

PAWEŁ SANCEWICZ

## Teoria dwóch stopni w doktrynie niemieckiego prawa publicznego

### Wprowadzenie

Niniejszy artykuł stanowi nawiązanie do rozważań nad zagadnieniem prawnych form działania podmiotów administracji gospodarczej w zakresie udzielania pomocy publicznej. Tematyką tą najszerzej zajęła się B. Popowska, zwłaszcza w tekście pt. *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej; konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*<sup>1</sup> Autorka w obszernym opracowaniu dokonała szczegółowej analizy przepisów prawnych, orzecznictwa oraz doktryny w aspekcie zastosowania przy udzielaniu pomocy publicznej formy prawnej decyzji lub umowy. Jak podkreśla Popowska, problemy dotyczące prawnych form działania w kontekście sposobów udzielania pomocy publicznej, z którymi boryka się legislatura, judykatura i jureksprudencja w Polsce, zwłaszcza na tle pomocy publicznej, stanowią od lat przedmiot dociekań nauki prawa administracyjnego w Niemczech<sup>2</sup>. W tym kontekście autorka ta zwróciła uwagę na możliwość zastosowania w polskim prawie pomocy publicznej funkcjonującej w niemieckim systemie prawnym umowy administracyjnej oraz tzw. teorii dwóch stopni (*Zweistufentheorie*). Tak jak umowa administracyjna jest prawną formą działania administracji, tak teorię dwóch stopni można uznać za opracowany przez

---

<sup>1</sup> B. Popowska, *Decyzja i umowa jako formy działania podmiotów administracji gospodarczej; konkurencja, współwystępowanie czy alternatywa?*, w: *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, pod red. B. Popowskiej, K. Kokocińskiej, Poznań 2009, s. 77–115.

<sup>2</sup> *Ibidem*, s. 112.

doktrynę, określony sposób korzystania przez administrację w procesie stosowania prawa<sup>3</sup> z różnych prawnych form działania<sup>4</sup>.

Przedmiotem rozważań prowadzonych w artykule będzie jedynie teoria dwóch stopni, ponieważ umowa administracyjna jest przedmiotem niesłabnącego zainteresowania doktryny polskiego prawa administracyjnego, a także publicznego prawa gospodarczego i powstało na jej temat już wiele wartościowych prac<sup>5</sup>. W toku dalszych rozważań autor będzie posługiwać się zamiennie określeniem *teoria dwóch stopni* oraz oryginalną nazwą *Zweistufentheorie*.

Należy zaznaczyć, że pomimo swej naukowej i praktycznej doniosłości wykazanej na gruncie prawa i praktyki niemieckiej, teoria dwóch stopni nie cieszy się zainteresowaniem polskiej doktryny prawa administracyjnego ani publicznego prawa gospodarczego<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Szerzej na temat zagadnień związanych ze stosowaniem prawa zob. S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 213 i n.

<sup>4</sup> Można rozważyć, czy nie mamy tu do czynienia z metodą działania administracji w rozumieniu zaproponowanym przez J. Starościaka. Doktryna niemiecka nigdy jednak nie posługuje się tym sformułowaniem, akcentując, że teoria dwóch stopni stanowi konstrukcję teoretyczną. Zob. J. Starościak, *Prawne formy i metody działania administracji*, w: *System prawa administracyjnego*, pod red. T. Rabskiej, J. Łętowskiego, t. 3, Warszawa 1978, s. 113 i n.

<sup>5</sup> Por. przykładowo: M. Wilbrandt-Gotowicz, *Umowa jako forma działania administracji publicznej (w świetle poglądów J.S. Langroda)*, w: *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*, pod red. J. Niczyporka, Lublin 2011; J. Wyporska-Frankiewicz, *Publicznoprawne formy działania administracji o charakterze dwustronnym*, Warszawa 2010; D. Kijowski, *Umowa administracyjna w części ogólnej polskiego prawa administracyjnego*, w: *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, pod red. J. Bocia, A. Chajbowicza, Wrocław 2009; J. Boć, *O umowie administracyjnej*, w: *Umowy w administracji*, pod red. J. Bocia, L. Dziewięckiej-Bokun, Wrocław 2008; A. Kubiak, *Perspektywy rozwoju form konsensualnych w polskim prawie administracyjnym*, w: *Umowy...*; A. Panasiuk, *Umowa publicznoprawna*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 2; Z. Cieślak, *Umowa administracyjna w państwie prawa*, Kraków 2004; B. Dolnicki, *Umowa publicznoprawna w prawie niemieckim*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 3; T. Rabska, *Kontrakt wojewódzki – forma działania administracji publicznej w strukturach zdecentralizowanych*, w: *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. J. Filipka*, pod red. I. Skrzydło-Niżnik, Kraków 2001; W. Taras, A. Wróbel, *W sprawie jednolitej koncepcji umów publicznych*, w: *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, pod red. E. Knosali, A. Matana, G. Łaszczycy, Kraków 1999; S. Biernat, *Prywatyzacja zadań publicznych. Problematyka prawna*, Warszawa–Kraków 1994; D. Kijowski, *W sprawie charakteru prawnego umów zawieranych przez organy administracji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 6; J. Filipek, *Stosunek administracyjnoprawny*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” t. CLXXXVII, Prace Prawnicze z. 34, Kraków 1968, s. 102 i n.

<sup>6</sup> Jedynym autorem, który podejmował tę tematykę, była B. Popowska w przytaczanym powyżej tekście *Decyzja i umowa...* – brak jednak kompleksowej publikacji, która

W przedmiotowym artykule zostaną przedstawione wiodące poglądy niemieckiej doktryny dotyczące *Zweistufentheorie*, szczególnie w odniesieniu do sfery udzielania pomocy publicznej. Ramy niniejszego opracowania nie pozwolą na szczegółową analizę prawnych form działania administracji na gruncie polskiego prawa pomocy publicznej, ani nawet na podjęcie analizy porównawczej prawa polskiego i niemieckiego w zakresie możliwości zastosowania w prawie polskim teorii dwóch stopni. Ponadto przedmiotem rozważań nie będą poglądy niemieckiego orzecznictwa.

## 1. Geneza teorii dwóch stopni

W Republice Federalnej Niemiec (RFN) już w latach pięćdziesiątych XX w. doktryna prawa publicznego, posługując się teorią dwóch stopni, wyjaśniła kwestię działań administracji publicznej stanowiących swoistą kompilację czynności o charakterze publicznoprawnym i cywilnoprawnym<sup>7</sup>. Należy podkreślić, że ta kompilacja nie odnosi się jedynie do zadania państwa, jakim jest udzielanie pomocy publicznej, ale także do realizacji wielu innych zadań z zakresu administracji publicznej<sup>8</sup>.

---

zajmowałyby się wyłącznie tym tak obszernym i złożonym tematem. Ponadto krótka wzmianka o przedmiotowych zagadnieniach pojawiła się w pracy D. Kijowskiego, jednak autor nie analizuje ani nie przywołuje teorii dwóch stopni. Zob. D. Kijowski, *Problematyka regulacji prawnej stosowania form alternatywnych wobec aktu administracyjnego*, w: *Konceptja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24–27 września 2006 r.*, pod red. J. Zimmermanna, Warszawa 2007, s. 434–435; podobnie E. Knosala, *Teoretyczne aspekty stosowania prawa prywatnego w działaniu współczesnej administracji publicznej*, w: *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej. Księga jubileuszowa dedykowana Prof. zw. dr. hab. Jackowi M. Langowi*, pod red. M. Wierzbowskiego, J. Jagielskiego, A. Wiktorowskiej, E. Stefańskiej, Warszawa 2009, s. 147–148.

<sup>7</sup> B. Popowska, op. cit., s. 112. Por. H. Zacher, *Verwaltung durch Subventionen*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 1967, H. 25; we współczesnej literaturze: R. Schmidt, *Allgemeines Verwaltungsrecht, Grundlagen des Verwaltungsverfahrens, Staatlichungsrecht*, Bremen 2007, s. 17–19; H. Bauer, *Bausteine für eine Lehre vom Verwaltungsvertrag*, w: *Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. II: *Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen*, Hrsg. von W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle, München 2008, s. 1219. *Zweistufentheorie* jest określana w niemieckiej doktrynie również jako *Zweistufenlehre*.

<sup>8</sup> Przykładowo, udzielanie zamówień publicznych, udostępnianie gminnych urządzeń użyteczności publicznej – por. F. Kopp, *Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluß öffentlich-rechtlichen Verträge als Verwaltungsakte?*, „Bayerische

*Zweistufentheorie* została wprowadzona do niemieckiej teorii prawa niedługo po II wojnie światowej przez H.P. Ipsena<sup>9</sup>. W 1956 r. ukazała się jego praca pod tytułem *Öffentliche Subventionierung Privater*, w której znalazło się odwołanie do opinii prawnej wydanej przez tego autora w 1951 r. Opinia ta dotyczyła udzielenia lub odmowy udzielenia pomocy publicznej w postaci poręczeń przez państwo w związku ze wspieraniem przez RFN przemysłu filmowego<sup>10</sup>. Pierwotnie zamiarem twórcy teorii dwóch stopni było objęcie udzielania pomocy publicznej reżimem prawa publicznego, które przed powstaniem tej teorii odbywało się wyłącznie za pomocą prawa prywatnego<sup>11</sup>. Celem opracowania *Zweistufentheorie* było zapewnienie ochrony prawnej podmiotowi wnioskującemu o udzielenie pomocy publicznej<sup>12</sup>. Należy zaznaczyć, że sposób udzielania pomocy publicznej przez niemieckie organy administracji publicznej był przedmiotem krytyki w niemieckiej doktrynie z tego względu, iż beneficjent był pozbawiony środków ochrony prawnej w stosunku do państwa<sup>13</sup>.

Według Ipsena rozstrzygnięcie o udzieleniu pomocy publicznej powinno zostać przyporządkowane do władczej działalności administracji, ponieważ stanowi ono jednostronne rozstrzygnięcie o wykorzystaniu środków do celów publicznych<sup>14</sup> w formie aktu administracyjnego w rozumieniu § 35 niemieckiej ustawy o postępowaniu administracyjnym<sup>15</sup>.

---

Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung" 1980, H. 20, s. 609-612.

<sup>9</sup> H.P. Ipsen, *Opinia prawna z dnia 17 grudnia 1951 roku*, „Festschrift für Gerhard Waacke" 1972, s. 140, podaje za Ch. Weissenberger, *Die Zweistufentheorie in Wirtschaftsverwaltungsrecht - Teil 1*, „Gewerbearchiv" 2009, Nr. 11; H.P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlin 1956; a także idem, *Verwaltung durch Subventionen*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer" 1967, H. 25.

<sup>10</sup> H.P. Ipsen, *Haushaltssubventionierung über zwei Stufen. Rückblick auf einen rechtsstaatlichen Ansatz*, w: idem, *Öffentliches Wirtschaftsrecht. Entwicklungsbeiträge unter dem Grundgesetz*, Tübingen 1985, s. 203-211.

<sup>11</sup> Por. H.P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung...*, s. 134-135 i n.

<sup>12</sup> Już w latach pięćdziesiątych XX w. RFN wykonywała zadania publiczne dotyczące udzielania pomocy publicznej. Po II wojnie światowej na terytorium powstającego państwa przybyły miliony ludzi. Trzeba im było zapewnić mieszkanie i pracę. Socjalne państwo prawne realizowało powyższe zadanie poprzez intensywne udzielanie subwencji przedsiębiorcom.

<sup>13</sup> Por. H. Zacher, op. cit., s. 332-333 i n.

<sup>14</sup> H.P. Ipsen, *Verwaltung...*, s. 284 i n.; podobnie idem, *Öffentliche Subventionierung...*, s. 19 i n.

<sup>15</sup> *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, Bundesgesetzblatt I, s. 1253 (ustawa federalna z dnia 25 V 1976 r., weszła w życie 1 I 1977 r.).

Zgodnie z tym przepisem aktem administracyjnym jest każde rozporządzenie, decyzja czy też inny władczy środek skierowany na zewnątrz, poprzez który administracja władczo i jednostronnie rozstrzyga indywidualną sprawę z zakresu administracji publicznej<sup>16</sup>. Ipsen konsekwentnie podkreślał zatem, że zasadne jest przyjęcie konstrukcji prawnej, według której zawarcie umowy poprzedza wydanie aktu administracyjnego przez organ udzielający pomocy publicznej<sup>17</sup>.

Doktryna niemiecka, chcąc zasygnalizować powyżej zaprezentowane rozdzielenie w praktyce jednolitego stosunku prawnego udzielania pomocy publicznej, określiła, że poszczególne działania administracji należy podporządkować określonym stopniom (*Stufen*), stąd teoria dwóch stopni. Budzi wątpliwości, jak powyższe pojęcie *Stufen* należy przetłumaczyć na język polski. Wydaje się bowiem, że zamiast *stopnie* czy *poziomy*, właściwsze byłoby sformułowanie *etapy*.

Według Ipsena w ramach stosunku prawnego udzielania pomocy publicznej można wyróżnić dwa stopnie (*Stufen*) – władcze rozstrzygnięcie (*hoheitliche Entscheidung*) oraz stopień wykonawczy (*Abwicklung*)<sup>18</sup>. Jak dalej wywodzi ten autor, podczas gdy organ administracji publicznej na pierwszym stopniu decyduje, „czy” (*ob*) udzielić jakiegoś świadczenia (w tym subwencji), na drugim stopniu określa „jak” (*wie*) konkretnie dany stosunek prawny zostanie ukształtowany<sup>19</sup>. Według Ipsena na drugim stopniu dochodzi do zawarcia umowy cywilnoprawnej, np.

<sup>16</sup> § 35 VwVfG: „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist”.

<sup>17</sup> Ipsen pisał o tym bardzo szeroko. Por. H.P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung...*, s. 133, 136–137, 147 i n.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 131: „Ist die hoheitliche Entscheidung über das «Ob» der Subventionierung in positiven Fälle gefallen, schließt sich ihr als Vollzug und «Erfüllungsgeschäft» im Wege der Zivilrechtlichen Abwicklung die nach bürgerlichen Recht gebotene Gestaltung der zweiten Stufe an, also der Abschluss des Darlehensvertrages, des Bürgschaftsvertrages usw. Ob und inwieweit sein Inhalt unmittelbar durch die gesetzliche Regelung der Subventionierung oder im Rahmen der hoheitlich Entscheidung über die Subventionsbeziehung gestaltet, modifiziert, vielleicht sogar mit Elementen erfüllt wird, die atypisch sind für die fragliche zivilrechtliche Beziehung [...]”. Podobnie w najnowszej doktrynie, według Ch. Weißenbergera, zastosowanie tej teorii polega na podzieleniu rozstrzygnięcia wydawanego przez organy administracji publicznej na stosunek prawny powstały w związku z wykonywaniem przez tę administrację zadań (*Grundverhältnis*) oraz stosunek wykonawczy (*Abwicklungsverhältnis*). Zob. Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil 1*, s. 417.

<sup>19</sup> H.P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung...*, s. 131; a także idem, *Haushaltssubventionierung...*, s. 139–157.

pożyczki lub poręczenia, której postanowienia są często dodatkowo modyfikowane przez przepisy prawne<sup>20</sup>.

W nawiązaniu do powyższej koncepcji przedstawiciele niemieckiej doktryny w związku z udzielaniem pomocy publicznej wyróżniają dwie płaszczyzny: cywilnoprawną i publicznoprawną<sup>21</sup>. Według E. Forsthoffa na płaszczyźnie publicznoprawnej następuje rozstrzygnięcie kwestii, „czy” określone działanie należące do zadań państwa ma być podjęte (czy subwencja powinna być przyznana)<sup>22</sup>. W związku z powyższym, zdaniem M. Zuleega, rozstrzygnięcie o udzieleniu bądź odmowie udzielania subwencji powinno podlegać wszelkim zasadom prawa publicznego, w szczególności zasadzie równości, a ponadto powinna być umożliwiona sądownoadministracyjna kontrola takiego rozstrzygnięcia<sup>23</sup>.

Jak wskazuje Forsthoff, drugi stopień służy określeniu, „jak” stosunek prawny subwencjonowania ma zostać ukształtowany, by zrealizowany został cel subwencjonowania<sup>24</sup>. Zawarcie przez organ administracji publicznej umowy powinno towarzyszyć wydanie poświadczenia dokona-

---

<sup>20</sup> H.P. Ipsen, *Öffentliche Subventionierung...*, s. 131. W przypadku zastosowania teorii dwóch stopni, w związku ze stosunkiem prawnym udzielania pomocy publicznej (*Subventionsverhältnis*), najpierw (na pierwszym stopniu) następuje wydanie aktu administracyjnego, a następnie (na drugim stopniu) zawarcie umowy cywilnoprawnej.

<sup>21</sup> Warto dodać, że w prawie niemieckim teoria ta znajduje zastosowanie zarówno wtedy, gdy normy ustawowe przewidują zastosowanie do udzielania pomocy publicznej prawnej formy działania umowy, jak i w sytuacji, gdy ustawa w ogóle nie determinuje prawnej formy działania administracji.

<sup>22</sup> E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, Band I, München 1973*, s. 197.

<sup>23</sup> M. Zuleeg, *Die Zweistufentheorie, Ausgestaltung, Abwandlungen, Alternativen*, w: *Verwaltung im Dienst von Wirtschaft und Gesellschaft: Festschrift für Fröhler*, Hrsg. von P. Oberndorfer, Berlin 1980, s. 275. Podobnie H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2004, s. 447. Zgodnie z niemiecką zasadą *Je-desto-Formel* im bardziej prywatnoprawne formy działania są związane z realizacją zadań pierwotnie wykonywanych przez administrację władczą, tym bardziej intensywnie powinny być stosowane zarówno zasady proporcjonalności, jak i równości (B. Tanneberg, *Die Zweistufentheorie*, Berlin 2011, s. 151). W zasadzie *Je-desto-Formel* chodzi o stworzony przez niemiecką doktrynę wymóg szczególnego poszanowania zasad równości i proporcjonalności w przypadku wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej przy zastosowaniu form prawa prywatnego. Powyższa konstrukcja wynika z postulatu zapewnienia odbiorcom świadczeń podobnej ochrony prawnej, jak w przypadku stosowania przez administrację działań władczych (np. jak przy wydawaniu indywidualnego aktu administracyjnego). Por. E. Schmidt-Assmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, Warszawa 2011, s. 370.

<sup>24</sup> E. Forsthoff, op. cit., s. 197.

nia czynności z zakresu administracji publicznej (*Bewilligungsbescheid*), co jednak w praktyce nie występuje<sup>25</sup>.

Kolejnym celem opracowania *Zweistufentheorie* było zapobieżenie wypierania publicznoprawnych form działania administracji przez formy prywatnoprawne. Według Ipsena postępowanie ustawodawcy RFN zmierzające do udzielania pomocy publicznej przy zastosowaniu prywatnoprawnych form działania stanowi klasyczny przykład ucieczki państwa w prawo cywilne<sup>26</sup>. Autor z całą mocą podkreśla, że jest to niedopuszczalne, ponieważ udzielanie pomocy publicznej stanowi działalność władczą państwa<sup>27</sup>. Autor używa obrazowego stwierdzenia, że w związku z udzielaniem pomocy publicznej państwo nie rozdziela prezentów (*subventionierende Staat keine Geschenke austeilte*)<sup>28</sup>. Doktryna niemiecka wskazuje, iż teoria dwóch stopni miała na celu skuteczne zapobieżenie „ucieczce państwa w prawo prywatne”<sup>29</sup> (*Flucht des Staates in das Privatrecht*)<sup>30</sup> czy również występującej ucieczce w cywilne prawo procesowe (*Flucht in Zivilprozessrecht*)<sup>31</sup>.

Należy podkreślić, że teoria dwóch stopni nadal jest przedmiotem sporego zainteresowania niemieckiej doktryny prawa publicznego.

---

<sup>25</sup> Stało się to przyczyną krytyki teorii dwóch stopni ze strony D. Ehlersa. Por. D. Ehlers, *Die Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen*, „Verwaltungsarchiv” 1983, s. 112; por. w nowszej literaturze: A. Bleckmann, *Zum gerichtlichen Schutz des öffentlichen Finanzinteresses bei der Vergabe von Subventionen und öffentlichen Aufträgen*, „Jahrbuch des öffentlichen Rechts” 2005, Nr. 53, s. 285; podobnie Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie in Wirtschaftsverwaltungsrecht – Teil II*, „Gewerbearchiv” 2009, Nr. 12, s. 465.

<sup>26</sup> H.P. Ipsen, *Verwaltung...*, s. 285 i n.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*: „[...] ein klassischer Fluchtversuch der Hoheitsverwaltung ins Privatrecht, wenn es zutrifft, dass die Subventionsverwaltung Hoheitsverwaltung ist und der subventionierende Staat keine Geschenke austeilte”.

<sup>29</sup> Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil I*, s. 417.

<sup>30</sup> F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 1928, s. 326, podają za Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil I*, s. 417. Na temat „ucieczki w sferę prawa prywatnego” por. D. Kijowski, *Problematyka regulacji prawnej...*, s. 434–435, a także D. Kijowski, *Ucieczka administracji publicznej w sferę prawa cywilnego*, w: *Współczesne zagadnienia prawa i procedury administracyjnej...*, s. 115–136. Ponadto w prawie austriackim: K. Kletcatsky, *Allgemeines österreichisches Verwaltungsrecht. Eine Buch – und Lagebesprechung*, „Juristische Blätter” 1954, s. 474, podają za D. Kijowski, *Ucieczka administracji publicznej...*, s. 116.

<sup>31</sup> A. Köttgen, *Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung. Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 1929, H. 6, s. 106; H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, s. 326, podają za H. Berthge, *Abschied von der Zweistufentheorie*, „Juristische Rundschau” 1972, Nr. 4, s. 140; M. Goldhammer, *Zweistufentheorie, Kontrahierungszwang, und das Problem der Sparkassen mit imagegefährdeten Kunden*, „Die Öffentliche Verwaltung” 2013, H. 11, s. 416–423.

Spośród nowszej literatury na szczególne zainteresowanie zasługują prace A. Bleckmanna<sup>32</sup>, B. Tanneberg<sup>33</sup> oraz Ch. Weißenbergera<sup>34</sup>.

Pomimo że praktycznie od początku swojego istnienia krytykowana<sup>35</sup>, teoria dwóch stopni ma wciąż wielu zwolenników także wśród przedstawicieli współczesnej doktryny niemieckiej<sup>36</sup>. Niewątpliwie za renesans tej teorii w prawie niemieckim jest odpowiedzialne orzecznictwo, które rozciągnęło zastosowanie *Zweistufentheorie* na stosunki prawne wynikające z prawa zamówień publicznych<sup>37</sup>. Ponadto, jak wskazuje Tanneberg, teoria dwóch stopni znalazła zastosowanie w takich gałęziach prawa, co do których pierwotnie nikt by tego raczej nie przypuszczał<sup>38</sup>. Jak to wskazano w najnowszej literaturze niemieckiej, aktualnych przykładów zastosowania *Zweistufentheorie* dostarcza niemiecka ustawa o stabilizacji rynku finansowego (*Finanzmarktstabilisierungsgesetz*<sup>39</sup>)<sup>40</sup>. Jednakże w niemieckiej doktrynie pojawia się wiele uwag, że rozwiązanie problemów prawnych, które rozstrzyga teoria dwóch stopni, możliwe jest także w inny sposób, np. w drodze aktu administracyjnego lub umowy administracyjnej<sup>41</sup>.

Nie można przeczyć faktu, że nowsza niemiecka doktryna prawa publicznego często rozważa kwestie związane z ochroną prawną podmiotów ubiegających się o udzielenie pomocy publicznej. Powyższe wynika z pewnością z faktu, że w ostatnich latach w tym obszarze zapadło wiele orzeczeń niemieckich sądów. Istotne jest, na co wskazuje Weißenberger, że niemieckie orzecznictwo od samego początku w celu określenia właściwej drogi postępowania (sądowej albo sądowoadministracyjnej) stosowało teorię dwóch stopni, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony prawnej podmiotu

<sup>32</sup> A. Bleckmann, *Zum gerichtlichen Schutz...*

<sup>33</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 325.

<sup>34</sup> Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil 1*, s. 417–426; idem, *Die Zweistufentheorie... – Teil II*, s. 465–472.

<sup>35</sup> Por. H. Berthge, op. cit., s. 139–146. Krytyka teorii dwóch stopni zostanie przedstawiona w toku dalszych rozważań.

<sup>36</sup> M. Goldhammer, op. cit., s. 420.

<sup>37</sup> Por. Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil 1*, s. 417; por. także E. Schmidt-Assmann, op. cit., s. 367–368; a także M. Burgi, *Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht*, „*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*” 2007, s. 737–742.

<sup>38</sup> Por. B. Tanneberg, op. cit., s. 20.

<sup>39</sup> Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (*Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG*) vom 17. Oktober, BGBl I 2008, Nr. 46, s. 1982.

<sup>40</sup> Por. B. Tanneberg, op. cit., s. 305.

<sup>41</sup> Por. H. Maurer, op. cit., s. 450–452.

wnioskującego o udzielenie pomocy publicznej, i aż do dzisiaj konsekwentnie jej broni<sup>42</sup>.

Podobnie jak twórcy *Zweistufentheorie*, Weißenberger dostrzega, iż rozstrzygnięcie w formie prawnej aktu administracyjnego (podejmowane na wyodrębnionym przez niemiecką doktrynę pierwszym stopniu), w związku z jego uregulowaniem przepisami prawa administracyjnego, podlega kontroli sądów administracyjnych<sup>43</sup>. Natomiast spory w ramach stosunku wykonawczego podlegają prawu prywatnemu, oczywiście jedynie wtedy, gdy stosunek na drugim stopniu został ukształtowany na zasadach prawa prywatnego, co jednak występuje w większości przypadków<sup>44</sup>.

## 2. Stosowanie teorii dwóch stopni przy udzielaniu pomocy publicznej

Na wstępie należy podkreślić, że zastosowanie teorii dwóch stopni przy udzielaniu pomocy publicznej nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach prawnych obowiązujących w RFN<sup>45</sup>. Brak regulacji prawnej w tym zakresie od początku budził wątpliwości, zwłaszcza że samo udzielanie pomocy publicznej, co do zasady, jest dość szczegółowo uregulowane w niemieckich przepisach prawnych<sup>46</sup>. W szczególności w prawie niemieckim nie ma przepisu, zgodnie z którym administracja przy udzielaniu pomocy publicznej, w związku z zawarciem umowy, ma korzystać z władczej prawnej formy działania, jaką jest akt administracyjny.

---

<sup>42</sup> Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil I*, s. 417. Otwarte pozostaje pytanie, dlaczego niemiecki ustawodawca nie wyciągnął wniosków z badań prowadzonych przez niemiecką doktrynę prawa publicznego i nie zdecydował się na uregulowanie sytuacji, w której pomoc publiczna jest przyznawana przedsiębiorcom przy zastosowaniu umowy.

<sup>43</sup> Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil I*, s. 417: „Die Entscheidung auf der ersten Stufe soll aufgrund der dort allein maßgeblichen öffentlich-rechtlichen Regelungen der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterstehen”.

<sup>44</sup> Ibidem; D. Ehlers, *Kommentar zu § 40, w: Verwaltungsgerichtsordnung*, Hrsg. von F. Schoch, E. Schmidt-Assmann, R. Pietzer, Randnummer 245, München 2008; K. Rennert, *Kommentar zu § 40, w: Verwaltungsgerichtsordnung*, Hrsg. von E. Eyermann, L. Fröhler, Randnummer 46, München 2006, podają za Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil I*, s. 417. Nie ma jednak przeszkód, aby stosunek prawny na drugim stopniu ukształtować na zasadach prawa publicznego, w szczególności w postaci umowy administracyjnej. W takiej sytuacji taka umowa również będzie podlegała kontroli sądów administracyjnych.

<sup>45</sup> Por. V. Götz, *Recht der Wirtschaftssubventionen*, München 1966, s. 60.

<sup>46</sup> Ibidem.

Doktryna niemiecka, tworząc teorię dwóch stopni, od zawsze borykała się z problemem ustalenia podstawy prawnej wydania przez administrację aktu administracyjnego przy zawieraniu umowy (na pierwszym, publicznoprawnym stopniu). Należy podkreślić, że jako podstawę normatywną dla działania w formie aktu administracyjnego na pierwszym stopniu wskazuje się przytoczony powyżej ogólny przepis § 35 VwVfG, zawierający definicję aktu administracyjnego. Ponadto niekiedy również w powyższym kontekście przywołuje się § 40 ustawy federalnej o ustroju sądów administracyjnych<sup>47</sup>, zgodnie z którym droga sądowo-administracyjna znajduje zastosowanie do wszystkich sporów o charakterze publicznoprawnym<sup>48</sup>. Z drugiej strony, dalsze sformułowania zawarte w tym przepisie umożliwiają kontrolę administracji nie tylko sądom administracyjnym, ale także sądom powszechnym<sup>49</sup>.

Wydaje się, że przesadzający dla możliwości stosowania teorii dwóch stopni jest funkcjonujący w doktrynie i orzecznictwie RFN pogląd, zgodnie z którym do wydania na pierwszym stopniu aktu administracyjnego nie jest niezbędna bezpośrednia podstawa ustawowa<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO), Bundesgesetzblatt I, s. 17 (ustawa federalna z dnia 21 I 1960 r.). VwGO, § 40: „1. Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiet des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden. 2. Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben; dies gilt nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Artikels 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes. 2. Die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts sowie über den Rechtsweg bei Ausgleich von Vermögensnachteilen wegen Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte bleiben unberührt”.

<sup>48</sup> Jak wskazuje D. Kijowski, na tle interpretacji tego przepisu niemieckie orzecznictwo sądów administracyjnych doszło do wniosku, że o tym, czy dana umowa cywilnoprawna będzie zawarta, czy nie, rozstrzygają sądy administracyjne, a sądy cywilne są właściwe do rozstrzygania sporów na tle treści kontraktów. Autor przywołuje tu w zasadzie podstawy stosowania *Zweistufentheorie*, jednak nie dokonuje objaśnienia teorii dwóch stopni. D. Kijowski, *Problematyka regulacji prawnej...*, s. 434.

<sup>49</sup> Por. V. Götz, op. cit., s. 57.

<sup>50</sup> Por. A. Bleckmann, *Subventionsrecht*, Stuttgart 1978, s. 98.

## 2.1. Ochrona prawna podmiotu wnioskującego o udzielenie pomocy publicznej

Uwzględniając powyższe uwagi dotyczące *Zweistufentheorie*, należy stwierdzić, że akt administracyjny wydany w procesie udzielania subwencji podlega kontroli sądownoadministracyjnej, natomiast umowa zawierana na stopniu drugim podlega kontroli sprawowanej przez sądy powszechne. Zatem podmiot ubiegający się o udzielenie pomocy publicznej, niezadowolony z rozstrzygnięcia organu administracji publicznej w zakresie udzielenia lub nie pomocy publicznej, może zakwestionować wydany akt administracyjny przed sądem administracyjnym. Głęboka analiza przeprowadzona na gruncie prawa niemieckiego przez Tanneberg doprowadziła do konkluzji, że dla przedsiębiorcy (podmiotu prywatnego) droga administracyjna jest korzystniejsza<sup>51</sup>. W konsekwencji, w kontekście ochrony prawnej podmiotu wnioskującego o pomoc publiczną, należy podnieść, że zarówno umowa administracyjna, jak i stosowanie teorii dwóch stopni zapewniają beneficjentowi pomocy publicznej odpowiedni poziom ochrony prawnej<sup>52</sup>. Natomiast działanie administracji w formach prywatnoprawnych (*Verwaltungsprivatrecht*) tego minimalnego poziomu nie gwarantuje<sup>53</sup>. Należy dodać, iż nie jest wykluczone, aby w ujęciu teorii dwóch stopni zastosować, zamiast umowy prywatnoprawnej, umowę administracyjną<sup>54</sup>.

Przedstawiciele współczesnej niemieckiej doktryny podkreślają, że dzięki zastosowaniu teorii dwóch stopni z jednej strony jest zapewniona ochrona prawna beneficjenta, z drugiej zaś administracja może korzystać z elastycznych form prawa prywatnego<sup>55</sup>. W RFN miało to w latach pięćdziesiątych i sześćdziesiątych XX w. szczególne znaczenie, ponie-

<sup>51</sup> Ibidem, s. 70–79; por. także D. Ehlers, *Verwaltung in Privatrechtsform*, Berlin 1984.

<sup>52</sup> Por. ibidem, s. 152, 154.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Por. M. Thiel, *Die Eröffnung des Verwaltungsweg, „Juristische Ausbildung“* 2001, s. 957, podają za Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil 1*, s. 417: „Eine privatrechtliche Struktur der zweiten Stufe ist jedoch nicht zwingend. Sie kann auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein. Inwieweit dann noch eine Zweite Stufe existiert, ist umstritten”.

<sup>55</sup> Por. B. Tanneberg, op. cit., s. 26–27: „Zugleich blieb der Staat aber mit der Zweistufentheorie in der Lage, die flexibleren Formen des Privatrechts zu nutzen. Dies war insofern von besonderer Bedeutung, als der öffentlich-rechtliche Vertrag zu dieser Zeit zwar diskutiert wurde, aber noch nicht gesetzlich normiert war”; M. Sachs, *Kommentar zu § 48, w: Verwaltungsverfahrensgesetz*, Hrsg. von P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, Randnummer 166, München 2008, podają za B. Tanneberg, op. cit., s. 26.

waż umowa administracyjna<sup>56</sup> nie była jeszcze elementem niemieckiego porządku prawnego<sup>57</sup>, chociaż oczywiście była przedmiotem ożywionej dyskusji doktryny niemieckiego prawa publicznego<sup>58</sup>.

## 2.2. Procedura udzielania pomocy publicznej w świetle teorii dwóch stopni

W myśl teorii dwóch stopni administracja zawiera z beneficjentem pomocy publicznej umowę pożyczki w celu realizacji wynikającego z aktu administracyjnego roszczenia o udzielenie pomocy publicznej<sup>59</sup>; tym samym składa oświadczenie woli, zgodnie z którym uznaje moc wiążącą aktu administracyjnego i dlatego też umowa powinna być zawarta<sup>60</sup>. Dla podmiotu prywatnego jest wobec tego oczywiste, że administracja, w przeciwieństwie do banku udzielającego kredytu, będzie zainteresowana nie tylko wypełnieniem umownych obowiązków przez kontrahenta, ale także wykorzystaniem uzyskanych środków w określony sposób<sup>61</sup>.

Jak stwierdza Weißenberger, szczególnie wtedy teoria dwóch stopni znajduje zastosowanie, gdy w udzielanie subwencji jest zaangażowany podmiot trzeci, np. bank, i zawarcie umowy cywilnoprawnej odbywa

<sup>56</sup> Umowa administracyjna do niemieckiego systemu prawnego została wprowadzona ustawą o postępowaniu administracyjnym – *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

<sup>57</sup> Por. B. Tanneberg, op. cit., s. 27.

<sup>58</sup> E. Forsthoﬀ, op. cit.,

<sup>59</sup> Weißenberger podkreśla przy tym, że rozstrzygnięcie o udzieleniu bezpośredniej pomocy publicznej w postaci subwencji, w ramach teorii dwóch stopni, podlegać będzie prawu publicznemu, nawet jeżeli w takim przypadku administracja występuje wobec obywatela (przedsiębiorcy) w formach właściwych prawu prywatnemu. Zob. Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil II*, s. 465.

<sup>60</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 59. Warto dodać, że pierwotnie, w latach pięćdziesiątych XX w., celem opracowania teorii dwóch stopni było objęcie prawem publicznym jedynie pomocy publicznej udzielanej w formie kredytów lub poręczeń (ibidem, s. 42). Jednakże z czasem uznano, że *Zweistufentheorie* można stosować także przy udzielaniu innych niż pożyczki i poręczenia rodzajów pomocy publicznej (por. ibidem, s. 42–43).

<sup>61</sup> Ibidem, s. 59. Ponadto należy pamiętać, że w prawie pomocy publicznej jej beneficjent znajduje się w pozycji nierównorzędnej w stosunku do administracji, czego przyczyną jest fakt, że nie ma on możliwości otrzymania świadczenia w postaci pomocy publicznej od innego niż administracja podmiotu (ibidem, s. 62). Interesujące są uwagi niemieckiej doktryny prawa publicznego dotyczące treści stosunku administracyjnoprawnego, jakim jest udzielanie pomocy publicznej. Przykładowo, zobowiązanie beneficjenta pomocy publicznej do utworzenia określonej liczby miejsc pracy odpowiada celom udzielania subwencji, a zatem może być elementem wydanego aktu administracyjnego do momentu, w którym liczba przyrzeczonych miejsc pracy pozostaje w proporcjonalnej relacji do kwoty udzielanej pomocy publicznej (ibidem, *passim*).

się wyłącznie między instytucją kredytującą a beneficjentem pomocy publicznej<sup>62</sup>. W takiej sytuacji organ administracji publicznej powinien wydać odrębny akt administracyjny, który będzie potwierdzał zawarcie umowy cywilnoprawnej z bankiem<sup>63</sup>. W takim wypadku administracja decyduje, „czy” udzielić pomocy publicznej, natomiast umowę określającą „jak” zawiera podmiot prywatny (np. bank) samodzielnie<sup>64</sup>. Przykładowo, powyższe może dotyczyć preferencyjnego kredytu udzielanego przez państwo: najpierw zostaje on przyznany w drodze aktu administracyjnego, a następnie następuje zawarcie umowy z bankiem, który albo jest własnością państwa, albo któremu państwo powierzyło udzielanie pomocy publicznej<sup>65</sup>. Natomiast nie jest możliwe, by zgodnie z teorią dwóch stopni taki bank przeprowadził cały proces udzielania pomocy publicznej. W niemieckiej doktrynie podkreśla się bowiem, że nie można uznać czynności podjętej przez podmiot prawa prywatnego za akt administracyjny, ponieważ podmiot prywatny nie jest wyposażony w kompetencje władcze<sup>66</sup>.

### 3. Krytyka teorii dwóch stopni

Głównie przedstawiciele wcześniejszej<sup>67</sup>, ale i współczesnej<sup>68</sup> niemieckiej doktryny prawa publicznego, krytyczni wobec teorii dwóch stopni, podnoszą, że rozdział między podjęciem aktu administracyjnego a zawarciem umowy jest „fikcją” i nie odpowiada rzeczywistości. Tak

---

<sup>62</sup> Ch. Weißenberger, *Die Zweistufentheorie... – Teil II*, s. 465: „Deshalb ging die Subventionsvergabe – Ipsen folgend – überwiegend zweistufig vonstatten. Dies bot sich insbesondere dann an, wenn ein Dritter, zum Beispiel eine Bank, bei der Gewährung eines Darlehens eingebunden wurde und die Abwicklung der zweiten Stufe ausschließlich zwischen dem Subventionsempfänger und dem Kreditinstitut erfolgte”.

<sup>63</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 155.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Ibidem, s. 157: „In der Regel fehlt den Privaten die Kompetenz zum Erlass eines Verwaltungsakts auf der erste Stufe, da er gerade nicht durch eine Beleihung mit Hoheitsrechten betraut wurde”. Z drugiej strony Maurer wskazuje, że nawet w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie, czy udzielić pomocy publicznej w formie aktu administracyjnego, podejmuje organ administracji, a bank zawiera umowę, to i tak przysługuje bankowi pewien zakres uznania przy kształtowaniu umowy. Por. H. Maurer, op. cit., s. 453.

<sup>67</sup> Por. H. Berthge, op. cit., s. 139–146.

<sup>68</sup> *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Hrsg. von R. Schmidt, T. Vollmöller, Randnummer 64, Berlin 2007, § 7, podaje za B. Tanneberg, op. cit., s. 43; por. H. Maurer, op. cit., s. 448 i n.

twierdzi między innymi H. Maurer<sup>69</sup>. Z powyższymi poglądami nie zgadzają się w szczególności niektórzy przedstawiciele współczesnej doktryny. Tanneberg za Ipsenem konsekwentnie wskazuje, że na pierwszym stopniu dochodzi do wydania aktu administracyjnego, który następnie stanowi niezbędną podstawę prawną do zawarcia umowy cywilnoprawnej, nawet jeśli obie czynności z zakresu administracji publicznej mają miejsce w tym samym momencie<sup>70</sup>. Należy podkreślić, iż powyższe stwierdzenie o „fikcji” budzi uzasadnione wątpliwości, chociażby z tego względu, że ów akt administracyjny podlega kontroli sądów administracyjnych.

Z drugiej strony, słusznie, w niemieckiej doktrynie wskazuje się na problemy z rozgraniczeniem obu stopni, co w świetle powyższych uwag ma uzasadnienie, ponieważ stosowanie teorii dwóch stopni nie zostało uregulowane w ustawie. Krytycy *Zweistufentheorie* wskazują w szczególności, iż w wyniku jej zastosowania następuje sztuczne rozdzielanie stosunku prawnego, który w prawdziwym życiu funkcjonuje jako jednolity<sup>71</sup>. Jak wskazuje Maurer, mylące jest podzielenie jednolitego stosunku prawnego, jakim jest przykładowo umowa poręczenia lub pożyczki, nie tylko na dwa stosunki prawne, ale także na dwa różne obszary prawa (publiczne i prywatne), co powoduje przyporządkowanie ich dwóm różnym drogom sądowym<sup>72</sup>.

W miejsce stosowania teorii dwóch stopni Maurer wskazuje na możliwość wykorzystania jednostopniowych publicznoprawnych form, takich jak klasyczny akt administracyjny<sup>73</sup> czy istniejąca w niemieckim porządku prawnym umowa administracyjna<sup>74</sup>. Ponadto we współczesnej doktrynie Tanneberg bierze pod uwagę zastosowanie na obu stopniach publicznoprawnych form działania administracji (akt administracyjny wskazuje „czy”, z kolei umowa administracyjna określa „jak”), czyli w praktyce doszłoby do wydania jedynie umowy administracyjnej<sup>75</sup>. Jednak udzielanie pomocy publicznej wyłącznie za pomocą środków administracyjnoprawnych nie jest akceptowane przez doktrynę<sup>76</sup>. Przyczyn

<sup>69</sup> H. Maurer, op. cit., s. 448.

<sup>70</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 43, 46, 48.

<sup>71</sup> M. Goldhammer, op. cit., s. 420.

<sup>72</sup> H. Maurer, op. cit., s. 449.

<sup>73</sup> Ibidem, s. 450.

<sup>74</sup> Ibidem; podobnie we wcześniejszej doktrynie H. Berthge, op. cit., s. 146.

<sup>75</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 85.

<sup>76</sup> Ibidem.

takiego stanu rzeczy należy upatrywać w fakcie, że akt administracyjny nie jest odpowiednią prawną formą działania do udzielania pomocy publicznej w formach poręczeń oraz gwarancji. Nie ulega wątpliwości, iż do takich działań administracji publicznej prawo prywatne jest bardziej odpowiednie. Chociaż, z drugiej strony, Tanneberg podnosi, że rezygnacja z umowy na drugim stopniu byłaby jeszcze korzystniejsza dla beneficjenta pomocy publicznej niż zastosowanie teorii dwóch stopni, ponieważ postanowienia zawarte w akcie administracyjnym będą podlegały wyłącznie prawu publicznemu<sup>77</sup>. Należy jednak zwrócić uwagę, iż umowa administracyjna ma zastosowanie, zgodnie z § 54 VwVfG<sup>78</sup>, jedynie w zakresie stosunków administracyjnoprawnych (*Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts*), a więc zastosowanie jej do stosunków cywilnoprawnych (pożyczka, poręczenie), nawet w związku z realizacją zadań publicznych, jest co najmniej problematyczne. Warto wskazać, że powyższy problem zauważono już we wcześniejszej doktrynie. Zdaniem H. Berthgego określenie stopy procentowej pożyczki w akcie administracyjnym byłoby poszerzeniem zakresu normowania przepisów prawa publicznego<sup>79</sup>.

Problem rozgraniczenia stopnia pierwszego od drugiego rozwiązano, przyjmując, że stwierdzenie nieważności aktu administracyjnego (nawet jeśli w praktyce w ogóle nie został wydany) powoduje nieważność zawartej umowy<sup>80</sup>. Ponadto jeżeli wypłata pomocy publicznej została

<sup>77</sup> Ibidem: „Der Verzicht auf einen Vertrag auf der zweiten Stufe wäre sogar günstiger als die Anwendung der Zweistufentheorie, da bei einer Subventionsvergabe allein durch Verwaltungsakt jede Nebenbestimmung den Maßstäben des öffentlichen Rechts unterläge und isoliert anfechtbar wäre“.

<sup>78</sup> VwVfG, § 54: „Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde“.

<sup>79</sup> Berthge wskazał na następujący dylemat: Czy można w akcie administracyjnym określić stopę procentową dla pożyczki? Zob. H. Berthge, op. cit., s. 141.

<sup>80</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 61. Teoria dwóch stopni nie służy jedynie zapewnieniu ochrony prawnej beneficjenta pomocy publicznej. Z aktu administracyjnego na pierwszym stopniu zostało wywiedzione roszczenie do zawarcia umowy na stopniu drugim, czego konsekwencją jest, że administracja może odmówić wypłaty pomocy publicznej jedynie w wypadku wyeliminowania aktu administracyjnego z obrotu prawnego. Samo zakwestionowanie zawartej umowy przed sądem powszechnym nie jest wystarczające, aby beneficjent pomocy publicznej jej nie otrzymał. Zob. B. Tanneberg, op. cit., s. 26. Tanneberg przywołuje również: P. Stelkens, *Kommentar zu § 35, w: Verwaltungsverfahrensgesetz*, Hrsg. von P. Stelkens, H.J. Bonk, M. Sachs, Randnummer 108, München 2008.

zagwarantowana aktem administracyjnym, to nie ma możliwości jej anulowania w umowie<sup>81</sup>.

Warto tu przytoczyć pogląd Maurera, zgodnie z którym dla pewności prawa byłoby dobrze, gdyby formy prawne udzielania pomocy publicznej były określone w przepisach prawnych – wtedy nie byłoby potrzeby stosowania *Zweistufentheorie*<sup>82</sup>.

#### 4. Swoboda wyboru prywatnoprawnej formy działania administracji w niemieckiej doktrynie prawa publicznego

Przedstawiciele, w szczególności nowszej niemieckiej doktryny prawa publicznego, omawiając teorię dwóch stopni, często odnoszą się do tzw. *zasady swobody wyboru prawnej formy działania przez administrację*. Polega ona na tym, że administracja, w pewnym obszarze swojej działalności, została upoważniona do zastosowania, oprócz publicznoprawnych, także prywatnoprawnych form działania (*Grundsatz der Formenwahlfreiheit der Verwaltung*)<sup>83</sup>. Zatem zasada swobody wyboru formy prawnej nie dotyczy form prawnych działania administracji w ogólności, lecz jedynie prywatnoprawnych form działania.

Powyższa zasada, pomimo pewnych oporów<sup>84</sup>, w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX w. została powszechnie przyjęta w niemieckiej doktrynie, a także znalazła odzwierciedlenie w orzecznictwie niemieckich sądów<sup>85</sup>. Należy podkreślić, że opracowanie przez niemiecką doktrynę prawa publicznego zasady swobody wyboru formy umownej utorowało drogę do wprowadzenia umowy administracyjnej do niemieckiego systemu prawnego<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 95: „Was ihm einmal durch den Verwaltungsakt gewährt wurde, kann im anschließenden Vertrag nicht entwertet werden”.

<sup>82</sup> H. Maurer, op. cit., s. 452.

<sup>83</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 21, zob. też s. 41: „Grundlage der Zweistufentheorie ist die Annahme, dass der Verwaltung im Bereich der Leistungsverwaltung neben den öffentlichrechtlichen auch privatrechtliche Organisationsformen und Handlungsformen zur Verfügung stehen und sie zwischen diesen wählen kann, solange keine bestimmte Rechtsform vorgeschrieben ist (Grundsatz der Formenwahlfreiheit der Verwaltung)”.

<sup>84</sup> Por. Ch. Pestalozza, *Formenmissbrauch des Staates*, München 1973.

<sup>85</sup> Por. B. Kempen, *Die Formenwahlfreiheit der Verwaltung. Die öffentliche Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht*, München 1989.

<sup>86</sup> Por. Z. Cieślak, op. cit., s. 66 i n. Zasada swobody wyboru prawnej formy działania nie dotyczy wyłącznie teorii dwustopniowej, lecz prawa administracyjnego w ogólności.

Zasada swobody wyboru prywatnoprawnej formy działania jest istotna w prawie niemieckim, ponieważ umożliwia administracji działanie w prywatnoprawnych formach działania ze względu na kryteria celowości i efektywności działalności administracji<sup>87</sup>. Przedstawiciele niemieckiej doktryny podkreślają, iż w przypadku stosowania teorii dwóch stopni zasada swobody wyboru prawnej formy działania podlega ograniczeniom<sup>88</sup>. Nie ma ona zastosowania w przypadku podjęcia rozstrzygnięcia w zakresie udzielenia lub odmowy udzielenia pomocy publicznej, czyli według teorii dwóch stopni w zakresie pierwszego etapu (stopnia) stosunku subwencjonowania, ponieważ w takiej sytuacji należy zastosować publicznoprawną formę działania<sup>89</sup>. Natomiast, jak podkreśla Tanneberg, w odniesieniu do kształtowania stosunku prawnego subwencjonowania na drugim stopniu organ administracji ma pełną swobodę w zakresie wykorzystania prywatnoprawnych form działania<sup>90</sup>. Nie ma też przeszkód, by organ na drugim stopniu zastosował umowę publicznoprawną<sup>91</sup>.

## Podsumowanie

Doktryna niemiecka wypracowała bardzo zaawansowaną teorię wskazującą administracji sposób korzystania z prawnych form działania, która pozwala rozwiązać liczne problemy prawne w prawie pomocy publicznej i zapewne w wielu innych dziedzinach prawa publicznego. Można zaryzykować tezę, że obok wypracowania koncepcji umowy

<sup>87</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 41–42.

<sup>88</sup> Por. ibidem, s. 21: „Die Zweistufentheorie, wie Ipsen konzipierte, erfasste Fälle mit einem Verwaltungsakt auf der ersten und einem privatrechtlichen Vertrag auf der zweiten Stufe. Hintergrund dieses begrenzten Anwendungsbereichs war das Anliegen, die Subventionsvergabe als Teil der Hoheitsverwaltung wenigstens hinsichtlich der ersten Stufe dem öffentlichen recht zu unterstellen. Nachdem hier verwendeten Begriff ist die Zweistufentheorie dagegen als Einschränkung der Wahlfreiheit nur auf der ersten Stufe zu verstehen. Deshalb kann der anschließende Vertrag sowohl privatrechtlicher als auch öffentlichrechtlicher Natur sein”.

<sup>89</sup> Już w latach sześćdziesiątych ubiegłego wieku Ipsen odnosił teorię dwóch stopni do kształtującej się zasady swobody wyboru prawnej formy działania – por. H.P. Ipsen, *Verwaltung...*, s. 297–298.

<sup>90</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 21. Por. także M. Burgi, *Öffentliches Recht und Privatrecht, w: Grundlagen des Verwaltungsrecht*, Bd. I: *Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, Hrsg. von W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann, A. Voßkuhle, München 2006, s. 1211.

<sup>91</sup> B. Tanneberg, op. cit., s. 21.

administracyjnej, opracowanie *Zweistufentheorie* jest jednym z największych osiągnięć doktryny niemieckiego prawa publicznego w XX w. Wydaje się, że ponad sześćdziesiąt lat wysiłków doktryny nie poszło na marne – przedstawiciele zarówno współczesnej, jak i wcześniejszej nauki niemieckiego prawa publicznego są zadziwiająco zgodni co do większości kwestii dotyczących *Zweistufentheorie*. Nie mają wątpliwości, że przy udzielaniu pomocy publicznej rozstrzygnięcie na pierwszym stopniu (etapie) „czy” ma charakter publicznoprawny i podlega kontroli sądów administracyjnych. Z kolei stosunek prawny na drugim stopniu (etapie) to, co do zasady, umowa cywilnoprawna, która podlega kontroli sądów powszechnych. Równocześnie nie ma przeszkód, aby na drugim stopniu (etapie) zastosować umowę administracyjną, co spowoduje konieczność poddania takiego rozstrzygnięcia kognicji sądów administracyjnych. Przedstawiciele niemieckiej doktryny zgadzają się również, że zastosowanie teorii dwóch stopni pozytywnie wpływa na sytuację prawną podmiotów ubiegających się o udzielenie pomocy publicznej.

Pomimo funkcjonowania w niemieckim systemie prawnym umowy administracyjnej, teoria dwóch stopni wciąż jest wykorzystywana przy udzielaniu pomocy publicznej, ponieważ umowa administracyjna znajduje zastosowanie jedynie w zakresie stosunków administracyjnoprawnych, a udzielanie pomocy publicznej w postaci pożyczek lub gwarancji w formach publicznoprawnych budzi w niemieckiej doktrynie wątpliwości.

Z prowadzonych rozważań wynika także, że w odniesieniu do *Zweistufentheorie* pojawiły się liczne głosy krytyki. Najistotniejszy argument dotyczy tego, że jest ona konstrukcją „fikcyjną”, a jej stosowanie nie ma podstawy w obowiązujących przepisach prawnych. Z drugiej strony cieszy się ona poparciem doktryny oraz niemieckiego orzecznictwa. Ponadto zastosowanie teorii dwóch stopni prowadzi do polepszenia ochrony prawnej podmiotu ubiegającego się o udzielenie pomocy publicznej.

## A TWO-STEP THEORY IN THE DOCTRINE OF GERMAN PUBLIC LAW

### Summary

This paper deals with *Zweistufentheorie*, a two-step theory developed in the doctrine of German public law. The theory is based on a thesis that in the event of public aid granted in a legal form of a civil law agreement a public administration law body is asked to establish whether such agreement has been concluded or renounced,

a decision issued by this administrative body states a decision made under public law regulations and takes a legal form of an individual administrative act.

The two-step theory emerged in German public law in the fifties of the 20<sup>th</sup> century and was a reaction of the German public law doctrine to the insufficient legal protection of subjects seeking state-provided public aid. Before that theory was developed, public aid had been granted in the form of civil law agreements. This meant that such agreements were only under the supervision of common courts of law. Such legal protection was, however, unsatisfactory and only the exercise of the two-step theory made it possible to regard a decision establishing whether an agreement has been concluded or renounced as an individual administrative act, consequently subjected to the cognition of administrative courts.

Apart from creating a concept of an administrative law agreement, the development of a two-step theory constitutes one of the important accomplishments of the German civil law doctrine, which continues to be used in German public aid law notwithstanding the introduction in 1977 of an administrative law agreement.

In this paper, the leading opinions on the two-step theory present in the German public law doctrine have been presented.

**Key words:** two-step theory, public aid, legal forms of public administration acts, a public law agreement