
Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen

Thomas Müller-Tschumi¹

Inhaltsübersicht

- I. Einleitende Bemerkungen
 - A. Fragestellung
 - B. Lösungsansatz
 - C. Vorgehen
- II. Zum Lösungsansatz des Bundesgerichts
- III. Grundlagen
 - A. Zum Leistungsstörungenrecht im OR
 - 1. Tatbestand
 - 2. Rechtsfolgen
 - 3. Dispositiver Charakter des Leistungsstörungenrechts
 - 4. Folgerungen für das Leistungsstörungenrecht bei verwaltungsrechtlichen Verträgen
 - B. Zu den spezialgesetzlichen Regelungen im Bundesrecht
 - 1. Priorität der Leistungserzwingung
 - 2. Vertragsaufhebung nur bei wesentlichen Leistungsstörungen
 - 3. Differenzierte Lösungen
 - 4. Folgerungen
 - C. Zum verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsrecht
 - 1. Erzwingung der Leistung mittels Vollstreckung
 - 2. Ermessensspielraum der Behörden
 - 3. Einbindung in rechtsstaatliche Grundsätze
 - 4. Folgerungen
- IV. Hinweise für eine Dogmatik der Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen
 - A. Privatrechtliche Lösung als Ausgangspunkt
 - 1. Sorgfältige Analyse des Sachverhalts im Lichte des Privatrechts
 - 2. Die Berücksichtigung des Parteiwillens
 - B. Kriterien zur Ermittlung eines sachgerechten Leistungsstörungenrechts bei verwaltungsrechtlichen Verträgen
 - 1. Rechtsstaatliche Aspekte
 - 2. Berücksichtigung des öffentlichen Interesses
 - 3. Leistungsverweigerungsrechte
 - 4. Schadenersatz gemäss Art. 97 OR
 - C. Einseitige Einwirkungsrechte der Verwaltungsbehörden?
- V. Ergebnis und Empfehlung

1 Ich danke Herrn Dr. Kilian Wunder, Advokat und Notar in Basel, für eine kritische Durchsicht des Textes.

I. Einleitende Bemerkungen

A. Fragestellung

In der allgemeinen Vertragslehre wird unter dem Stichwort «Leistungsstörung» die Frage diskutiert, welche Möglichkeiten ein Gläubiger hat, wenn der Schuldner gar nicht, nicht zur richtigen Zeit oder in anderer Form nicht erwartungsgemäss erfüllt². Kann der Gläubiger in einem solchen Fall die Erbringung der Leistung durch den Schuldner erzwingen, Ersatz allfälliger Schäden verlangen oder vom ganzen Vertrag durch Rücktritt Abstand nehmen? Welches sind die Auswirkungen auf die Gegenleistung des Gläubigers?

Leistungsstörungen können bei allen Arten von Obligationen auftreten³, auch im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen⁴. Die nachstehenden Ausführungen gehen der Frage nach, welches rechtliche Instrumentarium dem Gläubiger eines verwaltungsrechtlichen Vertrags zur Verfügung steht, wenn der Schuldner gar nicht, nicht zur richtigen Zeit oder in anderer Form nicht erwartungsgemäss erfüllt.

B. Lösungsansatz

Was für den verwaltungsrechtlichen Vertrag im Allgemeinen gilt, trifft auf die spezifischere Frage der Leistungsstörungen noch verstärkt zu: Die Gerichtspraxis ist spärlich und die rechtsdogmatische Grundlagenarbeit ist in weiten Teilen noch ausstehend.

Immerhin findet sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Entscheid aus dem Jahr 1981, der für die vorliegende Fragestellung den Weg weist:

«Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen sind unter Heranziehung der Bestimmungen des Obligationenrechts zu beurteilen, soweit das öffentliche Recht keine eigenen Regeln vorsieht und die für zivilrechtliche Verträge geltenden Grundsätze sich als sachgerecht erweisen»⁵.

² Vgl. z.B. SCHWENZER, N 60.01 ff., S. 421 ff.

³ SCHWENZER, N 60.05, S. 422.

⁴ Zum Begriff der verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 460 ff.

⁵ Urteil des BGer vom 20. Juli 1981 (Entlastungsstrasse Appenzell-Steinegg), in: ZBl 1982, S. 72 ff., E. 2, S. 73 f.

Im Entscheid BGE 122 I 328 (VINZENZ VON TSCHARNER) führte das Bundesgericht aus, dass im Falle von Vertragsverletzungen die Regeln des Obligationenrechts als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze zur Anwendung gelangen⁶.

Es sprechen gute Gründe für diesen Lösungsansatz⁷; die nachfolgenden Überlegungen werden daher darauf aufbauen.

C. Vorgehen

Bei Leistungsstörungen im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnissen ist gestützt auf den bundesgerichtlichen Lösungsansatz methodisch wie folgt vorzugehen: Soweit der Vertrag keinen spezifischen öffentlichrechtlichen Bestimmungen unterliegt, ist als erstes zu ermitteln, welches die Rechtsfolgen in einer analogen zivilrechtlichen Konstellation wären. In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob die zivilrechtliche Lösung als «sachgerecht» anzusehen ist.

Für eine Auseinandersetzung mit dem Leistungsstörungsrecht bei verwaltungsrechtlichen Verträgen ist es daher unumgänglich, zuerst die massgeblichen Charakteristika der OR-Lösung zu resümieren (Kap. III./A). Dabei kann es im Rahmen der vorliegenden Ausführungen zum vornherein nur um einen groben Überblick gehen mit punktuellen Vertiefungen bei jenen Fragen, welche sich für verwaltungsrechtliche Verträge als relevant erweisen werden.

Wie sich zeigen wird, ist die zivilrechtliche Lösung für verwaltungsrechtliche Verträge dann als sachgerecht anzusehen, wenn sie der Beteiligung der Verwaltungsbehörden am Rechtsverhältnis und dem involvierten öffentlichen Interesse ausreichend Rechnung trägt. Das führt zur Frage, nach welchen Kriterien zu beurteilen ist, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

Der Suche nach den dafür massgeblichen Entscheidungskriterien dient zum einen ein Überblick über spezialgesetzliche Bestimmungen im Bundesrecht (Kap. III./B). Dieser soll aufzeigen, wo der Bundesgesetzgeber mit Bezug auf Leistungsstörungen Regelungsbedarf annimmt, wenn er verwaltungsrechtliche Verträge spezialgesetzlich normiert. An Hand dessen lassen sich erste Anhaltspunkte für die Beurteilung der Frage gewinnen, wann sich für das Leis-

⁶ BGE 122 I 328 (VINZENZ VON TSCHARNER), E. 7b, S. 340 f. Im Zusammenhang mit Willensmängeln bestätigt in BGE 132 II 161 ff. (X. vs. Oberzolldirektion), E. 3.1., S. 164. Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vgl. RYTER SAUVANT.

⁷ Vgl. dazu Kap. II.

tungsstörungsrecht bei verwaltungsrechtlichen Verträgen Abweichungen gegenüber der OR-Lösung aufdrängen. Zum andern dürfen wir auch von den tragenden Grundsätze des verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsrechts weitere Hinweise dafür erwarten, wann sich die privatrechtliche Lösung als sachgerecht erweist (Kap. III./C).

Gestützt auf diese Grundlagen sollen in kritischer Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung Hinweise für eine Dogmatik der Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen entwickelt werden (Kap. IV.).

Die zahlreichen offenen Fragen münden in die abschliessende Empfehlung, den bestehenden Unsicherheiten durch eine sorgfältige Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen (Kap. V.).

II. Zum Lösungsansatz des Bundesgerichts

Als genereller Lösungsansatz stösst die enge Anlehnung an die Regelung der Leistungsstörungen im OR in der Lehre soweit ersichtlich ausnahmslos auf Zustimmung⁸.

In der Tat ist das Privatrecht als Fundus bewährter Regeln für die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Beziehungen im Bereich des verwaltungsrechtlichen Vertrags unentbehrlich. Darauf hat MAX IMBODEN bereits 1958 hingewiesen⁹:

«Da die Interessenlage im Bereich des privatrechtlichen wie des verwaltungsrechtlichen Vertrages im wesentlichen übereinstimmt, wird im Gegenteil zu fordern sein, dass die allgemeinen Grundsätze des Bundesprivatrechts insoweit vom publizistischen Kontraktrecht zu rezipieren sind, als nicht besondere Bedürfnisse eine abweichende Ordnung nahe legen».

Diese Überlegungen sind aktueller denn je, zeichnet sich doch in der Rechtsprechung eine Tendenz ab, Verträge als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, die eine enge Verwandtschaft mit privatrechtlichen Nominatsverträgen aufweisen: So finden sich Beispiele für eine öffentlich-rechtliche «Leihe»¹⁰, einen öffentlich-rechtlichen «Mietvertrag»¹¹ oder einen öffentlich-rechtlichen «Dienstbarkeitsvertrag»¹². Weil sich die private Vertragspartei selten mit der

⁸ MOOR, S. 405; HÄNER, URP 2001, S. 607 f.; NGUYEN, S. 193 ff., MÜLLER TH., Verwaltungsverträge, S. 278 f.; KLEIN, S. 238; FLEINER-GERSTER, ZBl 1989, S. 187; ZK-LIEBER, N 75 zu Art. 7 ZGB.

⁹ IMBODEN, S. 94a.

¹⁰ Entscheid des Präsidenten der Rekurskommission VBS vom 29. Juli 1999 (VPB 65.16).

¹¹ Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 11. September 2003, in ZGGVP 2003, S. 198 ff.

¹² Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 3. März 2005 (VK.2004.00002).

rechtlichen Qualifikation ihres Vertrags auseinandersetzen dürfte, müssen bei solchen Verträgen die Abweichungen vom privaten Vertragsrecht so gering wie möglich gehalten werden. Die private Vertragspartei wird auch bei einer öffentlich-rechtlichen «Miete» erwarten, dass die einschlägigen privatrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden. In dieser Erwartung ist sie zu schützen.

Zu einem dem bundesgerichtlichen Lösungsansatz vergleichbaren Ergebnis gelangt man auch, wenn man mit NIKLAS LUHMANN von einer erwartungssichernden Funktion des Rechts ausgeht¹³. Das Rechtssystem behandelt den verwaltungsrechtlichen Vertrag dann in der geforderten konsistenten Weise, wenn es dessen Vertragscharakter durch Anknüpfung an die Regeln des privaten Vertragsrechts berücksichtigt, und sich gleichzeitig mit Bezug auf die Besonderheiten des Verwaltungshandelns – Beteiligung einer Verwaltungsbehörde, öffentliches Interesse am verwaltungsvertraglichen Rechtsverhältnis – an den für die Verfügung entwickelten Grundsätzen orientiert¹⁴. Der Lösungsansatz des Bundesgerichts deckt sich mit dieser Überlegung. Ausgangspunkt bildet das private Vertragsrecht¹⁵, das aber – aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des öffentlichen Interesses – in zweierlei Hinsicht Modifikationen erfahren kann:

- das öffentliche Recht kann eigene Regeln vorsehen, die den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen vorgehen: Diese Einschränkung ist aufgrund des Legalitätsprinzips – in seinem Teilgehalt als Gesetzesvorrang – geboten;
- die für zivilrechtliche Verträge geltenden Grundsätze müssen sich als sachgerecht erweisen: Hier geht es darum zu prüfen, ob die zivilrechtlichen Regeln der Beteiligung der Verwaltungsbehörden am Rechtsverhältnis und der Involvierung des öffentlichen Interesse ausreichend Rechnung tragen.

¹³ Für eine Analyse von verwaltungsrechtlichen Verträgen mit den Mitteln der Systemtheorie vgl. MÜLLER TH., Verwaltungsverträge.

¹⁴ MÜLLER TH., Verwaltungsverträge, S. 184 f.

¹⁵ Das französische Verwaltungsrecht hat im Zusammenhang mit Leistungsstörungen interessante Instrumente wie der «*théorie du fait du prince*» und die «*théorie de l'imprévision*» entwickelt. vgl. MÜLLER TH., Verwaltungsverträge, S. 264; ausführlich NGUYEN, S. 240 ff.. Eine Übernahme dieser Grundsätze allein gestützt auf richterliche (respektive verwaltungsinterne) Rechtsfortbildung ist insofern heikel, als Private im Rahmen eines (privat- oder verwaltungsrechtlichen) Vertragsverhältnisses nicht mit derart weitgehenden Einwirkungsmöglichkeiten rechnen. Das schliesst es selbstverständlich nicht aus, eine entsprechende Regelung vertraglich zu vereinbaren. Vor allem aber wären diese Instrumente im Rahmen einer (Teil-)Kodifikation des verwaltungsrechtlichen Vertrags zu diskutieren. Auf weitere rechtsvergleichende Hinweise muss an dieser Stelle verzichtet werden.

III. Grundlagen

A. Zum Leistungsstörungenrecht im OR

1. Tatbestand

a. Begriffliches

Das OR kennt keinen allgemeinen Begriff der «Leistungsstörung». Sein Konzept basiert vielmehr auf den traditionellen Leistungsstörungstatbeständen¹⁶. Dabei geht es primär um folgende «Trias» (SCHWENZER)¹⁷:

- Nichtleistung (Unmöglichkeit);
- Spätleistung (Schuldnerverzug);
- Schlechtleistung (positive Vertragsverletzung).

Folgt man allerdings der Lehre vom einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis aus rechtsgeschäftlichem Kontakt, die sich in der schweizerischen Literatur durchzusetzen scheint¹⁸, wäre der Begriff Leistungsstörung weiter zu fassen. Für die Anhänger dieser Lehrmeinung gilt als Leistungsstörung jede Verletzung einer Verhaltenspflicht, welche auf dem einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis basiert¹⁹. Entsprechend setzt das System der Leistungsstörungen bei der «culpa in contrahendo» an und erstreckt sich über den Erfüllungszeitpunkt hinaus bis zu den nachwirkenden Vertragspflichten.

Für diese Konzeption des einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnisses werden überzeugende Argumente vorgebracht. Wenn sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Rechtsfolgen der erwähnten Trias von Nicht-, Spät- und Schlechtleistung konzentrieren, ist dies deshalb nicht im Sinne einer Absage an diese Lehrmeinung zu werten²⁰.

¹⁶ Vgl. BSK-WIEGAND, Einleitung zu den Art. 97 – 107 OR, N 1 f.; dazu auch SCHWENZER, N 60.02, S. 421 f.

¹⁷ Den Leistungsstörungen ist auch der Gläubigerverzug zuzurechnen (SCHWENZER, a.a.O.); dieser wird nachfolgend aber ausgeklammert. Sodann wird bisweilen auch die «Uner-schwinglichkeit» der Leistung im Rahmen der Leistungsstörungen abgehandelt. Dieser Tatbestand, der nach Massgabe der *clausula rebus sic stantibus* zu beurteilen ist, wird hier ebenfalls nicht vertieft. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung findet die Lehre von der *clausula rebus sic stantibus* auch bei verwaltungsrechtlichen Verträgen Anwendung, vgl. BGE 122 I 328 (VINZENZ VON TSCHARNER), E. 7 b, S. 341.

¹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2514 ff.; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Allgemeine Einleitung, N 142 ff.

¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2518.

²⁰ Vgl. zur culpa in contrahendo im öffentlichen Vertragsrecht die Hinweise bei KLEIN, S. 235 ff.

b. Das Regelungskonzept des OR

Dem Gesetzgeber ist es nicht gelungen, eine lückenlose, in sich geschlossene Regelung der Leistungsstörung zu schaffen: Aus historischen Gründen findet sich etwa die Regelung der anfänglichen Unmöglichkeit in Art. 20 OR, während aus legislatorischen Überlegungen die nachträgliche, vom Schuldner nicht zu verantwortende Unmöglichkeit in Art. 119 OR im Zusammenhang mit dem Erlöschen der Obligationen geregelt wurde.

Literatur und Rechtsprechung haben dieses Konzept des OR dergestalt modifiziert und weiterentwickelt, dass die gesetzliche Trennung zwischen den verschiedenen Formen der Leistungsstörungen heute weitgehend relativiert ist. Die Tendenz geht wie erwähnt in Richtung eines einheitlichen Tatbestandes, der alle Formen der Unmöglichkeit und Schlechterfüllung umfasst²¹.

Die Relativierung der Unterschiede zwischen den verschiedenen Formen der Leistungsstörungen wirkt sich für die vorliegende Fragestellung – vereinfachend dargestellt – in zweierlei Hinsicht aus: Zum einen sollen dem Gläubiger die Wahlrechte, die ihm im Falle des Verzugs gemäss Art. 107 Abs. 2 OR eingeräumt werden, auch bei anderen Leistungsstörungen – insbesondere bei der Leistungsunmöglichkeit – zur Verfügung stehen. Zum anderen soll der Vertragsrücktritt als «schärfste» Sanktionsmöglichkeit nur bei wesentlichen Leistungsstörungen offen stehen – ein Postulat, das sich auf Art. 49 WKR stützen kann²².

2. Rechtsfolgen

a. Leistungsunmöglichkeit

Bei der Leistungsunmöglichkeit sind die Rechtsfolgen unterschiedlich, je nachdem, ob die Unmöglichkeit bei Vertragsschluss bereits bestand oder erst später eingetreten ist. Weiter ist von Bedeutung, ob die Unmöglichkeit auf objektive oder subjektive Gründe zurückgeht²³.

Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit ist der Vertrag gemäss Art. 20 OR nichtig; diese Konstellation bleibt nachfolgend ausgeklammert.

²¹ BSK-WIEGAND, Einleitung zu den Art. 97 – 107 OR, N. 1; vgl. dazu ausführlich: MÜLLER-CHEN, insb. S. 371 ff.

²² Gemäss Art. 49 WKR ist der Vertragsrücktritt nach unbenutztem Ablauf der Nachfrist nur zulässig, wenn eine wesentliche Vertragsverletzung oder ein antizipierter Vertragsbruch vorliegt.

²³ Zur Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit vgl. statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2589 ff.

Tritt die Leistungsunmöglichkeit erst nach Vertragsschluss ein, hängt die Rechtsfolge davon ab, ob sie durch den Schuldner verschuldet wurde oder nicht:

- Bei verschuldeter nachträglicher Leistungsunmöglichkeit räumt Art. 97 OR dem Schuldner einen Schadenersatzanspruch ein. Für die Anspruchsvoraussetzungen muss an dieser Stelle auf die einschlägige Spezialliteratur verwiesen werden²⁴.
- Bei unverschuldeter nachträglicher Leistungsmöglichkeit erlischt die Obligation demgegenüber gemäss Art. 119 OR und es kommt zu einem Rückabwicklungsverhältnis²⁵. Gemäss Lehre und Rechtsprechung stehen dem Gläubiger zusätzlich aber auch die für den Schuldnerverzug vorgesehenen Wahlrechte im Sinne der Art. 107 ff. OR zur Verfügung.

b. Leistungserzwingung bei der Spät- und der Schlechtleistung

Bei der Spät- und der Schlechtleistung ist eine korrekte Vertragserfüllung noch möglich. In diesen Fällen besteht die primäre Rechtsfolge in der Leistungserzwingung. Der Anspruch auf Erfüllung ist im OR zwar nicht explizit geregelt, wird aber in den Art. 97 Abs. 2, 98 Abs. 1 und 107 Abs. 2 implizit vorausgesetzt²⁶.

Der Gläubiger kann beim zuständigen Richter ein Leistungsurteil erstreiten und dieses – falls der Schuldner weiterhin nicht leistet – durch die zuständigen Staatsorgane vollstrecken lassen²⁷. Die Vollstreckung von Geldleistungspflichten richtet sich dabei nach den Regeln des SchKG, während die Realvollstreckung anderer Leistungspflichten nach Massgabe der zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgt.

Im Sinne eines vollstreckungsrechtlichen Minimalstandards sieht das OR in Art. 98 Abs. 1 die Ersatzvornahme vor, bei der sich der Gläubiger richterlich ermächtigen lassen kann, die geschuldete Leistung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen oder durch einen Dritten vornehmen zu lassen.

²⁴ Siehe etwa BK-WEBER, N 23 ff. zu Art. 97 OR m.w.H.

²⁵ Vgl. zu dieser Bestimmung etwa BSK-WIEGAND, N 1 ff. zu Art. 119 OR. Die Lehre unterstellt wohl überwiegend die objektive und die subjektive unverschuldete Unmöglichkeit Art. 119 OR; anders insbesondere GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2607 ff., 3213 ff. Wenn man dem Gläubiger allerdings das Recht zugesteht, auch im Falle von Art. 97 Abs. 1 OR ein Vorgehen gemäss Art. 107 OR zu wählen, sind die praktischen Auswirkungen dieser Kontroverse im Ergebnis gering; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2615.

²⁶ SCHWENZER, N. 61.02, S. 423. Sie charakterisiert den Erfüllungsanspruch als Rückgrat der Obligation im kontinentalen Recht.

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2572 ff.

In der Praxis besitzen der Erfüllungsanspruch und seine zwangsweise Durchsetzung indessen nicht jene Bedeutung, die man erwarten würde. Kann die versprochene Leistung anderweitig am Markt beschafft werden, wird der Gläubiger in der Regel ein Vorgehen gemäss Art. 107 Abs. 2 OR wählen, indem er eine Nachfrist setzt und nach deren fruchtlosen Ablauf vom Vertrag Abstand nimmt. Der Weg über eine Erfüllungsklage mit anschliessender Zwangsvollstreckung ist in diesen Fällen zu zeit- und kostenintensiv²⁸.

c. Schadenersatz bei Schlechtleistung

Art. 97 Abs. 1 OR räumt nicht nur bei verschuldeter nachträglicher Leistungsunmöglichkeit einen Schadenersatzanspruch ein, sondern gewährt diesen auch bei einer durch den Schuldner zu verantwortenden nicht gehörigen Vertragserfüllung. Lehre und Rechtsprechung haben die für die nachträgliche Leistungsunmöglichkeit vorgesehene Schadenersatzpflicht sodann auf die Tatbestände der positiven Vertragsverletzung erweitert²⁹.

d. Die Wahlrechte gemäss Art. 107 ff. OR

Die Weiterentwicklung des Leistungsstörungsrechts durch Lehre und Rechtsprechung hat dazu geführt, dass die streng genommen alleine für den Schuldnerverzug vorgesehenen Wahlrechte des Gläubigers gemäss den Art. 107 ff. OR heute für alle Leistungsstörungen Gültigkeit erlangt haben.

Gemäss Art. 107 Abs. 1 OR hat der Gläubiger dem Schuldner eine Nachfrist anzusetzen. Dieses Recht stellt eine eigentliche Gnadenfrist dar, weil die durch die Art. 107 – 109 OR eingeräumten Rechte eine Belastung für den Schuldner darstellen. Bei unbenutztem Ablauf der Nachfrist hat der Gläubiger verschiedene Wahlrechte:

- Der Gläubiger kann zunächst wählen, ob er auf der Leistungserfüllung durch den Schuldner beharrt oder nicht: Im ersten Fall klagt er auf Erfüllung und verlangt Schadenersatz wegen Verspätung.
- Der Gläubiger kann aber auch – wenn er es unverzüglich erklärt – auf die nachträgliche Leistung verzichten. Dann erwächst ihm ein weiteres Wahlrecht. Er kann wählen zwischen:
 - Der Aufrechterhaltung des Vertrags mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung anstelle der verschmähten Gegenleistung; und
 - Der Vertragsaufhebung durch Rücktritt. Die Rücktrittserklärung ist ihrer Rechtsnatur nach ein Gestaltungsrecht, das ein bestehendes Geschäft aufhebt

²⁸ SCHWENZER, N 61.02, S. 423 f.

²⁹ Statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 2603 ff.

und es durch ein Abwicklungsgeschäft ersetzt. Bei Verschulden hat der Gläubiger überdies Anspruch auf das negative Vertragsinteresse. Der Vertragsrücktritt soll als «schärfste» Sanktionsmöglichkeit nur bei wesentlichen Leistungsstörungen offen stehen³⁰.

e. Spezifische Rechtsfolgen bei der Regelung der einzelnen Vertragsverhältnissen im OR

Neben den Bestimmungen zum Leistungsstörungenrecht im allgemeinen Teil des OR finden sich bei den besonderen Vertragsarten zuweilen spezifische Rechtsfolgen verankert. Praktisch am wichtigsten sind die Mängelrechte und die erleichterte Ersatzvornahme:

- Die Haftung für Mängel einer Sache ist eine besonders geordnete Rechtsfolge nicht richtiger Erfüllung. Sie wird im OR unter dem Titel Sachgewährleistung geregelt. Die Haftung besteht darin, dass der Schuldner für die Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes einzustehen hat. Man findet diese Rechtsfolge etwa bei den Bestimmungen zum Kauf³¹, zum Miet³²- und zum Werkvertrag³³. Der Gläubiger hat nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften Anspruch auf Wandelung, Minderung, Nachbesserung (Werkvertrag) oder Nachlieferung wahrhafter Ware (beim Kauf vertretbarer Sachen).
- Eine erleichterte Ersatzvornahme wird dem Gläubiger im Miet- und Pachtrecht³⁴ sowie im Werkvertragsrecht³⁵ eingeräumt.

f. Leistungsverweigerungsrechte

Das OR räumt dem Gläubiger im Falle von Leistungsstörungen Sicherungs- und Druckmittel in Form von Leistungsverweigerungsrechten ein³⁶: Gemäss Art. 82 OR kann der Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben, soweit auf seiner Seite keine Vorleistungspflicht besteht. Bei einer Ver-

³⁰ So ist der Rücktritt vom Vertrag etwa in folgenden Fällen ausgeschlossen: bei Käuferverzug bei Kreditkauf (Art. 214 Abs. 3 OR); bei Teilverzug, wenn es nur um einen unwesentlichen Teil der Leistung geht; bei Solidarschuldnerschaft; in Analogie zu Art. 207 Abs. 3 OR; falls der Verzug eine Nebenleistungspflicht betrifft, welche sich nicht als Äquivalent der vom Gläubiger geschuldeten Leistung darstellt; wenn er rechtsmissbräuchlich wäre; beim Dauervertrag (wird ersetzt durch ein Kündigungsrecht [ex nunc-Wirkung]).

³¹ Art. 197 ff. OR.

³² Art. 259a ff. OR.

³³ Art. 368 ff. OR.

³⁴ Art. 259b lit. b OR, für das Pachtrecht i.V.m. Art. 288 Abs. 1OR.

³⁵ Art. 366 Abs. 2 OR.

³⁶ Vgl. dazu etwa die Darstellung bei SCHWENZER, N 62.01 ff., S. 426 ff.

schlechterung der Vermögenslage der anderen Partei gewährt Art. 83 OR ausserdem ein Rückbehaltungsrecht in Form einer «Unsicherheitseinrede».

3. Dispositiver Charakter des Leistungsstörungenrechts

a. Allgemeines

Bei der Durchsicht von Judikatur und Literatur zu den Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen fällt auf, dass einem elementaren Charakteristikum des Privatrechts zu wenig Beachtung geschenkt wird: Die einschlägigen privatrechtlichen Regeln sind (weitgehend) dispositiver Natur³⁷. Die auf einen Vertrag anwendbaren Regeln bei vertraglichen Leistungsstörungen werden also durch den Parteiwillen bestimmt. Grenze bildet einzig das zwingende Gesetzesrecht.

b. Die zentrale Bedeutung des Parteiwillens

Wer die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen eruieren will, muss folglich als erstes den diesbezüglichen Vertragswillen der Parteien ermitteln.

Verträge – unabhängig davon, ob sie dem Privat- oder dem Verwaltungsrecht zugehören – sind indessen genauso wie Gesetze regelmässig unvollkommen und unvollständig. Nicht zuletzt die Regelung von Leistungsstörungen geht bei der Vertragsgestaltung häufig vergessen.

Erforderlich ist dann eine Vertragsergänzung³⁸. Umstritten ist dabei, ob bei der Schliessung von Vertragslücken primär auf das dispositive Gesetzesrecht zurückzugreifen ist (vereinfachend: objektive Vertragsergänzung) oder ob in erster Linie der (zumindest hypothetische³⁹) Parteiwille massgebend ist (vereinfachend: subjektive Vertragsergänzung). Heute wird überwiegend eine differenzierende Betrachtungsweise vertreten⁴⁰:

- Ausgangspunkt der richterlichen Vertragsergänzung bildet der Parteiwille. Der Richter soll dabei den Vertrag nach dessen besonderen Teleologie fortbilden⁴¹. Diese Methode soll uneingeschränkt Anwendung finden, wenn es sich um eine sehr spezielle, atypische Vertragsgestaltung handelt.

³⁷ BSK-WIEGAND, N 59 zu Art. 97 OR.

³⁸ Dazu und zum Folgenden: BSK-WIEGAND, N 57 ff. zu Art. 18 OR m.w.H.

³⁹ BSK-WIEGAND, N 76 zu Art. 18 OR.

⁴⁰ BSK-WIEGAND, N 71 ff. zu Art. 18 OR.

⁴¹ BK-KRAMER/SCHMIDLIN, N 217 zu Art. 18 OR.

- Hingegen kann man bei einem «typischen» Vertrag davon ausgehen, dass die Ergänzung durch das dispositive Gesetzesrecht, das vom Gesetzgeber bewusst als eine subsidiäre Ordnung geschaffen wurde, zu sachgerechten Ergebnissen führt.

c. **Privatrechtliche Instrumente zur Sicherung der Vertragserfüllung**

Das Privatrecht kennt eine breite Palette von Massnahmen zur Sicherung der Vertragserfüllung – oder anders gewendet: zur Vermeidung von Leistungsstörungen. Gemeinhin unterscheidet man dabei folgende Instrumente:

- Personalsicherheiten, bei denen sich ein Dritter zur Sicherung des Gläubigers mitverpflichtet⁴²;
- Realsicherheiten, insbesondere die Pfandbestellung;
- Hinterlegung;
- Sicherungsübereignung und –abtretung;
- Verstärkung der gesetzlichen Gläubigerstellung, insbesondere durch Konventionalstrafen und pauschalisierten Schadenersatz;
- «Private Vertragsvollstreckung».

Von besonderer Bedeutung erweist sich im vorliegenden Zusammenhang namentlich die letztgenannte Möglichkeit, vertraglich besondere Formen der Vollstreckung zu vereinbaren. Im Rahmen dieser sogenannten «privaten Vertragsvollstreckung» können die Voraussetzungen der Ersatzvornahme vertraglich erleichtert werden⁴³. Die Parteien können überdies eine private Pfandverwertung vorsehen, Zurückbehaltungsrechte vereinbaren oder Abzugsrechte (Minderung), Verrechnung sowie Ersatzleistungen Dritter (Versicherungen) vorsehen.

4. **Folgerungen für das Leistungsstörungsrecht bei verwaltungsrechtlichen Verträgen**

Überblickt man diese notgedrungen sehr punktuelle und unvollständige Übersicht über das Leistungsstörungsrecht des OR, erweisen sich folgende Aspekte als relevant für das Leistungsstörungsrecht bei verwaltungsrechtlichen Verträgen:

⁴² Z.B. Schuldbeitritt, vertragliche Solidarschuldnerschaft, Garantievertrag, Bürgschaft, garantieähnliche Verträge (Vertrag zu Gunsten Dritter).

⁴³ SCHUMACHER, N 356.

- Zentral erscheint mir die Erkenntnis, dass der Verweis auf das Privatrecht primär einen Verweis auf den Parteiwillen darstellt.
- Die Bedeutung des Parteiwillens gewinnt noch an Bedeutung, wenn Vertragslücken primär gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen geschlossen werden, wie dies etwa von ERNST KRAMER und von WOLFGANG WIEGAND überzeugend gefordert wird⁴⁴. Der bundesgerichtliche Lösungsansatz erhält dann einen etwas modifizierten Inhalt: Ausgangspunkt bildet der Parteiwille. Wenn sich dieser als lückenhaft erweist, ist der Vertrag gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen. Dieser hypothetische Parteiwille wird in «Standard-Situationen» regelmässig dem dispositiven Gesetzesrecht – also den Art. 97 ff. OR – gleichzusetzen sein. Je nach Konstellation wird aber der hypothetische Parteiwille von den dispositiven Regeln des OR abweichen. Verwaltungsrechtliche Verträge implizieren immer in gewissem Mass ein öffentliches Interesse an der Vertragserfüllung. Dies ist nicht nur im Sinne eines modifizierten Vertrauensprinzips zu berücksichtigen, indem sich der Private bewusst sein muss, dass die Verwaltungsbehörden das öffentliche Interesse realisieren wollen und müssen⁴⁵, sondern in gleichem Masse auch bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens.

Im Ergebnis bedeutet der Verweis auf das Privatrecht also, dass bei Leistungsstörungen grundsätzlich der Parteiwille die Rechtsfolgen bestimmt. Ist der Vertrag in dieser Hinsicht lückenhaft, ist er mittels Bezugnahme auf den hypothetischen Parteiwillen zu ergänzen. Bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens kommt den dispositiven Regeln des OR grosse Bedeutung zu, sind sie doch Ausdruck der vom Gesetzgeber für den Regelfall als sachgerecht angesehenen Lösung. Es ist jedoch namentlich bei verwaltungsrechtlichen Verträgen nicht auszuschliessen, dass das modifizierte Vertrauensprinzip – der private Vertragspartner muss berücksichtigen, dass die Verwaltungsbehörden das öffentliche Interesse verwirklichen müssen⁴⁶ – in Einzelfällen zu Nuancierungen führt.

Eine zweite wichtige Erkenntnis ist die geringe praktische Bedeutung der Leistungserzwingung im Privatrecht. Das OR sieht als Grundfolge bei Leistungsstörungen zwar die Leistungserzwingung vor. In der praktischen Umsetzung erweist sich dieses Instrument aber als derart zeit- und kostenintensiv, dass der Gläubiger in vielen Fällen ein anderes Vorgehen wählen wird. Als effizient können sich allenfalls zivilprozessuale Massnahmen erweisen.

⁴⁴ Vgl. Kap. III./A/3./b.

⁴⁵ MOOR, S. 398.

⁴⁶ MOOR, S. 398.

Ist die Leistungserzwingung für den Gläubiger unverzichtbar, ist er deshalb im privaten Vertragsrecht gut beraten, diesem Aspekt im Rahmen der Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen: Denkbar ist insbesondere eine Verknüpfung der Leistungspflicht des Schuldners mit Sicherungsmitteln wie Pfandrechten oder Konventionalstrafen oder die Vereinbarung einer «privaten Vertragsvollstreckung». Zuweilen sieht bereits der Gesetzgeber Vereinfachungen vor, indem er dem Gläubiger die Ersatzvornahme erleichtert. Es liegt nahe, diese Möglichkeiten der Vertragsgestaltung auch bei verwaltungsrechtlichen Verträgen zu übernehmen.

B. Zu den spezialgesetzlichen Regelungen im Bundesrecht

Die Analyse der bundesrechtlichen Regelungen von Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen erlaubt folgende Rückschlüsse:

1. Priorität der Leistungserzwingung

Der Gesetzgeber will in den spezialgesetzlichen Regelungen der Leistungsstörungen regelmässig die Erfüllung der Leistungspflicht der privaten Vertragspartei sicherstellen. Diese Priorität der Leistungserzwingung trägt dem Umstand Rechnung, dass an der Leistung der privaten Vertragspartei vielfach ein eminentes öffentliches Interesse besteht. Sie ist aber auch die Folge davon, dass den Verwaltungsbehörden bei der Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten Privater grundsätzlich nur im Umfang des Opportunitätsprinzips ein Spielraum zusteht⁴⁷.

Je nachdem, welcher Art das involvierte öffentliche Interesse ist, sieht der Gesetzgeber unterschiedliche Instrumente vor:

Die mildeste Massnahme findet sich beim Subventionsvertrag; hier erschöpfen sich die Rechtsfolgen in der Kürzung der staatlichen Finanzhilfe, was mit der Minderung bei der Sachmängelgewährleistung vergleichbar ist.

Das Subventionsgesetz sieht den Subventionsvertrag als Handlungsform für jene Fälle vor, bei denen der Empfänger einer Finanzhilfe nicht einseitig auf die Erfüllung seiner Aufgabe verzichtet darf (Art. 16 Abs. 2 SuG⁴⁸). Dieser soll – wie der Bundesrat in der

⁴⁷ Vgl. dazu Kap. III/C/2.

⁴⁸ Sie (sc. die Finanzhilfen und Abgeltungen) können durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gewährt werden, insbesondere wenn die zuständige Behörde über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt oder wenn bei Finanzhilfen ausgeschlossen werden soll, dass der Empfänger einseitig auf die Erfüllung seiner Aufgabe verzichtet.

Botschaft⁴⁹ ausführte – «durch die Wahl der Rechtsform des öffentlichrechtlichen Vertrags gezwungen werden, die Aufgabe zu erfüllen». Konsequenterweise enthält Art. 28 Abs. 4 SuG für vertragliche Finanzhilfen einen Vorbehalt zu Gunsten der Durchsetzung der Vertragserfüllung bei Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung der Aufgabe.

Im Enteignungsgesetz finden sich spezielle Bestimmungen zur Ersatzvornahme.

Gemäss Art 88 Abs. 2 EntG setzt der Präsident der Schätzungskommission bei Säumnis mit andern als Geldleistungen dem Enteigner auf Begehren des Berechtigten eine angemessene Frist zur Erfüllung an, mit der Androhung, dass sonst die Arbeiten vom Berechtigten selbst auf Rechnung des Pflichtigen erstellt werden können. In diesem Falle kann der Berechtigte vom Enteigner einen angemessenen Vorschuss verlangen, der im Streitfall durch den Präsidenten der Schätzungskommission festgesetzt wird.

Das Gesetz sieht zuweilen Massnahmen zur Sicherung der Leistungserfüllung vor. Diese Sicherungsrechte bestehen teils ex lege, teils erwähnt das Gesetz die Möglichkeit, sie vertraglich zu vereinbaren.

Gemäss Art. 34 Abs. 1 Landesversorgungsgesetz können im Pflichtlagervertrag Konventionalstrafen vereinbart werden⁵⁰. Dabei entbindet gemäss Art. 34 Abs. 3 LVG die Leistung einer Konventionalstrafe nicht von der Vertragserfüllung; dies belegt wiederum die prioritäre Bedeutung der Leistungserzwingung. Das LVG sieht beim Pflichtlagervertrag zusätzlich gesetzliche Pfandrechte und Sicherheiten⁵¹ sowie die solidarische Verpflichtung Dritter⁵² vor. Auch in der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung findet sich der Hinweis auf eine Konventionalstrafe, indem gemäss Art. 15 Abs. 2 lit. g NZV in der Netzzugangsvereinbarung die bei Nichteinhaltung der Vereinbarung zu leistenden Zahlungen festzulegen sind⁵³.

Gebietet es das öffentliche Interesse, dass die Verwaltungsbehörden bei Leistungsstörungen rasch eingreifen können, finden sich in den gesetzlichen Regelungen gelegentlich besondere Bestimmungen zu vorsorglichen Massnahmen.

So räumt Art. 26 BPG dem Arbeitgeber die Kompetenz zum Erlass der notwendigen vorsorglichen Massnahmen ein, wenn der geordnete Vollzug der Aufgaben gefährdet ist⁵⁴.

⁴⁹ BBl 1987 I 369, S. 408 ff.

⁵⁰ Gemäss Abs. 2 bestimmen die zuständigen Organe des Bundes bestimmen im Einzelfall die Höhe der im vertraglich vereinbarten Rahmen einzufordernden Konventionalstrafe. Wird die Konventionalstrafe grundsätzlich nicht anerkannt oder der Höhe nach bestritten, so rufen die zuständigen Organe des Bundes das Bundesverwaltungsgericht an.

⁵¹ Art. 12 ff. LVG.

⁵² Art. 6 Abs. 4 LVG.

⁵³ Streitigkeiten werden gemäss Art. 40a EBG durch eine Schiedskommission nach den Artikeln 71a–71c VwVG entschieden.

⁵⁴ Als mögliche Massnahmen, wenn die Gründe für die Gefährdung in der angestellten Person liegen, werden in einer nicht abschliessenden Aufzählung die Einstellung des Arbeitsverhältnisses mit dieser Person und die Kürzung oder Streichung des Lohns und weiterer Leistungen genannt.

Beim Pflichtlagervertrag besteht gemäss Art. 33 LVG die Möglichkeit vorsorglicher Beschlagnahmen.

Werden verwaltungsrechtliche Verträge seitens der Verwaltungsbehörden von dezentralisierten oder privatisierten Einheiten abgeschlossen, sind spezialgesetzlich gelegentlich Aufsichtsrechte verankert. Ein Beispiel dafür bildet Art. 14 Abs. 4 AnGG⁵⁵.

Schliesslich fällt bei der Durchsicht der spezialgesetzlichen Regelungen auf, dass diese verschiedentlich verwaltungsrechtliche Sanktionen verankern, und zwar nicht nur exekutorische, sondern auch repressive⁵⁶.

Im BPG wird in Art. 25 die Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten geregelt. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmungen können die Ausführungsbestimmungen bei Fahrlässigkeit als Massnahmen die Verwarnung, den Verweis oder die Änderung des Aufgabenkreises vorsehen. Bei Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit können sie zudem die Lohnkürzung, die Busse sowie die Änderung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes vorsehen (Abs. 3). Für den Pflichtlagervertrag sieht Art. 31 LVG den Entzug von nicht vermögensrechtlichen Vorteilen vor, wenn Behörden durch unrichtige Angaben oder Unterdrückung von Tatsachen irreführt werden oder eine solche Irreführung versucht wird. Art. 32 Abs. 2 LVG regelt Rückforderung und Verfall unrechtmässig gewährter oder erlangter Waren und Vermögensvorteile zugunsten des Bundes. Schliesslich haben die zuständigen Organe des Bundes gemäss Art. 33 LVG die Möglichkeit, mittels administrativer Rechtsnachteile (Entzug oder Verweigerung von Bewilligungen, Abgabe- und Bezugsbeschränkungen und Auferlegung von Zuteilungskürzungen) auf Gesetzesverstösse zu reagieren.

2. Vertragsaufhebung nur bei wesentlichen Leistungsstörungen

Im Sinne der heutigen Tendenz im Privatrecht, die Sanktion des Vertragsrücktritts nur bei wesentlichen Leistungsstörungen zuzulassen, wird der Vertragsrücktritt oder allgemein die Auflösung des Vertrags bei den spezialgesetzlich normierten verwaltungsrechtlichen Verträgen nur unter einschränkenden Voraussetzungen zugelassen.

Beim Subventionsvertrag etwa berechtigt die Schlechterfüllung nicht zu einer Auflösung des Vertrags, sondern hat – nach wirkungsloser Mahnung – die Kürzung der staatlichen Leistung zur Folge, was sich mit einer Minderung im Sinne des Kauf- oder Werkvertragsrechts vergleichen lässt (Art. 28 Abs. 2 SuG). Im Vergleich zur privatrechtlichen Rege-

⁵⁵ Gefährdet oder verletzt ein Anschliesser die betrieblichen oder die Sicherheitsinteressen der Bahn, eines anderen Anschliessers oder eines Mitbenützers, so ordnet die Aufsichtsbehörde die notwendigen Massnahmen an.

⁵⁶ Im öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsrecht unterscheidet man zwischen exekutorischen Sanktionen, welche unmittelbar die Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Pflichten bezwecken (Schuldbetreibung, Ersatzvornahme, unmittelbarer Zwang) und repressiven Sanktionen, welche nicht den rechtmässigen Zustand wiederherstellen sollen, sondern – im Anschluss an die Pflichtverletzung – verhindern, dass künftig wieder ein rechtswidriger Zustand eintritt; vgl. dazu: MOOR, S. 115 f.

lung handelt es sich dabei um eine Beschneidung der Handlungsmöglichkeiten, stellt das OR dem Gläubiger doch die gesamte Palette von Art. 107 OR – also auch den Vertragsrücktritt – nicht nur bei der Nicht-, sondern bereits bei der Schlechterfüllung zur Verfügung. Sodann besteht zwar ein Rücktrittsrecht, wenn die Verwaltungsbehörden die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt haben. Wiederum ist dieses Rücktrittsrecht jedoch beschränkt. Die Verwaltungsbehörden haben auf den Rücktritt zu verzichten, wenn die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 2 SuG erfüllt sind.

Auch das Bundespersonalgesetz schränkt bei der Kündigung von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen die Dispositionsfreiheit der Verwaltungsbehörden im Vergleich zum Zivilrecht ein, indem es mögliche Kündigungsgründe enumeriert (Art. 12 BPG).

Schliesslich findet sich im Anschlussgleisgesetz mit Art. 15 AnGG eine Bestimmung, welche die Freiheit des Bahninfrastrukturbetreibers, einen Anschlussgleisvertrag bezüglich Infrastruktur aufzuheben, einschränkt (Art. 15 AnGG)⁵⁷.

Die Art. 102 ff. EntG sehen unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch des Enteigneten auf Rückübertragung des Enteignungsobjekt vor.

3. Differenzierte Lösungen

Bei einer gesamthaften Würdigung der verschiedenen Regelungen fällt auf, dass die spezialgesetzlichen Bestimmungen je nach Regelungsgegenstand erheblich differieren. Massgebend ist das öffentliche Interesse, das mit der Vertragserfüllung verknüpft ist. Es gibt nicht *den* verwaltungsrechtlichen Vertrag; folglich kann es auch kein einheitliches, alle Vertragsarten übergreifendes Leistungsstörungsrecht geben. Gefragt sind vielmehr differenzierte Lösungen.

⁵⁷ Vgl. dazu das Urteil des BGer 2A.507/2003 vom 29. November 2004 E. 3.2.: «Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, neben den in Art. 15 AnGG genannten Kündigungsgründen müssten auch weitere Kündigungsgründe, gestützt auf das allgemeine Vertragsrecht, zugelassen werden. Dies trifft jedenfalls nicht generell zu: Verwaltungsrechtliche Verträge unterstehen nur insoweit dem privatrechtlichen Vertragsrecht, als das öffentliche Recht nicht besondere Regeln enthält (BGE 105 Ia 207 E. 2b; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, S. 222). Wenn das Anschlussgleisgesetz, um Gleisanschlüsse zu fördern, eine Anschlusspflicht und bestimmte Kündigungsgründe festlegt, ist davon auszugehen, dass das Bahnunternehmen nicht darüber hinaus weitere Kündigungsgründe geltend machen kann, wie sie in einem privatautonomen Vertragsverhältnis zulässig wären. In Frage kämen allenfalls Kündigungsgründe, die als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze gelten können wie z.B. eine Vertragsverletzung durch den Vertragspartner oder eine objektive Unmöglichkeit, aber jedenfalls nicht beliebige Kündigungsgründe des allgemeinen Vertragsrechts.»

4. Folgerungen

Aus den spezialgesetzlichen Regelungen des öffentlich-rechtlichen Leistungsstörungsrechts können drei generell geltende Folgerungen abgeleitet werden:

- Für die Ausgestaltung der Rechtsfolgen bei Leistungsstörungen orientiert sich der Gesetzgeber in hohem Masse am öffentlichen Interesse an der Vertragserfüllung;
- Im Verhältnis zum privaten Vertragspartner ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren, was den Handlungsspielraum der Verwaltungsbehörden im Vergleich zur OR-Lösung einschränkt;
- Differenzierungen sind unverzichtbar. Es lassen sich nicht alle verwaltungsrechtlichen Verträge über den gleichen Leisten schlagen.

C. Zum verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsrecht

1. Erzwingung der Leistung mittels Vollstreckung

Die Erzwingung der Leistung, die wir als eine mögliche Rechtsfolge ausgemacht haben, wird bei den Verfügungen ausschliesslich unter dem Stichwort «Vollstreckung» diskutiert. Diese Differenz ist leicht erklärbar: Im Gegensatz zu zivilistischen Verträgen verschaffen (rechtskräftige) Verfügungen einen Vollstreckungstitel. Demgegenüber muss ein solcher bei Verträgen regelmässig erstritten werden⁵⁸.

Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind die Mittel, mit welchen die Erfüllung von verwaltungsrechtlichen Pflichten erzwungen wird. Darüber hinaus sollen sie präventiv einen Verstoss gegen die Rechtsordnung verhindern und als Instrument zum Ausgleich zugefügter Schäden dienen. Sie sind unerlässlich, da der Staat grundsätzlich nicht auf die Erfüllung verzichten kann. Verwaltungsrechtliche Sanktionen bilden das notwendige Gegenstück zur Verfügungsgewalt der Verwaltungsbehörden, indem sie die Beachtung der gesetzlichen Pflichten und der hoheitlichen Anordnungen sicherstellen und dadurch der *Rechtssicherheit* dienen⁵⁹.

⁵⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 321.

⁵⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1134.

2. Ermessensspielraum der Behörden

Die Verwaltungsbehörden besitzen mit Bezug auf die Vollstreckung von Verfügungen nur im Umfang des Opportunitätsprinzips einen Spielraum. Grundsätzlich sind sie gezwungen, rechtskräftige Verfügungen durchzusetzen⁶⁰.

3. Einbindung in rechtsstaatliche Grundsätze

Die Verwaltungsbehörden sind bei der Vollstreckung von Verfügungen in rechtsstaatliche Grundsätze eingebunden⁶¹. Folgende Hinweise müssen an dieser Stelle genügen:

- das *Gleichbehandlungsgebot* verlangt – im Rahmen des Opportunitätsprinzips –, dass die Rechtsordnung durchgesetzt wird;
- das *Legalitätsprinzip* fordert, dass die Behörde für die Anordnung der Sanktion kompetent ist und sich auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage stützen kann. Materiell ist gemäss herrschender Lehre bei exekutorischen Massnahmen keine gesetzliche Grundlage erforderlich, wenn die Sanktion nur eine Verpflichtung darstellt, die an die Stelle derjenigen tritt, welche der Pflichtige nicht erfüllt hat⁶². Hingegen bedürfen repressive Massnahmen und administrative Rechtsnachteile einer besonderen gesetzlichen Grundlage;
- das *Verhältnismässigkeitsgebot* ist in all seinen Teilgehalten zu beachten und verlangt demgemäss, dass die Sanktion ein geeignetes und erforderliches Mittel zur Durchsetzung der Verfügung darstellt und im Einzelfall zumutbar ist.

Mit Bezug auf die praktisch bedeutsame Ersatzvornahme lassen sich die rechtsstaatlichen Anforderungen demnach wie folgt konkretisieren:

Nicht erforderlich ist bei der Ersatzvornahme eine besondere gesetzliche Grundlage; denn die Sanktion tritt an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung. Unverzichtbar ist indessen die Androhung der Sanktion, weil Private die Möglichkeit haben müssen, ihre Pflicht selbst zu erfüllen, bevor der Staat an ihrer Stelle und auf ihre Kosten handelt. Auf die Androhung darf nur verzichtet werden, wenn Gefahr in Verzug ist oder wenn feststeht, dass die Betroffenen die Verpflichtung innert vernünftiger Frist nicht erfüllen können. Die Androhung wird von der herrschenden Lehre als Verfügung qualifiziert: Sie

⁶⁰ GYGI, S. 318 ff.

⁶¹ Dazu und zum Folgenden HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1142 ff.

⁶² MOOR, S. 100 f.; zustimmend HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 1144.

entfaltet selbständige Rechtswirkungen, indem sie die Sanktion und deren Adressaten bestimmt.

4. Folgerungen

Die geltenden Grundsätze der Vollstreckung bei Verfügungen führen die Bedeutung der rechtsstaatlichen Grundsätze vor Augen, denen die Verwaltungsbehörden unterliegen. Diese Einbindung in rechtsstaatliche Grundsätze hat für das Leistungsstörungenrecht bei verwaltungsrechtlichen Verträgen folgende Konsequenzen:

- Vertragliche Rechte müssen durchgesetzt werden (Grenze: Opportunitätsprinzip);
- «Exekutorische» Massnahmen bedürfen keiner besonderen gesetzlichen Grundlage: Die Sanktion tritt an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung;
- «Repressive» Massnahmen sind nur bei expliziter gesetzlicher Grundlage zulässig;
- Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass die Vertragsaufhebung nur als ultima ratio in Betracht kommt.

IV. Hinweise für eine Dogmatik der Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen

Im Folgenden sollen gestützt auf die bisher gewonnen Erkenntnisse und in kritischer Auseinandersetzung mit der Lehre und Rechtsprechung Hinweise für eine Dogmatik der Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen eruiert werden. Das Ziel kann dabei nicht eine erschöpfende Darstellung der Thematik sein; dafür ist die inhaltliche Ausgangslage bei den einzelnen Vertragsarten zu heterogen, und es sind zu viele Fragen offen. Die nachfolgenden Überlegungen beschränken sich deshalb auf punktuelle Hinweise.

A. Privatrechtliche Lösung als Ausgangspunkt

1. Sorgfältige Analyse des Sachverhalts im Lichte des Privatrechts

Soweit keine spezialgesetzliche Regelung existiert, steht am Anfang jeder Analyse von Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen die Frage, wie ein analoger Sachverhalt aus privatrechtlicher Sicht behandelt würde. Dafür ist eine sorgfältige Analyse des Sachverhalts im Lichte des Privatrechts unverzichtbar.

Der Entscheid Entlastungsstrasse Appenzell, auf den der Lösungsansatz des Bundesgerichts zurückgeht, kann nicht als Musterbeispiel für die geforderte sorgfältige Analyse herangezogen werden⁶³:

Private Grundeigentümer hatten für den Neubau einer Strasse Land abtreten müssen. Neben einer Geldleistung verpflichtete sich der Kanton, teilweisen Realersatz zu leisten, indem den Enteigneten ein Teil des Trassees der Appenzellerbahn, dessen Verlegung in Aussicht stand, zugewiesen werden sollte. Das Bundesgericht hatte ein Begehren der Enteigneten zu beurteilen, mit dem diese den Vollzug der vertraglich zugesicherten Übereignung des Ersatzlandes sowie Verzugszins verlangten. Massgebend für das Bundesgericht war im konkreten Fall der Umstand, dass sich das fragliche Land gar nicht im Eigentum des aus dem Vertrag verpflichteten Kantons befand, sondern in jenem der Appenzeller-Bahn. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Kanton Appenzell-Innerrhoden nicht in der Lage sei, seinen Teil der Enteignungsverträge voll zu erfüllen, solange die Appenzeller-Bahn das entsprechende Land nicht abgetreten habe. Zwangsmassnahmen gegen einen Schuldner, dem die Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht zur Leistung einer bestimmten Sache offensichtlich nicht möglich ist, seien indessen sinnlos und demgemäss gemäss Treu und Glauben unzulässig. Die Enteigneten hätten daher wie jeder andere Gläubiger aus einem Schuldverhältnis, das – mit oder ohne Verschulden einer Partei – nicht erfüllt werden kann, den Weg der Geltendmachung eines Schadenersatzbegehrens zu beschreiten, und zwar sowohl für ihre Ersatzforderung als auch für den behaupteten Verspätungsschaden. Die Enteigneten könnten in der spezifischen Situation in analoger Anwendung von Art. 107 OR sofort eine Wahlerklärung abgegeben⁶⁴.

Das Bundesgericht verweist demnach zwar einleitend auf das OR; eine entsprechende Analyse bleibt indessen aus. Stattdessen zieht das Bundesgericht den Grundsatz von Treu und Glauben heran und sucht gestützt darauf die ihm sachgerecht erscheinende Lösung.

Aus der Sicht des privaten Vertragsrechts wäre der Sachverhalt als subjektive Leistungsunmöglichkeit zu qualifizieren gewesen, die gemäss der herrschen-

⁶³ Vgl. Kap I/B.

⁶⁴ Entscheid des BGer vom 20. Juli 1981 (Entlastungsstrasse Appenzell-Steinegg; Fn. 5), E. 2, S. 73.

den Lehre unter Art. 119 OR zu subsumieren ist⁶⁵. Die Fragen, die das Bundesgericht eigentlich hätte beantworten müssen, lauten: Welche Auswirkungen hat der Umstand, dass sich die subjektive Leistungsunmöglichkeit auf eine Teilleistung bezieht? Und: Kann der Gläubiger unter den gegebenen Umständen – wo es um eine Leistungsunmöglichkeit und nicht um Verzug geht – gemäss den Art. 107 ff. OR vorgehen?

Aber auch wenn die Analyse im Lichte des zivilistischen Vertragsrechts sorgfältig erfolgt, wird nicht zwingend ein eindeutiges Ergebnis resultieren. Wer die Rechtslage im Privatrecht ermitteln will, kann sich nicht ausschliesslich auf Leistungsstörungsregelung im allgemeinen Teil des OR abstützen. Verwaltungsrechtliche Verträge weisen nicht selten Ähnlichkeit mit Nominatsverträgen auf⁶⁶, was zur Frage führt, ob beispielsweise die kaufrechtliche oder werkvertragliche Mängelhaftung greift⁶⁷. Das Verhältnis von Mängelhaftung zum allgemeinen Leistungsstörungsrecht wiederum ist umstritten.

Im Ergebnis kann man festhalten, dass eine sorgfältige Analyse der Rechtslage im Privatrecht unverzichtbar ist, aber keineswegs eine zweifelsfreie Ermittlung des Leistungsstörungsrechts garantiert.

2. Die Berücksichtigung des Parteiwillens

Nimmt man den bundesgerichtlichen Lösungsansatz zur Bewältigung von Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen ernst, bedeutet der Verweis auf das Privatrecht, dass für die Rechtsfolgen in erster Linie der Parteiwillen ausschlaggebend ist.

Der dispositiven Natur des Leistungsstörungsrechts des OR wurde bislang zu wenig Beachtung geschenkt. Sie ist in erster Linie in der Phase der Vertragsgestaltung von Bedeutung, indem sie die Vereinbarung individuell zugeschnittener Sicherungsmassnahmen ermöglicht.

Solange solche vertraglich vereinbarten Instrumente nur der Durchsetzung von (zulässigen) verwaltungsvertraglichen Verpflichtungen dienen, bedürfen die Verwaltungsbehör-

⁶⁵ BSK-WIEGAND, N 5 zu Art. 119 OR.

⁶⁶ Ein illustratives Beispiel bietet ein Entscheid des Kantonsgerichts Zug vom 11. September 2003 (in ZGGVP 2003, S. 198 ff.). Zu beurteilen war eine Klage im Zusammenhang mit einem Vertrag betreffend Benutzung einer Liegenschaft im Verwaltungsvermögen. Die private Vertragspartei stellte sich auf den Standpunkt, es handle sich um einen privatrechtlichen Mietvertrag, während das Kantonsgericht seine Zuständigkeit mit der Begründung verneinte, es liege ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor. Wäre in diesem Fall eine materiellrechtliche Fragestellung zu beantworten gewesen, wäre eine enge Anlehnung an die mietvertraglichen Bestimmungen zwingend gewesen.

⁶⁷ HÄNER, URP 2001, S. 608.

den dafür keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Solche Sicherungsmassnahmen sind mit den exekutorischen Vollstreckungsmassnahmen des Verfügungsrechts vergleichbar, für welche die herrschende Lehre eine explizite gesetzliche Grundlage für entbehrlich hält. Indessen ist im Einzelfall genau zu klären, ob bei solchen vertraglichen Vereinbarungen nicht doch ein «repressives» Element mitschwingt, bei dem eine gesetzliche Ermächtigung unverzichtbar ist. Dabei reduziert die Zustimmung des Privaten zum gesamten Vertragsinhalt die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage⁶⁸.

Als aus der Sicht des Legalitätsprinzips unbedenklich wird man die erleichterte Ersatzvornahme ansehen können, welche ausschliesslich der Durchsetzung von (zulässigen) verwaltungsvertraglichen Verpflichtungen dient. Bei Konventionalstrafen oder Pönalen wird man jedoch im Einzelfall abklären müssen, ob diesen allenfalls Strafcharakter zukommt, so dass sie ohne gesetzliche Grundlage nicht zulässig sind⁶⁹.

Darüber hinaus hat die Berücksichtigung des Parteiwillens auch Konsequenzen für die Auslegung von verwaltungsrechtlichen Verträgen: Ein bestehendes verwaltungsvertragliches Rechtsverhältnis muss allenfalls als lückenhaft qualifiziert werden, wenn es Leistungsstörungen nicht explizit regelt. Erweist sich für einen verwaltungsrechtlichen Vertrag das allgemeine Leistungsstörungenrecht des OR im Lichte der nachstehenden Kriterien als nicht sachgerecht, liegt eine «planwidrige Unvollständigkeit»⁷⁰ des Vertrags vor, wenn es die Vertragsparteien unterlassen haben, Leistungsstörungen vertraglich zu regeln.

Auf diese Weise könnte die Vertragsergänzung mittels hypothetischem Parteiwillen zum Einfallstor für eine «sachgerechte» Regelung des Vertragsrechts werden.

Die Korrekturmechanismen, die das Bundesgericht in seinem Lösungsansatz vorsieht, sind bei stärkerer Berücksichtigung des Parteiwillens bereits in der privatrechtlichen Regelung angelegt: Weil das Leistungsstörungenrecht grundsätzlich durch Parteiwillen bestimmt wird, fliesst somit die besondere Interessenlage eines verwaltungsrechtlichen Vertrags vermittelt über den Vertrauensgrundsatz gleichsam konsensual in den Vertragsinhalt ein. Vermutungsweise ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien eine sachgerechte Regelung im Falle von Leistungsstörungen anstreben.

⁶⁸ HÄNER, ZBl 2002, S. 57 ff.

⁶⁹ KLEIN erachtet die Konventionalstrafe grundsätzlich als zulässig, weil sie den Charakter einer Sanktion bei Nichteinhalten der vertraglichen Verpflichtung trage. Er stellt jedoch die Rechtmässigkeit von Konventionalstrafen in Frage, wenn die Verwaltungsbehörden zur Durchsetzung ihrer vertraglichen Ansprüche die Verfügungsbefugnis besitzen; vgl. KLEIN, S. 104.

⁷⁰ Zum Lückenkonzept der «planwidrigen Unvollständigkeit» von Gesetzen vgl. statt vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 185.

Nimmt man den Parteiwillen zum Ausgangspunkt, werden die Korrektive des bundesgerichtlichen Lösungsansatzes entbehrlich: Massgebend für das Leistungsstörungsrecht in verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnissen ist der Parteiwille. Grenzen der Dispositionsfreiheit der Parteien bilden zum einen die öffentlich-rechtlichen Spezialbestimmungen, die für einen bestimmten Vertragstypus bestehen und regelmässig zwingender Natur sein dürften. Zum anderen beschränken die zwingenden Anforderungen rechtsstaatlicher Natur die Vertragsfreiheit. Erweist sich der Vertrag mit Bezug auf das Leistungsstörungsrecht als lückenhaft, erfolgt die Vertragsergänzung gestützt auf den hypothetischen Parteiwillen. Bei dessen Ermittlung ist den Besonderheiten des individuellen Vertrags, insbesondere dem öffentlichen Interesse an der Vertragserfüllung, Rechnung zu tragen. Die dispositiven Bestimmungen des OR sind als Ausdruck der vom Gesetzgeber für den Regelfall als sachgerecht angesehenen Lösung bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens als Richtschnur heranzuziehen. In «Standard-Situationen» ist der Vertrag alleine gestützt auf das OR-Leistungsstörungsrecht zu ergänzen.

B. Kriterien zur Ermittlung eines sachgerechten Leistungsstörungsrechts bei verwaltungsrechtlichen Verträgen

1. Rechtsstaatliche Aspekte

Die Verwaltungsbehörden sind verpflichtet, Ansprüche, die dem Staat im Zusammenhang mit Verfügungen eingeräumt wurden, durchzusetzen. Spielraum besteht nur im Rahmen des Opportunitätsprinzips⁷¹.

Die Überlegungen, auf welchen dieser Grundsatz basiert (Legalitätsprinzip, Gleichbehandlungsgebot, Verhältnismässigkeitsgrundsatz), lassen sich uneingeschränkt auch auf verwaltungsrechtliche Verträge übertragen, zumal – wie das Beispiel der Subventionsverträge zeigt⁷² – mit verwaltungsrechtlichen Verträgen eine stärkere Bindung auch der privaten Vertragspartei angestrebt wird.

Der zweite Pfeiler, auf den sich die Priorität der Leistungserzwingung abstützt, ist gegebenenfalls das öffentliche Interesse an der Leistungserfüllung durch die private Vertragspartei respektive deren Abhängigkeit von der staatlichen Leistung. In der Literatur hat die Priorität der Leistungserzwingung insbesondere im Postulat Niederschlag gefunden, dass das Rücktrittsrecht einzuschrän-

⁷¹ Vgl. Kap III./C/2.

⁷² Vgl. Kap. III./B/1.

ken oder ganz auszuschliessen sei⁷³. Dabei geht es also im Unterschied zur privatrechtlichen Diskussion nicht um die Einschränkung des Rücktrittsrechts auf die Fälle wesentlicher Vertragsverletzungen; hinter der Forderung steht vielmehr das Interesse an der Realerfüllung.

Die Priorität der Leistungserzwingung begrenzt damit regelmässig die Wahlrechte, die dem Gläubiger vom OR eingeräumt werden.

Darüber hinaus muss die Reaktion der Verwaltungsbehörden bei Leistungsstörungen auch den rechtsstaatlichen Anforderungen (Wahrung der Verhältnismässigkeit und des Legalitätsprinzips, Beachtung der Grundrechte) genügen. Mit Bezug auf das Legalitätsprinzip gilt dabei, dass die Durchsetzung von (zulässigen) verwaltungsvertraglichen Verpflichtungen keiner gesetzlichen Grundlage bedarf, soweit der «exekutorische» Charakter der Massnahmen gewahrt bleibt.

2. Berücksichtigung des öffentlichen Interesses

Eine Analyse der Lehre zeigt, dass ein Abweichen von den dispositiven OR-Bestimmungen dort postuliert wird, wo der verwaltungsrechtliche Vertrag gewichtige öffentliche Interessen tangiert⁷⁴.

Das ist primär bei den «contrats de collaboration» der Fall. Bei dieser Vertragsart verpflichtet sich der Private definitionsgemäss vertraglich zu Leistungen im öffentlichen Interesse⁷⁵, weshalb regelmässig ein eminentes Interesse der Verwaltungsbehörden an der Realerfüllung besteht. Je nach Inhalt der übernommenen Aufgabe, müssen die Verwaltungsbehörden ausserdem Sofortmassnahmen treffen können, um die durchgehende Erfüllung sicherzustellen⁷⁶.

⁷³ Für Verträge in der Leistungsverwaltung fordert FLEINER-GERSTER, (ZBl 1989, S. 188), dass bei der Durchsetzung der aus dem Rechtsverhältnis ableitbaren Rechtspflichten weder dem Leistungsempfänger noch der Verwaltung das Recht eingeräumt werden dürfe, vom Vertrag zurückzutreten: Da der Leistungsempfänger auf die Beibehaltung des Rechtsverhältnisses angewiesen sei, könne er lediglich die Behebung der Leistungsstörung sowie Ersatz für erlittenen Schaden verlangen. Dieser faktischen Abhängigkeit des Leistungsempfängers vom Monopolbetrieb sei bei der Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses Rechnung zu tragen; vgl. dazu als spezialgesetzlich geregelter Anwendungsfall Art. 15 AnGG (Kap. III./B/2.). HÄNER (URP 2001, S. 607 f.) will bei Verträgen im Umweltschutzvollzug in den einzelnen Fällen genau prüfen, ob das gegenseitige Rücktrittsrecht gemäss Art. 107 OR nicht eingeschränkt werden sollte.

⁷⁴ Zur Bedeutung des öffentlichen Interesses für das vertragliche Handeln des Gemeinwesens vgl. MÄCHLER, S. 122 ff.

⁷⁵ MOOR, S. 406.

⁷⁶ Einlässlich zu den «contrats de collaboration» NGUYEN, betreffend Leistungsstörungen insbesondere S. 193 ff.

Die Leistungserzwingung ist auch im OR als Rechtsfolge bei Leistungsstörungen verankert⁷⁷. Die Verwaltungsbehörden könnten also das öffentliche Interesse grundsätzlich mit den Mitteln des Privatrechts wahrnehmen. Die Problematik der privatrechtlichen Leistungserzwingung ist im Faktor «Zeit» zu suchen. HÄNER erachtet Art. 98 OR, welcher die Ersatzvornahme gegenüber dem säumigen Schuldner vorsieht, als wenig griffiges Instrument, weil sich der Gläubiger durch die Rechtsmittelinstanz zur Ersatzvornahme ermächtigen lassen müsse.

Offen sei vor allem, an wen sich das Gemeinwesen wenden müsse, wenn dieses als Gläubiger die vertraglichen Pflichten, z.B. die Unterhaltmassnahmen bei einem Biotop durchsetzen müsse. Die Unsicherheit bestehe vor allem, wenn nicht das Klageverfahren, sondern das Anfechtungsstreitverfahren zu durchlaufen sei⁷⁸.

Die verwaltungsrechtliche Ersatzvornahme müsse in solchen Fällen jedenfalls zulässig bleiben. Allgemein zulässig müsse neben der Ersatzvornahme gemäss Art. 98 OR auch die antizipierte Ersatzvornahme sein, falls eine schwerwiegende Gefahr droht.

Dieser Vorbehalt gegenüber der in Art. 98 OR vorgesehenen Ersatzvornahme ist berechtigt. Indessen zeigt das Privatrecht mögliche Lösungsstrategien auf:

- Zur Bewältigung von zeitlicher Dringlichkeit stellt das Zivilprozessrecht besondere Instrumente zur Verfügung, mittels derer rascher Rechtsschutz erreicht werden kann.
- Bei der Regelung der Nominatsverträge ermöglicht das OR unter Umständen, im Falle einer Leistungsstörung sehr rasch eine Ersatzvornahme einzuleiten⁷⁹.
- Die Parteien können der Interessenlage einer Partei im Rahmen der Vertragsgestaltung Rechnung tragen.

Auf die verwaltungsrechtlichen Verträge umgesetzt bedeutet dies, dass es in erster Linie Aufgabe des Verwaltungsverfahrens- und Prozessrechts ist, die erforderlichen Instrumente für den raschen Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen. Davon abgesehen kann eine erleichterte Ersatzvornahme Bestandteil des Vertrags werden, sei es durch analoge Übernahme entsprechender Bestimmungen im besonderen Teil des OR (wie z.B. Art. 366 Abs. 2 OR), sei es durch Parteivereinbarung.

⁷⁷ Vgl. Kap. III./A/2./b.

⁷⁸ HÄNER, URP 2001, S. 607 f.

⁷⁹ So kann beispielsweise im Werkvertragsrecht der Besteller dem Unternehmer bei Leistungsstörungen während der Ausführung des Werks Frist zur Abhilfe ansetzen oder ansetzen lassen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle die Verbesserung oder die Fortführung des Werkes auf Gefahr und Kosten des Unternehmers einem Dritten übertragen werde.

3. Leistungsverweigerungsrechte

Die Literatur spricht sich durchwegs für den analogen Beizug der Leistungsverweigerungsrechte gemäss Art. 82 und 83 OR aus⁸⁰. Ein Vorbehalt wird dahingehend gemacht, dass dem Privaten dieses Gläubigerrecht bei den *contrats de collaboration*, bei denen sich die private Vertragspartei zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse stehenden Aufgabe verpflichtet hat, versagt sein soll. Die sogenannte *exceptio non adimpleti contractus* soll dann erhoben werden dürfen, wenn die Verpflichtung des Privaten rein finanzieller Natur ist oder sich ohne Nachteil für das öffentliche Interesse in eine Schadenersatzforderung umwandeln lässt⁸¹.

Im Ergebnis überzeugen diese Überlegungen: Die Leistungsverweigerungsrechte müssen als Sicherungs- und Druckmittel⁸² auch in verwaltungsvertraglichen Rechtsverhältnissen zur Verfügung stehen.

Die Ausnahme für den Bereich der *contrats de collaboration* findet nach der hier vertretenen Auffassung ihre Grundlage im Parteiwillen: Besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Vertragserfüllung durch den Privaten, muss der Vertrag im Lichte des Vertrauensprinzips dahingehend interpretiert werden, dass der Private seine Vertragspflichten unabhängig von allfälligen behördlichen Leistungen zu erfüllen hat, also gleichsam vorleistungspflichtig ist. In solchen Fällen entfällt für den Privaten die Berufung auf Art. 82 OR.

4. Schadenersatz gemäss Art. 97 OR

Die Frage der Schadenersatzpflicht einer Vertragspartei beurteilt sich nach Massgabe von Art. 97 OR. Darüber besteht weitgehend Einigkeit⁸³. In der Tat sind keine Argumente ersichtlich, weshalb das verwaltungsrechtliche Vertragsrecht in diesem Punkt vom Privatrecht abweichen sollte.

C. Einseitige Einwirkungsrechte der Verwaltungsbehörden?

Nach der Auffassung von NGUYEN besitzen die Verwaltungsbehörden auch in verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnissen einseitige Einwirkungsrechte, um die private Vertragspartei zur Erfüllung ihrer im öffentlichen Interesse ste-

⁸⁰ MOOR, S. 405.

⁸¹ MOOR, S. 406; ZWAHLEN, S. 641a f.

⁸² Vgl. Kap. III./A./2./f.

⁸³ Dazu ausführlich NGUYEN, S. 218 ff.

henden Vertragspflichten zu zwingen⁸⁴. Diese Kompetenz der Verwaltungsbehörden sei im schweizerischen Verwaltungsrecht unbestritten.

In dieser Absolutheit lässt sich die Beurteilung NGUYENS indessen nicht aufrechterhalten. Die Frage, ob den Verwaltungsbehörden in verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnissen Verfügungsbefugnis zukommt, wird kontrovers diskutiert.

NGUYEN sieht seine These durch das Bundesgericht⁸⁵ und das Verwaltungsgericht des Kantons Neuenburg⁸⁶ gestützt. Indessen lässt das Bundesgericht im angeführten Entscheid die Frage gerade offen und das Verwaltungsgericht des Kantons Neuenburg äussert sich nur im Rahmen eines obiter dictum⁸⁷.

Demgegenüber finden sich verschiedene Entscheide, die eine Verfügungsbefugnis der Verwaltungsbehörden ablehnen:

In einem Entscheid vom 30. August 1995⁸⁸ hielt die Rekurskommission EVD fest, es liege im Wesen eines jeden gültig geschlossenen Vertrages, dass er - ausserhalb der gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsrechte - von keiner beteiligten Partei nach Belieben einseitig abgeändert werden dürfe. Weil im konkreten Fall eine Mietzinsliste zum Bestandteil des verwaltungsrechtlichen Vertrags geworden war, untersagte die Rekurskommission dem Bundesamt für Wohnungswesen die einseitige Abänderung dieser Mietzinsliste mittels Verfügung⁸⁹.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verneinte in einem Urteil vom 15. April 2003⁹⁰ die Verfügungsbefugnis einer Gemeinde im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeitsvertrags. Zwar sei eine Verfügungsbefugnis in verwaltungsvertraglichen Vertragsverhältnissen nicht generell ausgeschlossen; massgebend im fraglichen Entscheid war jedoch, dass die Parteien (zulässigerweise) eine Schiedsklausel vereinbart hätten, was eine Verfügungsbefugnis ausschliesse. Allgemein hielt das Verwaltungsgericht fest: «Dass das Gemeinwesen mit einem Privaten zur Regelung bestimmter Ansprüche einen Vertrag geschlossen hat, bedeutet jedoch nicht zwingend, dass dem Gemeinwesen in der betreffenden Angelegenheit von vornherein die Verfügungskompetenz abzusprechen und damit die Möglichkeit, eine derartige Streitigkeit statt Klage- im Anfechtungsverfahren

⁸⁴ NGUYEN, S. 195.

⁸⁵ BGE 103 Ib 338 (Pflichtlagervertrag S. AG).

⁸⁶ RJN 1983 120 (Société d'exploitation des câbles électriques).

⁸⁷ Konkret war die Frage zu beurteilen, ob die Verwaltungsbehörden im Rahmen eines Gaslieferungsvertrags zur Durchsetzung rein finanzieller Ansprüche eine Verfügungsbefugnis besitzen. Das Verwaltungsgericht verneinte dies und verwies die Behörde auf den Klageweg (a.a.O., E. 3a, S. 120).

⁸⁸ Entscheid 94/CC-001 der Rekurskommission EVD vom 30. August 1995 i.S. Genossenschaftsgruppe H. (VPB 60.51).

⁸⁹ A.a.O., E. 1.1.

⁹⁰ VB.2003.00030, insb. E. 2.

auszutragen, zu verneinen sei.» Mit Bezug auf personalrechtliche Streitigkeiten hat das Verwaltungsgericht diese Auffassung allerdings verworfen⁹¹.

Auch in der Lehre mehren sich die Stimmen, die einer Verfügungsbefugnis der Verwaltungsbehörden kritisch gegenüber stehen⁹².

TSCHANNEN/ZIMMERLI weisen zu Recht darauf hin, verwaltungsrechtliche Verträgen im Gegensatz zu Verfügungen nicht mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden können, weil sie als solche noch keinen Vollstreckungstitel stiften. Wird der Vertrag nicht oder nur schlecht erfüllt, so muss die Gegenpartei einen Vollstreckungstitel erwirken⁹³.

Dabei bestimmt das anwendbare Verfahrensrecht, ob dies auf dem Weg der Verfügung (und anschliessendem Anfechtungsverfahren) oder klageweise zu geschehen hat⁹⁴. Wenn die verwaltungsrechtliche Klage zur Verfügung steht, sollte den Verwaltungsbehörden bei Leistungsstörungen keine Verfügungsbefugnis zustehen. Denn einseitige Einwirkungsrechte einer Vertragspartei stehen im Widerspruch zur Vertragsnatur des verwaltungsrechtlichen Vertrags, die auf einer Gleichordnung der Parteien basiert⁹⁵. Insbesondere wenn aufgrund zeitlicher Dringlichkeit vorsorglicher Rechtsschutz angestrebt wird, sollte der Entscheid darüber von einer neutraler Instanz und nicht von einer involvierten Vertragspartei gefällt werden.

V. Ergebnis und Empfehlung

Die rechtsdogmatische Bewältigung von Leistungsstörungen im Rahmen von verwaltungsvertraglichen Vertragsverhältnissen hat auf der Grundlage der entsprechenden Regelung im Privatrecht zu erfolgen. Aufgrund der weitgehend dispositiven Natur der OR-Bestimmungen muss der Parteiwille auch im verwaltungsrechtlichen Vertragsrecht stärker als heute Berücksichtigung finden.

⁹¹ Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 26. September 2002 (PK.2002.00004). Vgl. auch Urteil vom 3. März 2005 VK.2004.00002. (ZH), wo eine Gemeinde eine Erfüllungsklage aus einem öffentlich-rechtlichen Erschliessungsvertrag erhob.

⁹² OGG, S. 63, lehnt eine Verfügungsbefugnis der Verwaltung bei Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnissen ab. Verwaltungsrechtliche Verträge seien auf dem Weg der Klage durchzusetzen; differenzierend: TANQUEREL, S. 27 f.

⁹³ TSCHANNEN/ZIMMERLI, S. 321.

⁹⁴ Im Bund sind seit Inkrafttreten des VGG Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes mit Klage anzufechten (Art. 35 lit. a VGG), es sei denn das Bundesrecht sehe den Erlass einer Verfügung (und somit das Beschwerdeverfahren an Stelle des Klageverfahrens) vor (Art. 36 VGG).

⁹⁵ Ausführlich dazu MÜLLER TH., Verwaltungsverträge, S. 236 ff.

Die Korrekturmechanismen, die das Bundesgericht in seinem Lösungsansatz vorsieht, sind dann bereits in der privatrechtlichen Regelung angelegt:

- Wenn das öffentliche Recht die Leistungsstörungen bei einem Vertragstypus spezifisch regelt, geniessen die entsprechenden Bestimmungen als *leges speciales* Vorrang vor den allgemeinen Bestimmungen des OR.
- Weil das Leistungsstörungsrecht grundsätzlich durch Parteiwillen bestimmt wird, fliesst die besondere Interessenlage eines verwaltungsrechtlichen Vertrags vermittelt über den Vertrauensgrundsatz gleichsam konsensual in den Vertragsinhalt ein. Vermutungsweise ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien eine sachgerechte Regelung im Falle von Leistungsstörungen anstreben.

Als sachgerecht erweist sich eine Regelung, die dem öffentlichen Interesse an der Vertragserfüllung und rechtsstaatlichen Vorgaben Rechnung trägt. Die spezialgesetzlichen Regelungen von verwaltungsrechtlichen Verträgen zeigen dabei ein ausgeprägtes Bedürfnis nach differenzierten Lösungen.

Auch der vorliegende am Parteiwillen orientierte Ansatz beseitigt nicht die Unsicherheiten, die im konkreten Anwendungsfall bezüglich des Leistungsstörungsrechts bestehen. Wie die differenzierenden Lösungen belegen, welche man in den öffentlich-rechtlichen Spezialbestimmungen, aber auch bei der Regelung der besonderen Vertragsverhältnisse im OR findet, ist die inhaltliche Spannweite der verwaltungsvertraglichen Vertragsverhältnisse derart breit, dass ein einheitliches, vertragstypenübergreifendes Leistungsstörungsrecht ohnehin unrealistisch erscheint.

Rechtssicherheit lässt sich im verwaltungsvertraglichen Leistungsstörungsrecht nur mittels spezialgesetzlicher Regelungen erreichen. Fehlen solche Bestimmungen, ist den Vertragsparteien zu empfehlen, von den Möglichkeiten der Parteivereinbarung Gebrauch zu machen und das Leistungsstörungsrecht im Vertrag zu regeln.

Dabei sind vertraglich vereinbarte Instrumente zur Sicherung des Vertragsvollzugs im Lichte des Legalitätsprinzips unbedenklich, solange sie nur die Durchsetzung von (zulässigen) verwaltungsvertraglichen Verpflichtungen sicherstellen.