Parallelen und Verbindungen zwischen den Teilrechtsordnungen nach der Schuldrechtsmodernisierung** 67

<b>§ 4 Neue Verbindungen und Parallelen zwischen den Teilrechtsordnungen ..</b>	<b>67</b>
A. Ausgangsüberlegung: Die Steuerungsperspektive als analytischer Rahmen .....	67
B. Partielle Parallelisierung der Leitprinzipien .....	68
I. Die Intensivierung präventiver Steuerung im Zivilrecht .....	68
II. Steuerung durch informierte Öffentlichkeit .....	71
C. Ökonomische Steuerung durch das neue Kaufrecht .....	73
I. § 434 I 3 BGB als Ausfluss „Integrierter Produktpolitik“ (I.P.P.) ..	73
II. Wechselwirkungen mit etablierten öffentlich-rechtlichen Instrumenten .....	76
1. Umweltqualitätszeichenvergabe durch Verwaltungsvertrag .....	77
2. Stärkung der Betriebsbeauftragten .....	78
D. Der Um- und Ausbau der Verbandsklage als Steuerungsinstrument .....	79
I. Die Stärkung der Verbandsklage als Steuerungsinstrument durch Art. 3 des SMG und Parallelentwicklungen im Umweltverwaltungsrecht .....	81
1. Der Um- und Ausbau der zivilrechtlichen Verbandsklagen .....	81
2. Der Um- und Ausbau der umweltrechtlichen Verbandsklagen ..	84
II. Konzeptionelle Parallele: Privatisierung des öffentlichen Interesses	85
1. Das Grundkonzept zivilrechtlicher Verbandsklagen .....	86
2. Das Grundkonzept umweltverwaltungsrechtlicher Verbandsklagen .....	87
III. Parallele Probleme bei der Integration in das Rechtsschutzsystem ..	88
1. Die Verbandsklage im System des Zivilprozesses .....	88
2. Die Verbandsklage im System des Verwaltungsprozesses .....	89
IV. Gemeinsame Regelungsaufträge bei der Institutionalisierung der Verbandsklage .....	90
V. Zwischenergebnis .....	94

<b>§ 5 Die Neubestimmung bestehender Verbindungen am Beispiel der Verjährung im Staatshaftungsrecht</b> .....	95
A. Rezeptionsmechanismen und Rechtsänderung .....	95
B. Ansprüche aus vertragsähnlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen .....	96
C. Die Rezeption des neuen Verjährungsrechts bei Ansprüchen aus sonstigen ungeschriebenen staatshaftungsrechtlichen Instituten .....	100
I. Überblick der maßgeblichen Neuregelungen .....	102
II. Rechtsgrundsätzliche oder gewohnheitsrechtliche Fortgeltung der bisherigen 30-jährigen Verjährungsfrist? .....	104
III. Vorrangige Analogie zu öffentlich-rechtlichen Verjährungsregelungen? .....	107
1. Der Vorschlag einer Analogie zu § 54 BGSG .....	107
2. Zum grundsätzlichen Einwand der Unverhältnismäßigkeit der zivilrechtlichen Regelverjährung .....	110
IV. Die Vorzugswürdigkeit der Einzelanalogie. ....	113
V. Zwischenergebnis .....	114

*Zweiter Teil*

**Modernisiertes Privatrecht und Verwaltungsvertrag** 116

1. Abschnitt

**Der Verwaltungsvertrag als Instrument zwischen den Teilrechtsordnungen – Grundlagen und Begriffsklärungen** 116

<b>§ 6 Konkretisierung der Untersuchungsperspektive: Verwaltungsverträge nach den §§ 54 ff. VwVfG</b> .....	117
<b>§ 7 Der Verwaltungsvertrag im Handlungssystem der Verwaltung</b> .....	120
A. Der Verwaltungsvertrag als Handlungs- und Rechtsform .....	120
B. Weiterentwicklung der Institution Verwaltungsvertrag .....	121
I. Große Lösung .....	122
II. Kleine Lösung und Musterentwurf .....	123
C. Die Rechtsverhältnislehre als Ergänzungskategorie .....	128
I. Das Verhältnis zur Handlungsformenlehre .....	128
II. Funktionen und Ergänzungspotentiale der Rechtsverhältnislehre am Beispiel des öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertrages .....	129
III. Berücksichtigung vertragstypenspezifischer Parallelitäten zwischen privatrechtlichem Schuldverhältnis und öffentlich-rechtlichem Verwaltungsvertrag .....	131
IV. Der öffentlich-rechtliche Verwaltungsvertrag als Rechtsverhältnis: begriffliche Präzisierungen .....	132

<b>§ 8 Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verträge der Behörde</b>	134
A. Verwaltungsvertragsrecht: Einheit in der Zweiteilung?	134
I. Einheit des Begriffs	135
II. Wahlfreiheit	136
III. Rechtsformunabhängige Gesetzesbindung bei Vertragshandeln	137
IV. Die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht	141
V. Das Abgrenzungsproblem	143
VI. Ein die Teilrechtsordnungen übergreifendes, einheitliches Vertragsrecht?	145
1. Verwaltungsvertragliches Einheitsmodell	145
2. Dualistisches Vertragsrechtsmodell mit Publizierungstendenz	146
3. Das Verhältnis der Ansätze	147
B. Öffentlich-rechtliche Rechtsform statt Verwaltungsprivatrecht bei Behörden-Bürger-Verträgen?	150
I. Privatrechtsverbot?	150
II. Verrechtlichungsgebot?	151
III. Verrechtlichungsgebot und Rechtsform	152
IV. Verrechtlichungsgebot, Rechtsform und Privatrechtsrezeption	155
V. Verrechtlichungsgebot, Rechtsform, Privatrechtsrezeption und Rechtsschutz	156
VI. Schlussfolgerungen	161
VII. Zuordnung zentraler Vertragskategorien	165
<b>§ 9 Ordnungskriterien des Verwaltungsvertragsrechts</b>	171
A. Begriffliche und inhaltliche Präzisierungen zu § 54 S. 2 VwVfG	171
I. Begriffliche Präzisierung	171
II. Inhaltliche Präzisierung	172
1. Das Verständnis des BVerwG	172
2. Kritische, weitergehende Begriffsbestimmung	172
B. Vier Bausteine öffentlich-rechtlichen Verwaltungsvertragsrechts	175
I. Baustein 1: spezielle verwaltungsvertragsrechtliche Normen	175
1. Öffentlich-rechtliche Spezialvorschriften	175
2. Europäisch-autonome Regelkomplexe	176
a) Das Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB	176
b) Das AGB-Recht der §§ 305 ff. BGB n.F.	177
II. Baustein 2: Verwaltungsvertragsrecht der §§ 54 ff. VwVfG	177
III. Baustein 3: über § 62 S. 1 VwVfG anwendbare verwaltungsverfahrensrechtliche Normen des VwVfG	177
IV. Baustein 4: über § 62 S. 2 VwVfG anwendbare Normen des BGB	178
C. Die Unterscheidung von Vertragstypen und -kategorien	180
I. Unterscheidung von Sachbereichen	181

II. Unterscheidung nach Art der Verwaltungstätigkeit ..... 182  
 III. Unterscheidung von „autonomen“ und „substitutivem“ Funktionsbereich ..... 183

2. Abschnitt

**Verwaltungsvertrag und modernisiertes AGB-Recht** 184

**§ 10 Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verwaltungsverträgen: Erscheinungsformen und Problemstellung** ..... 184

A. Systematischer Ausgangspunkt: Integration von Nebengesetzen in das BGB ..... 184

B. Klauselbeispiele und praxisrelevante Problemlagen ..... 187

    I. Ausbildungsförderungsverträge ..... 188

    II. Subventionsverträge ..... 188

    III. Vertragsnaturschutz ..... 194

    IV. Baurecht, insbesondere: städtebauliche Verträge ..... 196

    V. Benutzungsverhältnisse ..... 199

    VI. Kooperationsverträge bei funktionalen Privatisierungen ..... 202

    VII. Zwischenergebnis ..... 205

C. Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts: Altes Problem in neuem Gewand ..... 206

    I. Der Streit um die Anwendbarkeit des ehemaligen AGBG auf Verwaltungsverträge ..... 206

    II. Erste Stellungnahmen nach der Integration in das BGB ..... 209

        1. Das Urteil des BGH vom 29.11.2002 ..... 209

        2. Erste Stellungnahmen nach der Schuldrechtsmodernisierung ... 210

**§ 11 Weichenstellungen durch die Klauselrichtlinie** ..... 213

A. Das „Bausteinprinzip“ der §§ 54 ff. VwVfG als systematischer Ausgangspunkt ..... 214

B. Autonome Auslegung der KRL und der §§ 305 ff. BGB ..... 214

C. Anwendungsbereich der KRL nach deren Art. 2 lit. b und c ..... 215

    I. Wortlaut ..... 217

    II. Historisch-genetische Auslegung ..... 219

    III. Systematische Auslegung ..... 220

    IV. Sinn und Zweck ..... 222

    V. Die Umsetzung von Art. 2 lit. c und Anwendung der Umsetzungsakte in Frankreich und England als Vergleichsfolie ..... 224

        1. England ..... 224

        2. Frankreich ..... 229

    VI. Zwischenergebnis ..... 232

D.	Kraft Europarechts geltende Regelungen der §§ 305 ff. BGB .....	233
I.	Direkte Geltung oder Anwendung über § 62 S. 2 VwVfG .....	233
II.	Die KRL umsetzende Regelungen in den §§ 305 ff. BGB .....	235
<b>§ 12</b>	<b>Öffentlich-rechtliche Sonderregelungen im Verhältnis zum AGB-Recht</b> .....	<b>239</b>
A.	Das Schriftformerfordernis .....	239
B.	Das öffentlich-rechtliche Angemessenheitsgebot .....	240
I.	Standpunkt des BGH .....	240
II.	Konkurrenz- oder Ergänzungsverhältnis? .....	241
1.	Enge Auslegung des Angemessenheitsgebotes und der §§ 56 I 2 HS 2 VwVfG sowie 11 II 1 und 124 III 1 BauGB .....	241
2.	Ablehnung verwaltungsprivatrechtlicher Sonderlösungen .....	247
<b>§ 13</b>	<b>Das AGB-Recht als geschlossene Auffangordnung</b> .....	<b>251</b>
A.	Ausgangsüberlegungen für eine umfassende Anwendung der §§ 305– 310 BGB auf Verbraucher- wie Unternehmerverträge der Verwaltung ..	251
I.	Die Zielüberlegung: Einheitlichkeit der AGB-Kontrolle .....	251
II.	Die innere Systematik der AGB-Kontrolle als Untersuchungsraster	252
B.	Konkurrenzlos anwendbare Regelungen .....	254
C.	Transparenzgebot und gesetzestdirigierte Verwaltung .....	254
I.	Vorrang des Gesetzes .....	255
II.	Vorbehalt des Gesetzes .....	256
D.	Die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB bei Verwaltungsverträgen	261
I.	„Sonderrechtsklauseln“ der Verwaltung .....	261
II.	§§ 308 und 309 BGB: Adäquate Grenze oder unsachgemäße Ein- engung verwaltungsvertraglichen Handelns? .....	262
1.	§ 309 Nr. 6 BGB (Vertragsstrafen) .....	263
2.	§ 309 Nr. 5 BGB (Schadenspauschalierung) .....	265
3.	§ 309 Nr. 7 BGB (Haftungsfreizeichnungen) .....	266
4.	§ 308 Nr. 3 BGB (Rücktrittsvorbehalt) .....	269
5.	§ 308 Nr. 4 BGB (Änderungsvorbehalt) .....	270
III.	Zulässige Alternativen zu vorformulierten Klauseln? .....	270
E.	Die Kontrolle von Verwaltungsverträgen nach § 307 I 1 und II BGB ..	272
I.	Das Allgemeininteresse als Abwägungsbelang? .....	274
1.	Abwehrklauseln gegen Submissionsabsprachen in Vergabever- trägen .....	274
2.	Sektionsklauseln .....	275
3.	Haftungsbegrenzungen in Energieversorgungsverträgen .....	275
4.	Vertragsstrafeklauseln der Treuhandanstalt .....	278
5.	Zwischenergebnis .....	279
II.	Kompensationsmöglichkeiten .....	281
III.	§ 307 II Nr. 1 BGB: Rechtliches Leitbild bei Verwaltungsverträgen? ..	284

IV. Vertragskategorien als Ordnungsfaktoren der Inhaltskontrolle . . . . .	288
1. Verwaltungsvertragstypen und Kongruenzen im AGB-Recht . . . . .	288
2. Vermeidung klassisch einseitig-hoheitlicher Eingriffsverwaltung . . . . .	289
3. Leistungsgewährung an Private . . . . .	290
4. Kooperationsverträge . . . . .	291
F. Die Vorzugswürdigkeit des Rechtsfolgenregimes nach § 306 BGB . . . . .	293
G. Zwischenergebnis . . . . .	296

### 3. Abschnitt

#### **Verwaltungsvertrag und modernisiertes Leistungsstörungenrecht** . . . . . 298

#### **§ 14 Die Grundlinien des Systemwechsels im Leistungsstörungenrecht** . . . . . 299

#### **§ 15 Vertragswirksamkeit und Haftung wegen anfänglicher Unmöglichkeit nach § 311a BGB bei Verwaltungsverträgen** . . . . . 301

A. Regelungsgehalt und -struktur des § 311a BGB . . . . .	303
I. § 311a BGB im System des neuen Leistungsstörungenrechts . . . . .	303
II. Supra- und internationale Vorbildnormen . . . . .	306
III. Anhaltende Grundsatzkritik . . . . .	307
B. § 311a BGB im Spiegel von Funktion und Systematik des § 59 VwVfG . . . . .	308
I. Funktion des § 59 VwVfG . . . . .	308
II. Das Spannungsverhältnis zwischen § 311a BGB und § 44 II Nr. 4 VwVfG . . . . .	309
1. § 311a I BGB als vorrangige <i>lex generalis</i> ? . . . . .	309
2. Restriktive Auslegung des § 59 II Nr. 1 VwVfG i. V. m. § 44 II Nr. 4 VwVfG . . . . .	311
a) In Bezug genommene Verwaltungs-Bürger-Verträge i. S. d. § 54 S. 2 VwVfG . . . . .	311
b) Tatbestandlich von § 44 II Nr. 4 VwVfG erfasste Fälle anfänglicher Unmöglichkeit . . . . .	313
(1) Anfänglich rechtliche Unmöglichkeit . . . . .	313
(2) Anfänglich subjektive Unmöglichkeit . . . . .	314
C. Teilunmöglichkeit und § 59 III VwVfG . . . . .	315
D. Anwendbarkeit des § 254 BGB bei Kenntnis des Gläubigers . . . . .	316
E. Rechtsweg bei Ansprüchen aus § 311a II BGB . . . . .	317
F. Das Verhältnis von § 134 BGB und § 311a BGB: der verbotswidrige Verwaltungsvertrag als Unterfall rechtlicher Unmöglichkeit? . . . . .	318
I. Anfängliche rechtliche Unmöglichkeit bei Gesetzesverstoß? . . . . .	322
II. „Anfängliches Haftungsverhältnis“ bei qualifiziertem Gesetzesverstoß? . . . . .	325

III. Einwände gegen eine solche neue öffentlich-rechtliche Haftungsfigur .....	330
1. Grundsätzliche Bedenken .....	330
2. Methodische Bedenken .....	331
3. Strukturell entgegenstehende öffentlich-rechtliche Besonderheiten .....	333
G. Zwischenergebnis .....	335
<b>§ 16 Haftung für Pflichtverletzungen nach § 280 BGB bei Verwaltungsverträgen .....</b>	<b>336</b>
A. Die Systematik der §§ 280 ff. BGB .....	336
B. Die Grundnorm des § 280 I BGB .....	339
I. Tatbestandliche Voraussetzungen .....	339
II. Supra- und internationale Vorbildnormen .....	340
III. Insbesondere: Normierung bisher richterrechtlich anerkannter Institute .....	341
1. Vorvertragliche Phase: culpa in contrahendo (c.i.c.) .....	341
a) Die Normierung aus Sicht des Verwaltungsrechts .....	341
b) Rechtsweg bei öffentlich-rechtlicher c.i.c. nach der Neuregelung .....	346
2. Vertragsdurchführung: positive Forderungsverletzung (p.F.V.) .....	351
IV. Grundsätzliche Modifikationen des § 280 I BGB bei Rezeption in das Verwaltungsvertragsrecht? .....	354
1. Pflichtverletzung bei Gesetzesverstoß – droht eine uferlose Haftung bei Verwaltungsverträgen? .....	354
2. Modifikationen und Sonderrolle der Verschuldensregelung in § 280 I 2 BGB bei Verwaltungsverträgen? .....	357
a) Die praktische Handhabung des § 280 I 2 BGB bei Verwaltungsverträgen .....	358
b) § 280 I 2 BGB im Lichte der Formenwahlfreiheit .....	359
3. Festhalten an der 30-jährigen Verjährungsfrist? .....	361
C. Tatbestandliche Erweiterungen gem. § 280 II und III BGB .....	363
I. Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 III BGB) .....	363
1. „Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung“ (§ 280 I, III i. V.m. § 281 BGB) .....	363
a) Der zivilrechtliche Tatbestand .....	363
b) Rezeption in das Verwaltungsvertragsrecht .....	366
2. „Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2“ (§ 280 I, III i. V.m. § 282 BGB) .....	367
a) Der zivilrechtliche Tatbestand .....	367
b) Rezeption in das Verwaltungsvertragsrecht .....	368
3. „Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht“ (§ 280 I, III i. V.m. § 283 BGB) .....	369

a)	Der zivilrechtliche Tatbestand .....	369
b)	„Unmöglichkeit“ gleich „Pflichtverletzung“? Analyse eines Spezialproblems aus der Sicht des Verwaltungsvertragsrechts .....	371
(1)	Vorteile der herrschenden Konzeption bei Verwaltungsverträgen .....	372
(2)	Bedenken gegen die herrschende Konzeption .....	373
II.	Eine neue Konstruktion eigener Art: „Ersatz vergeblicher Aufwendungen“ (§ 284 BGB) .....	374
1.	Grundgedanken des zivilrechtlichen Tatbestandes .....	374
2.	Verwaltungsverträge als ein künftiges Hauptanwendungsgebiet? .....	376
3.	Tatbestandliche Besonderheiten in verwaltungsvertraglicher Perspektive .....	378
III.	Ersatz des Verzögerungsschadens „neben“ der Leistung (§ 280 II i. V. m. § 286 BGB) .....	381
1.	Der zivilrechtliche Tatbestand .....	381
2.	Rezeption insbesondere des Rechtsfolgenregimes in das Verwaltungsvertragsrecht .....	382
D.	Zwischenergebnis .....	385
<b>§ 17</b>	<b>Anpassung und Beendigung von Verwaltungsverträgen – das Verhältnis von § 60 VwVfG zu §§ 313 f. BGB</b> .....	<b>386</b>
A.	Problemstellung .....	386
B.	Ausgangslage im öffentlichen Recht .....	387
C.	Anpassungs- und Kündigungsrecht nach § 60 I 1 VwVfG .....	390
I.	Clausula rebus sic stantibus sowie Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage im Zivilrecht bis zur Normierung des § 60 VwVfG .....	390
II.	Gesetzlicher Tatbestand und Anwendung des § 60 I 1 VwVfG ...	394
III.	Die Neuregelung in §§ 313 BGB .....	399
1.	Normierung der objektiven Geschäftsgrundlage, § 313 I BGB ..	399
2.	Normierung der subjektiven Geschäftsgrundlage, § 313 II BGB	400
IV.	Schlussfolgerungen .....	401
1.	§ 60 I 1 VwVfG und die Normierung der objektiven Geschäftsgrundlage in § 313 I BGB .....	401
2.	§ 60 I 1 VwVfG und die Normierung der subjektiven Geschäftsgrundlage in § 313 II BGB .....	408
3.	Die prozessuale Durchsetzung des Anpassungsanspruchs .....	409
a)	Die problematischen Vorstellungen des Zivilgesetzgebers ..	409
b)	Die Lösung des BVerwG .....	411
c)	Die Stufenklage als prozessuale Einheitslösung? .....	413
4.	Rechtsfolgen: Kündigung und Rücktritt .....	415

5. Abgrenzungen zum Leistungsstörungsrecht aus Sicht des Ver- waltungsvertragsrechts .....	416
6. Zwischenergebnis .....	420
D. Kündigungsrecht der Behörde nach § 60 I 2 VwVfG und § 314 BGB ..	422
<b>§ 18 Zusammenfassende Schlussbetrachtung .....</b>	<b>424</b>
A. Publizierung des Privatrechts und Privatisierung des öffentlichen Inter- esses .....	424
B. Privatrecht in öffentlicher Rechtsform statt Verwaltungsprivatrecht .....	426
I. Konsequente Rezeption moderner Privatrechtsregeln .....	426
II. Einheitliche Anwendung und Auslegung durch die Verwaltungsge- richte .....	430
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>433</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>474</b>