

A. Abegg, Die Evolution des Verwaltungsvertrags

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis.....	XXIX
Quellen- und Literaturverzeichnis	XXXI
Einleitung	1
I. Emergenz und Verbannung des kontrahierenden Staats im 18. Jahrhundert und im frühen 19. Jahrhundert.....	13
<i>A. Die Bestellung zum Staatsdienst im Fokus von Politik und Wissenschaft</i>	<i>13</i>
<i>B. Wechsel von Eigentum zu Vertrag.....</i>	<i>18</i>
<i>C. Die moderne Willenstheorie</i>	<i>24</i>
1. Aktualisierungen in der philosophischen Willenstheorie.....	24
2. Der Parteiwille als neuer Referenzpunkt des Vertrags vor dem Hintergrund des entstehenden Marktsystems	27
<i>D. Verfassung politischer Macht im Übergang zum 19. Jahrhundert.....</i>	<i>31</i>
1. Einfluss des politischen Kontexts auf Verträge zwischen Staat und Privaten	31
2. Paradigmatische Veränderungen in den politischen Strukturen Frankreichs	32
3. Besonderheiten in Deutschlands Übergang zur politischen Moderne und deren Einfluss auf die kooperierende Verwaltung	57
4. Besonderheiten der Schweiz im Übergang zur politischen Moderne, insbesondere im Zuge der Helvetik, und deren Einfluss auf die kooperierende Verwaltung	61
<i>E. Variationen der Rechtswissenschaft im Kontext von Souveränitätstheorie und der Entstehung eines Marktsystems</i>	<i>67</i>
1. Beiträge eidgenössischer Juristen.....	67
2. Naturrechtlich geprägte Variationen zum Verhältnis von Kooperation und herrschaftlichem Zwang	69

3.	Verdrängung des Vertrags zwischen Staat und Privaten aus dem Recht	77
4.	Ausdifferenzierung der Macht und ihre Positionierung gegenüber den Zentrifugalkräften der modernen Gesellschaft.....	86
F.	<i>Synthese: Aktualisierung der Rechtstheorie und Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht</i>	<i>90</i>
II.	Der Vertrag zwischen Staat und Privaten im 19. Jahrhundert zwischen Justizstaat und souveränem Nationalstaat	95
A.	<i>Einleitung: Die rechtliche Verfassung der Verwaltung</i>	<i>95</i>
B.	<i>Kritik an der absolutistischen Verwaltung</i>	<i>97</i>
1.	Gesellschaft als Multitude	97
2.	Verhältnis von Gerichten und Verwaltung.....	103
C.	<i>Der Vertrag zwischen Staat und Privaten unter dem Einfluss von Fiskuslehre und Souveränitätstheorie</i>	<i>108</i>
1.	Konstituierung des modernen französischen Verwaltungsstaates	108
2.	Aufhebung des deutschen Polizeistaates	121
3.	Die siegreiche liberale Revolution in der Schweiz und deren Überführung in den liberalen Bundesstaat von 1848	154
4.	Zwischenfazit: Aktualisierungen in der Rechtstheorie.....	172
D.	<i>Konstituierung des Binnenmarktes und der Begriff des Vertrags</i>	<i>183</i>
E.	<i>Fazit: Das treibende Paradox des modernen Staats</i>	<i>189</i>
III.	Re-Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags im Interventionsstaat	197
A.	<i>Kontextbedingungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags</i>	<i>197</i>
1.	Parallelen und Divergenzen in Frankreich, Deutschland und der Schweiz.....	197
2.	Emergenz des Interventionsstaates	198

B. <i>Der Vertrag im Dienste des service public: Die Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags in Frankreich</i>	207
1. Nischen	207
2. Vorleistungen der Rechtswissenschaft	210
3. Die Emergenz einer verwaltungsorientierten Verwaltungsgerichtsbarkeit	216
4. Die Figur des contrat d'administration.....	236
5. Fazit: Harmonisierung von widersprüchlichen Kontextanforderungen im verwaltungsrechtlichen Vertrag ...	267
C. <i>Die langen Schatten des Polizeistaats: Die Debatte um den verwaltungsrechtlichen Vertrag in Deutschland</i>	269
1. Einleitung: Rechtswissenschaft als Leitdiskurs.....	269
2. Das Scheitern des politischen Liberalismus	273
3. Die juristische Methode	275
4. Emergenz einer apolitischen Verwaltungsgerichtsbarkeit	280
5. Debatte in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft: von der rechtlichen Bewältigung des Polizeistaats zur Konstituierung des Interventionsstaates	291
D. <i>Politisches Primat im schweizerischen Bundesstaat und dessen hemmender Einfluss auf die Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags</i>	330
1. Späte Konstituierung des Verwaltungsrechts in der Schweiz	330
2. Kontrolle der Verwaltung im jungen Bundesstaat	333
3. Variationen der Lehre im Zeichen der Emanzipation des Verwaltungsrechts	354
4. Rechtsprechung und fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit: von der Fiskustheorie zum Verwaltungsrecht	361
5. Beginnende Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags in Wechselwirkung zwischen Rechtsprechung und Lehre.....	375
E. <i>Rückblick und Ausblick: Auswirkungen der Zentrifugalkräfte der Gesellschaft auf das Paradox des modernen Nationalstaats</i>	377

1. Re-Entry des Vertrags ins Verwaltungsrecht und neue Entfaltung des staatlichen Paradoxes	377
2. Durchbruch des verwaltungsrechtlichen Vertrags nach dem Zweiten Weltkrieg	383
3. Legitimationsdefizit von Verwaltungsverträgen	390
4. Lösungsansätze für eine aktualisierte Legitimation des Vertrags zwischen Staat und Privaten	401
IV. Inhaltsübersicht	417
<i>A. Überblick</i>	<i>417</i>
<i>B. Vertrag im Kontext von Herrschaftsmobilisierung, Souveränitätstheorie und emergierendem Binnenmarkt</i>	<i>417</i>
<i>C. Das Paradox des modernen Staates und dessen Bearbeitung ...</i>	<i>418</i>
<i>D. ... mit Nationalethos und Fiskustheorie</i>	<i>419</i>
<i>E. ... mit Vertrag</i>	<i>419</i>

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis..... XXIX

Quellen- und Literaturverzeichnis XXXI

Einleitung 1

- Zwei eigentümliche Beobachtungen als Ausgangspunkt..... 1
- Heutige Strukturen als Resultat vergangener Selektionen 3
- Ko-Evolution gesellschaftlicher Kommunikationssysteme als Theorierahmen für die Geschichte des Vertrags zwischen Staat und Privaten..... 3
- Weiter Beobachtungsrahmen in gesellschaftlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht 8
- Bisherige Behandlung des Themas 9
- Terminologie: Verwaltungsvertrag als Oberbegriff 10

I. Emergenz und Verbannung des kontrahierenden Staats im

18. Jahrhundert und im frühen 19. Jahrhundert..... 13

A. Die Bestellung zum Staatsdienst im Fokus von Politik und Wissenschaft 13

- Staatsdienst als Kontaktstelle der selbstbezüglich konstituierten Macht zur Gesellschaft 13
- Absenz des Vertrags zwischen Staat und Privaten..... 15
- Zu untersuchende Möglichkeitsbedingungen der Absenz des kontrahierenden Staats 17

B. Wechsel von Eigentum zu Vertrag..... 18

- Der Staatsdienst bei Ludwig von Seckendorff (1626–1692): Emergenz einer neuen Funktion von Herrschaft und die Rolle des Vertrags..... 18
- Relativierung der Rolle des Vertrags 21
- Mobilisierung der Herrschaft bei Myler von Ehrenbach (1610–1677) und Böhmer (1671–1732)..... 22
- Wechsel zu Vertrag im 18. Jahrhundert 23

C. Die moderne Willenstheorie 24

1. Aktualisierungen in der philosophischen Willenstheorie..... 24

- Aristotelischer Äquivalenzbegriff 24

– Äquivalenz nach modernen Willenstheorien.....	25
2. Der Parteiwille als neuer Referenzpunkt des Vertrags vor dem Hintergrund des entstehenden Marktsystems	27
– Kontextbedingungen der Veränderungen in der Willenstheorie.....	27
– Von der Wirtschaft der Feudalzeit	27
– ... zur Entstehung des gesellschaftsumfassenden Marktes	28
– Auswirkungen auf die Rechtslehre.....	29
<i>D. Verfassung politischer Macht im Übergang zum 19. Jahrhundert.....</i>	<i>31</i>
1. Einfluss des politischen Kontexts auf Verträge zwischen Staat und Privaten	31
2. Paradigmatische Veränderungen in den politischen Strukturen Frankreichs	32
<i>a) Ausgangspunkte im Ancien Régime.....</i>	<i>32</i>
– Gerichte als unabhängige Macht im Ancien Régime	32
– Machtkonsolidierung in der Verwaltung gegenüber Gerichten und Privaten	33
– Verwaltungsrecht als verwaltungsinterne, politische Produktion	35
<i>b) Abschaffung konsensualer Beteiligung an der Herrschaft..</i>	<i>37</i>
– Kontextbedingungen der modernen Verwaltung	37
– Abschaffung von Privilegien und die Rechtsstellung der Beamten	38
– Max Webers Modell der Abschaffung der Patrimonialherrschaft.....	38
<i>c) Aktualisierungen der Herrschaftslegitimation und ihr Einfluss auf den Vertrag zwischen Staat und Privaten</i>	<i>41</i>
– Souveränitätslehre	41
– Contrat Social	42
– Volkssouveränität	43
– Legitimation als systemeigener Prozess der Politik	44
<i>d) Ablösung der Verwaltung vom Einfluss der Gerichte.....</i>	<i>46</i>

– Gewaltentrennung im Zuge der französischen Revolution	46
– Kompetenzscheidung zwischen Verwaltung und unabhängigen Gerichten	48
– Politischer Bias des Institutionenarrangements nach der Revolution	49
e) <i>Verwaltungsrechtsprechung durch den Conseil d’Etat</i>	51
– Conseil d’Etat als Wahrer der Verwaltungsinteressen	51
– Reformen und (zögerliche) Trennung von der Verwaltung	52
f) <i>Gründe für das Fehlen von verwaltungsrechtlichen Verträgen</i>	53
– Bedürfnisse der neuen Macht	54
– Hierarchisierung der Staatstheorie infolge Souveränität und Contrat Social	55
– Fehlende unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	55
– Nischen der kooperativen Verwaltung	56
3. Besonderheiten in Deutschlands Übergang zur politischen Moderne und deren Einfluss auf die kooperierende Verwaltung	57
– Vom Deutschen Reich als Schutzwall für Partikularismen	57
– ... zur Zentralisierung und Konsolidierung souveräner Macht in den Ländern.....	57
– Abbau von Rechtsschutzgarantien mit der Auflösung des Reiches.....	58
– Gewaltentrennung von Verwaltung und Justiz	59
– Zurückhaltender Abbau von Privilegien und zögerliche Durchsetzung neuer Legitimationsformen	59
4. Besonderheiten der Schweiz im Übergang zur politischen Moderne, insbesondere im Zuge der Helvetik, und deren Einfluss auf die kooperierende Verwaltung	61
– Ablösung vom Reich	61
– Französischer Einfluss in der Helvetik: Demokratische Legitimation und Stärkung der Verwaltung	61
– Fehlende Kontextbedingungen für Verwaltungsrecht.....	64

<i>E. Variationen der Rechtswissenschaft im Kontext von Souveränitätstheorie und der Entstehung eines Marktsystems</i>	67
1. Beiträge eidgenössischer Juristen.....	67
– Vorbemerkung: (Rechts-) Wissenschaftliche Kontextbedingungen der alten Schweiz.....	67
2. Naturrechtlich geprägte Variationen zum Verhältnis von Kooperation und herrschaftlichem Zwang	69
– Positionen der Rechtswissenschaft zwischen Naturrecht und Polizeistaat.....	69
– Justus Henning Böhmer (1674–1749).....	71
– Christian von Wolff (1679–1754).....	71
– Jean-Jaques Burlamaqui (1694–1748).....	72
– Johann Michael Seuffert (1765–1829).....	72
– Johann Gottlieb Fichte (1762–1814) und Franz Arnold von der Becke (1754–1832).....	73
– Fazit: Ausrichtung des Vertrags auf die moderne Funktion der Verwaltung.....	75
3. Verdrängung des Vertrags zwischen Staat und Privaten aus dem Recht	77
– Johann Heinrich Gottlob von Justi (1720–1771).....	77
– Justis Konzeption des Beamtenverhältnisses	79
– Nikolaus Thaddäus Gönner (1764–1827).....	80
– Gönners Konzeption des Beamtenverhältnisses.....	81
– Fazit: Unterschiede zu den naturrechtlichen Konzeptionen.....	83
4. Ausdifferenzierung der Macht und ihre Positionierung gegenüber den Zentrifugalkräften der modernen Gesellschaft.....	86
– Zentrifugalkräfte der modernen Gesellschaft.....	86
– Grenzen souveräner Macht an den Grenzen des Nationalstaats.....	86
– Innere Grenzen souveräner Macht und die Notwendigkeit von Kooperationen zwischen Staat und Privaten.....	87
<i>F. Synthese: Aktualisierung der Rechtstheorie und Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht</i>	90

- Abschaffung von Privilegien..... 90
- Verschiebungen in der vertraglichen Willenstheorie und die Entstehung des modernen Privatrechts..... 91
- Ablösung der Herrschaft vom Recht als Ausdifferenzierung moderner Politik..... 92
- Folgerungen für die Trennung in öffentliches Recht und Privatrecht und den Vertrag zwischen Staat und Privaten .. 93

II. Der Vertrag zwischen Staat und Privaten im 19. Jahrhundert zwischen Justizstaat und souveränem Nationalstaat 95

- A. *Einleitung: Die rechtliche Verfassung der Verwaltung* 95
 - Zwei Evolutionslinien: Stabilisierung von Macht durch Recht und Einschränkung von Macht durch Recht 95
- B. *Kritik an der absolutistischen Verwaltung*..... 97
 - 1. Gesellschaft als Multitude 97
 - Kritik gegen die im Sinne des Absolutismus perfektionierte Verwaltung: Das Beispiel Frankreichs 97
 - Multitude und wirtschaftliches Freiheitsbedürfnis..... 97
 - Stellung der Verwaltung im wirtschaftsliberalen Kontext.. 98
 - Kontingenz politischer Programme und deren Legitimation..... 100
 - Suche nach neuen Legitimationsmechanismen: Verfassung und Gesetz, Intermediäre, Gerichte..... 101
 - 2. Verhältnis von Gerichten und Verwaltung..... 103
 - Position der Zivilgerichte gegenüber dem Polizeistaat 103
 - Justizstaatliches Modell..... 106
- C. *Der Vertrag zwischen Staat und Privaten unter dem Einfluss von Fiskuslehre und Souveränitätstheorie* 108
 - 1. Konstituierung des modernen französischen Verwaltungsstaates 108
 - a) *Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten*..... 108
 - Ausgangspunkt: Befreiung der Verwaltung vom Einfluss der unabhängigen Gerichte..... 108

– Legitimation durch Gesetzesbindung und die Rolle des Verwaltungsaktes.....	109
– Forderungen nach einer verwaltungsunabhängigen Kontrollinstanz zur Harmonisierung von Politik und Wirtschaft	110
– Abgrenzung der Rechtsbereiche nach Kriterien der Verwaltung	112
– Gesetzliche statt rechtliche Legitimation	113
b) <i>Emergenz des modernen Verwaltungsrechts: Das Prinzip der Gesetzesbindung in der Praxis des französischen Conseil d’Etat</i>	114
– Recours pour excès de pouvoir: der Fall Landrin (1826)..	114
– Umgang des Conseil d’Etat mit Verträgen.....	116
c) <i>Analoge Anwendung von Zivilrecht im Verwaltungsrecht</i>	118
– Fehlendes Verwaltungsrecht und fehlende Verwaltungsrechtswissenschaft.....	118
– Darestes „La justice administrative en France“ von 1862 als Wendepunkt	119
– Bedeutung der unabhängigen Gerichtsbarkeit für die Rekonstruktion des Vertrags im Verwaltungsrecht.....	120
2. Aufhebung des deutschen Polizeistaates	121
a) <i>Die deutsche Fiskuslehre im Rahmen des justizstaatlichen Modells</i>	121
– Rechtswissenschaft als funktionales Äquivalent zur Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	121
– Gönners Stellung gegenüber der unabhängigen Gerichtsbarkeit.....	122
– Justizstaatliches Modell.....	123
– Fiskustheorie und Verwaltungsvertrag bei Zachariä und Bluntschli.....	124
– Das Beispiel der Konzessionen zur Erstellung neuartiger Infrastrukturen	126
– Einfluss der Theorie des souveränen Nationalstaats nach hegelschem Zuschnitt	127
b) <i>Unterdrückung des Verwaltungsvertrags im Kontext des souveränen Nationalstaats</i>	128

i)	Einfluss der Souveränitätslehre auf die Rechtstheorie	128
–	Souveräner Nationalstaat und Recht bei Hegel	128
–	Hegelsche Staatstheorie versus Justizstaatstheorie	132
–	Ziel der Verhinderung von Ämterappropriation	132
–	Einfluss der hegelschen Staatstheorie auf den kooperierenden Staat	133
–	Emergenz des Rechtsstaatsgedankens	134
–	Abwehrbewegungen gegen den Einfluss der Gerichte auf die Verwaltung	136
ii)	Emergenz einer Dogmatik der Verbeamtung im deutschen Verwaltungsrecht	139
–	Frühe Vertragstheorien: Robert von Mohl (1799–1875) und Friedrich Jakob Schmitthenner (1796–1850)	139
–	Theorien des Staatsdienstes als einseitigen Akt des Staats:	141
–	... Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831)	141
–	... Clemens Theodor Perthes (1809–1867)	142
–	... Friedrich Christoph Dahlmann (1785–1860)	142
–	... Johann Caspar Bluntschli (1808–1881)	143
–	... Otto von Gierke (1841–1921)	145
–	... Carl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823–1891)	146
–	... Otto Mayer (1846–1924) und Georg Jellinek (1851–1911)	151
3.	Die siegreiche liberale Revolution in der Schweiz und deren Überführung in den liberalen Bundesstaat von 1848	154
a)	<i>Einfluss der Regeneration auf die Fiskustheorie</i>	154
–	Möglichkeitsbedingungen des Verwaltungsvertrags: liberale Theorie und fehlender rechtswissenschaftlicher Diskurs	154
–	Zivilgerichtliche Unabhängigkeit infolge von Verfassungen der Regenerationszeit	154
–	Einfluss von Friedrich Ludwig Keller (1799–1860), Wilhelm Snell (1789–1851) und Ignaz P.V. Troxler (1780–1866)	155
–	Beispiel der Zürcherischen Regenerationsverfassung von 1831	157

b)	<i>Langsame Abkehr von der Fiskuslehre im jungen Bundesstaat</i>	161
–	Abkehr von der Fiskuslehre unter Anleitung der Politik ..	161
–	Stellung des Bundesgerichts zur Fiskustheorie	163
–	Entscheidungen zu nichthoheitlichen Beziehungen zwischen Staatsverwaltung und Privaten	164
–	Entscheidungen zur Konzession.....	165
–	Frühe Entscheidungen zum Staatsdienst im Einflussbereich der Fiskustheorie.....	167
–	Entscheidungen zum Staatsdienst nach 1900: Ablösung von der Fiskustheorie.....	169
–	Entscheidungen zu wohl erworbenen Rechten.....	171
4.	Zwischenfazit: Aktualisierungen in der Rechtstheorie.....	172
a)	<i>Fiskustheorie und Rechtsstaat</i>	172
–	Fiskustheorie versus Souveränitätstheorie	172
–	Emergenz von Intermediären.....	173
–	Unabhängige Zivilgerichtsbarkeit als evolutionärer Schritt.....	173
–	Doppelte Funktion der Fiskustheorie	175
–	Re-Emergenz des Verwaltungsvertrags im Privatrecht.....	176
b)	<i>Ausdifferenzierung des Verwaltungsrechts und das Legitimationsdefizit im ‘Gesetzesstaat’</i>	177
–	Unmöglichkeit vertraglicher Kooperation im öffentlichen Recht.....	177
–	Staatstheorie hegelianischen Zuschnitts.....	178
–	Emergenz des modernen Verwaltungsrechts	179
–	Legitimationsdefizit des Gesetzesstaats	181
D.	<i>Konstituierung des Binnenmarktes und der Begriff des Vertrags</i>	183
–	Unverträglichkeit von hoheitlichem Staat und Vertrag.....	183
–	Gleichgeordnetheit der Vertragspartner	184
–	Max Webers Modell der Ko-Evolution von Recht, Wirtschaft und Politik.....	185
E.	<i>Fazit: Das treibende Paradox des modernen Staats</i>	189
–	Drei praktische Probleme als Ausgangspunkt.....	189

– Strategien zur Entfaltung des Paradoxes:	190
– ... Justizstaat.....	190
– ... Nationalethos und Beamtenstand	190
– ... vom Gesetzes- zum Rechtsstaat	191
– Legitimationsprobleme der kooperierenden Verwaltung..	192
– Theoretisches Modell	195

III. Re-Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags im

Interventionsstaat..... 197

A. Kontextbedingungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags..... 197

1. Parallelen und Divergenzen in Frankreich, Deutschland und der Schweiz.....	197
2. Emergenz des Interventionsstaates.....	198
<i>a) Vergesellschaftung durch Marktwirtschaft</i>	<i>198</i>
– Technischer, wirtschaftlicher und sozialgesellschaftlicher Innovationsschub.....	198
– Politische und rechtliche Kontextbedingungen.....	199
– Wechselseitige Beziehungen von Marktgesellschaft und Interventionsstaat.....	200
<i>b) Die Methode der Intervention</i>	<i>202</i>
– Anfänge des Interventionsstaats	202
– Regulierungsanspruch und Regulierungsmöglichkeiten ...	203
– Technik der Intervention	204
– Komplexitätsbewältigung durch die Verwaltung.....	205
– Max Webers Kritik	206

B. Der Vertrag im Dienste des service public: Die Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags in Frankreich

1. Nischen	207
– Zivilrechtlicher Vertrag und Verwaltungspraxis.....	207
– Rolle des Conseil d'Etat	209
2. Vorleistungen der Rechtswissenschaft	210
– Produktion von Variationen durch die Rechtswissenschaft.....	210
– Louis-Marie de Lahaye vicomte de Cormenin (1788–1866).....	210

– Adolphe Chauveau (1802–1869).....	213
– Rodolphe Dareste (1824–1911).....	213
– Eugène Perriquet (1833–?).....	214
3. Die Emergenz einer verwaltungsorientierten Verwaltungsgerichtsbarkeit	216
a) <i>Unabhängigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit</i>	216
– Veränderungen während der Dritten Republik.....	216
– Zunehmende Unabhängigkeit des Conseil d’Etat von der Politik.....	217
– Einführung des Tribunal des conflits	218
– Conseil d’Etat als Wahrer der Interessen der Staatsverwaltung.....	219
b) <i>Ausweitung des recours pour excès de pouvoir</i>	220
– Funktion des recours pour excès de pouvoir	220
– Détournement de pouvoir	221
– Détournement de pouvoir und verwaltungsrechtlicher Vertrag	222
c) <i>Der Entscheid Blanco</i>	224
– Sachverhalt und Begründung durch das Tribunal des conflits	224
– Umstrittene Bedeutung des Falls.....	225
d) <i>Asymmetrien in der gerichtlichen Zuständigkeitsabgrenzung</i>	226
– Bestätigung der alten Abgrenzungstheorie im Fall Blanco	226
– Relativierung der Theorie des ‘Etat-débiteur’ nur in Bezug auf Verantwortlichkeitsrecht	226
– Asymmetrien in der rechtlichen Erfassung von Verantwortlichkeit und Kooperationen	227
– Sich abzeichnende Leitprinzipien der Lehre des verwaltungsrechtlichen Vertrags	229
e) <i>Morphogenese des Verwaltungsrechts</i>	230
– Chapus Kritik an der Theorie des Paradigmenwechsels ...	230
– Entscheid des Conseil d’Etat vom 6. Februar 1903 in Sachen Terrier und die Schlussfolgerungen Romier.....	231

– Leon Duguits ‘Les transformations du droit public’ von 1913	232
– Bedeutungsverlust der Abgrenzung nach acte d’autorité	233
– ... und Aufbau einer neuen – funktionalen – Differenz	233
– Bedeutung der neuen funktionalen Differenz für die Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags	234
4. Die Figur des contrat d’administration.....	236
a) <i>Einleitung: Die Konzession im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit</i>	236
b) <i>Service public als neue Abgrenzung des verwaltungsrechtlichen Vertrags zum zivilrechtlichen Vertrag</i>	238
– Einführung der funktionalen Ausrichtung des Verwaltungsrechts im Fall Blanco	238
– Anwendungen der funktionalen Abgrenzung.....	239
– Funktionale Abgrenzung und Abgrenzung nach acte d’autorité als zwei parallele Schichten	241
– Anwendung der funktionalen Abgrenzung	242
– ... bei Édouard Laferrière (1841–1901).....	242
– ... bei Henri Berthélemy (1857–1943).....	243
– ... bei Gaston Jèze (1869–1953)	244
– ... in der Rechtsprechung des Conseil d’Etat.....	244
– Grenzen der Ausdehnung des Verwaltungsrechts.....	246
c) <i>Die Bedeutung der Willensübereinkunft und die Abgrenzung von Vertrag und Verfügung</i>	248
– Zuständigkeit der Verwaltung und Willensübereinkunft als konstituierende Elemente des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	248
– Das Element der Zuständigkeit	250
– Kompatibilisierung von Willensäußerungen und Souveränitätstheorie	251
– Kompatibilisierung von öffentlichen und privaten Interessen	253
– Einfluss des Rechtsschutzes	254

– Fazit und Ausblick: Willensübereinstimmung als Legitimation des Eintritts in ein Gewaltverhältnis.....	255
d) <i>Die Kontinuität des service public</i>	256
– Neues Verhältnis von Recht und Politik	256
– Widerstreitender Einfluss von Gesetz und Willensäußerungen auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag	257
e) <i>Gleichheit als politische Forderung an das Recht: Die Rechte Dritter</i>	259
– Konflikt zwischen der Bilateralität des Vertrags und dem politischem Programm der Gleichheit.....	259
– Lösungsansätze mittels Beamtenhaftung, <i>excès de pouvoir</i> und <i>contrat collectif</i>	260
– Gleichheit in der Ungleichheit.....	262
f) <i>Neue Irritationen als Folge der Stabilisierung des verwaltungsrechtlichen Vertrags: Der Rechtsstatus der Beamten</i>	263
– Irritationen und Asymmetrien	263
– Rechtsstatus der Beamten zum Ende des 19. Jahrhunderts.....	264
– Zustimmung des Privaten als neue Legitimationsquelle...	265
– Rechtsstellung der Angestellten eines privaten Konzessionärs.....	266
5. Fazit: Harmonisierung von widersprüchlichen Kontextanforderungen im verwaltungsrechtlichen Vertrag ...	267
– Nischen, Variationen, Irritationen und Symmetriebrüche.	267
– Morphogenese des Verwaltungsrechts	268
– Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags	269
C. <i>Die langen Schatten des Polizeistaats: Die Debatte um den verwaltungsrechtlichen Vertrag in Deutschland</i>	269
1. Einleitung: Rechtswissenschaft als Leitdiskurs.....	269
– Vier Etappen der Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags in Deutschland	269
– Kontext der frühen Debatte um den verwaltungsrechtlichen Vertrag.....	270

– Fragestellung und Untersuchungsgang.....	271
2. Das Scheitern des politischen Liberalismus	273
– Tradition eines materiell verstandenen Wohlfahrtsstaats..	273
– Auswirkungen im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts.....	274
3. Die juristische Methode.....	275
– Komplexitätsreduktion durch Abschottung des Rechts	275
– Komplexitätsaufbau im isolierten neuen Rechtsbereich des Verwaltungsrechts	275
– Fokus des wissenschaftlich konstruierten Verwaltungsrechts auf die Polizei und Unverträglichkeit mit Vertrag.....	277
– Weitgehende Ablehnung der funktionalen Methode.....	278
– Funktionale Methode und Verwaltungsgerichtsbarkeit	279
4. Emergenz einer apolitischen Verwaltungsgerichtsbarkeit	280
a) <i>Die Frage nach der rechtlichen Verfassung der Verwaltung.....</i>	280
b) <i>Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kompromiss.....</i>	281
– Vorschläge zu einer gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung	281
– Einführung der kompromissbehafteten Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	282
– Beispiel des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes von 1877	284
– Bedeutung für die Lehre des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	285
c) <i>Die Kritik Kelsens.....</i>	288
– Strikte Trennung von Rechtsstaat und Verwaltung als Rechtssubjekt.....	288
– Ablehnung des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	289
5. Debatte in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft: von der rechtlichen Bewältigung des Polizeistaats zur Konstituierung des Interventionsstaates	291
a) <i>Debatte um die rechtliche Erfassung des Staatsdienstes ..</i>	291
b) <i>Der Vertrag der keiner ist: Kooperation als Verwaltungsakt</i>	293

– Otto Mayers Beitrag zur Debatte um Kooperationen zwischen Staat und Privaten	293
– Vom Polizeistaat zum Rechtsstaat.....	294
– Stellung des verwaltungsrechtlichen Vertrags	294
– Konstruktive Anleihen im römischen Recht	295
– Einseitig bindende Kraft des Staatswillens	297
– Umsetzung in der Dogmatik des Verwaltungsrechts	298
– Fazit: Ausrichtung des Verwaltungsrechts auf die Aufhebung des Polizeistaats.....	299
<i>c) Der Vertrag als Hingabe in ein Gewaltverhältnis</i>	<i>301</i>
– Friedrich Jakob Schmitthenner (1796–1850).....	301
– Max von Seydel (1846–1901)	302
– Edgar Loening (1843–1919).....	304
– Carl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823–1891).....	305
– Paul Laband (1838–1918)	306
– Gegenüberstellung der Vertragskonzeption und der Konzeption als Verwaltungsakt.....	310
<i>d) Vernachlässigtes Konzessionswesen</i>	<i>311</i>
– Ausrichtung der Gerichte auf die Erfassung der polizeilichen Aspekte der Leistungsverwaltung.....	311
– Uneinigkeit der Lehre.....	312
– Historisches Modell der politischen Behandlung moderner Infrastrukturprojekte	314
<i>e) Debatte infolge des Ersten Weltkrieges und in den Zwanzigerjahren: Rückblick und Ausblick.....</i>	<i>316</i>
– Situation nach dem Ersten Weltkrieg	316
– Vertrag und Gesetz: umstrittene Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags	318
– Abgrenzungen der Rechtsnatur und der Rechtsform: Marginalisierung des verwaltungsrechtlichen Vertrags....	320
– Lehrstreit um den Begriff der Gleichordnung der Vertragsparteien.....	322
– Theoretische und empirische Kritik	325
– Funktionale Methode und verwaltungsrechtlicher Vertrag	327

D. Politisches Primat im schweizerischen Bundesstaat und dessen hemmender Einfluss auf die Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	330
1. Späte Konstituierung des Verwaltungsrechts in der Schweiz	330
– Fehlender Verwaltungsrechtsdiskurs.....	330
– Keine Ausdifferenzierung des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	333
2. Kontrolle der Verwaltung im jungen Bundesstaat	333
a) Irritationen durch die interventionistische Verwaltung	333
b) Politische Kontextbedingungen: Die politisch verfasste Einheit in der Vielzahl	336
– Abneigung gegen eine gerichtliche Kontrolle der Verwaltung	336
– Konzeption des Bundesstaats	337
– Aufbau der Bundesverwaltung und Verhältnis zur gerichtlichen Kontrolle	339
c) Funktionale Äquivalente zur Verwaltungsgerichtsbarkeit	340
– Politische Beteiligung.....	341
– Gerichtseigene Äquivalente.....	342
– Verfassungsgerichtsbarkeit: Verbot materieller Rechtsverweigerung	345
– Fazit: Funktionale Äquivalente zur Verwaltungsgerichtsbarkeit passen nicht zur vertraglich kooperierenden Verwaltung	348
d) Ablösung der Fiskustheorie und Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit.....	348
– Abbau der Fiskustheorie und daraus folgendes Legitimationsdefizit.....	348
– Druck auf die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und politische Widerstände ..	350
– Fritz Fleiner (1867–1937): vergeblicher Kampf für die Einführung einer ‘wahren’ Verwaltungsgerichtsbarkeit ...	351
3. Variationen der Lehre im Zeichen der Emanzipation des Verwaltungsrechts	354
– Fritz Fleiners Anleihen bei Otto Mayer.....	354

– Zaccaria Giacometti (1893–1970) und Walther Burckhardt (1871–1939).....	355
– Lehre in den Zwanziger- und Dreissigerjahren	358
– Walter Baechis von Fritz Fleiner betreute Dissertation von 1933	359
4. Rechtsprechung und fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit: von der Fiskustheorie zum Verwaltungsrecht	361
– Konvergenzen und Irritationen zwischen Lehre und Rechtsprechung im Übergang zum 20. Jahrhundert	361
– Rechtsprechung des Bundesgerichts	362
– ... zum Staatsdienst	362
– ... zur Benutzung öffentlicher Anstalten.....	363
– ... zum Konzessionsverhältnis	366
– ... zum öffentlichrechtlichen Hinterlegungsvertrag.....	371
– ... zum Vertrag im Rahmen eines drohenden oder laufenden Enteignungsverfahrens	372
– Fazit: Anstösse zur Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags unter Anleitung des Bundesgerichts.....	373
5. Beginnende Emergenz des verwaltungsrechtlichen Vertrags in Wechselwirkung zwischen Rechtsprechung und Lehre.....	375
<i>E. Rückblick und Ausblick: Auswirkungen der Zentrifugalkräfte der Gesellschaft auf das Paradox des modernen Nationalstaats</i>	377
1. Re-Entry des Vertrags ins Verwaltungsrecht und neue Entfaltung des staatlichen Paradoxes	377
– Entfaltung des staatlichen Paradoxes im Polizeistaat.....	377
– Entfaltung des staatlichen Paradoxes im interventionistischen Wohlfahrtsstaat	378
– ... in Frankreich.....	379
– ... in Deutschland	380
– ... in der Schweiz	382
– Re-Entry als Folge von Irritationen in Recht und Wissenschaft.....	382
2. Durchbruch des verwaltungsrechtlichen Vertrags nach dem Zweiten Weltkrieg	383

- Neue wissenschaftliche und institutionelle
Möglichkeitenbedingungen des verwaltungsrechtlichen
Vertrags..... 383
- Frankreich: Konsolidierung des verwaltungsrechtlichen
Vertrags..... 384
- Deutschland: Stärkung des Rechtsstaats und Emergenz
des verwaltungsrechtlichen Vertrags..... 385
- Schweiz: Anstrengungen zur Harmonisierung von
Gesetzesbindung und verwaltungsrechtlichem Vertrag 387
- Politisches Bias des verwaltungsrechtlichen Vertrags 389
- 3. Legitimationsdefizit von Verwaltungsverträgen 390
 - Ausrichtung der heutigen Lehre 390
 - Einfluss liberaler Theorien nach dem Zweiten Weltkrieg
und das wirtschaftliche Bias des privatrechtlichen
Verwaltungsvertrags 392
 - Politisches Bias des verwaltungsrechtlichen Vertrags 393
 - Staat als Kontingenzproblem und die Frage der
Legitimation..... 398
- 4. Lösungsansätze für eine aktualisierte Legitimation des
Vertrags zwischen Staat und Privaten 401
 - Bedarf nach neuen Legitimationsmechanismen für
Kooperationen zwischen Staat und Privaten 401
 - Rechtsstaatliche Legitimationsmechanismen..... 403
 - Demokratische Legitimationsmechanismen..... 408
 - Evolutorisch-reflexive Legitimation 411

IV. Inhaltsübersicht 417

- A. Überblick 417
- B. *Vertrag im Kontext von Herrschaftsmobilisierung,
Souveränitätstheorie und emergierendem Binnenmarkt* 417
- C. *Das Paradox des modernen Staates und dessen Bearbeitung* ... 418
- D. *... mit Nationaletos und Fiskustheorie* 419
- E. *... mit Vertrag* 419