

## Vom Contrat Social zum Gesellschaftsvertragsrecht Formen und Funktion des Verwaltungsvertrags in der fragmentierten Gesellschaft

### From the Social Contract to a Social Contract Law Forms and Function of Administrative Contracts in a Fragmented Society

Andreas Abegg

#### Zusammenfassung<sup>1</sup>

Angesichts der zunehmenden Kooperationen zwischen Staat und Privaten erscheint es fragwürdig, ob mit einem rechtlichen Fokus auf die Bedürfnisse der Staatsverwaltung und auf eine in traditioneller Weise vom Staat abgeleitete Legitimation die bestehenden und zukünftigen Probleme gelöst werden können. Aus einer kontinentalen Sicht, gestützt auf die langen Erfahrungen mit einer staatlich angeleiteten Legitimation der Staatsverwaltung, erkennt diese Untersuchung den beständigen Niedergang staatlicher Souveränität in der Moderne und folglich die zunehmende Diffusion des Staates in die Gesellschaft. Auf der Ebene der Staatstheorie wird dies durch einen Wechsel vom großen philosophischen Sozialvertrag zu vielen einzelnen rechtlichen Verträgen als dessen funktionales Äquivalent gespiegelt. Mit diesem Phänomen erhält das Verwaltungsrecht eine grundsätzlich neue Perspektive: Es stellt sich die Frage, wie mit Recht die Einheit einer Gesellschaft hervorgebracht werden kann, in welcher die Staatsverwaltung und die von ihr zu regulierenden Sozialbereiche sich einerseits fremd geworden sind und doch andererseits auf wechselseitige Ad-hoc-Kooperationen immer wieder von Neuem angewiesen sind.

#### Summary<sup>1</sup>

In view of increasing instances of cooperation between the state and private parties, it seems questionable at least that legal concepts focusing primarily on the needs of the administration and on traditional state-derived legitimacy solve current and future problems for good. Taking the viewpoint of the civil law tradition, which has traditionally assumed that the legitimacy of the administration is state-derived, this text recognises the constant decline of state sovereignty in modern times and consequently the increasing diffusion of the state into society. At the level of state theory, this reflects a shift from the great philosophical 'social contract' to many small legal contracts as its functional equivalent. Dealing with this phenomenon, administrative law needs to address the fundamental question of how law can sustainably support the unity of a society where the state administration and the various parts of society it has to govern are strange to each other and at the same time depending on mutual ad-hoc cooperation time and again.

---

1 Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt (Zürich, Schweiz), abegg@naterdallafior.ch, <http://www.naterdallafior.ch>. Dieser Text wurde am Center for the Study of Law and Society, University of California, Berkeley, verfasst. Ich danke den Angehörigen des Centers für Einladung, Gastfreundschaft und viele anregende Diskussionen. Zudem danke ich Maurizio Borghi, Kurt Paerli, Fabian Steinhauer und Annemarie Thatcher für kritische und weiterführende Bemerkungen. Diese Untersuchung wurde vom Schweizerischen Nationalfonds unter der Projektnummer 119412 unterstützt.

---

1 Dr. iur., LL.M., attorney-at-law (Zürich, Switzerland), abegg@naterdallafior.ch, <http://www.naterdallafior.ch>. This research has been conducted at the Center for the Study of Law and Society, University of California, Berkeley. I would like to thank the people and staff of the Center for inviting me, for their hospitality and for many stimulating discussions. Furthermore, I would like to thank Maurizio Borghi, Kurt Paerli, Fabian Steinhauer and Annemarie Thatcher for their critical and productive comments and input. This work was supported by the Swiss National Science Foundation under grant 119412.

**I. Adäquate rechtliche Erfassung der kooperierenden Verwaltung**

*Ausrichtung der aktuellen Lehre zum Verwaltungsvertrag*

Nimmt man die *aktuelle Literatur zum Verwaltungsvertrag* zum Maßstab, dann geht es heute darum, der Verwaltung die zunehmend divergenten Interessenstrukturen der Gesellschaft „für die eigene Programmverwirklichung dienstbar zu machen“<sup>2</sup> und zugleich diese kooperierende Verwaltung in den sicheren Hafen der traditionellen staatszentrierten Legitimationsmechanismen<sup>3</sup> zurückzuführen. Zu verwirklichen sind diese beiden Postulate mit einer materiellen und prozessualen Normverdichtung, die auf die Bedürfnisse der Verwaltung auszurichten ist.<sup>4</sup>

*Fragestellung und Untersuchungsgang*

Angesichts allorts zunehmender Kooperationen zwischen Staat und Privaten stellt sich die Frage, ob sich mit der skizzierten Ausrichtung des Verwaltungsvertrags die aktuellen und zukünftigen rechtlichen Probleme nachhaltig lösen lassen. Die vielerorts und mit zunehmender Intensität eingesetzte Vertragsform in Beziehungen zwischen Staat und Privaten lassen Zweifel aufkommen, ob diese Sisyphus-Arbeit, die immer wieder von neuem dem Gesetzgeber enteilende, weil proaktive und vermehrt auf Kooperationen angewiesene Verwaltung unter das Dach

**I. Adequate legal framework of the cooperating administration**

*Recent legal doctrine on administrative contracts*

According to the *recent literature on administrative contracts*, the growing divergence of interests in society “needs to be made available to the administration in the interests of policy-making”<sup>2</sup> while simultaneously linking the needs of cooperative administration to the safe haven of traditional state-derived legitimacy.<sup>3</sup> Both demands can be met through a denser set of material and procedural norms, tailored to the needs of the administration.<sup>4</sup>

*Question and structure of the text*

Can the aforementioned approach to administrative contracts solve current and future problems for good? In view of increasing instances of cooperation between the state and private parties, this seems reasonably questionable at least. The contractual regimes regulating interactions between the state and private persons, which are emerging with increasing intensity in a growing number of places, raise doubts as to whether it is still possible to accomplish the Sisyphus task of drawing together a proactive administration that depends more and more on cooperation, and

2 So explizit August Mächler, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege* (2005): 618.  
 3 In der kontinentalen Tradition sind dies die Gesetzesbindung einerseits und eine erweiterte Grundrechtsbindung andererseits: vgl. anstelle vieler Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Recht der Verwaltungsverträge zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltung*, in: Drenseck (Hg.), *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag* 65–78 (2001); Markus Schefer, *Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben*, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 1131–1143 (2002). Ähnlich lautet auch die Forderung für das amerikanische Recht: Jody Freeman, *The Contracting State*, *Florida State University Law Review* 28 155–214 (2000): 213. Dieser Tendenz folgt auch Bamberger, der für das US-Recht die Delegationsregeln zur vermehrten Anwendung bringen will: Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, *Duke Law Journal* 56 477–468 (2006).  
 4 Für die USA siehe Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, *Harvard Law Review* 116 1285–1352 (2003): vor allem 1351f.; Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, *Duke Law Journal* 56 477–468 (2006). Vgl. für die Schweiz jüngst das Postulat von Bernhard Waldmann, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag – eine Einführung*, in: Häner/Waldmann (Hg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis* 1–23 (2007): 23; ähnlich Georg Müller, *Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte*, in: Häner/Waldmann (Hg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis* 25–37 (2007): 36f. Grundlegend fürs prozessuale Recht August Mächler, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege* (2005). Grundlegend für Deutschland ist das Programm von Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Recht der Verwaltungsverträge zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltung*, in: Drenseck (Hg.), *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag* 65–78 (2001): 67f.

2 See August Mächler, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege* (2005): 618.  
 3 In the continental tradition, legitimacy derives from the reservation of statutory powers on the one hand and extended protection through constitutional rights on the other: See Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Recht der Verwaltungsverträge zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltung*, in: Drenseck (ed.), *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag* 65–78 (2001), Markus Schefer, *Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben*, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 1131–1143 (2002). Similarly to demands made in relation to US Law Jody Freeman, *The Contracting State*, *Florida State University Law Review* 28 155–214 (2000): 213; following the delegation doctrine, see Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, *Duke Law Journal* 56 477–468 (2006).  
 4 For the US, see Jody Freeman, *Extending Public Law Norms Through Privatization*, *Harvard Law Review* 116 1285–1352 (2003): especially 1351–1352; Kenneth A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State*, *Duke Law Journal* 56 477–468 (2006), esp. 388 and 399 onwards. For Switzerland, see more recently, the postulate of Bernhard Waldmann, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag – eine Einführung*, in: Häner/Waldmann (ed.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis* 1–23 (2007): 23; and similarly Georg Müller, *Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte*, in: Häner/Waldmann (ed.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis* 25–37 (2007): 36–37. More basically with regard to legal process, see August Mächler, *Vertrag und Verwaltungsrechtspflege* (2005). The foundations for Germany are given in Eberhard Schmidt-Assmann, *Das Recht der Verwaltungsverträge zwischen gesetzlicher Bindung und administrativer Gestaltung*, in: Drenseck (ed.), *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag* 65–78 (2001): 67–68.

einer staatszentrierten Legitimation zu bringen, überhaupt noch zu leisten ist. In Frage gestellt sind damit zugleich die zugrunde liegenden Theorien, die Souveränitätstheorie einerseits und die Theorie des Contrat Social andererseits.

Aus der Perspektive der kontinentalen Rechtstradition, die über eine lange Erfahrung mit staatszentrierter Legitimationsmechanismen verfügt, möchte ich diese Problematik in drei Schritten angehen:

- In einem ersten Schritt ist in gebotener Kürze an die oft unausgesprochenen Grundlagen der traditionellen Verwaltungsrechtslehre zu erinnern: die idealtypisch verstandenen Konzepte des modernen souveränen Nationalstaats und den maßgeblich bei Bodin und Hobbes angelegten und von Rousseau auf die Demokratie angepassten Contrat Social. Diese Konzepte prägen in wesentlichem Maße das moderne Verwaltungsrecht und den Status des Verwaltungsvertrags, allerdings mehr in der kontinentalen Tradition als im angelsächsischen Recht (nachfolgend II).
- Sodann soll an *zwei Fallgruppen*, die paradigmatisch für grundlegende Aspekte des Staates stehen, geprüft werden, ob sich deren Rechtsfälle mit den traditionellen Konzepten des Verwaltungsrechts noch erfassen lassen. Die *erste Fallgruppe* beschäftigt sich mit der Delegation von Herrschaft in einem hierarchisch gegliederten Verwaltungsapparat. Diese Frage beschäftigte die Rechtswissenschaft des 18. und 19. Jahrhunderts unter dem Aspekt des Staatsdienstverhältnisses bereits nachhaltig (nachfolgend III.A). In der *zweiten Fallgruppe* geht es um die interventions- respektive wohlfahrtsstaatliche Erfahrung, dass der Auftrag der Verwaltung, die Einheit und das Wohlergehen der Gesellschaft zu gestalten oder zumindest zu gewährleisten, nicht mit den verfügbaren Ressourcen und den rechtlichen Möglichkeiten Schritt hält. Und noch radikaler: Der Verwaltung fehlt schlicht das Wissen über die Gesellschaft, die sie eigentlich gestalten soll (nachfolgend III.B).<sup>5</sup>
- In einem letzten Schritt ist zu zeigen, dass die soeben angesprochenen beiden Fallgruppen Teil eines größeren Problems sind, das das *Selbstverständnis der Verwaltung und des Verwaltungsrechts* als Regulierungsinstanzen der gesellschaftlichen Einheit und des allgemeinen Wohlstands betrifft: Die grundlegenden Begriffe unserer Gesellschaftsbeschreibung, wie insbesondere der Begriff ‚Staat‘, erweisen sich zunehmend als kontingent. Damit hängt zusammen, dass der große gesellschaftsübergreifende Contrat Social sich zunehmend in viele kleine Verträge aufsplittet und sich diese Ver-

regularly escapes the clutches of the legislative, under the umbrella of a state-derived form of legitimacy. This also raises questions about the governing theories; the theory of sovereignty on one hand, and the theory of social contract on the other hand.

Taking the viewpoint of the civil law tradition with its long-term experience with state-derived legitimacy, I will approach this set of problems in three steps:

- The first step will be to recall the basic principles of the traditional administrative law doctrine that frequently remain unexpressed: the ideal-typical concepts of the modern sovereign national state and the social contract, of which we find crucial elements in the theories of Bodin and Hobbes, and which were adapted to democracy by Rousseau. These concepts substantially shape modern administrative law and the status of the administrative contract, admittedly more in the civil law doctrine of sovereignty than in the common law doctrine (part II).
- Next, I assess *two groups* of cases that are paradigmatic examples of fundamental aspects of the modern state. I will determine whether they can still be adequately addressed using traditional concepts of administrative law. The *first group of cases* deals with the delegation of authority in a hierarchical administrative organisation. Lawyers in the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries have already largely dealt with this question in the light of the relationship between the state and civil servants (part III.A.). The *second group of cases* deals with the interventionist and welfare state experiences with respect to administrative economic and legal resources respectively. In these cases, the government is not able to keep up with its mandate of framing, or at least guaranteeing the unity and welfare of society. Moreover, the administration simply lacks the knowledge about how society is supposed to organise itself (part III.B.).<sup>5</sup>
- In the last part, the two groups of cases will be studied as part of a yet greater problem, touching on the *self-conception of the administration and of administrative law* as a regulatory authority with regard to the unity and welfare of society: the fundamental concepts of our conception of society and in particular the concept of the state prove to be increasingly contingent. From this it follows that the idea of a social contract encompassing society is increasingly split into numerous small contracts, which provide a functional equivalent to the social contract – in practice and in law (part IV).

5 Grundlegend aus theoretischer Sicht *Helmut Willke*, Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft (1992).

5 Basically, from a theoretical point of view, see *Helmut Willke*, Ironie des Staates: Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft (1992).

träge als funktionales Äquivalent zum Contrat Social anbieten – mit entsprechenden Rückkopplungen nicht nur, aber auch im Recht (nachfolgend IV).

## II. Contrat Social, Verwaltungsrecht, Verwaltungsvertrag

*Bodins Souveränitätslehre, Hobbes' Gesellschaftsvertrag und Rousseaus Ausdehnung auf die Demokratie*

Als Ausgangspunkt der modernen Souveränitätslehren, die auf die Emergenz des Contrat Social eingewirkt haben, kann jener Zeitpunkt bezeichnet werden, als die herrschafts- und machtbezogene Semantik von der „höchsten Gewalt“ (*suprema potestas*) zur „Souveränität“ (*majestas*) wechselt. Allgemein wird *Bodin* als Begründer dieser Souveränitätslehre bezeichnet,<sup>6</sup> in welcher es im Wesentlichen darum geht, die infolge Religionskriegen auseinander gebrochene Gesellschaft durch Politik zu einigen: durch die Vereinigung der Macht in den Händen des König einerseits und durch einheitliche Anwendung dieser souveränen Macht auf das Volk andererseits – womit sich zugleich markante Unterschiede zu England zeigen, das die religiösen Auseinandersetzungen verhältnismäßig leicht überwand.<sup>7</sup> Nach *Bodin* übergibt also das Volk („*le peuple*“) die weltliche Macht gesamthaft und dauerhaft dem Monarchen zu dessen freien Verfügung („*pour disposer ... sans autre cause que de sa liberté*“).<sup>8</sup> Damit besteht zwar eine zweifache Unterordnung: Der Monarch ist Gott und des Monarchen Herrschaft dem Naturrecht untergeordnet. Zugleich ist der König und nicht Gott souveräner Repräsentant der Menschen auf Erden. Hiermit aber vollzog *Bodin* nicht nur die bedeutsame Trennung des Monarchen von Gott. Der Monarch ist als Ebenbild Gottes auch von den Menschen getrennt und übt absolute Macht *in hierarchischer Weise* über diese aus – und zwar Zeit seines *Lebens*. In diesem Sinne ist also eine nun irdische Souveränität der Gesellschaft über die auseinander gebrochene Gesellschaft im ebenso irdischen Körper des Monarchen vereint – ein Körper, der an die Grenzen des *Lebens* gebunden ist. *Nota bene*, diesen Körper beseitigte schließlich die große Revolution samt der alten Ordnung.<sup>9</sup>

## II. Social contract, administrative law, administrative contracts

*Bodins' doctrine of sovereignty, Hobbes' social contract and Rousseau's expansion to Democracy*

The moment in which command and authority-related semantics change from supreme power (*suprema potestas*) to sovereignty (*majestas*) marks the starting point of modern theories of sovereignty, which greatly influenced the emergence of the social contract doctrine. In general, *Bodin* is seen as the founder of the sovereignty doctrine,<sup>6</sup> in which it is up to politics to reunite a society fragmented by religious wars. By means of united power in the hands of the king, and by consistent and equal use of this sovereign power to govern the people. Prominent differences to England became apparent, where religious disputes were relatively easily resolved.<sup>7</sup> According to *Bodin*, the people (“*le peuple*“) hand over all worldly power permanently to the monarch for his free disposal (“*pour disposer ... sans autre cause que de sa liberté*“).<sup>8</sup> Accordingly, *Bodin* created a two-fold subordination: The monarch is subordinate to God and the monarch's authority is subordinate to natural law. At the same time, however, not God but the monarch is the sovereign representative of men on earth. In doing so, *Bodin* not only took the step of separating the monarch from God. As an image of God, the monarch was also separated from mankind, over whom he exerted life-long absolute power in a hierarchical manner. In this sense, the flesh and body of the monarch contains the sovereignty of society over the fragmented society – a body that is subject to the limitations of human life. The great revolution *nota bene* was compelled to eliminate precisely this body in order to be able to overcome the old order.<sup>9</sup>

6 Unter vielen: *Jacques Maritain*, The Concept of Sovereignty, The American Political Science Review 44 343–357 (1950): 344f.

7 Mit dem späteren Bürgerkrieg wurde dagegen der Parlamentarismus gestärkt. Zu den Unterschieden zwischen kontinentaler und angloamerikanischer Rechtstradition vgl. *Dieter Grimm*, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: Grimm (Hg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft 53–83 (1987): 56ff.

8 *Jean Bodin*, Les six livres de la république (1576): 127f.

9 *Ibid.*: Kap. 8, vor allem 122ff.; zum Ganzen unter vielen *Jacques Maritain*, The Concept of Sovereignty, The American Political Science Review 44 343–357 (1950).

6 See *Jacques Maritain*, The Concept of Sovereignty, The American Political Science Review 44 343–357 (1950): 344–345, amongst others.

7 Furthermore, parliamentarianism was strengthened due to the later civil war – for more on the differences between the civil law tradition and the common law tradition, see *Dieter Grimm*, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft 53–83 (1987): 56 onwards.

8 *Jean Bodin*, Les six livres de la république (1576): 127–128.

9 *Ibid.*: chapter 8, especially 122 onwards; on the topic as a whole: see *Jacques Maritain*, The Concept of Sovereignty, The American Political Science Review 44 343–357 (1950), amongst others.

Hobbes fügte Bodins Theorie insbesondere das Element des Gesellschaftsvertrags hinzu,<sup>10</sup> mit welchem jeder Einzelne der so genannten „Multitude“ sich zum Autor seiner und aller Geschicke macht („by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author“) und sich im Gemeinwohl („common-wealth“) zum Zweck von Frieden und gemeinsamer Gefahrenabwehr mit allen vereinigt.<sup>11</sup> Die Vereinigung der Vielheit des Volkes im Körper des Leviathan – ganz in der Tradition der kontinentalen Souveränitätslehre und mit Wirkung wiederum mehr auf dem Kontinent als auf der Insel<sup>12</sup> – ließ Hobbes in prägnanter Weise im wohl berühmtesten Frontispiz der Buchgeschichte verdeutlichen.<sup>13</sup>

In aller Kürze ist damit der Konnex zwischen moderner Politik, Souveränität und Contrat Social hergestellt: Während bei Bodin die Souveränität der Gesellschaft zum Thema politischer Herrschaft wurde, diese also die Verantwortung für die Einheit der Gesellschaft zu übernehmen hatte, internalisierte Hobbes – aus der Perspektive moderner Politik – auch den Referenzpunkt politischer Legitimation, indem der Monarch nicht mehr als Ebenbild Gottes, sondern als Repräsentant der Vielheit des ihm unterworfenen Volkes herrscht – symbolisiert durch den Gesellschaftsvertrag. Diese Legitimation der Allmacht des Staates zum Wohle der Gesellschaft wurde von Rousseau von „l'état, c'est moi“ zu „l'état, c'est nous“ verschoben respektive bei gleich bleibender Form vervielfacht. Trotz der Verschiebung von einer durch den König repräsentierten Einheit zur Einheit in der demokratischen Vielheit erhielt sich allerdings weiterhin der Gedanke der zentralisierten und absolut souveränen Macht als einigende Kraft der Gesellschaft.<sup>14</sup>

Hobbes, in particular, added the element of the social contract to Bodin's theory,<sup>10</sup> by which each one of the so called multitude "... by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author" and unite in the "common-wealth" for "peace and common defence".<sup>11</sup> Hobbes notably illustrated this unity of the multitude of society in the body of the Leviathan on what is possibly the most famous book cover in history<sup>12</sup> – again, in the tradition of the continental doctrine of sovereignty, which in turn affected the continent instead of the British isles.<sup>13</sup>

We have now briefly established the connection between modern politics, sovereignty and social contract: while Bodin made the sovereignty of society an issue of political authority – so that it had to assume responsibility for the unity of society, from the perspective of modern politics – Hobbes internalized the reference point of political legitimacy by separating the monarch from his likeness to God, making him a representative of the multitude of his subjects – as symbolized by the social contract. This legitimacy of the omnipotence of the state for the benefit of society was finally relocated by Rousseau without changing its form: from "l'état, c'est moi" to "l'état, c'est nous". However, in spite of this relocation from representation by the king to representation by the unity of a democratic multitude, the principle of centralised and absolute sovereign power as the uniting force of society remained.<sup>14</sup>

10 Der Gesellschaftsvertrag erschien bekanntermaßen bereits bei Althusius, jedoch in einem anderen, aus heutiger Sicht freiheitlicheren Kontext: *Johannes Althusius, Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata* (1603/1981).

11 Die zentrale Passage lautet folgendermaßen: „For by this authority, given him by every particular man in the commonwealth, he hath the use of so much power and strength conferred on him, that by terror thereof, he is enabled to perform the wills of them all, to peace at home, and mutual aid against their enemies abroad. And in him consisteth the essence of the commonwealth; which, to define it, is one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their peace and common defence. And he that carrieth this person, is called SOVEREIGN, and said to have sovereign power; and every one besides, his SUBJECT.“: *Thomas Hobbes, Leviathan: or the matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil* (1651/1839): 158.

12 Hobbes bekannte sich damit zu einer kontinentalen und vor allem französischen Souveränitätslehre: *Preston King, The ideology of order: a comparative analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes* (1999): vor allem 56ff.

13 Hierzu *Horst Bredekamp, Thomas Hobbes, Der Leviathan: Das Urbild des modernen Staates und seine Gegenbilder, 1651–2001* (2006).

10 It is well known fact that the social contract already appeared in Althusius. However, from another, more liberal (today's perspective) context: *Johannes Althusius, Politica methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata* (1603/1981).

11 The central passage states: "For by this authority, given him by every particular man in the commonwealth, he hath the use of so much power and strength conferred on him, that by terror thereof, he is enabled to perform the wills of them all, to peace at home, and mutual aid against their enemies abroad, And in him consisteth the essence of the commonwealth ; which, to define it, is one person, of whose acts a great multitude, by mutual covenants one with another, have made themselves every one the author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their peace and common defence. And he that carrieth this person, is called SOVEREIGN, and said to have sovereign power ; and every one besides, his SUBJECT.“: *Thomas Hobbes, Leviathan: or the matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil* (1651/1839): 158.

12 See *Horst Bredekamp, Thomas Hobbes, Der Leviathan das Urbild des modernen Staates und seine Gegenbilder, 1651–2001* (2006).

13 Hobbes thus professes his affiliation to the continental – and above all French – doctrine of sovereignty: *Preston King, The ideology of order: a comparative analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes* (1999): see especially 56 onwards.

*Gesellschaftsvertrag und Aufhebung des Ständestaates*

Es ist bemerkenswert, dass im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert im kontinentalen Recht die *Verbannung jenes Vertrags, der zur rechtlichen Stabilisierung von herrschaftsbezogenen Kooperationen diente, zusammenfiel mit der Emergenz einer anderen großen Vertragsform: jener des Contrat Social*.<sup>15</sup> Die Stabilisierung der Gesellschaft durch Vertrag wechselte somit das Bezugssystem vom Recht zur Gesellschaftstheorie. Der große Gesellschaftsvertrag hob die vielen kleinen Herrschaftsverträge im dreifachen – hegelischen – Sinn auf, indem er sie erstens in der terminologisch weiterhin mitgetragenen Vertragsform bewahrte, zweitens begrifflich hinaufhob auf die höhere Stufe der Gesamtgesellschaft und drittens zugleich als Rechtsform zwischen Staat und Privaten beseitigte. Inhaltlich versprach der Gesellschaftsvertrag die Erneuerung der Einheit der Gesellschaft: Gefahrenabwehr und Wohlfahrt für alle, wenn im Gegenzug die in der ganzen Gesellschaft zersplitterte Macht im Souverän vereinigt würde.<sup>16</sup>

*Social Contract and the abolishment of the corporative feudal state*

In the transition from the 18<sup>th</sup> to the 19<sup>th</sup> century, *the banishment of contract on the continent as a legal form for stabilizing diffuse, power-related cooperation coincided most notably with the emergence of another great form of contract: the social contract*.<sup>15</sup> Thus, the task of stabilizing society by means of contract changed the frame of reference from law to social theory. The great social contract abolished (in German: “aufheben”) the many small contracts on the diffusion of power in a threefold Hegelian sense: first of all, it preserved (in German: “aufheben”) “the term “contract”. Secondly, it lifted (in German again: “aufheben”) the many small contracts to the level of society as a whole. And thirdly, it disposed (in German again: “aufheben”) of the contract as a form of law between the state and private parties. As regards content, the social contract promised to regenerate societal unity: protection from danger and social welfare for all, if, in return, the sovereign was able to unite the power that had been fragmented and dispersed throughout society.<sup>16</sup>

14 *Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social ou principes du droit politique* (1795). Dabei setzte sich zunächst die Theorie Rousseaus durch, nach welcher die ganze Souveränität ohne Einschränkung beim Volk liege und dem Souverän demzufolge schlicht alles zur Disposition stehe, und nicht jene von Sieyès, nach welcher gewisse Elemente des Rechts, konkret in der Form der „droits de l’homme“, mehr als Voraussetzung denn als Einschränkung politischer Kommunikation verstanden, vorstaatlichen Charakter erhalten und durch einen Verfassungswächter, einen Vorläufer des Verfassungsgerichts, zu schützen sind: *Emmanuel Joseph Sieyès, Le Tiers-Etat* (1789/1888). Gegen die absolut verstandene Volkssouveränität richtete sich auch Benjamin Constant (1767–1830): *Benjamin Constant, Principes de politiques, applicables à tous les gouvernements représentatifs, et particulièrement à la constitution actuelle de la France* (1815): 13ff.

15 Dies zeigt sich zum Beispiel daran, dass die deutschen Juristen jegliche Kooperation des Staates in hierarchische Beziehungen umdeuteten und dem Vertrag hierbei keinerlei Raum beließen: vgl. unter vielen *Johann Heinrich Gottlob von Justi, Politische und Finanzschriften über wichtige Gegenstände der Staatskunst, der Kriegswissenschaften und des Cameral- und Finanzwesens* (1761), I: 346; *Nicolaus Thaddäus Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet* nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreich Baiern (1808): 130ff. Ähnliches gilt für Frankreich. Hierzu im Rückblick vgl. *Adolphe Chauveau, Principes de compétence et de juridictions administratives* (1841–44): N 403ff., vor allem 411; *Louis-Marie de Lahaye vicomte de Cormenin, Droit administratif* (1840): vol. I, u. a. XXXVIII.

16 Zwar fand die Theorie des Contrat Social in Hegel einen prominenten Gegner, der sich von Rousseaus „ideenlose[r] Abstraction“ eines Gesellschaftsvertrags distanzierte. Letztlich aber war das gemeinsame Element bestimmend: die Vereinigung der Gesellschaft unter dem Dach des souveränen Nationalstaats: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Die „Rechtsphilosophie“* von 1820 (1820/1973): § 258.6.

14 *Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social ou principes du droit politique* (1795). Although Rousseau’s theory initially persevered, according to which all sovereignty was in the hands of the people, without restriction, and the sovereign was simply able to dispose over everything, by contrast to Sieyès theory, according to which certain elements of law, particularly understood to be “droits de l’homme” (human rights) and perceived to be more of a requirement than a restriction on political communication, acquired pre-state character and constitutional protection through a predecessor of the constitutional court: *Emmanuel Joseph Sieyès, Le Tiers-Etat* (1789/1888). Benjamin Constant (1767–1830) also spoke out against an absolutist understanding of the people’s sovereignty: *Benjamin Constant, Principes de politiques, applicables à tous les gouvernements représentatifs, et particulièrement à la constitution actuelle de la France* (1815): 13 onwards.

15 For example, this is shown by the way in which German lawyers regularly re-define acts of cooperation with the state as hierarchic relationships, leaving little room for contractual regulation: amongst others, see *Johann Heinrich Gottlob von Justi, Politische und Finanzschriften über wichtige Gegenstände der Staatskunst, der Kriegswissenschaften und des Cameral- und Finanzwesens* (1761), I: 346; *Nicolaus Thaddäus Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet* nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreich Baiern (1808): 130 onwards. France’s experiences were similar. For a retrospective view, see *Adolphe Chauveau, Principes de compétence et de juridictions administratives* (1841–44): N 403 onwards, especially 411; *Louis-Marie de Lahaye vicomte de Cormenin, Droit administratif* (1840): vol. I, inter alia XXXVIII.

16 Although Hegel, most prominently, opposed the theory of social contract and distanced himself from Rousseau’s “idea-less abstraction” of a social contract, their common element was determined: the unification of society under the umbrella of a sovereign national state: *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Die „Rechtsphilosophie“* von 1820 (1820): § 258.6.

Zugleich vermochte sich der moderne kontinentale Staat weitgehend von den unabhängigen Gerichten zu befreien.<sup>17</sup> Diese Vereinigung aller Macht im Souverän, diese einheitliche hierarchische Anwendung und Legitimation von Macht sollte somit das alte netzwerkartige Geflecht von Herrschaftsverträgen ersetzen, in welchem die Herrschaftsinteressen jeweils mit den Interessen des Vertragspartners zur Deckung gebracht werden mussten und in welchem bei Überschneidung von Herrschaftsrechten eine bilaterale Auseinandersetzung um die Herrschaft im Vordergrund stand.<sup>18</sup>

#### *Umsetzung durch Verwaltungsrecht*

Aufgenommen und umgesetzt wurde dieses gesellschaftspolitische Programm des vereinigten souveränen Nationalstaats auch mithilfe des modernen *Verwaltungsrechts*, wie es in Deutschland und in der Schweiz insbesondere von Otto Mayer und Fritz Fleiner an der Schwelle zum 20. Jahrhundert mit je eigenen Gewichtungen maßgeblich beeinflusst wurde.<sup>19</sup>

- Einerseits setzte das neu geschaffene Verwaltungsrecht die Produktion von Recht mit der staatlichen Normenproduktion gleich.<sup>20</sup> Die Verwaltung profitierte von dieser so genannten Rechtsautorität des Staates und setzte sie zielgerichtet für die Verwirklichung ihrer politischen Programme ein.<sup>21</sup> Neben dem Verwaltungsgesetz konnte die Verwaltung insbesondere mit dem maßgeblich aus dem französischen Recht rezipierten und von Otto Mayer propagierten *Verwaltungsakt*, der dem Gerichtsurteil nachgebildet worden war,<sup>22</sup> ihre stetig wechselnden Projekte direkt in die Form des Rechts kleiden. Dies ließ zunächst das Verwaltungsverfahren als funktionales Äquivalent zu unabhängigen Gerichten erscheinen und erlaubte sodann eine Systematisierung der Verwaltungskommunikationen nach Rechtskriterien.<sup>23</sup> Dabei schmiegte sich die Form des Verwaltungsaktes als hoheitliche Kommunikation eng

At the same time, the modern state finally freed itself from independent judicial review.<sup>17</sup> This unification of power in the sovereign, this concise hierarchical use and legitimation of power sought to replace the old intertwined network of feudal power dispersion contracts, in which the interests of the ruling regime had to be aligned with the interests of the contracting party, and in which bilateral conflicts of power arose where interests clashed.<sup>18</sup>

#### *Implementation through Administrative law*

In Germany and Switzerland at the turn of the 20<sup>th</sup> century, Otto Mayer and Fritz Fleiner decisively influenced the creation of a modern *administrative law* that adopted and shaped this socio-political program of a united sovereign nation state, each emphasizing different aspects. Administrative law thereby obtained a double function in relation to the modern state:<sup>19</sup>

- On the one hand, the emerging administrative law treated the production of law in the same way as the production of norms by the state.<sup>20</sup> The administration benefited from this so called legal authority of the state and implemented it purposefully in its political programs.<sup>21</sup> In addition to relying on its influence in the legislative process and by absorbing the French invention of the administrative ruling (copied from the judicial ruling and transferred into German Law by Otto Mayer),<sup>22</sup> the administration enrobed its constantly changing projects in the cloak of the law. Thus, the administrative procedure initially appeared to be a functional equivalent of an independent court procedure, furthermore allowing for systematic re-structuring of administrative communication according to legal criteria.<sup>23</sup> In doing so, administrative decisions, as a form of communicating public authority, was located

17 Berühmt ist das französische Gesetz aus der Revolutionszeit, mit welchem den Zivilrichtern mit Strafandrohung untersagt wurde, sich mit Verwaltungsangelegenheiten zu befassen: Loi du 16/24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, tit. II, Art. 13. Für Deutschland ist insbesondere die Ablösung des Reichsgerichts mit dem Ende des Deutschen Reiches im Jahr 1806 maßgebend.

18 Grundlegend zum System des Ständesystems Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921–1925/1980): 580ff.

19 Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895/96), I: 3f. (mit Einschränkungen in der Beteiligung des Volkes am Staat); Fritz Fleiner, *Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz; akademische Antrittsrede* (1916): 4. Siehe hierzu nun die ausführliche Studie von Roger Müller, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft*. Fritz Fleiner, 1867–1937 (2006).

20 Besonders deutlich wird dies, wenn das Zivilrecht zu einem Produkt des Rechtsstaats wird: vgl. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895/96): 81.

21 Siehe hierzu die Kritik von Hans Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 31 53–98, 190–249 (1913).

17 See the famous French prohibition on the courts judging the administration: Loi du 16/24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, tit. II, Art. 13. The dissolution of the old German Court of the Empire, the Reichsgericht, at the end of the Reich in the year 1806 had a similar effect.

18 On the feudal system in general: Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921–1925/1980): 580 onwards.

19 Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895/96), I: 3–4 (with restrictions on the participation of the people in the state); Fritz Fleiner, *Entstehung und Wandlung moderner Staatstheorien in der Schweiz; akademische Antrittsrede* (1916): 4. In this regard, see the detailed study of Roger Müller, *Verwaltungsrecht als Wissenschaft*. Fritz Fleiner, 1867–1937 (2006).

20 This becomes particularly clear where the civil law becomes a product of the "Rechtsstaat" (constitutional state) – see Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* (1895/96): 81.

21 For criticism in this regard, see Hans Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 31 53–98, 190–249 (1913).

an die Souveränitätslehre und an das Selbstverständnis des modernen Staates an.<sup>24</sup>

- Andererseits sollte mit einem wissenschaftlich durchdrungenen Verwaltungsrecht der *Polizeistaat und eine monarchische respektiv eine sich monarchisch gebärdende Regierung überwunden werden*.<sup>25</sup> Der Verwaltungsakt wurde mit dem Rechtsstaat als souveräne, hierarchisch gedachte Rechtsautorität verknüpft, dessen Verwaltung möglichst rechtsatzmäßig und möglichst gesetzlich gebunden agieren sollte.<sup>26</sup>

close to the doctrine of sovereignty and to the image the modern state had of itself.<sup>24</sup>

- On the other hand, the police state and monarchic government (or, accordingly, a monarchically acting government) were supposed to be counteracted by an administrative law that had become infused by scientific principles.<sup>25</sup> The administrative decision was interlinked with the concept of the *Rechtsstaat* as a sovereign hierarchic authority of law, whose administration should be tied to legal rules and be enacted within the limits of statutory powers.<sup>26</sup>

22 Illustrativ für diesen Zusammenhang ist folgende Äußerung von *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96), I: 60: „So können wir sagen, dass aus dem jahrhundertelangen Kampfe der französischen Parlamente mit der königlichen Verwaltung, der auch sonst manche bedeutsame Spuren im französischen Rechte zurückgelassen hat, schließlich doch die Parlamente als Sieger hervorgegangen sind. Es ist nicht gelungen, die Verwaltung der Macht der Justiz äußerlich zu unterwerfen. Aber sie hat sich zu den Ideen bekennen müssen, deren Trägerin die Justiz war. Die Rechtsordnung, in welcher diese sich darstellte, beruhte auf einem ganz bestimmten System von rechtlicher Gebundenheit: das Gesetz über alles, das Urteil gebunden an das Gesetz, die That der Vollstreckung gebunden an das Urteil. In der Übertragung dieser Gebundenheit auf die Verwaltung liegt die Grundidee des neuen französischen Verwaltungsrechtes.“ Zur Anlehnung an die Form des Urteils auch explizit *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96), I: 95.

23 Zum Verwaltungsakt siehe *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96), I: 94ff.

24 Dies folgt bereits aus der Definition von *Otto Mayer*: *Ibid.*: 95: „Der Verwaltungsakt ist ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll.“

25 Dass gerade letzteres nicht nur für Deutschland, sondern auch für die Schweiz gilt, mag vielleicht überraschen. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass die demokratisch-rechtsstaatlichen Strukturen des jungen schweizerischen Bundesstaates gerade nicht darauf angelegt waren, die Regierung und Führung des Bundesrates zu beschneiden, sondern vielmehr für eine Konvergenz der Kantone zu sorgen hatten. In diesem Kontext stehen zum Beispiel die Ausführungen des Bundesrats und Rechtsgelehrten Jakob Dubs (1822–1879): Im Sinne der Konzeption einer sich allenfalls selbst beschränkenden souveränen Politik ist es nur konsequent, dass Dubs die unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich ablehnte und vielmehr auf Professionalisierung der Verwaltung und die politische Beteiligung des Volks setzte: *Jakob Dubs*, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft dargestellt für das Volk (1878): 14, 151 und 206. Besonders deutlich trat der Vorrang des Politischen vor dem Recht im maßgeblich von Dubs beeinflussten Art. 113 der BV von 1874 in Erscheinung, nach welchem das Bundesgericht verfassungswidrige Bundesgesetze nicht außer Kraft setzen konnte. Vgl. auch *Walther Burckhardt*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (1914), Art. 114 BV: 786ff. Zu Dubs vgl. *Ferdinand Zehender*, Dr. Jakob Dubs, ein schweizerischer Republikaner (1880); ferner *Alfred Kölz*, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848 (2004): 31. Kritisch zum Abwehrkampf des Bundesrates gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit *Fritz Fleiner*, Eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit, NZZ Separatdruck Nr. 764, 769 und 772 (1921): vor allem 13.

26 Die Verwaltung sollte sich dem Rechtsstaat nicht unterwerfen, sondern „näher“: *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96): 66; vgl. auch *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht (1931): 96.

22 Demonstrated by the following statement of *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96), I: 60: “Thus we can say that the battles between the French parliament and the royal administration that lasted for centuries and significantly influenced French law were ultimately won by the parliaments. The administration did not succumb to the judiciary – even from an external perspective. But it did have to admit to ideas that were initiated by the judiciary. The legal order in which these presented themselves was based on a very special system of legal adherence: statute above everything, jurisdiction bound to statute, and execution bound to jurisdiction. In transferring this adherence to the administration, the basic idea behind new French administrative law was born.” [translated by AA]. See *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96), I: 95 for more on the form of rulings, explicitly.

23 See *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96), I: 94 onwards on administrative acts.

24 This already follows from *Otto Mayer*’s definition: *Ibid.*: 95: “The administrative act is an authoritarian claim vis-à-vis the administration that determines the rights of a subordinate individual in a particular case.”

25 It may be surprising that the latter applies not only to Germany, but also to Switzerland. However, remember that the democratic-constitutional structures of the comparatively young, Swiss federal state were not made to curb the government and leadership by the federal council, but rather to ensure convergence between the Cantons. In this context, see for example comments by the federal counsellor and legal scholar Jakob Dubs (1822–1879): it is the natural consequence for independent administrative legal process to reject a – at most self-restricting – form of sovereign politics and to support the professionalization of the administration and political participation by the people: *Jakob Dubs*, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft dargestellt für das Volk (1878): 14, 151 and 206. The priority of politics over law was expressed most clearly in Art. 113 of the federal constitution of 1874 that was greatly influenced by Dubs. This provision precluded the Swiss Federal Tribunal from repealing unconstitutional legal federal statutes. See also *Walther Burckhardt*, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (1914), Art. 114 BV: 786 onwards. For more on Dubs, see his biographie by *Ferdinand Zehender*, Dr. Jakob Dubs, ein schweizerischer Republikaner (1880); and *Alfred Kölz*, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848 (2004): 31. More critically on the federal council’s struggle to defend itself against administrative jurisdiction, see *Fritz Fleiner*, Eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit, NZZ Separatdruck Nr. 764, 769 und 772 (1921): especially 13.

26 The administration was not supposed to subordinate itself to a constitutional state (“Rechtsstaat”), but “approach” it: *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895/96): 66. See also *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht (1931): 96.



### III. Irritierende Fälle: Auflösungstendenzen von Souveränitäts- und Gesellschaftsvertragstheorie

An zwei Fallgruppen soll nun geprüft werden, wie sich aktuelle Rechtsfälle zu den erwähnten Leitprinzipien des Verwaltungsrechts verhalten. Die Fallgruppen stehen dabei paradigmatisch für grundlegende Aspekte des modernen Staates, und sie korrespondieren darüber hinaus auch mit dem gebräuchlichen historischen Modell, das die Evolution des Verwaltungsrechts unter anderem in eine Phase des Polizeistaats und eine nachfolgende Phase des interventionistischen Wohlfahrtsstaats einteilt: In einem ersten Schritt ist der Staatsdienst (A.) und in einem zweiten Schritt sind typisch wohlfahrtsstaatliche Verwaltungsaufgaben (B.) auf ihr Verhältnis zur Souveränitätstheorie und zum Sozialvertrag einerseits und zu den entsprechenden konkreten Rechtsprogrammen andererseits zu untersuchen.

#### A. Die Sorge um den Rechtsstaat: Vom bürokratischen Staat zum kooperierenden Staat

##### *Instrumentales Recht versus Rechtsstaat*

Auf der Ebene der Rechtsdogmatik kontinentaler Prägung äußern sich die aktuellen Probleme rund um den Staatsdienst etwa darin, dass von der entsprechenden Zuweisung zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht gewichtige Unterschiede im materiellen Recht abhängen, so bei den Rechtsfolgen widerrechtlicher und unzulässiger Verträge sowie beim Rechtsschutz,<sup>27</sup> und dass diese Zuweisung weitgehend kontingent geworden ist. Zum Beispiel rührt der folgende bis heute weitgehend ungelöste Aspekt in diesem Sinne an die grundlegenden Legitimationsmechanismen des demokratischen Rechtsstaats:

Ist es dem Staat mithilfe seiner Rechtsmacht möglich, insbesondere mit einem neuen Gesetz oder einer Verordnung, flexibel je nach politischem Bedürfnis ein Anstellungsverhältnis oder gar dasselbe Anstellungsverhältnis einmal dem Privatrecht und ein andermal dem öffentlichen Recht zuweisen? Dahinter steht nichts weniger als die Frage, wie weit die Politik das Recht instrumentell einsetzen und dabei selbst über den Grundsatz des Rechtsstaats verfügen kann, durch den sie ja gerade zugunsten der Zivilgesellschaft gezähmt werden soll. Bereits Kelsen kritisierte diese

27 Vgl. unter vielen Max Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 77 II 1a–218a (1958): 95aff.; Thomas P. Müller, Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft (1997): 225ff., mit Verweis auf BGE 103 Ia 505, 514ff. (1983; Hofmann AG gegen Einwohnergemeinde Thun); Peter Gauch, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, Baurecht 119–123 (1998); Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts (1998): N 894ff.; Claire Huguenin, Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlichrechtlichen Vertrag, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 118 489–521 (1982): 512ff.

### III. Confusing cases: the trend of disintegration of the theories of sovereignty and social contract

Next, two groups of cases will demonstrate how recent cases tie in with the abovementioned guiding administrative law principles. These groups of cases represent fundamental aspects of the modern state, and correspond with the historical model that divides the evolution of administrative law into a phase of existence as a police state and a subsequent phase of existence as an interventionist welfare state. These instances of administrative law are (A.) the civil service and (B.) the typical administrative tasks of the welfare state (B.). These two groups will be examined with regard to their relationships with the theory of sovereignty and the social contract theory. Subsequently, their relationship with the corresponding specific legal rules will also be examined.

#### A. The concern about the rule of law: From the bureaucratic to the cooperative state

##### *Instrumental law versus the rule of law*

On the level of specific civil law doctrines, current problems relating to the civil service are tied to the broader question of whether the case falls within the domains of private or public law, an issue that is even more difficult because this private / public law division has become increasingly contingent. For example, the following and thus far unresolved aspect touches on the fundamental dynamics of rule of law and democratic legitimacy:<sup>27</sup>

Is it conceivable for the state based on its legal authority to change, either by legislation or by administrative decree, and to allocate a civil service contract to public law on one occasion and to private law on another occasion, according to its changing political needs? The question behind this issue is: to what degree can political discourse implement law instrumentally, therefore possibly even disposing of the rule of law principles, according to which it ought to be kept in check for the benefit of civil society? Kelsen also criticised this situation, in which the legal authority of the

27 Amongst others, see Max Imboden, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 77 II 1a–218a (1958): 95a onwards; Thomas P. Müller, Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft (1997): 225 onwards, with reference to Ruling of the Swiss Federal Tribunal 103 Ia 505, 514 onwards (1983; Hofmann AG v. Einwohnergemeinde Thun); Peter Gauch, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, Baurecht 119–123 (1998); Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts (1998): N 894 onwards; Claire Huguenin, Die bundesgerichtliche Praxis zum öffentlichrechtlichen Vertrag, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 118 489–521 (1982): 512 onwards.

Situation, in welcher die Rechtsautorität des Souveräns (also dessen Macht, Rechtssätze zu generieren) in seine Rolle als Vertragspartei umschlägt.<sup>28</sup> Kelsen war mit seiner Kritik aber nicht wesentlich durchgedrungen.<sup>29</sup>

Derartige Paradoxe treten etwa beim heute virulent ausgetragenen Streit um die überlangen Arbeitszeiten von in Spitälern der Schweiz angestellten Ober- und Assistenzärzten offen zutage: Während die eine Gruppe von Ärzten dem Privatrecht und damit den Arbeitszeitbeschränkungen des Arbeitsgesetzes<sup>30</sup> unterstellt ist, bleibt die andere Gruppe weitgehend schutzlos dem stark von politischen, primär fiskalischen Interessen gesteuerten öffentlichrechtlichen Dienstrecht ausgeliefert.<sup>31</sup> Und jüngst wollten das

sovereign (i.e. the sovereign's power to create legal rules) encroaches its role as a contracting party.<sup>28</sup> However, Kelsen's criticism, essentially, did not persevere.<sup>29</sup>

Recently, these types of paradox emerged in a fierce battle surrounding the long working hours for assistant and head doctors in Swiss hospitals. While one group is covered by a private law regime and thus protected by the employee protection act,<sup>30</sup> the other group remains largely unprotected, as it falls under a public services legislation that is mainly driven by fiscal and political interests.<sup>31</sup> Moreover, the legislative and government of the Canton of Graubünden recently wanted to set up legislation to trans-

28 Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts 31 53–98, 190–249 (1913).

29 Kelsens Position wurde zwar von der Verwaltungsrechtswissenschaft gehört, aber sogleich als lebensferne Position einer auf Rechtslogik fokussierten Theorie verworfen: Apelt meinte pointiert: „Kelsen ... hat neuerdings, und zwar von seinem Standpunkte aus folgerichtig die Existenz des Verwaltungsaktes als Rechtsinstitut geleugnet. Dass er zu diesem erstaunlichen, dem wirklichen Leben und seinen Bedürfnissen so abholden Ergebnisse gelangt, wirft ein scharfes Licht auf die Bedenklichkeit der Voraussetzungen, von denen er ausgeht.“: Willibald Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte (1920): 6. Ähnlich Theodor Buddeberg, Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Archiv des öffentlichen Rechts 8 85–161 (1925): 136. Selbst noch Stern, der bezüglich Verwaltungsvertrag im Wesentlichen Kelsen folgte, warf ihm zugleich Realitätsferne vor: „Denn insofern handelt es sich um eine exklusive Sondermeinung, die eine Scheidewand unseres Rechtssystems [i.e. die Trennung in Privatrecht und öffentliches Recht] einreißt und der Grundstruktur unserer Rechtsordnung widerspricht.“: Klaus Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags, Verw. Archiv 49 106–157 (1958): 107. Kelsen stellte sich allerdings nicht grundsätzlich gegen eine Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht, sondern primär gegen die öffentlichrechtliche Verknüpfung von Rechtssubjekt und Rechtsautorität. Richtig Martin Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968): 11f. Zwar vermochte sich Kelsens Warnung etwa in § 54 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes niederzuschlagen, der Verwaltungsverträge über Leistungen der Behörde, auf welche der private Vertragspartner einen rechtlichen Anspruch hat, stark einschränkt. Insgesamt bleibt jedoch heute die von Kelsen kritisierte Vermengung von Rechtsautorität und Rechtssubjekt präsent: siehe hierzu unten bei Fn. 84.

30 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (Stand am 13. Juni 2006, SR 822.11).

31 Oberärzte, die einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis unterstehen, genießen den Schutz des Arbeitsgesetzes mit eng begrenzten Höchstarbeitszeiten. Öffentlichrechtlich angestellte Oberärzte arbeiten dagegen oft bis zu 70 Stunden pro Woche. Eine Einschränkung der öffentlichen Hand bieten nur die sehr offen formulierten Bestimmungen zum allgemeinen Gesundheitsschutz (Art. 3a i. V. m. Art. 6 Arbeitsgesetz). Die Kantone lehnten die Initiative von Nationalrat Marc Suter aus dem Jahr 1998, auch die Oberärzte dem Arbeitsgesetz zu unterwerfen, aus Kostengründen ab: vgl. hierzu Ginette Wiget, Arbeiten bis zum Umfallen, der arbeitsmarkt 15–17 (2004): 15f. Die Schutzmaßnahmen wurden auf die Assistenzärzte beschränkt: Änderung vom 7. April 2004 zur Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.11), AS 2004 2411.

28 Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts 31 53–98, 190–249 (1913).

29 Although Kelsens position was heard by administrative-law scholars, it was rejected as an unrealistic position, based on a theory that focussed on legal logic alone: Apelt commented pointedly: “Kelsen ... recently stated – and correctly from his point of view – that administrative acts are not an institution of law. The fact that he comes to this astonishing conclusion that is so distant from real life and its requirements, strongly throws the criteria from which he draws his conclusions into doubt“: Willibald Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte (1920): 6. Similarly, Theodor Buddeberg, Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Archiv des öffentlichen Rechts 8 85–161 (1925): 136. Even Stern, who followed Kelsen for the main part with regard to the administrative contract, accused him of disregarding reality: “Because it is insofar an exclusive special opinion that is far from reality; a wall separating our legal system [i.e. the separation between private and public law], which contradicts our legal order“: Klaus Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags, Verw. Archiv 49 106–157 (1958): 107. Kelsen, however, was not against a separation of public from private law per se, but rather primarily against the way in which public law connected legal subjects to legal authority. Correctly Martin Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968): 11–12. Kelsen's warning was incorporated in § 54 of the German administrative procedural code: Administrative contracts regulating services provision by the civil authorities, which give private contractual partners legal claims, are strongly restricted. As a whole, however, the conglomeration of legal authority with legal subjects that Kelsen criticised has persevered: see below at Fn. 84.

30 Swiss Federal Act on Industry, Trade and Commerce (Labour Law Act) of March 13, 1964 (as of June 13, 2006, SR 822.11).

31 Head doctors, who are employed by way of private labour law agreements, can take advantage of the protection offered by the Labour Law Act, which tightly regulates their maximum working hours. By contrast, head doctors employed on a public law basis often have to work up to 70 hours per week. A restriction of the public sector is only offered by widely formulated provisions on general health protection (Art. 3a and Art. 6 of the Labour Law Act). The federal counties (“Cantons”) rejected the initiative proposed by the federal member of parliament Marc Suter in 1998 to subject head doctors to the Labour Law Act as well for financial reasons: see Ginette Wiget, Arbeiten bis zum Umfallen, der arbeitsmarkt 15–17 (2004): 15–16. Protecting measures were limited to assistant doctors: amendment to the 1st Decree on the Labour Law Act, of April 7, 2004 (SR 822.11), AS 2004 2411.

Parlament und der Regierungsrat des Kantons Graubünden die psychiatrischen Dienste in eine selbstständige öffentliche Anstalt überführen und dieser „größtmögliche unternehmerische Freiheit“ dadurch verschaffen, dass einerseits durch Zuweisung zum öffentlichrechtlichen Dienstrecht die zwingenden Privatrechtsnormen keine Anwendung fänden und dass andererseits mittels einer Blankettnorm der Erlass von Dienstvorschriften an die Anstalt delegiert würde und sich diese somit von allen unliebsamen öffentlichrechtlichen Vorgaben hätte befreien können.<sup>32</sup>

*Der Staatsdienst als paradigmatische Kontaktstelle zwischen Staat und Gesellschaft*

Diese heutigen Probleme mit dem Verwaltungsvertrag lassen sich mit einem Blick in die Vergangenheit besser verstehen, womit zudem auch die spezifischen Verbindungen zur Souveränitätslehre und zum Gedanken des Contrat Social offen gelegt werden können. Denn es kollidierten bereits seit dem späten 18. Jahrhundert in Konflikten zum Staatsdienst<sup>33</sup> und seit dem späten 19. Jahrhundert anhand der Übertragung von Staatsaufgaben an Private im weiteren Sinn<sup>34</sup> zentrale Prinzipien, wie insbesondere das Prinzip ungeteilter staatlicher Souveränität, mit gesellschaftlichen Anforderungen derart, dass sie in der Rechtsdogmatik und Rechtstheorie zum Staatsdienst maßgebliche und nachhaltige Irritationen auslösten. Letztlich lässt sich die Debatte um die Stabilisierung von Kooperationen zwischen staatlicher Macht und Gesellschaft anhand des Staatsdienstes bis zur Geburt des modernen Nationalstaats

fer psychiatric services to an independent public law corporation, in order to provide it with “the greatest entrepreneurial freedom possible” by circumventing compulsory private law norms with its public law status and by circumventing unwanted public law norms through the blanket delegation of legislative powers concerning employment regulation.<sup>32</sup>

*The Civil Service as a paradigmatic point of contact between the state and civil society*

These modern problems with administrative contracts can be better understood if we take a look at their past, in the course of which the link between the sovereignty doctrine and the social contract theory will be disclosed as well. Central principles of public law, such as the principle of an undivided state sovereign have been colliding with social demands since the late 18<sup>th</sup> century (with regard to conflicts concerning the civil service)<sup>33</sup> or the 19<sup>th</sup> century (with regard to conflicts concerning the transfer of state responsibilities to private actors in a broad sense)<sup>34</sup> in such a way as to infringe both the concrete legal doctrine and the legal theory of the civil service. Ultimately, it is possible to trace the debate about the stabilization of cooperation between state authority and private persons back to the birth of the modern nation-state. For nothing less than the *fundamental paradox of the modern state* hides behind it – the

32 Das Bundesgericht hob diese Delegation aufgrund eines Verstoßes der Grundsätze der Gewaltenteilung und der Gesetzmäßigkeit gemäß Bündner Verfassung auf. BGE 128 I 113 (2002; Psychiatrische Dienste Graubünden): vor allem 120ff., E. 2e und 3. Siehe hierzu auch den treffenden Kommentar von *Yvo Hangartner*, Bemerkungen zu BGE 128 I 113, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1498–1501 (2002).

33 Es kann an dieser Stelle zunächst ganz allgemein auf einen äußerst lebendigen Diskurs in der deutschen Wissenschaft zur Rechtsnatur des Staatsdienstes verwiesen werden. Dieser reicht, in nuce, vom 18. bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts. Um nur einige berühmte Namen zu nennen, die sich zu diesem Thema geäußert haben: *Christian von Wolff*, *Ius naturae* (1748/1968): § 904 und § 925; *Johann Gottlieb Fichte*, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796/1979): 163f.; *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Die „Rechtsphilosophie“* von 1820 (1820/1973): § 268 und 294; *Otto Mayer*, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, *Archiv für öffentliches Recht* Bd. 3 3–86 (1888); *Paul Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1901), Bd. 1: 405f.; *Hans Kelsen*, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 31 53–98, 190–249 (1913).

34 Dies akzentuierte sich in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit dem Großprojekt einer nationalen Verkehrs- und Kommunikationsinfrastruktur, insbesondere mit dem Bau der Eisenbahn: hierzu jüngst m. w. H. *Lorenz Jellinghaus*, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur – zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts* (2006).

32 The Swiss Federal Tribunal repealed this delegation, due to breaches of the principle of the separation of powers and legality, according to the Constitution of the Canton of Graubünden. Ruling of the Swiss Federal Tribunal 128 I 113 (2002; Psychiatrische Dienste Graubünden): especially 120 onwards, E. 2e and 3. See also the respective commentary of *Yvo Hangartner*, Bemerkungen zu BGE 128 I 113, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1498–1501 (2002).

33 At this stage, very general reference can be made to a very lively discourse in legal research on the legal nature of the civil service. This discourse started in nuce from the 18th century through to the beginning of the 20th century. To mention just a few of the famous people who have commented on this topic: *Christian von Wolff*, *Ius naturae* (1748/1968): § 904 und § 925; *Johann Gottlieb Fichte*, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796/1979): 163–164.; *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Die „Rechtsphilosophie“* von 1820 (1820): § 268 and 294; *Otto Mayer*, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, *Archiv für öffentliches Recht* Bd. 3 3–86 (1888); *Paul Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (1901), Vol. 1: 405–406.; *Hans Kelsen*, *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 31 53–98, 190–249 (1913).

34 This was accentuated in the second half of the 19th century in a wide-ranging project of national transport and communicational infrastructure, in particular following construction of the railway: see *Lorenz Jellinghaus*, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts* (2006).

und der modernen Verwaltung zurückverfolgen, denn dahinter liegt nichts weniger als das *grundlegende Paradox des modernen Staates* verborgen, der alle Macht zur Einigung der Gesellschaft beansprucht, zugleich aber von Beginn weg immer wieder auf die Kooperation mit ebendieser Gesellschaft, die dem Staat zum Wohle aller unterworfen wird, zurückgreifen muss.<sup>35</sup> Bereits im 18. und 19. Jahrhundert erkannten die deutschen Rechtswissenschaftler, dass sich in der Tat alle alten Privilegien und Garantien abschaffen lassen, außer jene der Beamten:<sup>36</sup> Diese verbleiben als letzte und unvermeidliche Kontaktstelle zwischen einer modernen und damit radikal selbstbezüglichen Politik und der Gesellschaft. Denn auf den guten Willen der Staatsdiener, der selbst mit aller Macht nicht erzwungen werden kann,<sup>37</sup> war der moderne Staat von Beginn weg angewiesen.<sup>38</sup> Allein, diese von der Willkür der Macht abgesicherte Position der Beamten ist bis heute vor allem durch zwei Schritte relativiert worden:

- Seit der Ablösung der Fiskustheorie (mit welcher die Beamten eine gewisse Absicherung ihrer pekuniären Interessen durch die unabhängigen Zivilgerichte erhielten) durch die Ausdifferenzierung des Verwaltungsrechts hängt die Harmonisierung der staatlichen Interessen mit den existenziellen Interessen des Beamten am Faden des Positivismus. Dieser Positivismus droht nun ständig auf die Position der Rechtssubjekte durchzuschlagen, denn die Verwaltung vermag

modern state claiming total power in order to unite society, but at the same time reverting back to cooperation with the same civil actors, which it subjected to its rule in the first place as a means of securing general welfare.<sup>35</sup> In the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries, German academics had already recognized that all pre-modern privileges and guarantees could indeed be abolished, except for those of the civil servants.<sup>36</sup> the civil servants remained a last and unavoidable point of contact between modern and thus radically self-referential politics and society. For the modern state had to rely on the good will of its civil servants from the very beginning,<sup>37</sup> which was impossible to enforce using any form of power whatsoever.<sup>38</sup> However, the secure position of civil servants that is protected from arbitrariness of power has been put into perspective to this day mainly by two measures:

- Since the replacement of the fiscal theory (by virtue of which civil servants' monetary interests received a certain level of protection from the civil courts) by differentiated administrative law, the harmonization of state interests with existential interests of the civil servants wholly depends on positivist state regulations. This solution constantly threatens to affect private parties' positions, as the administration is capable of drawing

35 Angesprochen ist damit also die Verknüpfung von Souveränität und Contrat Social.

36 Maßgeblich war dabei auch die im deutschen Konzept der Verwaltung zugewiesene Rolle als unabhängige Vermittlerin zwischen fürstlicher Macht und Volk – im Sinne eines funktionalen Äquivalents zur Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung, die vom schwach ausgeprägten bürgerlichen Stand nicht hatte errungen werden können, und um die immer stärker in die Gesellschaft ausgreifende politische Macht als legitim erscheinen zu lassen. Hierzu *James J. Sheehan*, *Der Ausklang des alten Reiches: Deutschland seit dem Ende des Siebenjährigen Krieges bis zur gescheiterten Revolution: 1763 bis 1850* (1994): 391ff.

37 Eine politische Internalisierung auch dieser Ressource wurde zwar immer wieder mithilfe von Nationalethos angestrebt, allerdings ohne den angestrebten Effekt einer langfristigen Stabilisierung: vgl. etwa *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Die „Rechtsphilosophie“* von 1820 (1820/1973): § 268 und 294.

38 *Justus Henning Böhmer*, *Introductio in ius publicum universale* (1710/1726): § 11; *Christian von Wolff*, *Ius naturae* (1748/1968): § 904 und § 925; *Christian von Wolff*, *Ius naturae* (1748/1968): VIII sowie §§ 2, 4 sowie *Christian von Wolff*, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden* (1754): § 972ff.; *Johann Michael Seuffert*, *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande* (1793): insbesondere 17f., 42f., 93, 120f., 140f. und 155; *Johann Gottlieb Fichte*, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796/1979): 163f.; *Franz Arnold von der Becke*, *Von Staatsämtern und Staatsdienern* (1797), I: § 14; *Nicolaus Thaddäus Gönner*, *Teutsches Staatsrecht* (1804): 461f. Diese Fragen lassen sich bereits erkennen bei *Veit Ludwig von Seckendorff*, *Teutscher Fürsten-Stat* (1665): 656 und 680f.

35 This refers to the connection between sovereignty and the social contract.

36 An important part was played by the role of the administration (in the German concept) as an independent mediator between regal authority and the people – in the sense of a functional equivalent to enable the participation of the people in the legislative process, which could never have been attained by the weakly represented citizens, and harnessed and made the political power whose hold on society was becoming stronger and stronger appear legitimized. For more, see *James J. Sheehan*, *Der Ausklang des alten Reiches Deutschland seit dem Ende des Siebenjährigen Krieges bis zur gescheiterten Revolution: 1763 bis 1850* (1994): 391 onwards.

37 See *Justus Henning Böhmer*, *Introductio in ius publicum universale* (1710/1726): § 11; *Christian von Wolff*, *Ius naturae* (1748/1968): § 904 und § 925; *Christian von Wolff*, *Ius naturae* (1748/1968): VIII and §§ 2, 4, as well as *Christian von Wolff*, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden* (1754): § 972 et seq.; *Johann Michael Seuffert*, *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande* (1793): in particular, 17–18, 42–43., 93, 120–121, 140–141 and 155; *Johann Gottlieb Fichte*, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* (1796/1979): 163–164. *Franz Arnold von der Becke*, *Von Staatsämtern und Staatsdienern* (1797), I: § 14; *Nicolaus Thaddäus Gönner*, *Teutsches Staatsrecht* (1804): 461–462. These questions were already apparent in *Veit Ludwig von Seckendorff*, *Teutscher Fürsten-Stat* (1665): 656 and 680–681.

38 The political internalization of these resources was often aspired to, with the help of the national ethos, but without the intended effect of long-term stabilization: see e.g. *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, *Die „Rechtsphilosophie“* von 1820 (1820): § 268 and 294.

zumindest potenziell die staatliche Rechtsmacht allzeit in ihre Position als (Vertrags-)Partei einfließen zu lassen.<sup>39</sup>

- Und der ehemals vorherrschende Status des Beamten als privilegierter und einziger Kontakt zwischen Staat und Gesellschaft<sup>40</sup> wurde infolge liberaler Theorien, die phasenweise bereits im 19. Jahrhundert vorgebracht wurden<sup>41</sup> und sodann vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg das Thema beherrschten, in dem Sinne relativiert, als die zahlreichen Leistungen des Staates zunehmend durch (staatseigene oder staatsfremde) Betriebe erbracht werden konnten, die von der zentralen Verwaltung getrennt sind.<sup>42</sup>

on state authority to boost its position as a (contracting) party at all times.<sup>39</sup>

- On the other hand, liberal theories were brought forward from time to time during the 19<sup>th</sup> century, which also dominated the subject matter from the end of the Second World War onwards.<sup>40</sup> These theories put the previously dominant status<sup>41</sup> of civil servants as a privileged and single point of contact between state and society into perspective, by arranging for (state-owned or private) companies to take over many of the state responsibilities from the central administration.<sup>42</sup>

39 Grundlegend für diese positivistische Konzeption ist unter anderem *Fritz Fleiner*, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts* (1913): 201ff. Siehe hierzu die Kritik bei Kelsen: oben Fn. 28f.

40 In Reinkultur gilt dies für Deutschland: siehe *James J. Sheehan*, *Der Ausklang des alten Reiches: Deutschland seit dem Ende des Siebenjährigen Krieges bis zur gescheiterten Revolution: 1763 bis 1850* (1994): 397ff. Grundlegend ist die Ablehnung des kooperierenden Staates zum Ende des 18. Jahrhunderts: vgl. etwa *Johann Heinrich Gottlob von Justi*, *Politische und Finanzschriften über wichtige Gegenstände der Staatskunst, der Kriegswissenschaften und des Cameral- und Finanzwesens* (1761), I: 346; *Nicolaus Thaddäus Gönner*, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet* nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreich Baiern (1808): 130ff.; sodann auch *August Wilhelm Heffter*, *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht* (1829): 106ff.; *Friedrich Christoph Dahlmann*, *Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt* (1847): 277; *Johann Caspar Bluntschli*, *Allgemeines Staatsrecht* (1852): 422. Unter anderem führte gerade diese Konzeption zur grundsätzlichen Ablehnung des Verwaltungsvertrags: *Otto Mayer*, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, *Archiv für öffentliches Recht* Bd. 3 3–86 (1888): 41ff.; *Fritz Fleiner*, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts* (1913): 183; *Zaccaria Giacometti*, *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts* (1924): 16.

41 Für Frankreich siehe zum Beispiel *Alexis de Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique* (1835–1840), II: 389ff.; für Deutschland vgl. zum Beispiel *Robert von Mohl*, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1866), I: 19ff.; *Rudolf von Gneist*, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (1879): 286ff. Diese liberalen Theorien bedrängten einerseits die autokratische Herrschaft und führten sodann in Frankreich, Deutschland und der Schweiz zu zunächst lokaler und sodann auch nationaler Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft. Zu ersterem siehe *Michael Stolleis*, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* (ZNR) 129–146 (1989): 133f. Zu letzterem vgl. jüngst *Lorenz Jellinghaus*, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur – zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts* (2006): v. a. 163, der in der zwecks Seuchenbekämpfung zukunftsgerichteten Gesundheitsvorsorge den Anstoß zum Funktionswandel von liberalem Abwehrstaat zu modernem Wohlfahrtsstaat erkennt.

39 The foundation for this positivistic concept is given, amongst others, by *Fritz Fleiner*, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts* (1913): 201 onwards. Cf. the criticism on Kelsen: above Fn. 28–29.

40 For France, see e.g. *Alexis de Tocqueville*, *De la démocratie en Amérique* (1835–1840), II: 389 onwards; for Germany, see for example *Robert von Mohl*, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1866), I: 19 onwards; *Rudolf von Gneist*, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (1879): 286 onwards. These liberal theories coerced the autocratic governance on the one hand, only to lead to cooperation on a local level at first and then also on a national level between the state and the economy in France, Germany and Switzerland. On the former, see *Michael Stolleis*, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* (ZNR) 129–146 (1989): 133–134. On the latter, see more recently *Lorenz Jellinghaus*, *Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts* (2006): especially 163, who recognized the first attempts at functional change from a liberal defence state to the modern welfare state in the pre-emptive health care schemes that were aimed at combating epidemics.

41 This applies for Germany as a mono-culture: see *James J. Sheehan*, *Der Ausklang des alten Reiches Deutschland seit dem Ende des Siebenjährigen Krieges bis zur gescheiterten Revolution: 1763 bis 1850* (1994): 397 onwards. On the rejection of the cooperating state at the end of the 18th century, see e.g. *Johann Heinrich Gottlob von Justi*, *Politische und Finanzschriften über wichtige Gegenstände der Staatskunst, der Kriegswissenschaften und des Cameral- und Finanzwesens* (1761), I: 346; *Nicolaus Thaddäus Gönner*, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet* nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreich Baiern (1808): 130 onwards; see also *August Wilhelm Heffter*, *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht* (1829): 106 onwards; *Friedrich Christoph Dahlmann*, *Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt* (1847): 277; *Johann Caspar Bluntschli*, *Allgemeines Staatsrecht* (1852): 422. Amongst other things, this concept lead to precisely the kind of rejection of the administrative contract: *Otto Mayer*, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, *Archiv für öffentliches Recht* Bd. 3 3–86 (1888): 41 onwards; *Fritz Fleiner*, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts* (1913): 183; *Zaccaria Giacometti*, *Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts* (1924): 16.

*Neue alte Probleme mit dem Staatsdienst und die Auflösung des Contrat Social*

Welche *gesellschaftliche Bedeutung* der rechtlichen Erfassung des Staatsdienstes zukommen kann, zeigt sich bereits daran, dass sich in Deutschland zum Ende des 19. Jahrhunderts die Überwindung des Polizeistaats durch das Verwaltungsrecht maßgeblich am Gegenstand des Staatsdienstes vollzog<sup>43</sup> oder dass in der Schweiz zu Beginn des 20. Jahrhunderts das Projekt einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit maßgeblich in der Folge von skandalisierten Fällen, in welchen sich Beamte einer willkürlichen Staatsgewalt ausgeliefert sahen, an Fahrt gewann<sup>44</sup> oder dass die nach dem Zweiten Weltkrieg zunehmenden Kooperationen zwischen Staat und Privaten maßgeblich mit einer Neubewertung des Staatsdienstes im modernen Nationalstaat zusammenhing.<sup>45</sup>

Die gesellschaftliche Bedeutung zeigt sich aber *auch in aktuellen Themen*, wie bereits mit dem Problem der Spitalärzte angedeutet wurde.<sup>46</sup> Besonders deutlich manifestieren sich diese Fragestellungen zudem am *Auftrag des Staates, für die Sicherheit seiner Bürger zu sorgen*. Angesichts des radikalen Wandels der inneren und äußeren Sicherheitsbedürfnisse und der politisch verordneten ‚Staatsaufgabenverwesentlichung‘<sup>47</sup> werden Sicherheitsdienstleistungen und entsprechendes Personal zunehmend mit Vertrag eingekauft.<sup>48</sup> Dabei sind zwei unterschiedliche Formen vertraglicher Leistungserbringung, vertraglich geregelter Staatsdienst beziehungsweise Militärdienst einerseits und indirekt vertraglich verpflichteter Solddienst andererseits, zu unterscheiden, wie sich am Militär- respektive Kriegs-

*New old problems concerning civil service and the dissolution of the social contract*

The far-reaching *importance of giving the civil service a legal form* has been displayed in various ways. It was already evident in Germany at the end of the 19<sup>th</sup> century, where, in order to overcome the former police state, administrative law was mainly formed with a focus on the civil service.<sup>43</sup> Furthermore, in Switzerland at the beginning of the 20<sup>th</sup> century, the proposal to introduce an independent judicial review on administrative practice gained ground, thanks to a series of scandals, in which civil servants felt threatened by the arbitrary exercise of state authority.<sup>44</sup> Further on, the increasing cooperation between the state and the private sector was directly linked to the re-evaluation of the civil service in the modern national state.<sup>45</sup>

The importance of giving the civil service a specific legal form is also evident in *current topics* under discussion, such as the problems mentioned above with private-law regulated doctors working in public hospitals.<sup>46</sup> Furthermore, the *responsibility of the state to provide for the safety of its citizens* also leads to a similar set of questions. Given the radical change of the internal and external need for safety and the politically driven ‘essentialization’ of government responsibilities,<sup>47</sup> the state increasingly contracts with external contractors to provide safety and corresponding security personnel services.<sup>48</sup> In such case, two different forms of contractual services have to be distinguished: contracted civil service or military service on the one hand and indirectly contracted mercenary service on the other:

42 So wies etwa Forsthoff darauf hin, dass die Zunahme an öffentlichrechtlichen Verträgen damit zusammenhänge, dass die Verwaltung nicht mehr strikte hierarchisch und der Beamte nicht mehr als einzig mögliche Kontaktstelle des Staates zur Gesellschaft gedacht wurde: *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts: erster Band (1958): 250f.

43 Deutlich wird dies vor allem bei *Otto Mayer*, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, Archiv für öffentliches Recht Bd. 3 3–86 (1888).

44 Insbesondere in der Folge des Falles Späni, eines vom Bundesrat disziplinierten Telegrafbeamten, forderte selbst die Bundesversammlung den Bundesrat auf, sich vertiefte Gedanken zur Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit zu machen. „Der Bundesrat wird eingeladen, die Frage zu prüfen und darüber zu berichten, ob nicht eine eidgenössische Verwaltungsgerichtsbehörde geschaffen werden soll, welche endgültig über solche Beschwerden zu urteilen hätte, die von Beamten und Angestellten der Bundesverwaltung gegen Verfügungen und Erlasse des Bundesrates oder anderer Bundesorgane wegen Verletzung verfassungs- und bundesgesetzmäßiger Rechte erhoben werden.“: zitiert nach der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichtes, vom 20. Dezember 1911, BBl. 1911 V 322: 325. Zum Ganzen vgl. *Alfred Kölz*, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848 (2004): 854.

45 *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts: erster Band (1958): 250f.; vgl. bereits Fn. 42.

46 Soeben bei Fn. 31.

42 Forsthoff, for example, pointed out that the increase in public law contracts was caused by the fact that the administration no longer worked according to a strict hierarchy and civil servants were no longer the sole point of contact of the state to society: *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts erster Band (1958): 250–251.

43 This becomes especially clear in *Otto Mayer*, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, Archiv für öffentliches Recht Bd. 3 3–86 (1888).

44 See in particular as a result of the Spaeni case (a civil servant working in the department for telegraphs had been disciplined by the federal council) that even the federal assembly invited the federal council to seriously consider the introduction of an administrative legal process. “The federal council has been invited to investigate and report on the question of whether it is advisable to introduce a confederate administrative authority that has the power to decide over claims issued by civil servants and employees of the federal administration in relation to decrees and dispositions of the federal council or other federal institutions in cases of a breach of constitutional and federally accepted rights”: cited according to the message of the federal council to the federal assembly in relation to the revision of the federal constitution with regard to creating a confederate administrative court, of December 20, 1911, BBl. 1911 V 322: 325. For more on the whole, see *Alfred Kölz*, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848 (2004): 854.

45 *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts erster Band (1958): 250–251; see also Fn. 42.

46 See above Fn. 31.

dienst und insbesondere am heute virulent geführten zweiten Irakkrieg besonders deutlich zeigt:

- Einerseits verfügen die USA aktuell – und vor allem seit den Erfahrungen des Vietnamkrieges (1959–1975) – über keine Wehrpflicht, womit die *Soldaten* mit Vertrag mit freiem Willen in den Dienst und damit *in den Machtbereich des Staates treten*.<sup>49</sup> Dies gilt auch für Angehörige der National Guard, die ursprünglich mit Vertrag zu einer militärischen Ausbildung und der Verpflichtung auf einen einjährigen Katastropheneinsatz in den USA ausgebildet wurden. Nach Nine-Eleven verlegte die Administration Bush mithilfe einer Notstandsklausel im über hundertseitigen Vertragswerk das Einsatzgebiet in den Irak und nach Afghanistan und verlängerte die Einsatzdauer über die explizite Vertragsdauer hinaus auf mehrere Jahre Kriegseinsatz<sup>50</sup> – mit dem Effekt, dass die Schwierigkeit (und der Preis), neue Mitglieder der National Guard zu rekrutieren, massiv größer geworden ist.<sup>51</sup> Hier stellt sich das *alte Problem, wie der Staat auf eine ihm*
- On the one hand, for example, the US today does not have a general conscription duty. This goes back to the experience of the Vietnam War (1959–1975) and means that soldiers enter into military service and into the sphere of state authority by contract and of their free will.<sup>49</sup> This also applies to those members of the National Guard who were initially contracted and qualified for specific military formations and for a one-year disaster operation. Following 9/11, the Bush administration invoked a contractual clause of state emergency in the more than one hundred page-contract, relocating the place of service from the US to Iraq and Afghanistan and prolonging the duration of service from the explicitly stated one year to several years of combat duty,<sup>50</sup> making it more difficult (and expensive) to recruit new members of the National Guard.<sup>51</sup> Thus, the *old problem of how the state disposes over resources (in this case the good will of a public servant) with-*

47 Zu diesem Begriff Georg Müller, Wege zu einem schlanken Staat: Überprüfung der Aufgaben stete Pflicht der Staatsleitung, NZZ, 16. März 2005. Denn gerade entgegen dem von bürgerlichen Politikern stetig betriebenen Wahlkampfthema um die beschränkten Ressourcen des Staates wendet dieser in den entsprechenden Gebieten immer mehr Ressourcen auf. Paradoxerweise wächst die Staatstätigkeit oft gerade auch dort, wo ‚gespart‘ wird. In diesem Sinn könnten Einsparungen den Staat teuer zu stehen kommen. Zu dieser Perspektive jüngst prägnant Kurt Pärli, IIZ: Illusionäre Wirkungen – Gefahren einer fürsorglichen Belagerung, in: Gächter (Hg.), Rechtsfragen zur interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ) (2007).

48 Dass dies auch für die Schweiz gilt, ergibt sich deutlich aus dem Bericht des Bundesrats zu den privaten Sicherheits- und Militärfirmen vom 2. Dezember 2005, BBl. 2006 II 623, vor allem 632f.

49 Hierzu prägnant Cynthia Gimbell/Alan Booth, Who Fought in Vietnam?, Social Forces 74 1137–1157 (1996): 1140: „Draftees may not have been preferred for highly skilled support jobs because they were only in the service for 24 months and because they were presumed to be not committed to the military, since they did not volunteer. It was not cost-effective to invest heavily in training a draftee who would only use his skills for a short time. In addition, assigning draftees to combat may have aided in recruitment. One recruiting strategy was to offer relatively safe assignments to those who entered voluntarily for an extended period ...“

50 In der US Army Regulation 601–210 vom 16. Mai 2005 findet sich auf Seite 93f. folgende Klausel in § 9–13 (5): „... Members ... may be involuntarily ordered to AD [active duty] in time of war or national emergency declared by the President or Congress of the United States or under any other conditions authorized by law in effect at time of enlistment, or which may later be enacted.“ Die Regulation findet sich unter [www.army.mil/usapa/epubs/pdf/r601\\_210.pdf](http://www.army.mil/usapa/epubs/pdf/r601_210.pdf) zum Download, letztmals besucht am 15.04.2008.

51 Dies zeichnete sich bereit 2004 ab: Eric Schmitt, Guard Reports Serious Drop in Enlistment, New York Times Online, November 20, 2007, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2004/12/17/politics/17reserves.html?ex=1261026000&en=603cadee900906d0&ei=5088>, zuletzt besucht am 15.04.2008. Zum Ganzen aus Sicht der Reservisten: Michael Musheno/Susan M. Ross, Deployed: How Reservists Bear the Burden of Iraq (2008).

47 See Georg Müller, Wege zu einem schlanken Staat: Überprüfung der Aufgaben stete Pflicht der Staatsleitung, NZZ, 16th March 2005, for more on this definition. In contrast to the election slogans employed by civil politicians on the restricted resources available to the state, the state implements an ever-increasing amount of resources in the respective fields. Paradoxically, the activities of the state increase precisely where “saving” would be in order. Accordingly, any attempts of the state to economize could cost it more than it saves. Recent concise commentary on this topic: Kurt Pärli, IIZ: Illusionäre Wirkungen – Gefahren einer fürsorglichen Belagerung, in: Gächter (ed.), Rechtsfragen zur interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ) (2007).

48 The application to Switzerland can be deduced clearly from the federal council report on private security and military companies of December 2, 2005, BBl. 2006 II 623, especially 632–633.

49 For a concise analysis, see Cynthia Gimbell/Alan Booth, Who Fought in Vietnam?, Social Forces 74 1137–1157 (1996): 1140: “Draftees may not have been preferred for highly skilled support jobs because they were only in the service for 24 months and because they were presumed to be not committed to the military, since they did not volunteer. It was not cost-effective to invest heavily in training a draftee who would only use his skills for a short time. In addition, assigning draftees to combat may have aided in recruitment. One recruiting strategy was to offer relatively safe assignments to those who entered voluntarily for an extended period.”

50 The US Army Regulation 601–210 of May 16, 2005 contains the following clause in § 9–13 (5) on 93–94: “Members ... may be involuntarily ordered to AD [active duty] in time of war or national emergency declared by the President or Congress of the United States or under any other conditions authorized by law in effect at time of enlistment, or which may later be enacted.” The regulation can be downloaded under the following url: [www.army.mil/usapa/epubs/pdf/r601\\_210.pdf](http://www.army.mil/usapa/epubs/pdf/r601_210.pdf), last visited on 15.4.2008.

51 This was already evident from 2004 onwards: Eric Schmitt, Guard Reports Serious Drop in Enlistment, New York Times Online, November 20, 2007, downloadable at: <http://www.nytimes.com/2004/12/17/politics/17reserves.html?ex=1261026000&en=603cadee900906d0&ei=5088>, last visited on 15.4.2008. For more on the whole issue from the perspective of the reservists, see Michael Musheno/Susan M. Ross, Deployed: How Reservists Bear the Burden of Iraq (2008).

fremde Ressource, hier den guten Willen des Staatsdieners, auf Dauer zugreifen kann, mit neuer Vehemenz.

- Andererseits sind heute im Irak Tausende von Söldnern für die westliche Koalition tätig, die über gewinnorientierte private Unternehmen engagiert werden. Diese Söldner stammen auch aus den unter Pinochet in Chile oder dem südafrikanischen Apartheid-Regime aufgebauten Armeen – womit sich das Problem der *Auslagerung von Staatsaufgaben* zuspitzt.<sup>52</sup> Über die entsprechende rechtsstaatliche und demokratische Legitimation dieses Söldnerheers wird zurzeit heftig debattiert.<sup>53</sup> Dass es sich hier nicht nur um ein Problem des (fernen) Kriegswesens handelt, zeigt sich bereits ganz allgemein an der wachsenden Bedeutung privater Sicherheitsdienste im öffentlichen Raum und im Speziellen zum Beispiel an der privaten „Bewirtschaftung“ von Gefängnissen.<sup>54</sup> Ob, auf welche Weise und in welchem Ausmaß dabei die Regeln des öffentlichen Rechts und insbesondere die Grundrechtsbindung auf diese Träger öffentlicher Leistungen anzuwenden seien (und ob diese Leistungen tatsächlich öffentlich sind), ist heute umstritten.<sup>55</sup> Insbesondere droht der Versuch, zwischen den jeweiligen Grundrechten von Privaten, d. h. des privaten Vertragspartners der Verwaltung und des betroffenen Dritten, vermitteln zu wollen, an die Grenzen des rechtlich Begründbaren zu stoßen.<sup>56</sup>

out having access to these resources in the first place, presents itself with new intensity.

- On the other hand, thousands of mercenaries engaged in the war in Iraq for the western coalition, employed by profit-oriented private companies. These mercenaries also come from armies such as those built up by Pinochet in Chile and the South-African apartheid regime, increasing the problem of *outsourcing state responsibilities*.<sup>52</sup> At present, a fierce debate is raging on rule of law and democratic legitimacy.<sup>53</sup> The mounting importance of private security services in public spaces in general and in prison management in particular demonstrates that the scope of the problem is not restricted to (far-away) warfare.<sup>54</sup> However, whether, how and to what degree the rules of public law and constitutional rights apply to those carrying out public services (and whether those services are public after all), is widely disputed.<sup>55</sup> In particular, the attempt to liaise between the constitutional rights of various private parties, i.e. third parties to the contract, and the contracting private party, threatens to reach the limits of legally arguable reasonableness.<sup>56</sup>

52 Zum Beispiel *Robert Fisk/Severin Carrell*, Coalition of the Mercenaries: Occupiers Spend Millions on Private Army of Security Men, counterpunch, 29.3.2004, abrufbar unter: <http://www.counterpunch.org/fisk03292004.html>, zuletzt besucht am 15.04.2008.

53 Hierzu unter vielen *Steven Brayton*, Outsourcing War: Mercenaries and the Privatization of Peacekeeping, *Journal of International Affairs* 55 303–329 (2002); *Jon D. Michaels*, Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War, *Washington University Law Quarterly* 82 1001–1127 (2004); *Clive Walker and Dave Whyte*, Contracting out war?: Private Military companies, *Law and Regulation in the United Kingdom, International and Comparative Law Quarterly* 54 651–690 (2005).

54 Hierzu etwa *Thomas Vesting*, Der Staat als Serviceunternehmen: Politik im Zeitalter der Wissensgesellschaft, *Staatswissenschaften und Staatspraxis (StWStP)* 473–505 (1998): 28; *Jody Freeman*, Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law, in: *Dyzenhaus (Hg.)*, Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order 331–369 (1999): 10f. Vgl. auch den Bericht des Bundesrats, oben Fn. 48.

55 Stellvertretend für viele vgl. *Markus Schefer*, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 1131–1143 (2002); *Isabelle Häner*, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 1144–1153 (2002); *Walter Kälin/Andreas Lienhard/Judith Wyttenbach/Mirjam Baldegger*, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben (2007): 80ff., jeweils mit Blick auf die Schweiz.

56 Canaris spricht von der leeren „Flucht in die Abwägung“: *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz – stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998 (1999): 73.

52 For example, *Robert Fisk/Severin Carrell*, Coalition of the Mercenaries: Occupiers Spend Millions on Private Army of Security Men, counterpunch, 29.4.2004, downloadable at: <http://www.counterpunch.org/fisk03292004.html>, last visited on 15.4.2008.

53 Amongst others, see *Steven Brayton*, Outsourcing War: Mercenaries and the Privatization of Peacekeeping, *Journal of International Affairs* 55 303–329 (2002); *Jon D. Michaels*, Beyond Accountability: The Constitutional, Democratic, and Strategic Problems with Privatizing War, *Washington University Law Quarterly* 82 1001–1127 (2004); *Clive Walker and Dave Whyte*, Contracting out war?: Private Military companies, *Law and Regulation in the United Kingdom, International and Comparative Law Quarterly* 54 651–690 (2005).

54 See e.g. *Thomas Vesting*, Der Staat als Serviceunternehmen: Politik im Zeitalter der Wissensgesellschaft, *Staatswissenschaften und Staatspraxis (StWStP)* 473–505 (1998): 28; *Jody Freeman*, Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law, in: *Dyzenhaus (ed.)*, Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order 331–369 (1999): 10–11. See also the federal council report under Fn. 48.

55 Instead of others, see *Markus Schefer*, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 1131–1143 (2002); *Isabelle Häner*, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)* 1144–1153 (2002); *Walter Kälin/Andreas Lienhard/Judith Wyttenbach/Mirjam Baldegger*, Auslagerung von sicherheitspolizeilichen Aufgaben (2007): 80 onwards, respectively focusing on Switzerland.

56 Canaris speaks of an empty “escape into appraisal”: *Claus-Wilhelm Canaris*, Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz – stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998 (1999): 73.



Die beiden dargestellten Kooperationsformen, Staatsdienst im weiteren Sinn einerseits und so genanntes ‚contracting out‘ andererseits, entstammen höchst unterschiedlichen Konstellationen und folgen heute unterschiedlichen Regelungen: Während die westlichen Ausprägungen des Staatsdiensts im Wesentlichen auf das absolutistische Unternehmen einer umfassenden wohlfahrtsstaatlichen Gestaltung der Gesellschaft zurückgehen,<sup>57</sup> fußt das ‚contracting out‘ maßgeblich auf dem liberalen Anliegen, die Dichotomie von Staat und Gesellschaft durch so genannte Intermediäre aufzubrechen.<sup>58</sup> Und während heute der Staatsdienst primär mit den rechtlichen Kategorien der Delegation erfasst wird, folgt das ‚contracting out‘ mehr Grundsätzen der Regulierung.<sup>59</sup>

So verschieden aber der Staatsdienst einerseits und das ‚contracting out‘ andererseits<sup>60</sup> auch sein mögen, beide Male zeigt sich deutlich, dass der Staat, verstanden im oben dargelegten Sinne als gesellschaftseinigende Kraft durch monopolisierte Macht, sogar seine grundlegendste Verpflichtung aus dem Contrat Social, Ruhe und Ordnung herzustellen,<sup>61</sup> heute nicht mit seinen eigenen Ressourcen

Both forms of cooperation mentioned so far, the public service in a broad sense on the one hand, and so called ‚contracting out‘ on the other, emanate from fundamentally different constellations and follow different rules today. While the continental forms of public service essentially arose out of the aim of absolutism to create a society guided by comprehensive public welfare,<sup>57</sup> ‚contracting out‘ can be traced back mainly to the liberal idea of breaking up the dichotomy of the state and society by introducing so called intermediaries.<sup>58</sup> And while the public service primarily follows the rules of delegation today, ‚contracting out‘ tends to follow the rules of regulation.<sup>59</sup>

However, as different as public services and ‚contracting out‘ may be,<sup>60</sup> both cases display the state, understood as uniting society using its monopoly on power, as being incapable of fulfilling the most fundamental responsibilities defined by the social contract using its own resources: the implementation of peace and order.<sup>61</sup> Indeed, the state is *essentially dependent on ad-hoc cooperation with society*.<sup>62</sup>

57 Der Absolutismus suchte die zahlreichen vormodernen Intermediäre (von aristokratischen Strukturen über Wirtschaftsverbände bis zu kommunalen Selbstverwaltungen) gerade zu zerstören oder in die Staatsverwaltung zu integrieren, um damit die Zentralisierung und den Ausbau der Verwaltung voranzutreiben. Vgl. hierzu prägnant Tocqueville: „La révolution démocratique, qui a détruit tant d’institutions de l’ancien régime, devait donc consolider celle-ci, et la centralisation trouvait si naturellement sa place dans la société que cette révolution avait formée qu’on a pu aisément la prendre pour une de ses oeuvres.“: *Alexis de Tocqueville, L’Ancien Régime et la Révolution* (1856): 131f. Die Revolution hatte im Resultat die Verwaltung geschaffen, die vom Absolutismus zwar angestrebt worden war, aber zu jener Zeit noch nicht hatte vollendet werden können. Dazu nochmals Tocqueville: „Ce ne sont pas, comme on l’a dit tant de fois, les principes de 1789 en matière d’administration qui ont triomphé à cette époque et depuis, mais bien au contraire ceux de l’ancien régime qui furent tous remis alors en vigueur et y demeurèrent.“: Tocqueville (1856): 131; zum Ganzen: *François Burdeau, Histoire de l’administration française du 18e au 20e siècle* (1994). Ähnlich wie Tocqueville im Rückblick für Deutschland zum Beispiel *Theodor Buddeberg, Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Archiv des öffentlichen Rechts* 8 85–161 (1925): 133.

58 Grundlegend ist insbesondere bereits die liberale Bewegung zur Mitte des 19. Jahrhunderts: Für Frankreich siehe *Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique* (1835–1840), II: 389ff.; für Deutschland vgl. *Robert von Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1866), I: 19f.; *Rudolf von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (1879): 286ff.; zustimmend schließlich auch *Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1880): 111.

59 Anstelle vieler vgl. jüngst Bamberger, der diese Kategorien zu verbinden sucht: *Kenneth A. Bamberger, Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State, Duke Law Journal* 56 477–468 (2006).

60 Angesichts des vielfach verbleibenden Gewährleistungsvorbehalts zielt der Begriff der Privatisierung in die falsche Richtung, indem er eine gänzliche Verschiebung vom politischen in den wirtschaftlichen Verantwortungsbereich insinuiert.

57 Absolutism sought to destroy or to integrate the numerous pre-modern intermediaries (from aristocratic structures over economic organizations through to communal self-administrations) into the state administration, in order to advance centralization and the development of the administration. See concise comments by Tocqueville: “La révolution démocratique, qui a détruit tant d’institutions de l’ancien régime, devait donc consolider celle-ci, et la centralisation trouvait si naturellement sa place dans la société que cette révolution avait formée qu’on a pu aisément la prendre pour une de ses oeuvres.“: *Alexis de Tocqueville, L’Ancien Régime et la Révolution* (1856): 131–132. The revolution had consequently created the administration that absolutism had striven for, but had not been able to complete at that time. See further also Tocqueville: “Ce ne sont pas, comme on l’a dit tant de fois, les principes de 1789 en matière d’administration qui ont triomphé à cette époque et depuis, mais bien au contraire ceux de l’ancien régime qui furent tous remis alors en vigueur et y demeurèrent.“: 131; on the whole: *François Burdeau, Histoire de l’administration française du 18e au 20e siècle* (1994). Similar to what Tocqueville retrospectively did for Germany e.g. *Theodor Buddeberg, Rechtssoziologie des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Archiv des öffentlichen Rechts* 8 85–161 (1925): 133.

58 The foundations were particularly supplied by the liberal movement in the mid-19th century. For more on France, see *Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique* (1835–1840), II: 389 onwards; for Germany see *Robert von Mohl, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1866), I: 19 onwards; *Rudolf von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (1879): 286 onwards; in agreement, finally also *Carl Friedrich von Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1880): 111.

59 More recently, see Bamberger, who tries to combine these categories: *Kenneth A. Bamberger, Regulation as Delegation: Private Firms, Decisionmaking, and Accountability in the Administrative State, Duke Law Journal* 56 477–468 (2006).

60 In the light of what frequently ends as a guarantee reservation only, the concept of privatization is aiming in the wrong direction by insinuating relocation from the area of political responsibility into that of economic responsibility.

herstellen kann, sondern maßgeblich auf *Ad-hoc-Kooperationen mit der Gesellschaft angewiesen ist*.<sup>62</sup>

**B. Die Grenzen des Wohlfahrtsstaats**

*Intervention als Methode des modernen Wohlfahrtsstaats*

Mit der Emergenz des einerseits auf soziale Sicherheit und Stabilität und andererseits auf politisch definierte und umgesetzte Gleichheit ausgerichteten *Wohlfahrtsstaats* zum Ende des 19. und zum Beginn des 20. Jahrhunderts vervielfältigten sich die Aufgaben der Verwaltung. Dies ist beobachtbar etwa anhand der Emergenz neuer Staatsaufgaben insbesondere im Infrastrukturbereich.<sup>63</sup>

Die Ausdehnung des Staatlichen bedeutete dabei auch, aber nicht primär eine Zunahme von Aufgaben. Vielmehr äußerte sie sich in der Tendenz der Politik, direkt gestaltend, also *interventionistisch* in die Gesellschaft einzugreifen.<sup>64</sup> Für den Gegenstand des Verwaltungsvertrags ist diese Tendenz von besonderem Interesse, denn der Verwaltungsvertrag erscheint gerade dort, wo die Ansprüche der Verwaltung, die Gesellschaft zu gestalten, auch dann noch anwachsen, wenn diese Aufgaben nicht mehr allein mit den traditionellen Mitteln der befehlsförmigen Verfügung und der Subventionierung erfüllt werden können. Dass damit zur Rettung wohlfahrtsstaatlicher Versprechen die Grenzen des Rechtsstaats neu definiert werden, erkannte bereits Max Weber. Kritisch meinte er:

*„[Die öffentliche Bürokratie mit den Mitteln der privaten Bedarfsdeckung] ist ... an der Arbeit, das Gehäuse jener Hörigkeit der Zukunft herzustellen, in welche vielleicht dereinst die Menschen sich ... ohnmächtig zu fügen gezwungen sein werden, wenn ihnen eine rein technisch gut und das heißt: eine rationale Beamten-Verwaltung und -versorgung der letzte und einzige Wert ist, der über die Art der Leistung ihrer Angelegenheiten entscheiden soll.“*<sup>65</sup>

**B. The Limits of the Welfare State**

*Intervention as a method of the modern welfare state*

At the turn of the 20th century, the administrative responsibilities of the *emerging welfare state* that aimed to provide social security and social stability on the one hand and politically defined equality on the other hand, multiplied. This is evident for example from the emerging new state responsibilities, especially with regard to infrastructure.<sup>63</sup>

The growth of the state administration also meant – although not primarily – an increase of government tasks, but this was expressed more as a political tendency to influence and *intervene in society* directly.<sup>64</sup> From the perspective of administrative contracts, this tendency is of particular interest, as administrative contracts appear in areas in which the administration strives to structure or influence society, even more so where its responsibilities cannot be fulfilled by relying solely on traditional means such as command-like decrees or subsidization. Max Weber had already diagnosed that the boundaries of the *Rechtsstaat* needed to be redefined in order to rescue the promises made by the welfare state. Thus, he claims that:

*“Securing public bureaucracy by private means to fulfill demands is about to create the future cage of dependence, with which perhaps one day people will be obliged to conform, if a technically sound, i.e. rational administration and accommodation run by functionaries is the last and single value that decides on the form of their service.”* [Translated by AA]<sup>65</sup>

61 Bekanntlich wird auch der Irakkrieg maßgeblich mit dem Argument verteidigt, damit interne Sicherheit für sich und die alliierten Länder herzustellen.  
 62 Vorsichtig in diese Richtung deutet auch der oben angeführte Bericht des schweizerischen Bundesrates: oben Fn. 48: S. 632f.  
 63 Prägnant ist vor allem die rechtswissenschaftliche Debatte um die Verstaatlichung der Eisenbahn: siehe unter vielen Seiler, der mit rechtlichen Argumenten für eine Verstaatlichung der Eisenbahn und gegen vertragliche Lösungen plädierte: *Oscar Seiler, Über die rechtliche Natur der Eisenbahn-Konzessionen nach schweizerischem Recht* (1888).  
 64 Dies gilt auch für das Privatrecht: hierzu *Andreas Abegg, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit* (2004).  
 65 *Max Weber, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, in: *Die innere Politik* 294–431 (1918): 320.

61 The Irak War is widely defended by arguing that its benefit is internal security for itself and all of its allies.  
 62 The above referenced Swiss federal council report also carefully tends towards this direction: see above, Fn. 48, 632–633.  
 63 The legal debate on nationalization of the railway is particularly concise: see *inter alia* Seiler, who argues in favour of nationalizing the railway and against contractual solutions, using legal arguments: *Oscar Seiler, Über die rechtliche Natur der Eisenbahn-Konzessionen nach schweizerischem Recht* (1888).  
 64 This also applies to private law: see *Andreas Abegg, Die zwingenden Inhaltsnormen des Schuldvertragsrechts – ein Beitrag zu Geschichte und Funktion der Vertragsfreiheit* (2004).  
 65 *Max Weber, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens*, in: *Die innere Politik* 294–431 (1918): 320.

Was Max Weber damit konkret erahnt haben könnte, lässt sich anhand zweier Gerichtsentscheide zur Denkmalpflege, die eine typisch wohlfahrtsstaatliche Aufgabe darstellt, zeigen.

*Zwei paradigmatische Fälle wohlfahrtsstaatlicher Verwaltung*

Im *Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich ZR 72 Nr. 89* im Jahr 1973 ging es darum, dass der Stadtrat von Zürich auf Gesuch der städtischen Denkmalpflegekommission die Unterschutzstellung von zwei Bürgerhäusern verfügt hatte. Grundlage für diese Unterschutzstellung war die städtische Denkmalschutzverordnung, nach welcher denkmalpflegerelevante Objekte „in ihrer Wirkung nicht beeinträchtigt werden [dürfen]“.<sup>66</sup> Die Eigentümer machten gegen die Unterschutzstellung unter anderem geltend, die Häuser seien derart renovationsbedürftig, dass sie nicht (mehr) schutzwürdig seien.<sup>67</sup> Das Gericht führte zu diesem Einwand aus, dass in der Tat die gesetzlichen Grundlagen für eine Anordnung der Pflege fehlten. Denn § 123 des kantonalen Baugesetzes von 1893 erlaube nur polizeiliche Eingriffe. Jedoch ohne Pflege, vor allem wie hier bei einem restaurierungsbedürftigen Bauwerk, sei die Unterschutzstellung nicht verhältnismässig: Die getroffene Maßnahme der Unterschutzstellung könne das gesetzte Ziel des Denkmalschutzes nicht erreichen.<sup>68</sup> In einer spektakulären Wende kam dann allerdings das Gericht der Denkmalpflege zu Hilfe:

*„[Die Ergänzung der Unterschutzstellung mit Pflege des Denkmals kann,] ... da das Gemeinwesen in diesem Bereich [ohne gesetzliche Grundlage] keine einseitigen Anordnungen treffen darf, durch verwaltungsrechtlichen Vertrag geschehen. Ein solcher Vertrag kann, weil sich die kostspieligen denkmalpflegerischen Aufwendungen ohne rechtliche Sicherung des Bauwerkes nicht rechtfertigen lassen, unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, dass der Denkmalschutz rechtskräftig angeordnet wird, oder er kann Denkmalschutz und Denkmalpflege uno actu ordnen ... Scheitert der Vertragsschluss ..., so ist die formelle Enteignung einzuleiten.“<sup>69</sup>*

Two cases dealing with heritage conservation, a typical responsibility of the welfare state, may illustrate what Max Weber may have imagined with his statement.

*Two paradigmatic cases of the welfare administration*

In the *decision of the Zurich administrative court ZR 72 no. 89*, dating from the year of 1973, the government of the city of Zurich, upon the request by the commission responsible for the preservation of historic buildings, decreed the protection of two private town houses. As legal basis they quoted the city statute on the protection of historic buildings, which ordered that the effect of objects relevant to heritage conservation “may not be impaired”.<sup>66</sup> The owners argued against the conservation decree, arguing that the houses were in such need of renovation that they could no longer be worthy of preservation.<sup>67</sup> The court responded to this objection by admitting the lack of a statutory basis for ordering renovation. Sec. 123 of the cantonal building code only permitted intervention in this regard by the police. However, according to the court, without maintenance, especially with regard to buildings in such great need of renovation, the order of protection would be disproportional: the implemented action would not be able to achieve the set objectives intended by heritage conservation.<sup>68</sup> In a spectacular turn, the court nevertheless came to the rescue of heritage conservation:

*“Since the administration may not unilaterally order maintenance due to a lack of statutory basis, it has to combine protection with maintenance in an administrative contract. Since the expensive maintenance of historic buildings cannot be justified without giving the building legal protection, these kinds of contracts may be concluded under the condition that a legally binding administrative decree is passed on the protection of the historic building. Alternatively, the administration may combine the protection and maintenance order in a single decree. The formal expropriation procedure has to be instated when negotiations are deemed to have failed.” [Translated by AA]<sup>69</sup>*

66 Art. 1 der Verordnung über den Schutz des Stadtbildes und der Baudenkmäler (Denkmalschutzverordnung), Gemeinderatsbeschluss vom 14. Februar 1962 (AS StZH 31 569). Als (wohlfahrtsstaatliches) Spezialgesetz ging die Denkmalschutzverordnung der Bauordnung der Stadt Zürich vor: Art. 2 der Stadtzürcher Bau- und Zonenverordnung vom 12. Juni 1963 (AS StZH 34 84).

67 *Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts ZR 72 Nr. 89* (1973): 213.

68 *Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts ZR 72 Nr. 89* (1973): 213f.

69 *Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts ZR 72 Nr. 89* (1973): 215.

66 Art. 1 of the decree regulating the protection of the city landscape and monuments (“Monument Protection Decree”), communal council decision of February 14, 1962 (AS StZH 31 569). As a special statute with welfare state character, the Monument Protection Decree has priority over the Building Decree of the city of Zurich: Art. 2 of the City of Zurich’s Building and Zone Decree of June 12, 1963 (AS StZH 34 84).

67 *Ruling of the Zurich Administrative Court ZR 72 Nr. 89* (1973): 213.

68 *Ruling of the Zurich Administrative Court ZR 72 Nr. 89* (1973): 213–214.

69 *Ruling of the Zurich Administrative Court ZR 72 Nr. 89* (1973): 215.

An diesem Fall zeigen sich somit deutlich einerseits die *Limiten des Polizeirechts* und andererseits das *entsprechend kompensatorisch eintretende Interventionsrecht*:

- Gegen die Passivität der Liegenschaftsbesitzer, die durch mangelnde Pflege die Denkmale verfallen ließen, hatte das *polizeirechtliche Instrumentarium* der Verwaltung keine Handhabe, denn die klassische Unterschutzstellung samt den damit involvierten Verboten hätten das verwaltungsmäßige Ziel, die Erhaltung der Denkmale, nicht erreicht.
- Das Gericht reagierte auf dieses *Auseinanderdriften von Verwaltungsanspruch und Verwaltungsmittel* mit einer Kombination von polizeirechtlichen und vertragsrechtlichen Mitteln derart, dass die Verwaltung direkt die Handlungsmöglichkeiten der Privaten fernab jeder gesetzlichen Verbote und Gebote beeinflussen konnte, und überdies umging das Gericht zugleich das Problem des Gesetzesvorbehaltes: Das Feld des potenziellen Vertragsschlusses wurde strukturiert durch die drohende Enteignung. Vor diesen Hintergrund war der Private ‚frei‘, sich auf Vertragsverhandlungen einzulassen und damit eine Regelung anstreben zu können, die auf seine Bedürfnisse allenfalls Rücksicht nehmen würde. Zugleich würde er aber mit diesem Vertrag zur Verwirklichung jener Verwaltungsaufgaben beitragen müssen, die die Verwaltung allein mit polizeirechtlichem Instrumentarium nicht erfüllen könnte. Der ‚freie‘ Wille des Privaten ersetzt hier die Legitimation durch Gesetz respektive den Gesetzesvorbehalt.

Dass es sich bei diesem Fall aus dem Jahr 1972 nicht um einen Einzelfall und nicht um ein Problem der Vergangenheit handelt, zeigt sich unter anderem im Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts 126 I 219 (2000; Denkmalschutz Kinosaal Carouge), in welchem es um die gesetzliche Grundlage und die entsprechenden Voraussetzungen ging, den Eigentümer zum Zweck der Denkmalpflege zur Weiterführung einer wirtschaftlichen Aktivität zu verpflichten. Obwohl das Verbot der Nutzungsänderung<sup>70</sup> zweifellos ein sehr weitgehender Eingriff in die Grundrechtsposition des Eigentümers und Wirtschaftsteilnehmers darstellt, anerkannte das Bundesgericht die Zulässigkeit einer solcher Maßnahme in Anbetracht der Funktion der Denkmalpflege.<sup>71</sup> Allerdings wurde zugleich eine enge *Kooperation zwischen Denkmalpflege und Eigentümer* vorausgesetzt, um die Nutzungs- und Änderungsmöglichkeiten genau zu eruieren. Das Bundesgericht relativierte aber, dass damit der *initiale Akt der Unterschutzstellung als solcher*

70 „Changement dans destination“: BGE 126 I 219, 221 (2000; Denkmalschutz Kinosaal Vieux-Carouge).

71 „... personne ne prétend sérieusement que le bâtiment A1035 constituerait, comme tel, un édifice d’une grande valeur architecturale ou artistique qui devrait être sauvegardé à tout prix.“: S. 223.

This case clearly shows the limits of *police law* on the one hand and how *interventionist law compensates* these limits on the other hand:

- The administrative instruments of police law were unable to combat the passivity of the house owners, who were neglecting the historic buildings; classic protection, with its restraining orders, failed to live up to the administrative aim of preserving the historic buildings.
- The court reacted to this *drifting apart of administrative means and administrative aims* with a combination of police law and contractual instruments, which enabled the administration to directly influence the possible course of action of the private party, and without using legal prohibitions and commands. Furthermore, the court avoided the problem of the reservation of statutory powers: The field of a potential contractual agreement was structured by the threat of expropriation. Within this setting the private party was ‘free’ to enter contractual negotiations and thus strive for a settlement that would only possibly take his needs into consideration. However, at the same time, he would have to contribute to the implementation of those administrative tasks the administration was unable to impose using police law in the first place with this contract. The ‘free’ will of the private party replaces the legitimacy of Parliament here, i.e. the reservation of statutory powers.

As the Swiss Federal Court Decision 126 I 219 (2000; protection of a historic cinema in Carouge) indicates, the case discussed above was neither a one-off case, nor was it a problem of the past. Brought before the Swiss Federal Court were the legal basis and the corresponding statutory preconditions to compel proprietors to continue economic activity for the purposes of heritage conservation. Notwithstanding the drastic nature of the invasion into the constitutional rights of both the owner and economic beneficiary by denying a change of use,<sup>70</sup> the federal court acknowledged the legitimacy of such measures in view of the function of heritage conservation.<sup>71</sup> However, at the same time the court required close *cooperation between the administration and the proprietors*, in order to elicit the possibilities of use and modification. Still, the court put into perspective the *initial act of protection, which would not change its legal nature to that of a contract*, but which would remain a non-negotiable act by the sovereign.<sup>72</sup>

70 “Changement dans destination“: Ruling of the Swiss Federal Tribunal 126 I 219, 221 (2000; Monument protection for the Vieux-Carouge cinema).

71 “... personne ne prétend sérieusement que le bâtiment A1035 constituerait, comme tel, un édifice d’une grande valeur architecturale ou artistique qui devrait être sauvegardé à tout prix.“: 223.

nicht zu einem Vertrag werde, sondern immer noch hoheitlich erfolge und damit nicht verhandelbar sei.<sup>72</sup>

Dass die wohlfahrtsstaatliche Verwaltung in Anbetracht des Auseinanderdriftens der traditionellen Kategorien von Regelungsanspruch und Regelungsmittel Zuflucht im Vertrag sucht und zugleich die Gerichte den Vertrag als Möglichkeit erkennen, die Zuständigkeit der Verwaltung über das gesetzliche Maß hinaus auszuweiten, bleibt freilich *nicht auf das Gebiet der Denkmalpflege beschränkt*. Auch Erschließungsverträge<sup>73</sup> oder Enteignungsverträge<sup>74</sup> sollen traditionell die Verwaltung von übermäßiger Ressourcenbelastung und der damit zusammenhängenden strikten Beschränkung auf das Gesetz befreien. Gleiches gilt auch für den Vertrag in Steuersachen, der zwar dem Gebot rechtsgleicher Behandlung und dem Gebot der Besteuerung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zuwiderläuft.<sup>75</sup> Gleichzeitig wären aber zahllose Fälle ohne Kooperation zwischen Steuerbehörde und Steuerpflichtigen mit den vorhandenen verwaltungsinternen Ressourcen kaum zu lösen.<sup>76</sup>

Zwar wird – abgesehen von wenigen Ausnahmen<sup>77</sup> – die grundsätzliche Zulässigkeit von Verwaltungsverträgen nicht mehr bestritten, die Bedenken bezüglich einer mit der Rechtsform des Vertrags von den einschränkenden und zugleich legitimierenden Fesseln der Gesetzesbindung befreiten Verwaltung schlagen sich jedoch in dogmatischen Unsicherheiten nieder. Denn insbesondere infolge der Ausrichtung auf die erwähnte Überwindung des Polizeistaates<sup>78</sup> und infolge wenig ausgeprägter Verwaltungsgerichtsbarkeit bekundeten das deutsche und – infolge Rezeption – auch das schweizerische Recht größere Mühe als das französische Recht, die interventionistische Verwaltung rechtlich zu erfassen – mit Folgen bis heute.<sup>79</sup>

The phenomena of a welfare administration that resorts to contracts in response to the decline of traditional categories of administrative aims and means on the one hand and of courts recognising contracts as a chance to widen administrative competence beyond the reservation of statutory power on the other hand, are naturally not confined to heritage conservation. Contracts on land development<sup>73</sup> or expropriation<sup>74</sup> are traditionally used to relieve the administration's resources and to free it from the strict confinement of the statutory basis. The same applies to contracts on taxation, although these infringe the principle of equal administrative treatment and the principle of equal taxation.<sup>75</sup> But at the same time, the taxing authority would not be able to solve the countless cases using the internal resources available on their own without the cooperation of the taxpayer.<sup>76</sup>

Although, with few exceptions,<sup>77</sup> the general legitimacy of administrative contracts is no longer disputed, concerns about an administration that is free from the limiting and at the same time legitimizing bonds of the reservation of statutory power translate into an unstable legal doctrine. For German law, and as a result of doctrinal transfer, for Swiss law (and unlike French law), have to this day had trouble adequately framing the interventionist administration,<sup>78</sup> due to their early focus on overcoming the police state and a less advanced judicial review process for administrative actions.<sup>79</sup>

72 S. 226: „Cette obligation de collaboration ne change pas la nature de l'acte de classement, qui n'en devient pas négociable pour autant, et demeure une prérogative exclusive et unilatérale de l'Etat.“

73 Zum Beispiel BGE 105 Ia 207 (1979; Zehnder gegen Gemeinde Birmenstorf).

74 Vgl. zum Beispiel BGE 102 Ia 553 (1976; Kury-Kilchherr gegen Einwohnergemeinde Reinach).

75 Unter Berufung auf diese zentralen Prinzipien erklärte das schweizerische Bundesgericht jüngst einen degressiven Steuertarif als verfassungswidrig: BGE 2P.43/2006 (2007; degressiver Steuersatz Kanton Obwalden).

76 Vgl. zum Beispiel BGE 119 Ib 431 (1993; ‚Fifty-fifty-Steuerrechtspraxis‘). Zur analogen Situation in Deutschland Jürgen Sontheimer, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht* (1987).

77 Hierzu jüngst Georg Müller, *Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte*, in: Häner/Waldmann (Hg.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis* 25–37 (2007).

78 Oben bei Fn. 43.

79 Michael Stolleis, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866–1914*, in: Jeserich/Pohl/Unruh (Hg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*; Band 3, 85–108 (1984): 90f. und 100. Zu Frankreich siehe François Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)* (1995): 283f.

72 P. 226: “Cette obligation de collaboration ne change pas la nature de l'acte de classement, qui n'en devient pas négociable pour autant, et demeure une prérogative exclusive et unilatérale de l'Etat.”

73 For example Ruling of the Swiss Federal Tribunal 105 Ia 207 (1979; Zehnder versus Gemeinde Birmenstorf).

74 See e.g. Ruling of the Swiss Federal Tribunal 102 Ia 553 (1976; Kury-Kilchherr v. Einwohnergemeinde Reinach).

75 With reference to these central principles, the Swiss Federal Tribunal recently declared a degressive tax tarif as being unconstitutional: Ruling of the Swiss Federal Tribunal 2P.43/2006 (2007; degressiver Steuersatz Kanton Obwalden).

76 See, for example, Ruling of the Swiss Federal Tribunal 119 Ib 431 (1993; ‘fifty-fifty-Steuerrechtspraxis’). On a comparable situation in Germany, see Jürgen Sontheimer, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag im Steuerrecht* (1987).

77 Most recently, see: Georg Müller, *Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte*, in: Häner/Waldmann (ed.), *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis* 25–37 (2007).

78 Michael Stolleis, *Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungslehre 1866–1914*, in: Jeserich/Pohl/Unruh (ed.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*; Band 3, 85–108 (1984): 90–91 and 100. On France and for further references, see François Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)* (1995): 283–284.

79 See above, Fn. 43.

*Erweiterung des Interventionsstaates: Der aktivierende Vertrag*

Diese Unsicherheit über das richtige Recht in der Situation einer beschränkten und dennoch in die Gesellschaft expandierenden Verwaltung wird heute anhand *neuartiger Irritationen* radikalisiert. Obwohl sich die folgenden Problemstellungen auf einer ganz anderen Ebene zu präsentieren scheinen, zeigt sich auch hier die Rolle des Vertrags in einer Situation, in der es der Verwaltung zwar nicht am Willen, so doch aber an den Ressourcen zur Gestaltung der Gesellschaft fehlt: Es lässt sich in jüngster Zeit beobachten, dass ein so genannt aktivierender Staat<sup>80</sup> mit bestimmten „Klientengruppen“ wie Sozialhilfeempfängern, renitenten Jugendlichen und Asylanten zunehmend Verträge über die gesellschaftliche Integration abschließt.<sup>81</sup>

Zum Beispiel erfolgt nach dem Sozialhilfegesetz des Kantons Freiburg die Sozialhilfe unter anderem in der Form eines Vertrags zur sozialen Eingliederung (Art. 4 Abs. 4). In Art. 4a Abs. 2 wird zum Eingliederungsvertrag Folgendes ausgeführt:

*„Die bedürftige Person muss den Eingliederungsvertrag annehmen, sofern er auf ihre Fähigkeiten und Möglichkeiten abgestellt ist. Lehnt sie das vorgeschlagene Eingliederungsprojekt ab, kann die materielle Hilfe bis zum Minimum gekürzt werden ...“<sup>82</sup>*

An diesem Beispiel wird klar, wie der an die Verwaltung gestellte Anspruch der *Regulierung der Gesellschaft bis in deren kleinste Ritzen* Formen des Vertrags in den Fokus nimmt, die kaum je diskutiert werden. Diese Art von Gesellschaftsgestaltung durch Politik ist sich ihres mangelnden Wissens über die Gesellschaft, die sie optimal zu regeln hat, bewusst und bezieht dieses Wissen durch punktuelle Kooperation mit jenem Teil der Gesellschaft, den sie der Regulierung unterzieht.

In diesem Sinn ist die vertragliche Regulierung, indem sie den zu regulierenden Gesellschaftsbereich bis zu einem gewissen Grad einbezieht, der kruden traditionellen Regulierung durch befehlsförmiges Verfahren überlegen.

80 Insbesondere Bernhard Blanke prägte diesen Begriff für ein durch Wissenschaft begründetes politisches Programm, das vom Bürger Mitwirkung fordert und die Mitwirkung des Bürgers fördert: *Stephan von Bandemer/Bernhard Blanke/Josef Hilbert/Josef Schmid, Staatsaufgaben – Von der „schleichenden Privatisierung“ zum „aktivierenden Staat“*, in: Fritz Behrens et al. (Hg.), *Den Staat neu denken. Reformperspektiven für die Landesverwaltungen* 41–60 (1995).

81 Pärli kommt das Verdienst zu, bereits früh auf diese Problematik hingewiesen zu haben: *Kurt Pärli, Sozialhilfeunterstützung als Anreiz für Gegenleistungen, SBS/ASPAS Sozial Aktuell* 17–23 (2001). Siehe auch *Neville Harris, Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation, Modern Law Review (MLR)* 68 925–957 (2005).

82 Sozialhilfegesetz vom 14. November 1991, 831.0.1. Diese Bestimmung ist seit dem 1.1.2000 in Kraft.

*Expansion of the interventionist state: The activating contract*

Today, this uncertainty about which legal rules to apply, in view of a limited but expanding administration is growing as a result of new types of situations. Although the following cases seem to reside on a different level, they also involve the role of contracts in a situation in which the administration does not lack the will, but merely the resources to shape society. More recently, a so called ‘activating state’<sup>80</sup> increasingly concludes contracts with certain ‘clients’ such as welfare recipients, unruly adolescents and asylum seekers on aspects of social integration.<sup>81</sup>

For example, according to the statute of the Canton Fribourg on social welfare, welfare aid is supplied in the form of a contract to promote social integration. Art. 4a, paragraph 2, states the following on the contract on social integration:

*“The person in need has to accept the contract on social integration, to the extent that the contract aligns with the person’s abilities and potential. If the person rejects the proposed integrative project, material aid may be limited to the minimum amount...”<sup>82</sup>*

This example clearly shows how the expectations placed on state administration to regulate society, right into its smallest crevasses, draws forms of contract into focus that have not been discussed previously. This method of forming society using politics acknowledges that it lacks wisdom about the society it is supposed to regulate in an *optimal* way, and it gains this knowledge by selectively cooperating with the part of society it subjects to regulation.

In this sense, by including – to a certain degree – the regulated area of society, regulation by means of contract is superior to crude traditional regulations by order and command.

80 Bernhard Blanke, in particular, has characterized this concept of a political program based on economic principles that requires and supports citizen collaboration: *Stephan von Bandemer/Bernhard Blanke/Josef Hilbert/Josef Schmid, Staatsaufgaben – Von der „schleichenden Privatisierung“ zum „aktivierenden Staat“*, in: a. (ed.), *Den Staat neu denken. Reformperspektiven für die Landesverwaltungen* 41–60 (1995).

81 The early detection of this problem is attributed to Pärli: *Kurt Pärli, Sozialhilfeunterstützung als Anreiz für Gegenleistungen, SBS/ASPAS Sozial Aktuell* 17–23 (2001). See also *Neville Harris, Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation, Modern Law Review (MLR)* 68 925–957 (2005).

82 Swiss Social Benefits Act of November 14 1991, 831.0.1. This provision has been in force since January 1, 2000.

Zugleich aber ist die Verwaltung nach wie vor auf das befehlsförmige Verfahren als Hintergrund der Vertragsverhandlungen angewiesen, wie sich bereits am soeben erwähnten Beispiel der Denkmalpflege erkennen lässt. Diese Art von Vertrag hat allerdings nicht mehr viel mit der *kantisch geprägten Vertragsfreiheit* zu tun: Die Freiheit erweist sich hier nicht mehr als vorausgesetzte Freiheit des Willens, die jedem Individuum kraft seines Menschseins zukommt,<sup>83</sup> sondern als durch die Verwaltung vermittelte oder gar aufgezwungene (Verhandlungs-)Freiheit.<sup>84</sup> Der Sozialhilfevertrag kommt unter Androhung der Verweigerung der Sozialhilfe zustande. Die Wortwahl in Art. 4a Abs. 1 des Freiburger Sozialhilfegesetzes zeigt denn auch, dass sich die Freiburger Legislative über die rechtliche Qualität eines solchen Eingliederungsvertrags nicht ganz sicher ist:

„[Der Eingliederungsvertrag] ist einem verwaltungsrechtlichen Vertrag gleichgestellt.“<sup>85</sup>

Zahlreiche analoge Erscheinungsformen in anderen Rechtsgebieten und anderen Orten deuten darauf hin, dass dieser neuartige aktivierende und zugleich sozialgestaltende Vertrag zwischen Staat und Privaten *eng mit größeren gesellschaftlichen Problemstellungen verknüpft* sein muss. So kennen auch weitere Kantone den Sozialhilfevertrag, so unter anderem die Kantone Wallis<sup>86</sup> und Baselland.<sup>87</sup> Und Harris etwa weist am Beispiel Großbritanniens darauf hin, dass Schulleitungen zunehmend Verträge mit problematischen Schülern abschließen, bevor sie befehlsförmige Verfahren einleiten.<sup>88</sup>

#### *Ein weiterer Abgesang auf den Contrat Social*

*In welchem Kontext* stehen nun diese irritierenden Fälle, in welchen eine aktivierende Verwaltung mit Vertrag auf die Gesellschaft und konkret auf ihre „Klienten“ Zugriff zu nehmen sucht?

However, at the same time, the administration continues to rely on the traditional order and command basis in its contractual negotiations, as was pointed out in the above mentioned example of heritage conservation. Admittedly, this form of contract no longer has much in common with the Kantian freedom of contract. Freedom in this sense is no longer the pre-conditional freedom of will inherent in every individual by virtue of his humanness,<sup>83</sup> but rather a freedom (of negotiation) arranged or even forced upon the individual by the administration.<sup>84</sup> The contract on social welfare comes about as a result of the threat of denial of social benefits. Accordingly, the wording in Art. 4a paragraph 1 of the statute of the Canton Fribourg on social welfare indicates the Fribourg legislative's uncertainty about the legal nature and standing of such a contract:

“[The integrational contract] is put on a par with the administrative contract.”<sup>85</sup>

Numerous analogous manifestations have appeared in other areas of law and in other places, which point to the connection of this new kind of activating and at the same time socially constructive contract between the state and private parties with greater social challenges. Thus, more Cantons like Valais<sup>86</sup> and Basle-Land<sup>87</sup> use the contract on social welfare. Harris, for example, shows that school principals in Great Britain increasingly contract with unruly students, before resorting to order and enforcement measures.<sup>88</sup>

#### *Another swan's song on the social contract*

In which context do these confusing cases exist, in which the activating administration tries to seize access to society in general and to its 'clients' in particular through contracts?

83 Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft (1788/1993): 112 [173 der 1. A.].

84 Siehe hierzu bereits die Kritik von Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts 31 53–98, 190–249 (1913). Jüngst hierzu Niels Åkerström Andersen, The Contractualisation of the Citizen – on the transformation of obligation into freedom, Soziale Systeme 10 273–291 (2004); vgl. auch Peter Vincent-Jones, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, Modern Law Review MLR 68 887–924 (2005).

85 Oben Fn. 82.

86 Art. 11 des Gesetzes über die Eingliederung und die Sozialhilfe vom 29. März 1996 (850.1).

87 § 18 des Gesetzes über die Sozial-, die Jugend- und die Behindertenhilfe vom 21. Juni 2001 (850).

88 Neville Harris, Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation, Modern Law Review (MLR) 68 925–957 (2005): 952.

83 Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft (1788/1993): 112 [173 1<sup>st</sup> ed.].

84 See criticism in this regard by Hans Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts 31 53–98, 190–249 (1913). More recently, Niels Åkerström Andersen, The Contractualisation of the Citizen – on the transformation of obligation into freedom, Soziale Systeme 10 273–291 (2004); see also Peter Vincent-Jones, Citizen Redress in Public Contracting for Human Services, Modern Law Review MLR 68 887–924 (2005).

85 Above, Fn. 82.

86 Art. 11 of the Statute on Integration and Social Benefits of March 29, 1996 (850.1).

87 § 18 of the Act on Social Support, Youth Support and Support for Disabled Persons of June 21, 2001.

88 Neville Harris, Empowerment and State Education: Rights of Choice and Participation, Modern Law Review MLR 68 925–957 (2005): 952.

Bereits zum Ende des 19. Jahrhunderts erkannten der französische Conseil d'État und der Tribunal des conflits unter Einfluss liberaler Theorien<sup>89</sup>, dass eine wohlfahrtsstaatliche Verwaltung, die für die demokratisch-egalitäre Gesellschaft eine aktive Gesamtverantwortung übernimmt und damit sowohl für Kommunikations- und Verkehrsinfrastruktur wie auch für individuelle Daseinsvorsorge verantwortlich wird, diese gigantischen Aufgaben nicht alleine, sondern nur unter Mithilfe der Wirtschaft erfüllen kann.

Im Zentrum der entsprechenden Rechtsprechung stand bereits früh, die verschiedenen Bedürfnisse mithilfe von Recht harmonisieren zu können: einerseits das Bedürfnis der Verwaltung, politische Programme auch entgegen anders lautenden Vereinbarungen rasch umsetzen zu können, und andererseits das wirtschaftliche Bedürfnis nach langfristiger Planbarkeit.<sup>90</sup>

Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde zwar insbesondere in der deutschen Lehre erkannt, dass sich die Aufgabe der Verwaltung, die *existenzielle Absicherung jedes Einzelnen garantieren* zu wollen, angesichts einer weitreichenden Bevölkerungsmigration in die Städte radikalisierte.<sup>91</sup> Es wurde aber bis heute kaum je gesehen, dass der interventionistische Wohlfahrtsstaat *hierbei immer mehr und vor allem in grundlegender Weise auf die Kooperation der Gesellschaft angewiesen* ist, wie sich am (weit verstandenen) Bereich der Sozialhilfe und allgemein der staatlichen Integrationsmaschinerie, also traditionellen Bereichen der verfügbaren Verwaltung, zeigt.<sup>92</sup> Denn im Wesentlichen sind

At the end of the 19th century, under the influence of liberal theories,<sup>89</sup> the French Conseil d'Etat and the Tribunal des conflits realized that a welfare state administration would not be able to fulfil the gigantic task of taking full and active responsibility for a democratic-egalitarian society and thus also for the infrastructure of communication and transport, as well as elementary requirements of the individuals on its own, but needed the help of the economy.

Judicial adjudication focused on harmonizing the different needs with the help of law fairly early on: on one hand, the need of the administration to realize political programs quickly, even against opposing agreements; on the other hand, the need for long-term economic planning ability.<sup>90</sup>

After the Second World War, German scholars in particular realized how much the administration's task of guaranteeing the existence of each individual was going to be radicalized in the light of the sweeping population migration into the cities.<sup>91</sup> However, to this day, it has rarely come to anyone's attention that the interventionist welfare state has a corresponding *need to cooperate with society*, as exemplified through the (broadly understood) area of social welfare and, more generally, through the state integration machinery.<sup>92</sup> In a nutshell, this is firstly because the administration's 'clients' have become so diversified, which means in turn that the world in which

89 Vgl. etwa *Rodolphe Dareste*, La justice administrative en France; ou traité du contentieux de l'administration (1862), Vorwort.

90 Diese Harmonisierung der öffentlichen Sphäre mit der wirtschaftlichen Rationalität im Bereich der Konzession öffentlicher Dienste kündigte sich bereits in den Entscheidungen des Conseil d'État vom 7. August 1874 in Sachen Hotchkiss (Rec. 824) und vom 26. Dezember 1891 in Sachen Compagnie du Gaz de Saint-Etienne (rec. 789) an. Als so genannte Regel ‚fait du Prince‘ begann sich der Grundsatz, dass bei einseitiger Intervention des Gemeinwesens in einen Verwaltungsvertrag Schadenersatz resultiere, allerdings erst zum Beginn des 20. Jahrhunderts als ständige Praxis des Conseil d'État durchzusetzen. Entscheid des Conseil d'État vom 11. März 1910 in Sachen Compagnie générale française des tramways, rec. 216. Siehe hierzu m. w. H. *François Burdeau*, Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970) (1995): 283f. Mit dem Entscheid des Conseil d'État vom 14. Januar 1938 in Sachen Société anonyme des produits laitiers „La Fleurette“, rec. 25, wurde schließlich auch eine entsprechende Schadenersatzpflicht infolge Gesetzgebung anerkannt.

91 Maßgeblich sind insbesondere *Jürgen Salzwedel*, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages (1958): 3 und *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts: erster Band (1973): 35ff.

92 Dies erhellt sich bereits daraus, dass diese Form von Kooperation in den aktuellen Standardwerken zum Verwaltungsvertrag nicht behandelt wird: vgl. zum Beispiel *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2004): 357ff.; *Laurent Richer*, Droit des contrats administratifs (2006). *August Mächler*, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege (2005), etwa verweist in Fn. 88 (S. 34) darauf, dass Sozialhilfe mit Verfügung zuzusprechen sei.

89 See e.g. *Rodolphe Dareste*, La justice administrative en France; ou traité du contentieux de l'administration (1862), preface.

90 This compatibilization of the public sphere with economic rationality in the area of concessions for the public service introduced itself in the decisions of the Conseil d'Etat of August 7, 1874 in the case of Hotchkiss (Rec. 824) and of December 26, 1891 in the case of Compagnie du Gaz de Saint-Etienne (rec. 789). The principle of damages resulting from unilateral intervention by the public body in administrative contracts as a so called rule "fait du prince" (made by the prince) started to persevere as general practice by the Conseil d'Etat, albeit not until the beginning of the 20th century. Decision of the Conseil d'Etat of March 11, 1910 in the case Compagnie générale française des tramways, rec. 216. See also *François Burdeau*, Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970) (1995): 283–284. With the decision of the Conseil d'Etat of January 14, 1938 in the case Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette", rec. 25, a respective obligation to pay damages was recognized as a result of statutory provisions.

91 Importantly, in particular *Jürgen Salzwedel*, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages (1958): 3 and *Ernst Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts: erster Band (1973): 35 onwards.

92 This can already be deduced from the fact that this form of cooperation is not addressed in current standard literature on the administrative contract: see e.g. *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2004): 357 onwards; *Laurent Richer*, Droit des contrats administratifs (2006). *August Mächler*, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege (2005), see e.g. the reference in Fn. 88 (p. 34), that social support has to be approached by decree.



erstens deren „Klienten“ derart divers und damit der Verwaltung fremd geworden, und zweitens ist auch die Welt, in welche sie zu ‚integrieren‘ wären, der Verwaltung nicht mehr vertraut, so dass die *Verwaltung auf das Wissen ihrer „Klienten“ einerseits und der Gesellschaft andererseits angewiesen ist, um ihre Aufgabe zu erfüllen*. Entsprechend sucht die Verwaltung zunehmend das Wissen der Privaten mittels einer durch die Vertragsform stabilisierten Kooperation zu gewinnen.<sup>93</sup> Auch in diesem Bereich der kooperierenden Verwaltung reicht es nicht, den Zuständigkeitsbereich einer vermehrt proaktiven und sich vom Gesetz lösenden Verwaltung zu erweitern und sie sodann mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit doch wieder unter die Legitimation des Gesetzes bringen zu wollen,<sup>94</sup> sondern es geht darum, mithilfe eines neutralen dritten Elements, des Vertrags unter unabhängiger Gerichtsbarkeit, eine labile Beziehung zwischen zwei höchst unterschiedlichen Gesellschaftsbereichen zu stabilisieren, die in einem konkreten Projekt aufeinander angewiesen sind.

Richtet man den Blick zudem auf *neue Phänomene*, wie etwa in den französischen Vororten die Verwaltung Verträge mit Eltern, Elterngruppen oder religiösen Personen schließt, um der Gewalt von Jugendlichen Herr zu werden,<sup>95</sup> dann wird offensichtlich, dass ein politisches Bias des Verwaltungsvertrags einer Kooperation oft abträglich

they would normally be integrated in has become so estranged from the administration that the administration has to rely on its ‘clients’ knowledge on the one hand and on society on the other hand. Hence, *the administration seeks to access that private knowledge by cooperating and stabilizing this cooperation in the form of contracts*.<sup>93</sup> Even in this area of a contracting administration it is not sufficient to extend the increasingly proactive administrative competence under the principle of the reservation of statutory power, and then bring it back to the legitimizing umbrella of judicial review, focusing on the reservation of statutory power.<sup>94</sup> The aim is rather to stabilize an unstable relationship between two very different areas of society that rely on each other for concrete projects through a third, neutral element: that of contract under independent judicial review.

If we look at new phenomena, such as the contracts between the administration and parents, parent groups or religious persons in the French suburbs that aim to get to grips with youth violence,<sup>95</sup> it becomes obvious that a political bias on administrative contracts may often stand in the way of cooperation: which promising form of

93 Eine theoretische Reflexion zu diesem Phänomen steht heute noch aus. Siehe immerhin den Entwurf einer solchen Theorie (den Pärli in Kürze in Ancilla Iuris vervollständigen wird) in Pärli, Kurt, IIZ: Illusionäre Wirkungen – Gefahren einer fürsorglichen Belagerung, in: Gächter (Hg.), Rechtsfragen zur interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ) (2007). In diese Richtung gehen immerhin auch bereits Karl-Heinz Ladeur, The changing role of the private in public governance: the erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation: a comparative approach, EUI Working Paper Law, 3.7.2002, abrufbar unter: <http://hdl.handle.net/1814/187>, zuletzt besucht am 15.04.2008; Peer Zumbansen, Vertragsregimes im „Dritten Sektor“: Zur Verortung des Verwaltungsrechts in Zeiten veränderter Handlungsformen, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (Hg.), Non Profit Law Yearbook 2002 61–85 (2003); Thomas Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 63 41–70 (2004). Vesting fokussiert meines Erachtens allerdings zu sehr auf die Folgen der Auflösung des Territoriums und sieht damit zu wenig die Auflösung der Souveränität im Innern. Zum Ganzen siehe auch Niels Åkerstrøm Andersen, The Contractualisation of the Citizen – on the transformation of obligation into freedom, Soziale Systeme 10 273–291 (2004).

94 So aber wohl jüngst zum Beispiel August Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege (2005): 385f.; Georg Müller, Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Häner/Waldmann (Hg.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis 25–37 (2007): 36.

95 Vgl. zum Beispiel bei Ocelyne Cesari, Demande de l’Islam en banlieue : un défi à la citoyenneté, Cemoti - no. 19 - Laïcité(s) en France et en Turquie, 16.5.2006, abrufbar unter: <http://cemoti.revues.org/document1695.html>, zuletzt besucht am 15.04.2008; vgl. auch den Bericht in La Liberté vom 12. Januar 2007, 2, Enfin, la banlieue sera paisible ...

93 A theoretical reflexion of this phenomenon is missing so far. However, for an outline of such a theory (that will be completed shortly in Ancilla Iuris), see Pärli, Kurt, IIZ: Illusionäre Wirkungen – Gefahren einer fürsorglichen Belagerung, in: Gächter (Hg.), Rechtsfragen zur interinstitutionellen Zusammenarbeit (IIZ) (2007). Tendencies in this direction especially in Karl-Heinz Ladeur, The changing role of the private in public governance: the erosion of hierarchy and the rise of a new administrative law of cooperation: a comparative approach, EUI Working Paper Law, 3.7.2002, downloadable at: <http://hdl.handle.net/1814/187>, last visited on 15.4.2008; Peer Zumbansen, Vertragsregimes im “Dritten Sektor”: Zur Verortung des Verwaltungsrechts in Zeiten veränderter Handlungsformen, in: Kötz/Rawert/Schmidt/Walz (ed.), Non Profit Law Yearbook 2002 61–85 (2003); Thomas Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 63 41–70 (2004). In my opinion, Vesting focuses too strongly on the consequences of dissolving the territory and thus neglects the dissolution of sovereignty inside. For more on the whole, see also Niels Åkerstrøm Andersen, The Contractualisation of the Citizen – on the transformation of obligation into freedom, Soziale Systeme 10 273–291 (2004).

94 Although recently advocated by e.g. August Mächler, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege (2005): 385–386; Georg Müller, Zulässigkeit des Vertrages und zulässige Vertragsinhalte, in: Häner/Waldmann (ed.), Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis 25–37 (2007): 36.

95 See for example Ocelyne Cesari, Demande de l’Islam en banlieue: un défi à la citoyenneté, Cemoti - no. 19 - Laïcité(s) en France et en Turquie, 16.5.2006, downloadable at: <http://cemoti.revues.org/document1695.html>, last visited on 15.4.2008; see also the report in La Liberté of January 12, 2007, 2, Enfin, la banlieue sera paisible ...

ist: Welcher aussichtsreiche Vermittlungsversuch zwischen den rebellierenden Jugendlichen im Banlieu und der Verwaltung könnte sich schon als verlängerter Arm der Politik zu erkennen geben? So setzt denn die französische Politik sinnigerweise unter anderem auch auf die Vermittlung des in der Bevölkerung angesehenen Militärs: Militärische Sozialarbeiter in Uniform wie ein gewisser Richoufftz, so genannter „général des banlieues“, versuchen die Jugendlichen mit einem „contrat moral“ auf ein bestimmtes Verhalten zu verpflichten.<sup>96</sup>

Freilich wird zuweilen angeführt, dass mit diesen Verträgen kein eigentlicher Vertrag im Rechtssinne, sondern *eine neue Art Contrat Social* abgebildet respektive angestrebt werde. Allerdings ist heute die Neuauflage des Contrat Social, in welchem die Gesellschaft ihre Macht zugunsten eines zentralisierten Staates abgibt, der im Gegenzug für Einheit, Sicherheit und Wohlstand sorgt, illusorisch geworden. Denn die Gesellschaft vermag nicht mehr in dieser zentralisierten Macht aufzugehen, sich gleichsam zu einem Gesamtstaat zu formen. Zu groß sind die Gräben der verschiedenen gesellschaftlichen Rationalitäten, etwa zwischen den existenziellen Bedürfnissen der Banlieu-Bewohner, der religiösen Rationalität der Imane und der französischen Verwaltung.<sup>97</sup> Und so schlägt die angestrebte neue politische Einheit durch einen neuen Contrat Social immer mehr in eine Vielzahl einzelner Verwaltungsverträge um, mit welchen die Verwaltung sich ad hoc und immer wieder von Neuem um jene machtfernen Ressourcen bemühen muss, die sie zur Erfüllung ihrer großen Aufgabe, Einheit und Wohlstand der ganzen Bevölkerung herzustellen, benötigt. Dies zeigt sich exemplarisch und besonders prägnant im französischen ‚*Contrat d'accueil et d'intégration*‘, mit welchem sich jeder Einwanderer – im Gegenzug für bestimmte Sozialdienstleistungen – zur Respektierung der fundamentalen Werte des Landes, der Einhaltung der Gesetze und zur Teilnahme an bestimmten sprachlichen und kulturellen Schulungen verpflichtet.<sup>98</sup> Der große gesellschaftsübergreifende Contrat Social splittet sich also in viele kleine Verträge auf, womit denn

attempts at mediation between rebellious youths in the suburbs and the administration could reveal itself as the extended arm of politics? French politics thereby consequently relies on mediation by the highly esteemed military: Military social workers in uniform, like a sort of ‘Richoufftz’, act as so called “général des banlieues” and aim to oblige adolescents to certain behaviour through the conclusion of a “contrat moral”.<sup>96</sup>

Admittedly, the point has been made a couple of times that these contracts do not qualify as real contracts in the sense of the law, but constitute or aim to be more of a new type of social contract respectively. However, today, a remake of the social contract, in which society hands over its powers to a centralized state in return for unity, security and welfare has become illusory. Society today lacks the ability to be absorbed by this central authority, i.e. to quasi create an all-embracing state. The trenches between different social rationalities run too deep: for example, the chasm between the existential needs of the inhabitants of the Banlieu or the religious rationality of the Imane and the French administration.<sup>97</sup> Striving for a new political unity by means of introducing a new social contract constantly results in a multitude of single administrative contracts instead, by which the administration ad hoc and constantly strives to regulate the resources that are difficult for politics to access, whilst recognizing that it needs to fulfill its greater tasks of establishing unity and welfare for the whole population. This is exemplified concisely in the French ‘*Contrat d'accueil et d'intégration*’, through which each immigrant commits themselves to respecting the fundamental values of the country, to obey the law and to participate in certain language and cultural training courses, in return for certain social benefits.<sup>98</sup> Thus, the great society umbrella social contract is fragmented into many small contracts, whereby the intention of the umbrella and centralized state authority aspired by the social contract is not realized. Politics today confesses that it is no longer in a

96 Prägnant hierzu das Blog von Emmanuel de Richoufftz, dem von der Regierung eingesetzten so genannten „général des banlieues“: <http://general.de.richoufftz.over-blog.com>, zuletzt besucht am 15.4.2008; vgl. auch jüngst das Interview in der Internetzeitschrift Linternaute vom November 2005: <http://www.linternaute.com/actualite/interviews/05/general-richoufftz/general-richoufftz-chat.shtml>, zuletzt besucht am 15.4.2008.

97 Hierzu ebenfalls *Ocelyne Cesari*, Demande de l’Islam en banlieue : un défi à la citoyenneté, Cemoti - no. 19 - Laïcité(s) en France et en Turquie, 16.5.2006, abrufbar unter: <http://cemoti.revues.org/document1695.html>.

98 Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, Artikel 311-9. Dass dieses Phänomen keineswegs auf Frankreich beschränkt bleibt, zeigt sich etwa an Art. 54 des neuen Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 16. Dezember 2005, angenommen in der Volksabstimmung vom 24. September 2006, BBL 2005 7365.

96 See Emmanuel de Richoufftz’ blog for concise comments on the so called “général des banlieues” implemented by the government: <http://general.de.richoufftz.over-blog.com>, visited last on 15.4.2008; see also more recently the interview in the internet newspaper Linternaute of November 2005: <http://www.linternaute.com/actualite/interviews/05/general-richoufftz/general-richoufftz-chat.shtml>, last visited on 15.4.2008.

97 See also *Ocelyne Cesari*, Demande de l’Islam en banlieue : un défi à la citoyenneté, Cemoti - no. 19 - Laïcité(s) en France et en Turquie, 16.5.2006, downloadable at: <http://cemoti.revues.org/document1695.html>, last visited on 15.4.2008.

98 Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, Article 311-9. For example, Art. 54 of the new Swiss Foreigners Act (AuG) of December 16, 2005, passed in the referendum on September 24, 2006, BBL 2005 7365, shows that this phenomenon is by no means restricted to France.

gerade nicht die vom Contrat Social angestrebte umfassende und zentralisierte Staatsgewalt zum Wohle Aller realisiert wird, sondern das Eingeständnis offen zu Tage tritt, dass die heutige Politik die Versprechungen des Contrat Social nicht mehr von sich selbst aus, souverän, erfüllen kann, sondern nur noch in stets zu erneuernden Ad-hoc-Kooperationen mit der Gesellschaft.

#### IV. Die neue Funktion des Vertrags zwischen Politik und Gesellschaft

##### *Das Beispiel der staatlichen Regulierung nach dem Staat*

Anhand eines weiteren Falls des schweizerischen Bundesgerichts, BGE 109 Ib 146, 155 (1983; *Schweizerischer Treuhänder-Verband gegen Schweizerische Nationalbank*), lässt sich die These wagen, dass sich die ersten beiden Fallgruppen, jene des Staatsdienstes und jene der wohlfahrtsstaatlichen Verwaltung, als Teilaspekte einer größeren Problematik erweisen, die das Recht irritiert. Und zugleich zeigt sich an diesem Fall deutlicher, worin die (zukünftige) Funktion des Verwaltungsvertrags liegen könnte.

Konkret ging es im Fall *Schweizerischer Treuhänder-Verband gegen Schweizerische Nationalbank* um Folgendes: Im Zuge der Chiasso-Affäre<sup>99</sup> forderte der schweizerische Bundesrat die Nationalbank und die schweizerischen Banken zum Handeln auf. Ohne konkrete gesetzliche Grundlage schloss die Nationalbank mit der überwältigenden Mehrheit der schweizerischen Banken den jeweils gleichen bilateralen Vertrag über die Sorgfaltspflichten der Banken bei der Entgegennahme von Geldern (VSB) ab.<sup>100</sup> Bei der Erneuerung der VSB im Jahre 1982 wurde der Treuhänder-Verband bei den Regeln zur Offenlegung der Herkunft von angelegten Geldern gegenüber anderen Organisationen, mit denen er im Wettbewerb stand, benachteiligt. Der Treuhänder-Verband focht diese in einem Brief der Schweizerischen Nationalbank bestätigte Benachteiligung beim Bundesgericht mit einer verwaltungsrechtlichen Beschwerde an. Dieses entschied, dass es sich um einen *privatrechtlichen Vertrag* handle und entsprechend der Treuhänder-Verband diesen beim Bundesgericht nicht mit einer verwaltungsrechtlichen Beschwerde anfechten könne. Immerhin, so das Bundesgericht in einem obiter dictum, habe die Nationalbank ...

position to realize the promises of the social contract by itself as a sovereign, but has to rely on frequently renewed, ad-hoc cooperation with society.

#### IV. New function of contracts between politics and society

##### *The example of state regulation after the state*

On the basis of another ruling of the Swiss Federal Court, *Schweizerischer Treuhänder-Verband gegen Schweizerische Nationalbank* (109 Ib 146; 1983) it may be argued that the first two case groups, the cases on the civil service on the one hand and the cases on welfare administration on the other, constitute parts of a greater context that challenge the law. At the same time, this case may reveal the (future) function of administrative law.

The facts of the case *Schweizerischer Treuhänder-Verband gegen Schweizerische Nationalbank* are as follows: During the so called Chiasso-affair<sup>99</sup> the Swiss Federal Council called the Swiss National Bank and the Swiss banks to action. Without any statutory basis, the Swiss National Bank concluded identical, bilateral contracts with the overwhelming majority of the Swiss banks regarding the exercise of due diligence with regard to deposits (CDB).<sup>100</sup> As far as the competition amongst other competing trustee organizations was concerned, the new version of the contract in 1982 discriminated against the Treuhänder-Verband (Association of Trustees) on the rules of disclosure of the identity of third parties on whose account assets had been invested. The Association of Trustees challenged this discrimination, which had been confirmed in a letter from the Swiss National Bank, as an administrative decision in an administrative-court complaint to the Federal Court. The Federal Court did not take up the complaint, on the grounds that the CDB was a *private contract*, and, accordingly, the National Bank's note to the Treuhänder-Verband was not an administrative decision that could be challenged. However, in a obiter dictum the Federal Court asserted that the Swiss National Bank ...

99 Ende der Siebzigerjahre flossen über zwei Milliarden Schweizer Franken, die vor allem mit italienischem Schwarzgeld und Steuerflucht in Verbindung gebracht wurden, mithilfe einer schweizerischen Großbank in rechtswidriger Weise in die Schweiz und nach Lichtenstein.

100 Zum Ganzen siehe meine Ausführungen m. w. H.: *Andreas Abegg*, Regulierung hybrider Netzwerke im Schnittpunkt von Wirtschaft und Politik, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 266–290 (2006).

99 At the end of the Seventies more than two billion Swiss Francs were brought into Switzerland and Lichtenstein, with the help of a major Swiss bank, allegedly in connection with illicit Italian earnings and tax evasion.

100 On the whole picture, see my comments (with further references) in: *Andreas Abegg*, Regulation of Hybrid Networks at the Intersection between Governmental Administration and Economic Self-Organisation, University of California, Berkeley JSP/Center for the Study of Law and Society Faculty Working Papers, downloadable at <http://repositories.cdlib.org/csls/fw/39>, last visited on 1.5.08.

„... in ihren privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäß [sic] die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten ...“<sup>101</sup>

Das Bundesgericht schützte also das Vorgehen der Banken und der Nationalbank, indem es die VSB als privatrechtlichen Vertrag qualifizierte und damit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Treuhänder-Verbandes ins Leere laufen ließ. Geschützt wurde damit im Resultat das Bemühen von Bundesrat, Nationalbank und dem Gros der Banken, in der Folge der Chiasso-Affäre in kürzester Zeit eine neue Marktordnung für den Bankenplatz Schweiz zu verfassen. Für traditionelles unilaterales Vorgehen der Verwaltung ohne Einbezug der Banken hätte es an Zeit, rechtlicher Grundlage und vor allem auch am nötigen Wissen gefehlt. Mit der Zusammenarbeit von Nationalbank und Banken in der Form des Vertrags wurde jedoch in wenig mehr als einem halben Jahr eine Marktordnung geschaffen, der sich fast alle Banken am Bankenplatz Schweiz freiwillig unterwarfen und die sich in den kommenden Jahren immer besser an die Kontextanforderungen von Recht, Politik und Wirtschaft anpassen konnte. Die Alternative zu diesem evolutorischen Vorgehen, das durch die spontane Vertragsregelung angestoßen wurde, konnte freilich weder Banken noch Politik begeistern: das Anlaufen eines langwierigen, stark parteipolitisch gefärbten Gesetzgebungsprozesses, der für die Wirtschaft weniger beeinflussbar und im Resultat unberechenbarer gewesen wäre, wenig geschätzte öffentliche Berichterstattung in den Medien zu den Praktiken des Bankensektors nach sich gezogen hätte und es dem Druck internationaler Politik erst erlaubt hätte, sich weiter aufzubauen.

An diesem Fall zeigt sich somit deutlich, dass in einer neuen gesellschaftsadäquaten Gesellschaftsbeschreibung die Rolle der Politik *qua* Verwaltung vor allem darin besteht, andere Gesellschaftsbereiche mit ihren Anforderungen bezüglich gesellschaftlicher Integration zu konfrontieren. Der Begriff der Regulierung (und damit wiederum auch jener des Staats) trifft ob der bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts bestehenden und heute überdeutlich gewordenen Schwierigkeiten, die Gesellschaft zielgerichtet zu gestalten, vermehrt ins Leere.<sup>102</sup> Bei der Frage, auf welche Weise diese Irritationen in andere Gesellschaftsbereiche gelangen, damit eine wechselseitige Anpassung ausgelöst werden kann, bietet sich der Vertrag in besonderer Weise an.

“... has to comply with the constitutional basic rights analogously in its private-law activities [sic].“<sup>101</sup>

Thus, the Federal Courts defended the banks' and the Swiss National bank's approach by defining it as private law contracting, thereby dismissing the claim for judicial administrative review. As a result, the Court defended the efforts of the Federal Council, the Swiss National Bank and the majority of Swiss banks to create a new market order for Switzerland. The traditional unilateral course of action by the administration, without inclusion of the bank, lacked time, a legal basis and above all knowledge. However, in less than half a year the collaboration between the National Bank and the Swiss banks lead to a new market order, to which most Swiss banks freely submitted themselves and which adapted more and more to the legal, political and economic circumstances in the course of the following year. The alternative to this evolutionary approach set in motion by spontaneous contractual agreement did not appeal to either the banks or to politics: the beginning of lengthy legislative proceedings – heavily influenced by party politics, less susceptible to the economy and as a result, less predictable for the economy, accompanied by media coverage about banking practices found little appreciation. This would have allowed for pressure of international politics to build up further.

From the viewpoint of a new and socially adequate description of society, this case exemplifies that a possible new role for politics *qua* administration would be to mainly confront other areas of society with its demands concerning social integration. The difficulties in forming society according to specific political goals were already evident at the beginning of the 20<sup>th</sup> century, and have become more and more apparent today. Thus, the term of regulation (and therefore also the term of the state) increasingly misses the point.<sup>102</sup> The form of contract stands out particularly in regard to the question of how these irritations reach other areas of society and consequently trigger mutual adjustment.

101 BGE 109 Ib 146, 155 (1983; Schweizerischer Treuhänder-Verband gegen Schweizerische Nationalbank).

102 Weiterführend ist die bemerkenswerte Analyse von Markus Pöcker, „Dual System“: Regulated Self-Regulation or Autonomous Organisation? – Das „Duale System“: Regulierte Selbstregulierung oder autonome Selbstorganisation? (Synoptische Darstellung in Deutsch und Englisch), *Ancilla Iuris* (anci.ch) 2 23–41 (2007).

101 Ruling of the Swiss Federal Tribunal 109 Ib 146, 155 (1983; Schweizerischer Treuhänder-Verband versus Schweizerische Nationalbank).

102 Continuing thought in Markus Pöcker's remarkable analysis: *Markus Pöcker*, „Dual System“: Regulated Self-Regulation or Autonomous Organisation? – Das „Duale System“: Regulierte Selbstregulierung oder autonome Selbstorganisation?, *Ancilla Iuris* (anci.ch) 2 23–41 (2007).

*Vertrag zwischen Politik und Gesellschaft als funktionales Äquivalent zum Contrat Social*

Die soeben beschriebenen Problemstellungen stehen paradigmatisch für heutige Problemstellungen im Recht, die über die vordringlichen Fragen des 18. und 19. Jahrhunderts nach der Rechtsform des Staatsdienstes und der rechtlichen Erfassung der wohlfahrtsstaatlichen Verwaltung hinausgehen und doch auch zugleich auf diese zurückzuführen sind. Dem könnte entgegengehalten werden, dass sich das Verwaltungsrecht an der Schwelle des 20. Jahrhunderts anhand jener Themen des Staatsdienstes und – in eingeschränktem Maße – der Wohlfahrtsverwaltung konstituierte, während sich heute dieselben Fragen nach der Rechtsnatur und den leitenden Prinzipien des Vertrags zwischen Staat und Privaten lediglich in einem weiteren, umfassenderen Rahmen stellen. Das Problem radikalisiert sich heute aber und verlangt nach neuen Beschreibungen und nach neuen rechtlichen Lösungen, wo es der Verwaltung am Wissen über den zu regulierenden Gesellschaftsbereich mangelt und sie auf kooperatives Verhalten der Privaten geradezu angewiesen ist, um ihre Aufgabe und damit letztlich sich selbst erst begründen zu können. Denn hier versagen die traditionellen Konzepte der Souveränität und des Contrat Social. Dies zeigt sich in den erwähnten höchst unterschiedlichen Fallkonstellationen wie etwa dem denkmalpflegerischen Schutz von Privatgebäuden, einer privatvertraglichen Bankenregulierung oder der zunehmenden Tendenz, bestimmte „Klienten“ des Sozialstaates mithilfe von Sozialhilfeverträgen auf ein gewünschtes Verhalten zu verpflichten.

Obwohl aufgrund der vorstehenden Analyse der Vertrag zwischen Staat und Privaten heute wie bereits im 19. Jahrhundert als Grenzgänger zwischen Politik und Gesellschaft, zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht und damit als Problem für eine auf die Moderne ausgerichtete Rechtstheorie und Rechtsdogmatik erscheint, so zeigt er sich doch auf den zweiten Blick als ein mögliches *funktionales Äquivalent zum großen Contrat Social*, der sich heute nicht mehr durchhalten lässt. Angesprochen ist damit der Vertrag als eine Rechtsform, die die Koevolution von Recht, Politik und anderen gesellschaftlichen Subsystemen nachhaltig unterstützt.<sup>103</sup> Zu beantworten ist damit vor allem die Frage, auf welche Weise der Vertrag Kontextanforderungen der verschiedenen, an einem Projekt beteiligten Rationalitäten in sich aufnehmen und als Vermittler einer hochgradig fragmentierten und zentrifugal angelegten Gesellschaft dienen kann. Auch wenn dabei für das kontinentale Recht weiterhin die Trennung in Privatrecht und öffentliches Recht gegebener Ausgangspunkt einer Unter-

*Contracts between politics and society as a functional equivalent to the social contract*

The problems described above are paradigmatic of today's problems in law, leading back to the most urgent questions of the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries on the legal form of the civil service and the legal diffusion of the welfare administration, yet at the same time leading back to the importance of these issues today. By contrast, it has been argued that the administrative law was developed in the transition to the 20<sup>th</sup> century on the basis of the issues of civil service and that (albeit less so) the welfare administration faces the very same questions about the legal nature and the leading principles of administrative contracts today, merely in a much broader context. However, the problem has been radicalized today, and places demands for new descriptions and legal solutions, where the administration lacks the knowledge in a particular area of society it has to regulate, and therefore depends on cooperation with the private sector in order to substantiate and base its tasks and reasons for its own existence. The above mentioned and highly diverging case groups are good examples of where the traditional concepts of sovereignty and social contract have failed in relation to heritage conservation, banking regulation by private contracts or the increasing tendency to contract with 'clients' of the social welfare state about desired levels of behaviour.

Although the preceding analysis depicts administrative contracts today and during the 19<sup>th</sup> century as go-betweens for politics and society, public law and private law and therefore as a problem for modern legal theory and doctrines, they also qualify as a *functional equivalent to the great social contract*, which has become difficult to uphold today. Thus, the focus shifts to contracts as legal form that can sustainably support the co-evolution of law, politics and other social subsystems.<sup>103</sup> The above mentioned question therefore remains to be answered: how do contracts absorb conditions of different contextual requirements in relation to rationalities of a project, and act as mediators in a highly fragmented and centrifugally structured society? Even if the division of public and private law in this context still marks the point of departure for research on administrative contracts on the continent, the division as a division of contracts that serve political inter-

103 Hierzu jüngst Marc Amstutz/Andreas Abegg/Vaios Karavas, Soziales Vertragsrecht (2006); Amnon Reichman, The Dimensions of Law: Judicial Craft, Its Public Perception, and the Role of the Scholar, California Law Review 23 (2008), 181-193.

103 Recently: Marc Amstutz/Andreas Abegg/Vaios Karavas, Soziales Vertragsrecht (2006); Amnon Reichman, The Dimensions of Law: Judicial Craft, Its Public Perception, and the Role of the Scholar, California Law Review 23 (2008), 181-193.

suchung zu Verwaltungsverträgen sein muss, steht damit gerade nicht die entsprechende Trennung im Fokus: die Trennung in Verträge, die den politischen Interessen dienen, auf der einen Seite und Verträge, die den Wirtschaftsinteressen dienen, auf der anderen Seite. Sondern vielmehr geht es um die Perspektiven und die Möglichkeitsbedingungen eines *Gesellschaftsvertragsrechts*.<sup>104</sup>

ests on the one hand and economic interests on the other hand is not the focal point. Rather, it is a matter of perspective and of how to condition a new social contract law to open new possibilities.<sup>104</sup>

---

104 Zu dieser Perspektive grundlegend *Gunther Teubner*, *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von private governance regimes*, *Rechtshistorisches Journal* 17 234–265 (1998).

---

104 On this perspective more basically, see *Gunther Teubner*, *Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law*, *Social and Legal Studies* 9 399–417 (2000).