Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag

Relevante Normen: §§ 54 ff. VwVfG, §§ 145 bis 326 BGB

Copyright by Rolf Schmidt – August 2002

Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfuhr das BGB die größte Reform seit seiner Einführung. Während in der zivilrechtlichen Literatur über die neuen Auslegungstendenzen heftig gestritten wird, sind die Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Verwaltungsrecht kaum untersucht. Der nachfolgende Beitrag erörtert erste Anhaltspunkte im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Vertrags.

Unter einem **öffentlich-rechtlichen Vertrag** i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG versteht man einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, durch den ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben wird.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag unterscheidet sich von dem Verwaltungsakt dadurch, daß nicht eine einseitig verbindliche Rechtsfolge begründet wird, sondern sich die Verwaltung mit dem Bürger auf eine Stufe der Gleichordnung stellt. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist also eine flexible Handlungsform der Verwaltung, die es ihr ermöglicht, komplexe Sachverhalte in einem Kooperationsverhältnis mit dem Bürger zu regeln.

Zwar ist der Verwaltungsakt nach wie vor ein taugliches Mittel zur rechtmäßigen und sachrichtigen Erledigung von Verwaltungsaufgaben. In einem modernen und komplexen Staatsgebilde sollte das Verwaltungsrecht aber nicht mehr von einem preußischen Obrigkeitsdenken bestimmt werden, wie das unter dem Einfluß von Otto Mayer propagiert wurde, sondern rechtliche Instrumentarien zur Verfügung gestellt bekommen, die in der Lage sind, Kooperation, Konsens und Akzeptanz zu fördern. Ein solches Instrumentarium stellt neben dem sog. „Public Private Partnership“ (nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch auch informales Verwaltungshandeln genannt, vgl. dazu ausführlich mein AllgVerwR, 6. Aufl. 2002, S. 273) insbesondere der Verwaltungsvertrag dar. Je komplexer ein Sachverhalt und je vielfältiger und größer die damit verbundenen Unsicherheiten sind, desto eher bietet sich der Abschluß eines Verwaltungsvertrags als ein gegenüber dem Verwaltungsakt flexibleres Instrument an.[1] Freilich ist nicht zu übersehen, daß flexible Instrumentarien mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, der ja bekanntermaßen alle Staatsgewalt bindet, kollidieren können. Es ist daher stets darauf zu achten, daß rechtsstaatliche Grundsätze beachtet werden. Einen Ausgleich zwischen einer flexiblen Handlungsform und der Bindung an Recht und Gesetz zu finden, ist Aufgabe der §§ 54 ff. VwVfG.

Die Handlungsform *Verwaltungsvertrag* ist zulässig, wenn ihm keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen (§ 54 S. 1 VwVfG). Zum Vertragsformverbot vgl. sogleich.

In der **Fallbearbeitung** können sich drei Konstellationen stellen:

- In der **ersten Konstellation** ist schlicht nach der Rechtmäßigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags gefragt. Hier ist eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle (formell, materiell) durchzuführen. Diese materiellrechtliche Prüfung ist an keine spezielle Klage- und Verfahrensart gebunden.

[1] Das betrifft in einem nicht unerheblichen Maße die **Altlastensanierung** nach dem BBodSchG. Denn der Verwaltungsakt als Instrument zur Sanierung von Altlasten war von jeher nur bedingt geeignet. Das liegt in erster Linie an den schwer überschaubaren Sachverhalten, die den Altlastenfällen regelmäßig zugrunde liegen und die zuständige Behörde bei dem Versuch, eine rechtmäßige Sanierungsanordnung zu erlassen, oft vor Probleme stellt (vgl. ausführlich *Frenz/Heßler*, NVwZ **2001**, 13 ff.).

- ⇨ In der **zweiten Konstellation** haben die Parteien einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. § 54 VwVfG geschlossen, wobei eine Partei nun die andere Partei dazu bringen möchte, dem geltend gemachten Leistungsanspruch aus dem Vertrag nachzukommen. In einem solchen Fall ist **nicht** die umfassende formelle und materielle Rechtmäßigkeit des Vertrags zu prüfen, sondern lediglich, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist und kein Nichtigkeitsgrund greift. Das hat den Hintergrund, daß auch rechtswidrige verwaltungsrechtliche Verträge grundsätzlich wirksam sind (vgl. §§ 57, 58, 59 VwVfG) und dadurch Vertragsansprüche begründen. Auf die (Nur-)Rechtswidrigkeit kommt es also nicht an. Da sich dieses Prüfungsmodell von dem der ersten Konstellation aber nur in einem Punkt (materielle Rechtmäßigkeit) unterscheidet, sollte generell von dem in meinem AllgVerwR, 6. Aufl. 2002 auf S. 297 dargestellten Prüfungsschema ausgegangen werden. Bei Nichtvorliegen einer erforderlichen Zustimmung (§ 58 VwVfG) kann es wegen der damit verbundenen (schwebenden) Unwirksamkeit erforderlich sein, eine Rechtsverletzung des zustimmungsberechtigten Dritten (inzident) zu prüfen. Prüfungsmaßstab ist dann die Vereinbarkeit des Eingriffes mit höherrangigem Recht, ob also bei dem Vertragsschluß die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die (Grund-)Rechte des Dritten beachtet wurden. Kommt man zu dem Ergebnis, daß eine Rechtsverletzung nicht vorliegt, ist eine eventuell fehlende schriftliche Zustimmung unbeachtlich und der Vertragsanspruch begründet. Aber auch bei einer festgestellten Rechtsverletzung ist mit einem Hilfsgutachten fortzufahren, da nicht auszuschließen ist, daß der Dritte nachträglich zustimmt. Statthafte Klageart in dieser Konstellation ist regelmäßig die **allgemeine Leistungsklage** auf Vornahme der Leistung aus dem Vertrag. Zur prozessualen Prüfung vgl. mein VerwProzR, 6. Aufl. 2002, S. 278.
- ⇨ In der **dritten Konstellation** geht es um die Frage, ob ein Dritter, der nach § 58 VwVfG zustimmungsberechtigt ist, diese Rechtsverletzung geltend machen kann. In diesem Fall ist innerhalb einer **(Dritt-)Feststellungsklage** die Rechtsverletzung des Betroffenen zu prüfen. Dabei ist der Vertrag auf seine formelle und materielle Vereinbarkeit mit denjenigen Rechten zu prüfen, die dem klagenden Dritten zur Seite stehen. Greift der Vertrag in die Rechte des Dritten ein, ist die Feststellungsklage begründet. Zur prozessualen Prüfung vgl. mein VerwProzR, S. 167 f. und S. 294 f.

I. Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in der Form des verwaltungsrechtlichen Vertrags bestimmt sich nach den §§ 54 ff. VwVfG. Er kommt zustande, wenn zwei übereinstimmende, in bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen vorliegen (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 145 ff. BGB).

Beispiel: Die Baubehörde bespricht mit dem Bauherrn B durch informales Verwaltungshandeln die nähere Ausgestaltung eines Baudispensvertrags. Tags darauf schickt der Behördenleiter einen Kurier zu B, durch den er dem B einen vorgefertigten, aber noch nicht unterzeichneten Vertragstext vorlegt. B unterzeichnet den Vertragstext und gibt dem Kurier diesen wieder mit. In der Behörde unterzeichnet nun auch der Behördenleiter und legt das Schriftstück, ohne dem B ein Duplikat zuzusenden, zu den Akten. Fünf Jahre später klagt die Behörde die Leistung (hier: den Geldbetrag) ein (allgemeine Leistungsklage). Liegt ein wirksam zustande gekommener Vertrag vor, aus dem die Behörde ihren Anspruch herleiten kann? Zur Lösung dieser Frage sind die zivilrechtlichen Grundsätze über das Zustandekommen von Verträgen heranzuziehen (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 145 ff. BGB). Die Zusendung des Vertragsformulars kann in Ermangelung der Unterschrift noch nicht als Vertragsofferte gesehen werden. Vielmehr liegt eine *invitatio ad offerendum* vor. Ein Angebot liegt aber seitens des B vor, indem er das Schriftstück unterzeichnete und es dem Kurier mitgab. Dieses Angebot hat die Behörde durch die Unterschrift des Behördenleiters auch angenommen. Die Annahmeerklärung ist dem B aber nicht rechtzeitig zugegangen, da dieser nach einem Zeitraum von fünf Jahren

wohl nicht mehr mit der Annahme rechnen durfte (vgl. § 147 II BGB). Demnach ist kein wirksamer Vertrag zustande gekommen. Es besteht kein Leistungsanspruch seitens der Behörde.

Da im Rahmen der **Schuldrechtsreform** die bislang in zahlreichen Nebengesetzen geregelten Materien des **AGB-Gesetzes**, des **Verbraucherkreditgesetzes** und des **Haustürwiderrufsgesetzes** nun in das BGB aufgenommen wurden (vgl. §§ 305 ff., 491 ff. und 312 ff. BGB n.F.), hat die pauschale Verweisung des § 62 S. 2 VwVfG auf die Vorschriften des BGB zur Folge, daß nun auch die genannten Materien explizit auf einen Verwaltungsvertrag Anwendung finden. So sind bspw. Verwaltungsverträge, denen **Allgemeine Geschäftsbedingungen** zugrunde liegen (etwa standardisierte Stellplatzablöseverträge), nun der **Klauselkontrolle** zugänglich. Dagegen dürften die nunmehr integrierten Materien des früheren Verbraucherkreditgesetzes und des Haustürwiderrufsgesetzes für öffentlich-rechtliche Verträge kaum eine Rolle spielen.[2]

Durch die zwei übereinstimmenden, in bezug aufeinander abgegebenen Willenserklärungen unterscheidet sich der verwaltungsrechtliche Vertrag einerseits von einem *zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt bzw. von einem Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen*, die trotz der notwendigen Zustimmung bzw. des Zusatzes eine einseitige Regelung darstellen, andererseits aber auch von der Zusicherung (§ 38 VwVfG). Dort handelt es sich um eine einseitige Verpflichtung der Behörde, einen bestimmten Verwaltungsakt zu erlassen.

1. Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrags

§ 54 S. 1 VwVfG bezieht sich auf alle verwaltungsrechtlichen Verträge, wegen der Regelung des § 54 S. 2 VwVfG also sowohl auf **subordinationsrechtliche Verträge** als auch auf **koordinationsrechtliche Verträge**. Letztere sind Verträge, die zwischen rechtlich selbständigen, auf dem Boden der Gleichordnung stehenden Verwaltungsträgern geschlossen werden können (Beispiel: Zwei Gemeinden einigen sich über die Bebauungsplanung an der Gemarkungsgrenze), während § 54 S. 2 VwVfG Verträge beschreibt, die zwischen einer Behörde und einer ihr gegenüber im Unterordnungsverhältnis stehenden natürlichen Person oder juristischen Person des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts anstelle des Erlasses eines Verwaltungsakts geschlossen werden können (sog. **subordinationsrechtliche Verträge**).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Unterscheidung zwischen koordinationsrechtlichen und subordinationsrechtlichen Verträgen ist deshalb von Bedeutung, weil § 59 II VwVfG einen Katalog ausschließlich für die Nichtigkeit eines subordinationsrechtlichen Vertrags enthält, während § 59 I VwVfG beide Vertragsarten umfaßt. Darüber hinaus beziehen sich die §§ 55, 56 VwVfG ausschließlich auf die Rechtmäßigkeit zweier Unterarten des subordinationsrechtlichen Vertrags, den Vergleichsvertrag und den Austauschvertrag. Was unter diesen Vertragsarten zu verstehen ist, kann dem Wortlaut der §§ 55, 56 VwVfG entnommen werden.[3]

Zu beachten ist, daß diese beiden Vertragsarten nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander stehen. So kann ein subordinationsrechtlicher Vertrag sowohl ein Vergleichs- als auch ein Austauschvertrag sein. Ferner ist zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsverträgen zu unterscheiden. Hierzu gelten die Grundsätze des Zivilrechts entsprechend.

2. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen

Wie in meinem VerwProzR, S. 28 ff. erläutert, ist in einer Klausur für die Bestimmung des Verwaltungsrechtswegs darzulegen, daß der Hoheitsträger einen verwaltungsrechtlichen und

---

[2] Vgl. *Geis*, NVwZ **2002**, 385, 386; *Griziwotz*, NVwZ **2002**, 391, 392 f.

[3] Bei dem Vergleichsvertrag ist insbesondere zu beachten, daß sich die Ungewißheit und das Nachgeben auf denselben Punkt beziehen müssen (BVerwGE **49**, 359, 364 f.).

nicht einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat. Maßgeblich ist grundsätzlich die objektive Bestimmung, der Inhalt und vor allem der Gegenstand des Vertrages, d.h. die im Vertrag geregelten Rechte und Pflichten (sog. **Gegenstandstheorie**). Prägt das öffentliche Recht den Vertragsgegenstand, so handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen, anderenfalls um einen privatrechtlichen Vertrag.[4] **Die Vorstellungen der Parteien sind grundsätzlich unerheblich**.[5]

> **Beispiel[6]:** Die A-GmbH möchte im Zentrum der Stadt B ein Geschäftsgebäude errichten und beantragt bei der Baubehörde eine entsprechende Baugenehmigung. Da sie aber nicht in der Lage ist, die in der Landesbauordnung und im Bebauungsplan festgeschriebene erforderliche Zahl von Einstellplätzen für Kfz zu errichten, beantragt sie bei der Baubehörde ferner die Erteilung einer Ausnahmebewilligung[7] (sog. Dispens, vgl. dazu mein BesVerwR, S. 30, 42, und 78 f.). B ist bereit, den Dispens zu erteilen, wenn A sich finanziell an dem Bau eines ganz in der Nähe geplanten Parkhauses beteiligt. Diesbezüglich schließen A und B einen Vertrag, durch den A verpflichtet wird, sich finanziell an dem Bau des Parkhauses zu beteiligen und B, den gewünschten Dispens zu erteilen. Es handelt sich um einen sog. **Baudispensvertrag**. Dieser Vertrag ist öffentlich-rechtlicher Natur, da er das öffentliche Baurecht betrifft. Es liegt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor.

Die Gegenstandstheorie versagt allerdings dann, wenn der Behörde eine Wahlfreiheit bezüglich der Rechtsnatur ihres Handelns eingeräumt ist, insbesondere im Subventionswesen und bei den Anstaltsbenutzungsverhältnissen. Hier kann **ausnahmsweise der Wille der Vertragsparteien** maßgebend sein.[8]

Die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag gestaltet sich allerdings schwierig, wenn der Vertrag sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Elemente aufweist (**Mischverträge**). Die frühere Rechtsprechung des BGH hat auf den Schwerpunkt des Vertrags abgestellt: Lag der Schwerpunkt auf dem öffentlich-rechtlichen Gebiet, war der gesamte Vertrag öffentlich-rechtlich. Ließ sich ein Schwerpunkt nicht ermitteln, fand eine Spaltung des Vertrags in einen öffentlich-rechtlichen und in einen privatrechtlichen Teil statt, wobei jeder Teil vor dem dafür zuständigen Gericht verhandelt wurde (Rechtswegspaltung). Diese Rechtsprechung stieß auf Kritik[9] und ist jetzt durch § 17a II S. 1 GVG überholt. Danach werden auch die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen vor dem Verwaltungsgericht mitverhandelt und umgekehrt.[10]

Beispiele für verwaltungsrechtliche Verträge[11]:

(1) Besteht ein Vertrag zwischen der Behörde und einem Sanierungspflichtigen nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) über die Bodensanierungsverpflichtung des Verantwortlichen, so besteht ein **Sanierungsvertrag**. In diesem Vertrag können insbesondere

---

[4] BVerwGE **94**, 202, 204; BGHZ **119**, 93, 96 f.; OLG Naumburg NVwZ **2001**, 354; *Kahl/Röder*, JuS **2001**, 24, 25.

[5] Anders *Renck*, JuS **2000**, 1001, 1002, der bei der Charakterisierung des Vertrags auf den Willen der Behörde abstellt und damit die sog. **Willenstheorie** vertritt.

[6] Vgl. *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 11.

[7] Vgl. **BaWü**: § 56 LBO; **Bay**: Art. 70 LBO; **Berl**: § 61 LBO; **Bbg**: § 72 LBO; **Brem**: § 72 LBO; **Hamb**: §§ 66 f. LBO; **Hess**: § 68 LBO; **MV**: § 70 LBO; **Nds**: §§ 85 f. LBO; **NRW**: § 73 LBO; **RhlPf**: § 67 LBO; **Saar**: § 68 LBO; **Sachs**: § 72 LBO; **LSA**: § 72 LBO; **SchHolst**: § 76 LBO; **Thür**: § 68 LBO.

[8] Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 54 Rn 27.

[9] Sie sei unpraktikabel und das Schwerpunktkriterium zu unbestimmt. Darüber hinaus dürfe kein Entzug der strengen öffentlichen Bindungen (Grundrechte, Gesetzmäßigkeit) durch Abschluß eines Mischvertrages stattfinden. Daher müsse ein Mischvertrag insgesamt als öffentlich-rechtlich bewertet werden.

[10] Vgl. dazu *Kahl/Röder*, JuS **2001**, 24, 25; *Renck*, JuS **2000**, 1001, 1002; BVerwGE **92**, 56, 58 f.; VGH München NVwZ **1999**, 1008, 1010, 1013.

[11] Vgl. *Frenz/Heßler*, NVwZ **2001**, 13 ff.; *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 93; *Bull*, AllgVerwR, Rn 672; *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 4, 11 und 12; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 54 Rn 36; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rn 23.

Vereinbarungen über die Pflicht und den Umfang von Gefährungsabschätzungen und Sanierungsuntersuchungen getroffen werden, den Umfang der Sanierungspflicht an sich beinhalten oder sich konkret auf die Durchführung der Sanierung beziehen (vgl. § 13 IV BBodSchG).

(2) Besteht ein Vertrag zwischen einer Gemeinde, die eine Wohnsiedlung errichten möchte, und einem privaten Bauträger, der die Kosten der Erschließung (Bau von Strom-, Gas- und Wasserleitungen, Zufahrtsstraßen, Kanalisationsanlage usw.) übernimmt, liegt ein **Erschließungsvertrag** vor (vgl. § 124 I BauGB).

(3) Besteht ein Vertrag zwischen einer Gemeinde, die eine Wohnsiedlung errichten möchte, und einem privaten Bauträger, der die Folgekosten der Erschließung (etwa erhöhter Bedarf an Schulen, Kindergärten, Sportplätzen, Krankenhausbetten usw.) übernimmt, liegt ein **Folgekostenvertrag** vor (vgl. § 11 I S. 2 Nr. 3 BauGB).

(4) Bei einem Vertrag, durch den sich der Bauherr gegen Befreiung von der öffentlich-rechtlichen Pflicht, Stellplätze oder Garagen zu schaffen (vgl. nur § 49 BremLBO) zur Zahlung eines Ablösungsbetrages verpflichtet, den die Behörde zur Herstellung öffentlichen Parkraumes zu verwenden hat, handelt es sich um einen **Ablösungsvertrag**.

(5) Bei einem Vertrag, der im Rahmen eines Enteignungsverfahrens geschlossen wird, um die förmliche Enteignung abzuwenden, handelt es sich um einen **Enteignungsabwendungsvertrag** (vgl. § 110 II S. 1 BauGB und sogleich).

(6) Eine Vereinbarung zwischen einem öffentlich-rechtlichen Sozialhilfeträger und einem Träger der freien Wohlfahrtspflege betreffend die Übernahme von Pflegekosten nach § 93 II BSHG ist eine **Pflegesatzvereinbarung**.

(7) Ein Vertrag zwischen dem Dienstherrn und einem Beamten über die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Dienst ist ein **Ausbildungsrückzahlungsvertrag**.

(8) Ein Vertrag, in dem sich der Hoheitsträger zur Übernahme von Ausbildungskosten verpflichtet, während der Begünstigte verspricht, nach erfolgter Ausbildung über einen bestimmten Zeitraum bei dem betreffenden Hoheitsträger tätig zu sein, ist ein **Ausbildungsförderungsvertrag**.

(9) Ein Vertrag, in dem sich ein Hoheitsträger verpflichtet, dem Vertragspartner eine Beihilfe zu gewähren, ist ein **Subventionsvertrag**.

(10) Bei einem Vertrag zur Sicherung und Durchführung von Maßnahmen zum Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft (vgl. § 8 IV BNatSchG) handelt es sich um einen **Landschafts- und Naturschutzvertrag**.[12]

3. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt

Mitunter kann die Abgrenzung eines verwaltungsrechtlichen Vertrags insbesondere zu einem mitwirkungsbedürftigen oder zu einem mit Zusätzen versehenen Verwaltungsakt schwierig werden. Bei Zweifeln über das Vorliegen des einen oder des anderen ist entscheidend, was die Beteiligten intendiert haben.

> **Beispiel:** Die Erlaubnis zum Betrieb einer Gaststätte ist gem. § 2 I GastG zu erteilen, wenn keine in § 4 GastG genannten Gründe vorliegen (sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Darüber hinaus kann die Behörde gem. § 5 GastG, § 36 II Nr. 4 VwVfG u.a. aus Gründen der Gefahrenabwehr bestimmte Auflagen erteilen (so zum Beispiel das Versehen mit Lärmschutzeinrichtungen). Derartige Auflagen stellen Nebenbestimmungen zur Erteilung der Gaststättenerlaubnis (= Verwaltungsakt) gem. § 36 VwVfG dar. Die Behörde kann aber auch

[12] Vgl. dazu BVerwG NVwZ-RR **1999**, 426; *Gaentzsch*, NVwZ **2000**, 993, 997.

statt einen Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen zu erlassen, einen Vertrag mit dem Gastwirt abschließen, durch den sich dieser verpflichtet, als Gegenleistung zu der Gaststättenerlaubnis den Inhalt der Auflage zu beachten bzw. auszuführen.

Ein (mitwirkungsbedürftiger) Verwaltungsakt liegt vor, wenn die Behörde nach ihrem Willen (Auslegung) eine einseitig verbindliche Rechtsfolge treffen wollte, auch wenn der Bürger konstitutiv mitwirken muß.

> **Beispiele:** Beamtenernennung gem. §§ 6 ff. BBG, § 5 ff. BRRG, Immatrikulationen, Gaststättenerlaubnisse. Die Zustimmung ist deshalb von Bedeutung, da mit diesen begünstigenden Verwaltungsakten belastende Nebenbestimmungen verbunden sein können.

Dagegen kann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag angenommen werden, wenn der Bürger *mitentscheidend* in den Regelungsvorgang einbezogen wird. Da allerdings auch bei hoch komplexen Verwaltungsverfahren, die auf den Erlaß eines Verwaltungsakts gerichtet sind, regelmäßig der Antragsteller im Rahmen von Kompromissen und Ausgleichslösungen in den Entscheidungsprozeß eingebunden wird („kooperatives und informales Verwaltungshandeln"), ist der Grad der Einbindung letztlich nicht entscheidend. Vielmehr müssen begleitende Indizien herangezogen werden. Wäre das zu untersuchende Handeln sowohl als verwaltungsrechtlicher Vertrag als auch in der Form eines Verwaltungsakts denkbar, ist jedoch nur eine Handlungsform rechtlich zulässig, so spricht eine Vermutung dafür, daß die Beteiligten sich der zulässigen Handlungsform bedienen wollten. Des weiteren dient die *Bezeichnung* des Handelns als Indiz. Ist beispielsweise die Bezeichnung „Verfügung" oder „Bescheid" oder gar eine Rechtsbehelfsbelehrung abgedruckt, so deutet dies sehr stark auf einen Verwaltungsakt hin. Dagegen spricht die Bezeichnung „Vereinbarung" für einen Vertrag. Wichtigstes Indiz für einen Vertrag ist das Vorliegen eines beiderseitig unterschriebenen Schriftstückes.

4. Verwaltungsrechtlicher Vertrag zwischen Privaten

Fraglich ist, ob verwaltungsrechtliche Verträge auch dann zwischen Privatrechtssubjekten geschlossen werden können, wenn diese nicht Beliehene sind.[13] Nach h.M. ist dies möglich. Allerdings fallen solche Verträge nicht unter die Verwaltungsverfahrensgesetze, da diese lediglich für die *öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden* gelten (vgl. § 1 I VwVfG). Ob § 57 VwVfG (Schriftformerfordernis) analog erforderlich ist, hat das BVerwG bisher offengelassen.[14]

> **Beispiel für einen verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Privaten:** Das in der Nähe des Airbus-Werkes in Finkenwerder gelegene Wiesen- und Waldgrundstück („Mühlenberger Loch") des A soll zugunsten der Erweiterung des Airbus-Werkes enteignet werden. Die Voraussetzungen einer förmlichen Enteignung (§§ 85 ff. BauGB) liegen vor, da auch zugunsten eines Privaten enteignet werden kann, wenn dies übergeordnete öffentliche Interessen (hier: Technologiestandort Deutschland; Schaffung vieler neuer Arbeitsplätze) erfordern.[15] Anstelle eines förmlichen Enteignungsverfahrens sieht § 110 BauGB auch die Möglichkeit der Einigung zwischen dem zu enteignenden privaten Grundstücksalteigentümer und der begünstigten Privatperson vor. Schließen die Beteiligten einen entsprechenden Vertrag, so handelt es sich um einen Enteignungsabwendungsvertrag.

---

[13] Zur Rechtsnatur der Beleihung vgl. mein AllgVerwR, S. 27.
[14] BVerwG DVBl. **1992**, 1295.
[15] Vgl. dazu (allerdings unter dem Aspekt des Naturschutzes) den Beschluß des OVG Hamburg vom 20.2.**2001**, in: FAZ v. 21.2.**2001**, S. 5.

5. Verwaltungsvertrag und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit

Das Problematische an einem verwaltungsrechtlichen Vertrag ist neben dem Vertragsformverbot vor allem die Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit (Art. 20 III GG). Dieser Grundsatz besteht aus dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes: Während das Prinzip vom „Vorrang des Gesetzes" ausnahmslos, d.h. für jegliche Verwaltungstätigkeit gilt und - negativ wirkend - jeden Verstoß gegen bestehende Gesetze verbietet, besagt der aus den Grundrechten, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip abgeleitete - positiv wirkende - Vorbehalt des Gesetzes, daß den Bürger belastende Verwaltungsmaßnahmen nur auf einer gesetzlichen Grundlage ergehen dürfen. Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben versteht sich die bestehende Verrechtlichung bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und der Handhabung des Verwaltungsermessens. Das rechtliche Netz der Verwaltung ist also eng geknüpft. Daher wird deutlich, daß die Verwaltung sich nicht durch eine flexiblere Rechtsformenwahl, etwa durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, der engen Gesetzesbindung entledigen darf. Auf der anderen Seite muß der Verwaltung aber durch die Wahl des Verwaltungsvertrags eine flexiblere Handlungsform eingeräumt werden, denn anderenfalls würde die gesetzlich eingeräumte grundsätzliche Möglichkeit des Verwaltungsvertrags keinen Sinn machen. Es geht also zum einen um die Frage, ob die Verwaltung durch die Handlungsform Verwaltungsvertrag Regelungen treffen darf, die beispielsweise durch Verwaltungsakt nicht getroffen werden dürften, und zum anderen um die Frage, ob und wieweit rechtswidrige Verträge Verpflichtungen begründen können oder ob sie generell nichtig sind. Diese Fragen sollen Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

II. Rechtliche Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags

1. Formelle Rechtmäßigkeit

a. Zuständigkeit der vertragschließenden Behörde

Die **Zuständigkeit** der vertragschließenden Behörde bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Ist einer der Vertragspartner eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (oder auch der andere eine Handelsgesellschaft oder eine juristische Person des Privatrechts), muß in der Fallbearbeitung kurz auf die Vertretungsmacht eingegangen werden (vgl. dazu die Ausführungen in meinem VerwProzR, S. 103 ff.). Allerdings stellen Mängel in der Vertretungsmacht des jeweiligen Unterzeichners grundsätzlich keine Formfehler (i.S.d. § 57 VwVfG) dar, die die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge haben.[16]

b. Einhaltung von Verfahrensvorschriften, insbesondere des § 58 VwVfG

Zum **Verfahren** ist die besondere Verfahrensregelung in § 58 VwVfG zu beachten. Danach ist der öffentlich-rechtliche Vertrag **nur dann wirksam**, wenn ein zustimmungsberechtigter Dritter oder eine zustimmungsberechtigte Behörde (§ 58 VwVfG: „der in die Rechte eines Dritten eingreift") auf die gesetzlich bestimmte Art und Weise mitgewirkt hat. Dieser Regelung kommt insofern nur ein deklaratorischer Charakter zu, da Verträge, die einen Dritten belasten, grundsätzlich nicht wirksam sein können.

Schwierig ist die Frage, ob das Zustimmungserfordernis auch auf Verpflichtungsverträge anwendbar ist. Der Wortlaut des § 58 II VwVfG „anstatt eines Verwaltungsakts" läßt vermuten, daß die Vorschrift nur auf Verfügungsverträge anwendbar ist, da durch einen Verwaltungsakt „verfügt" wird. Diese Interpretation wird im Schrifttum teilweise auch vertreten. [17]

---

[16] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 57 Rn 12.
[17] So *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrensrecht, § 69 Rn 19.

Die h.L.[18] wendet § 58 I VwVfG jedoch - zumindest analog - auch auf Verpflichtungsverträge an. Eine dritte Ansicht[19] differenziert: Die Ausweitung der Regelung auch auf Verpflichtungsverträge sei dann – aber auch nur dann – zu bejahen, wenn die Verwaltung aufgrund des Verpflichtungsvertrages in die Rechte Dritter eingreifen muß oder wenn die Erfüllung des Verpflichtungsvertrages durch die Verwaltung zu Eingriffen in die Rechte Dritter führt, die dieser nicht mehr abwehren kann. Dem ist angesichts des Normzwecks, der sich auf den Schutz der gesetzlichen Kompetenzordnung richtet, zuzustimmen. Außerdem bedürften sonst alle Verpflichtungsverträge, die den Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsakts mit belastender Drittwirkung zum Inhalt haben, stets der Zustimmung des belasteten Dritten bereits bei Vertragsschluß. Das würde zu einem unpraktikablen Ergebnis führen. In der Regel führen die beiden zuletzt genannten Auffassungen aber zu demselben Ergebnis.

> **Beispiel:** Mitwirkungsberechtigte Behörde i.S.d. § 58 II VwVfG ist in bestimmten Fällen des Baurechts die Gemeinde (§ 36 I S. 1 BauGB). Erteilt sie beispielsweise ihr Einvernehmen in einem zwischen dem Bauherrn B und der Behörde E geschlossenen verwaltungsrechtlichen Vertrag über die Verpflichtung der Behörde, dem B eine Baugenehmigung zu erteilen, nicht, so wird nach h.L. der Vertrag nicht wirksam. Erteilt sie ihr Einvernehmen erst später, ist der Vertrag schwebend unwirksam, d.h. er entfaltet bis zur schriftlichen Zustimmung bzw. bis zum Einvernehmen keine Rechtswirkungen. Auch nach der dritten Ansicht ist der Vertrag unwirksam, weil die Behörde, wenn sie der Verpflichtung aus dem Vertrag nachkommen will – in das Mitbestimmungsrecht der Gemeinde eingreifen muß.

Die Einhaltung der Voraussetzungen des § 58 VwVfG ist also nicht nur eine Rechtmäßigkeits-, sondern bereits eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Unwirksamkeit bedeutet, daß die Vertragsparteien nicht an die vertraglichen Vereinbarungen gebunden sind. Der unwirksame Vertrag kommt somit einer Nichtigkeit gleich.

c. Einhaltung von Formvorschriften, insbesondere Schriftform (§ 57 VwVfG)

Weitere Wirksamkeitsvoraussetzung ist die Einhaltung der richtigen **Form**. Dies ist grundsätzlich die **Schriftform**, § 57 VwVfG. Ist die erforderliche Schriftform nicht beachtet, so ist der Vertrag nichtig. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus § 59 I VwVfG i.V.m. § 62 S. 2 i.V.m. § 126 BGB. Eine strengere Form kann sich aus einer anderen Rechtsvorschrift ergeben, so beispielsweise für Grundstücksübertragungen. In diesem Fall gilt § 57 I 2. HS i.V.m. § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 311b, 873 BGB.

> Nach wie vor nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob über § 62 S. 2 VwVfG für das Schriftformerfordernis § 126 II BGB (wonach die Unterschriften auf derselben Urkunde geleistet werden müssen, sog. Grundsatz der Urkundeneinheit) gilt, oder ob es ausreicht, daß einander entsprechende schriftlich fixierte Willenserklärungen (Angebot und Annahme) einen formgültigen Vertrag zustande bringen können.[20] Insbesondere das BVerwG hat diese Frage bisher offen gelassen.[21] Geht man von dem Wortlaut der betreffenden Vorschriften (§ 59 I VwVfG i.V.m. § 62 S. 2 i.V.m. § 126 BGB) aus, so ist die Rechtslage eindeutig. Gem. § 126 II S. 1 BGB muß bei einem Vertrag die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Nur wenn über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen werden, genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet, § 126 II S. 2 BGB. Diese Auslegung wird auch von dem Zweck des § 57 VwVfG – Warn- und Beweisfunktion – gestützt. Ein bloßer Schriftwechsel zwischen den Beteiligten wird dem nicht

[18] Vgl. nur *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 58 Rn 7.
[19] *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 30.
[20] Zum Streitstand vgl. *Neumann*, NVwZ **2000**, 1244, 1254.
[21] Vgl. BVerwGE **96**, 326, 332 (Urkundeneinheit jedenfalls bei einseitig verpflichtenden Verträgen entbehrlich); ebenso offen gelassen von OVG Saarlouis NJW **1993**, 1612, 1613 und OVG Frankfurt/O LKV **1996**, 377, 378.

gerecht. Mit dem OVG Lüneburg[22] ist daher das Erfordernis der Schriftform nur dann gewahrt, wenn die Voraussetzungen des § 126 II BGB vorliegen. Dasselbe Ergebnis dürfte sich hinsichtlich der Frage ergeben, ob die **elektronische Form** (vg. §§ 126 III, 126a BGB) zulässig wäre.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a. Keine Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Zunächst ist zu prüfen, ob nicht ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Denn wie bereits erwähnt, ist auch der rechtswidrige Verwaltungsvertrag nur dann rechtsunwirksam, wenn ein Nichtigkeitsgrund greift, vgl. §§ 57-59 VwVfG. Das folgt aus einem Kompromiß zwischen dem Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes und dem Grundsatz des *pacta sunt servanda* (Verträge sind einzuhalten).

> **Hinweis für die Fallbearbeitung:** Nachdem in der Fallbearbeitung das wirksame Zustandekommen des Vertrages und die formelle Rechtmäßigkeit, insbesondere das Schriftform- und das Zustimmungserfordernis (§§ 57 und 58 VwVfG) geprüft wurde, muß nun zunächst untersucht werden, ob nicht ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Denn ist der Vertrag nicht nichtig, ist er rechtswirksam und Grundlage für Vertragsansprüche. Auf eine (allgemeine) Rechtswidrigkeit kommt es dann nicht mehr an. Vgl. dazu näher die folgenden Ausführungen.

Die Nichtigkeitsprüfung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages verläuft in drei Schritten:

1. **Vorliegen eines wirksamen Vertragsschlusses**
2. **Zulässigkeit der Handlungsform Vertrag (kein Vertragsformverbot)**
3. **Zulässigkeit des Vertragsinhaltes (keine sonstige Nichtigkeit)**

aa. Wirksamer Vertragsschluß

Ob ein verwaltungsrechtlicher Vertrag wirksam in bezug auf den Vertragsschluß selbst ist, richtet sich nach den allgemeinen Regeln über das Zustandekommen von Rechtsgeschäften, § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. den §§ 145 ff. BGB. Dieser Prüfungspunkt ist allerdings bei entsprechender Prüfung der Schriftform regelmäßig nicht mehr anzusprechen. Insbesondere dürften die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit kaum eine Rolle spielen.

bb. Kein Vertragsformverbot

Die Handlungsform „verwaltungsrechtlicher Vertrag" kann von der Behörde gewählt werden, soweit Rechtsvorschriften dem nicht entgegenstehen, § 54 S. 1 VwVfG. Das ist etwa der Fall, wenn die Handlungsform „Verwaltungsakt" zwingend vorgeschrieben ist (sog. **Verwaltungsaktvorbehalt**). Da aus § 54 VwVfG der Grundsatz zu entnehmen ist, daß die Behörde generell den Vertrag als Handlungsform wählen kann, folgt daraus zwingend, daß sich eine klare Regelung oder eine eindeutige Gesetzesauslegung finden lassen muß, wenn die Vertragsform verboten sein soll. Dabei wird sich ein ausdrückliches Vertragsformverbot selten finden lassen, insbesondere reicht es nicht aus, daß das Gesetz die Handlungsform „Verwaltungsakt" *ermöglicht* (sog. Verwaltungsaktbefugnis). Eindeutige **Vertragsformverbote** ergeben sich beispielsweise

- ⇨ aus dem **Abgabenrecht** (wegen Steuergerechtigkeit Pflicht zur Steuerfestsetzung durch Verwaltungsakt, vgl. § 155 I AO). Entsprechendes gilt für die Festsetzung anderer Abgaben wie Gemeindesteuern, Beiträge und Gebühren.

[22] OVG Lüneburg NJW **1998**, 2921; im Ergebnis ebenso *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 57 Rn 9.

- ⇨ bei **Prüfungsentscheidungen** (Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen). Das Vertragsformverbot ergibt sich aus § 2 III Nr. 2 VwVfG.
- ⇨ im **Sonderrechtsverhältnis** (Beamtenernennung, Einberufung zum Wehrdienst) wegen der strengen Formgebundenheit wie beispielsweise, daß die Beamtenernennungsurkunde einen bestimmten Inhalt aufzuweisen hat, § 5 II BRRG.
- ⇨ in weiten Teilen des **Baurechts** (zu einer Aufstellung oder einer Änderung eines Bebauungsplans darf die Gemeinde sich nicht durch Vertrag verpflichten, soweit sie dadurch in ihrer Planungshoheit eingeschränkt wird. Die Verfahrensregelungen ergeben sich streng aus den §§ 1 ff., 10 BauGB und sind nicht durch Vertrag disponibel).[23]
- ⇨ teilweise im **Sozialrecht** (nach § 53 II SGB X darf über Sozialleistungen, auf die ein Anspruch besteht, kein Vertrag geschlossen werden, sofern es sich nicht um Austausch- oder Vergleichsverträge handelt). Im übrigen enthält das Sozialgesetzbuch für das Sozialleistungsrecht jedoch Regelungen, die mit den §§ 54 ff. VwVfG vollständig übereinstimmen, vgl. §§ 53-61 SGB X (die §§ 54 ff. VwVfG sind dagegen nicht anwendbar, § 2 II Nr. 4 VwVfG).
- ⇨ ferner bei der **Einbürgerung**. Auch diese hat durch Verwaltungsakt zu erfolgen (§ 16 StAG). Auch die **Rückforderung von zu Unrecht geleisteten Subventionen** ist durch Verwaltungsakt festzusetzen (§ 49a I S. 2 VwVfG).

Die Besonderheit der vorstehenden Beispiele besteht darin, daß der Verwaltungsakt durch die *vertragliche* Erklärung nicht ersetzt werden darf (es besteht also ein Verbot bezüglich eines **Verfügungsvertrages**). Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, daß sich die Behörde *vertraglich* verpflichtet, einen der erwähnten Verwaltungsakte (Beamtenernennung, Einbürgerung etc.) zu erlassen (**Verpflichtungsvertrag**). Inwieweit diese Handlungsform zulässig ist, ist keine Frage der Vertragsform, sondern des Vertragsinhaltes (dazu sogleich).
Zusammenfassend läßt sich sagen, daß wenn ein Verbot sich nicht zwingend dem gesetzlichen Kontext entnehmen läßt, auf den konkreten Inhalt des Vertrages abzustellen ist. Ein Vertragsformverbot sollte aber nur im Extremfall angenommen werden. Liegt ein Vertragsformverbot vor, so ist der geschlossene Vertrag nichtig, sei es über § 134 BGB oder sei es über § 125 BGB analog.

cc. Zulässigkeit des Vertragsinhalts

a.) Nichtigkeit des Vertrags

Auch wenn die Behörde die Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrags wählt, ist sie weiterhin als Träger öffentlicher Gewalt an die Beachtung des höherrangigen Rechts gebunden. Der verwaltungsrechtliche Vertrag darf also dem geltenden Recht nicht widersprechen (Vorrang des Gesetzes, siehe oben). Gegebenenfalls ist zu untersuchen, ob der Vertragsinhalt gegen Regelungen des Besonderen Verwaltungsrechts oder des Verfassungsrechts verstößt. Ist der Behörde bei der Handlungsform ein Ermessen eingeräumt, ist der Vertrag rechtmäßig, wenn sein Abschluß auf pflichtgemäßem Ermessen beruht und nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt. Allerdings wäre es mit dem Wesen eines Vertrags unvereinbar, wenn dessen gesamter Inhalt sich aus dem Gesetz ergeben müßte. Daher gilt der Vorbehalt des Gesetzes nicht.
In diesem Zusammenhang sind insbesondere die §§ 55, 56 VwVfG zu beachten, die als Vergleichs-, bzw. als Austauschvertrag jeweils eine Unterart des subordinationsrechtlichen Vertrags darstellen, und deren Voraussetzungen, die dem Wortlaut der jeweiligen Norm zu entnehmen sind, für die Bejahung der Rechtmäßigkeit vorliegen müssen.
Wichtig ist insbesondere, daß wenn es sich um einen Vergleichsvertrag handeln soll, sich die Ungewißheit und das gegenseitige Nachgeben auf dieselben Probleme beziehen müssen.[24]

---

[23] Vgl. aber die begrenzten Möglichkeiten im Bereich der §§ 11 und 110 BauGB.
[24] BVerwGE **49**, 359, 364.

Leistung und Gegenleistung müssen also im Zusammenhang stehen. Fehlt es daran, liegt kein Vergleichsvertrag vor, sondern bei Vorliegen von dessen Voraussetzungen allenfalls ein Austauschvertrag nach § 56 VwVfG.
Eine ggf. festgestellte Rechtswidrigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags führt noch nicht zu dessen Unwirksamkeit bzw. zur Nichtigkeit. Nichtig ist ein verwaltungsrechtlicher Vertrag nur unter den Voraussetzungen der §§ 57, 58 und 59 VwVfG (zu § 59 VwVfG siehe sogleich), da das VwVfG als Fehlerfolge nur die Wirksamkeit und die Nichtigkeit kennt. **Das bedeutet, daß es verwaltungsrechtliche Verträge geben kann, die zwar rechtswidrig, aber rechtswirksam sind.** Da Leistungsansprüche nur entfallen, wenn der Vertrag nichtig bzw. unwirksam ist, bleiben Leistungsansprüche bei bloßer Rechtswidrigkeit also erhalten.
Dieser Umstand spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn ein Vertragspartner die Rückgewähr bereits erbrachter Leistungen verlangt, wenn also ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch geltend gemacht wird. Dieser ist nur dann begründet, wenn der Vertrag nichtig oder unwirksam ist, die Leistung also ohne Rechtsgrund erfolgte. Ist der Vertrag indes (nur) rechtswidrig, bildet er weiterhin den Rechtsgrund für die erbrachte Leistung, so daß eine Rückgewähr nicht in Betracht kommt. Es ist also von entscheidender Bedeutung, ob

- Unwirksamkeit (bspw. fehlende Zustimmung des in seinen Rechten verletzten Dritten oder einer zustimmungsberechtigten Behörde gem. § 58 VwVfG oder nicht erfülltes Schriftformerfordernis gem. § 57 VwVfG),
- Nichtigkeit (nach § 59 VwVfG)
- oder (nur) Rechtswidrigkeit (Verstoß gegen sonstiges formelles und materielles Recht) vorliegt.

Nichtigkeit liegt also nicht nur vor, wenn die Voraussetzungen der §§ 57 und 58 VwVfG nicht vorliegen, sondern auch dann, wenn mindestens einer der Gründe des § 59 VwVfG vorliegt. Wie bereits erläutert, beruht die Nichtigkeitsregelung des § 59 VwVfG auf dem Gedanken eines Kompromisses zwischen dem Grundsatz, daß Verträge aufgrund des Erfordernisses der in einem Rechtsstaat geltenden Rechtssicherheit einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*) und auf dem ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip verankerten Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG), insbesondere dem Vorrang des Gesetzes. Zu den Auswirkungen der Schuldrechtsreform vgl. unter c.).

b.) Die speziellen Nichtigkeitsgründe des § 59 II VwVfG

Da § 59 II VwVfG sich im Gegensatz zu § 59 I VwVfG, der für alle verwaltungsrechtlichen Verträge gilt, nur auf subordinationsrechtliche Verträge bezieht, und daher für diese Art von Verträgen die speziellere Regelung darstellt, ist bei Vorliegen eines solchen subordinationsrechtlichen Vertrages mit der Prüfung nach § 59 II VwVfG zu beginnen. Die Voraussetzungen, unter denen ein subordinationsrechtlicher Vertrag nichtig ist, lassen sich den Nummern 1-4 entnehmen.

aa.) § 59 II Nr. 1 VwVfG

Nach dieser Vorschrift ist ein Verwaltungsvertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Die Vorschrift stellt eine Parallele zum nichtigen Verwaltungsakt nach § 44 VwVfG dar und will eklatante (offensichtliche) Rechtsverstöße sanktionieren. Nichtig sind demnach z.B. Verträge, die die vertragschließende Behörde nicht erkennen lassen (§ 44 II Nr. 1 VwVfG) oder Verträge, die von einer offensichtlich sachliche unzuständigen Behörde geschlossen wurden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Aus dem Umkehrschluß des § 59 II Nr. 1 VwVfG folgt, daß Verwaltungsverträge, die nicht eine mit § 44 VwVfG vergleichbare Nichtigkeitsschwelle erreichen, zwar rechtswidrig sein können, aber wirksam sind. Daher bestehen gegen diese Regelung verfassungsrechtliche Bedenken (aus der Sicht des Bürgers wegen Art. 19 IV S. 1 GG, aus der Sicht der Verwaltung wegen Art. 20 III GG). Denn anders als bei einem rechtswidrigen Verwaltungsakt haben Verwaltung und Bürger keine Möglichkeit der Anfechtung oder Rücknahme eines nur rechtswidrigen verwaltungsrechtlichen Vertrages (abgesehen von der engen Möglichkeit der Kündigung nach § 60 I S. 2 VwVfG). Die Wirksamkeit eines (nur) rechtswidrigen verwaltungsrechtlichen Vertrages bleibt also bestehen. Das Rechtsstaatsprinzip könnte es somit erforderlich machen, daß auch (nur) rechtswidrige verwaltungsrechtliche Verträge nichtig sind. In einer Klausur kann das Problem der Verfassungsmäßigkeit aber übergangen werden, wenn der Fall eine Vielzahl von anderen Problemen enthält. Denn dann wird eine Auseinandersetzung damit nicht erwartet. Anderenfalls muß das Verfahren (und somit die Klausurprüfung) ausgesetzt und der Vorgang gem. Art. 100 I GG dem BVerfG vorgelegt werden.

bb.) § 59 II Nr. 2 VwVfG

Nach dieser Vorschrift ist ein Verwaltungsvertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt rechtswidrig wäre, die Rechtswidrigkeit aber nicht auf einem Verfahrensfehler i.S.d. § 46 VwVfG beruht und *beide* Vertragspartner die Rechtswidrigkeit kannten. Durch diese Vorschrift soll ein kollusives Zusammenwirken (= einvernehmliches Zusammenwirken mehrerer Personen, um eine andere zu schädigen) von Behörde und Bürger, die bewußt und gewollt das Recht verletzen, vermieden werden.

cc.) § 59 II Nr. 3 VwVfG

Nach Nr. 3 ist ein Verwaltungsvertrag nichtig, wenn bei einem Vergleichsvertrag dessen spezifischen Voraussetzungen (vgl. § 55 VwVfG) nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers i.S.d. § 46 VwVfG rechtswidrig wäre. Der Hintergrund dieser Vorschrift ist folgender: § 55 VwVfG birgt die Gefahr des Mißbrauchs in sich, da bei Vergleichsverträgen in Kauf genommen wird, daß deren Inhalt letztlich mit der Rechtslage nicht übereinstimmt. Die Behörde könnte durch die ihr geschaffene Möglichkeit des Vergleichsvertrages bei Rechtsunsicherheit Vereinbarungen treffen, die mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren sind. Vergleichsverträge sind deshalb nichtig, wenn ein Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts rechtswidrig wäre und bei diesem eine Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG nicht in Betracht käme.

dd.) § 59 II Nr. 4 VwVfG

Von Klausurrelevanz ist insbesondere die Nr. 4, die den Verstoß eines **Austauschvertrages** gegen die Angemessenheit der Gegenleistung (vgl. § 56 I S. 2 VwVfG), also die Unzulässigkeit der Gegenleistung (**Koppelungsverbot**) sanktioniert. Dieser Nichtigkeitsgrund greift bei allen Austauschverträgen subordinationsrechtlicher Art, denen es an einer der in § 56 I oder II VwVfG geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen mangelt. Unter Koppelung ist zu verstehen, daß die Behörde die von ihr durch Austauschvertrag versprochene Leistung von einer unzulässigen Gegenleistung abhängig macht, sie die Leistung also an diese „koppelt“. [25] Durch das Koppelungsverbot soll der „Verkauf von Hoheitsrechten“[26] verhindert werden.

[25] Vgl. dazu *Gaentzsch*, NVwZ **2000**, 993, 997.
[26] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 59 Rn 28.

Beispiele für einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot:

(1) Wenn sich die Behörde für die Erlaubnis, in der Fußgängerzone ein Kinderkarussell betreiben zu dürfen, das öffentliche Verkehrsnetz finanzieren läßt, liegt eine unzulässige Gegenleistung vor.

(2) Das BVerwG[27] hat (entgegen der Vorinstanz) auch eine unangemessene Gegenleistung in dem Fall angenommen, in dem eine Stadt den noch unbebauten Teil eines im Außenbereich befindlichen Grundstücks auf Wunsch des Eigentümers nachträglich in den Geltungsbereich eines Bebauungsplans aufgenommen hat, und der Eigentümer als Gegenleistung einen Geldbetrag in Höhe der üblichen Erschließungskosten (deren Erhebung war nicht mehr möglich) für die Unterhaltung städtischer Kinderspielplätze zu leisten hatte. Da sich dieser städtebauliche Vertrag nicht unter § 6 III BauGBMaßnG (jetzt: § 11 I S. 2 Nr. 3 BauGB) subsumieren ließ, war er als Austauschvertrag nach § 56 VwVfG zu beurteilen. Das BVerwG hat ihn für nichtig erklärt. Die Gegenleistung zum besagten Verwendungszweck stehe nicht in einem sachlichen Zusammenhang mit der Änderung des Bebauungsplans. Denn ein sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung könne auch dann entfallen, wenn die vom Bürger zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist als die von der Behörde zu erbringende oder von ihr in Aussicht gestellte Leistung. Der Vertrag hätte nur dann nicht gegen das Koppelungsverbot verstoßen, wenn das betreffende Grundstück von vornherein in das (inzwischen erschließungsbeitragsrechtlich abgerechnete) Wohngebiet einbezogen und folglich mit einem Erschließungsbeitrag belastet worden wäre, und ein derartiger „Vorteilsausgleich" zur nachträglichen Minderung der Beitragsbelastung der übrigen Grundstücke des (erweiterten) Wohngebiets hätte verwendet werden sollen.[28] Diese Rechtsauffassung ist wenig befriedigend und ruft nach einer anderen gesetzgeberischen Lösung, welche die stringente Rechtsfolge der Nichtigkeit vermeidet.[29]

Die Vorschrift des § 59 II Nr. 4 VwVfG bezieht sich nicht nur auf den Austauschvertrag im engeren Sinne, bei dem die vertraglichen Leistungen ausdrücklich zum Vertragsgegenstand im Sinne von Leistung und Gegenleistung gemacht werden, sondern ferner auch auf den sog. **„hinkenden"** Austauschvertrag, der dadurch gekennzeichnet ist, daß er ausdrücklich nur die Leistungsverpflichtung des Bürgers regelt, die behördliche Leistung also nicht erwähnt, diese aber von den Vertragschließenden (stillschweigend) vorausgesetzt wird, weil sie durch die Leistung des Bürgers erst ermöglicht werden soll.[30]

Beispiel[31]: B erwirbt von der Gemeinde G zum Zwecke der Erweiterung seines Gewerbebetriebs durch notariellen Kaufvertrag eine Teilfläche einer durch Bebauungsplan ausgewiesenen Landwirtschaftsfläche. Kurze Zeit darauf beabsichtigt B abweichend die Errichtung eines kombinierten Wohn- und Geschäftshauses. G teilt B nun mit, daß sie wegen der bauplanungsrechtlichen Vorgaben Bedenken an der Zulässigkeit des nunmehr geänderten Bauvorhabens habe und die Stellungnahme der Bauaufsichtsbehörde eingeholt werden müsse (vgl. § 36 I S. 4, II BauGB). Daraufhin handelte sie mit B eine ergänzende Kaufpreiszahlung aus. Die Stellungnahme der Bauaufsichtsbehörde fällt zugunsten des geplanten Vorhabens aus. Daraufhin erteilt G ihr Einvernehmen, und die erforderliche Baugenehmigung wird erteilt. B weigert sich nun, den zusätzlichen Kaufpreis zu zahlen. Kann G diesen verlangen? Von der Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage ist auszugehen.

Die Leistungsklage der G ist begründet, wenn ihr der geltend gemachte Anspruch aus dem Vertrag zusteht. Dazu müßte der Vertrag wirksam sein. Daran fehlt es, wenn ein Nichtigkeits-

---

[27] BVerwG NVwZ **2000**, 1285 ff.
[28] *Gaentzsch*, NVwZ **2000**, 993, 997.
[29] Vgl. *Schmitz*, NVwZ **2000**, 1238, 1241.
[30] Vgl. BVerwGE **42**, 331, 333; *Reidt*, NVwZ **1999**, 149, 150.
[31] Nach VG Darmstadt NJW **1998**, 2073 ff.

grund greift. In Betracht kommt § 59 II Nr. 4 VwVfG. Danach ist der Vertrag nichtig, wenn sich die Behörde eine nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung versprechen läßt. Die Unzulässigkeit der Gegenleistung liegt in erster Linie dann vor, wenn diese in keinem sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde steht. Durch das Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs soll insbesondere der Verkauf von Hoheitsrechten ausgeschlossen werden (s.o.). So beruht die Beteiligung der Gemeinde am Baugenehmigungsverfahren zwar auf deren Planungshoheit, diese räumt ihr jedoch nur insoweit ein Ermessen ein, als dies ausdrücklich in einer Ausnahmevorschrift begründet ist. Ein weitergehender Entscheidungsspielraum ist nicht gegeben. Das Einvernehmen der Gemeinde darf nur aus den sich aus § 36 BauGB ergebenden Gründen versagt werden.
Indem G die Weiterleitung des Bauantrages an die Bauaufsichtsbehörde mit der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 I BauGB zu einer Ausnahmeregelung nach § 8 III Nr. 1 BauNVO, § 31 I BauGB, wonach Wohnungen für Aufsichts- und Bereitschaftspersonen sowie für Betriebsinhaber und Betriebsleiter ausnahmsweise zugelassen werden können, von der Zahlung eines „nachgebesserten" Kaufpreises abhängig machte, verstieß diese Koppelung von außervertraglicher Leistung und Gegenleistung gegen § 56 I S. 2 VwVfG mit der Folge, daß der Vertrag nach § 59 II Nr. 4 VwVfG nichtig ist. Ein Zahlungsanspruch der G gegen B besteht somit nicht. Die Klage ist unbegründet.

Weiterführender Hinweis: Von der Nichtigkeit des o.g. verwaltungsrechtlichen (städtebaulichen) Vertrags muß die Frage nach der Wirksamkeit der dem B erteilten Baugenehmigung (Verwaltungsakt) unterschieden werden. Zwar hätte die Baugenehmigungsbehörde die Baugenehmigung nicht oder nicht so erlassen, wenn sie um die Nichtigkeit des Vertrages gewußt hätte. Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten bestimmt sich aber ausschließlich nach § 44 VwVfG, sofern sich nicht für bestimmte Bereiche Ausnahmebestimmungen finden lassen.[32] Die dem B erteilte Baugenehmigung ist also wirksam.

Zulässig ist die Gegenleistung allerdings, wenn sie den Sachverhalt betrifft, in dem auch die Behörde handelt.

Beispiele für die Zulässigkeit der Gegenleistung sind die bereits genannten Folgekostenverträge, die Ausbildungsförderungsverträge, die Ablösungsverträge, die Enteignungsabwendungsverträge sowie die Pflegesatzvereinbarungen (nach § 93 II BSHG[33]).

c.) Die allgemeine Nichtigkeitsvorschrift des § 59 I VwVfG

aa.) Kann im Fall des subordinationsrechtlichen Vertrags eine Nichtigkeit nach § 59 II VwVfG nicht festgestellt werden oder liegt gar ein koordinationsrechtlicher Vertrag vor, muß geprüft werden, ob der Vertrag nicht nach § 59 I VwVfG nichtig ist.
Nach dieser Vorschrift ist der Vertrag nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus entsprechenden Vorschriften des BGB ergibt, beispielsweise aus § 105 (Geschäftsunfähigkeit), §§ 116-118 (Mentalreservation, Scheingeschäft, mangelnde Ernstlichkeit), § 142 I (Anfechtung wegen §§ 119, 120, 123), § 138 (Sittenwidrigkeit), § 177 (fehlende oder fehlerhafte Vertretungsmacht), § 311b (fehlende notarielle Beurkundung). Zum aufgehobenen § 306 BGB a.F. – Nichtigkeit des Vertrags bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit – vgl. sogleich c.).
Da der öffentlich-rechtliche Vertrag der Schriftform bedarf, ist ein Vertrag, bei dem das Schriftformerfordernis nicht beachtet wird, nach § 57 i.V.m. § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 125 BGB **nichtig**. Gleiches gilt für Verstöße gegen das Vertragsformverbot.

bb.) Nähere Betrachtung bedarf die Nichtigkeitsvorschrift des **§ 134 BGB**. Danach ist ein Vertrag nichtig, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.

[32] Z.B. § 11 BBG; BVerwGE **81**, 282, 284.

- ⇨ Bei konsequenter Anwendung des § 134 BGB wären damit *alle* rechtswidrigen Verträge nichtig, da die Verwaltung die Gesetze beachten muß, ihr also ein gesetzwidriges Verhalten verboten ist (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung). Damit würde aber die gesetzgeberische Wertung des § 59 II VwVfG, daß nicht jede Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeit führen soll, unterlaufen werden, diesem also kein Anwendungsbereich verbleiben.
- ⇨ Andererseits kann die Anwendbarkeit des § 134 BGB nicht völlig ausgeschlossen werden, da anderenfalls auch schwerste Gesetzesverstöße unsanktioniert blieben.[34]
- ⇨ Ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm i.S.d. § 134 BGB[35] (mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrags) liegt jedenfalls dann vor, wenn und soweit der **spezifische Sinn und Zweck der Verbotsnorm** die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges **schlechthin verbietet**. d.h. die Nichtigkeit auch einer von ihr abweichenden vertraglichen Regelung erfordert, was Auslegungsfrage ist.[36] Will die verletzte Norm dagegen lediglich **Form- oder Verfahrensfehler** sanktionieren, so hat dies im Zweifel nicht die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge.
- ⇨ Jedenfalls soll nach überwiegender Auffassung[37] der Verstoß gegen das **Vertragsformverbot** des § 54 S. 2 VwVfG zur Nichtigkeit führen (vgl. oben). Die Rechtsprechung hat sich zwar noch nicht grundsätzlich mit der Anwendbarkeit des § 134 BGB befaßt, in mehreren Entscheidungen jedoch § 134 BGB auf verwaltungsrechtliche Verträge angewendet.[38] Allerdings führt auch nach der Rechtsprechung bei verwaltungsrechtlichen Verträgen nicht jeder Rechtsverstoß, sondern nur ein **qualifizierter Fall der Rechtswidrigkeit** zur Nichtigkeit.[39]

cc.) Zu den Verbotsgesetzen i.S.d. §§ 59 I, 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 134 BGB gehört auch das **Europäische Gemeinschaftsrecht**. Allerdings ist wegen des Prinzips der effektiven Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*) für die Frage nach dem spezifischen Sinn und Zweck der Verbotsnorm grundsätzlich kein Raum. Dies gilt insbesondere bei der Vergabe einer gemeinschaftsrechtswidrigen Subvention durch Verwaltungsvertrag, welche die Wettbewerbsordnung beeinträchtigen würde. Die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts muß zur **Nichtigkeit gemeinschaftsrechtswidriger Verträge** führen.

> Damit wird die Parallele zum dem auf Null reduzierten Rücknahmeermessen bei der gemeinschaftsrechtswidrigen Subventionsvergabe durch Verwaltungsakt sichtbar (vgl. dazu eingehend mein BesVerwR, S. 380 ff.). Der EuGH hat diesbezüglich entschieden, daß die nationale Behörde die mit Art. 87 f. EG nicht zu vereinbarende Beihilfe zurücknehmen muß. Die nationalen Vorschriften über das Rücknahmeermessen seien lediglich als Rechtsgrundlage für die Rückforderung der Beihilfe zu sehen.[40]

d.) Auswirkungen der Schuldrechtsreform

aa.) Da nach der Schuldrechtsreform anfängliche und nachträgliche, objektive und subjektive Unmöglichkeit gleichgestellt sind, stellt sich die Frage, ob auch im Falle der **anfänglichen objektiven Unmöglichkeit** der öffentlich-rechtliche Vertrag wirksam ist mit der Folge, daß lediglich der Anspruch auf Erfüllung entfällt (§ 59 I VwVfG i.V.m. § 275 I BGB n.F.). Hier ist zwischen koordinationsrechtlichen und subordinationsrechtlichen Verträgen zu unterscheiden: Ein *koordinationsrechtlicher* Vertrag, der auf die Erfüllung einer unmöglichen Leistung ge-

---

[33] BGHZ **116**, 339; BVerwGE **94**, 202.
[34] So aber wohl die Auffassung des Gesetzgebers, vgl. BT-Drs. 7/910, S. 81 f.
[35] Worunter nicht nur formelle Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen fallen, sondern auch die Vorschriften des **Europäischen Gemeinschaftsrechts** (vgl. *Peine*, AllgVerwR, § 8 Rn 298), siehe sogleich.
[36] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 59 Rn 10.
[37] Vgl. *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 42 b m.w.N.
[38] Vgl. jüngst BVerwGE **98**, 58 ff.
[39] BVerwGE **98**, 58, 63.
[40] EuGH NVwZ **1998**, 45, 46; diese Rechtsprechung billigend BVerwG NJW **1998**, 3728.

richtet ist, ist wegen des Wegfalls des § 306 BGB a.F. wirksam. Gem. § 59 I VwVfG i.V.m. § 275 I BGB n.F. entfällt lediglich der Erfüllungsanspruch; an dessen Stelle tritt ein Schadenersatzanspruch gem. §§ 275 IV, 280 BGB n.F. Demgegenüber führt die neue Rechtslage beim *subordinationsrechtlichen* Vertrag auf den ersten Blick zu einem Normwiderspruch, weil sich entgegen § 59 I VwVfG die Nichtigkeit weiter aus § 59 II Nr. 1 i.V.m. § 44 II Nr. 4 VwVfG ergibt. Sieht man die Vorschrift des § 59 II VwVfG gegenüber § 59 I VwVfG aber als lex specialis, so daß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 59 II VwVfG die Anwendung des § 59 I VwVfG gesperrt ist, kann ein Normwiderspruch nicht bestehen. Für anfänglich objektiv unmögliche subordinationsrechtliche Verträge verbleibt es also bei der Nichtigkeit. Ob diese unterschiedlichen Konsequenzen vom Reformgesetzgeber gewollt oder zumindest gesehen worden sind, ist zu bezweifeln. Den Motiven zur Schuldrechtsreform ist diesbezüglich jedenfalls nichts zu entnehmen. Hier bleibt abzuwarten, wie die Gerichte entscheiden.

bb.) Für den Anspruch auf **Schadenersatz** ist hingegen sehr wohl zwischen der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit und den sonstigen Fällen zu unterscheiden: Im Fall der **anfänglichen objektiven Unmöglichkeit** ergibt sich der Anspruch ausschließlich aus § 311a II BGB n.F. Der Schuldner muß nur die Unmöglichkeit kennen bzw. fahrlässig nicht kennen (§ 311a II S. 2 BGB n.F.). Das Gesetz geht dabei von eine widerlegbaren Vermutung zulasten des Schuldners aus; dieser muß also das Nichtkennen bzw. die nicht bestehende fahrlässige Unkenntnis beweisen. Für die **nachträgliche Unmöglichkeit** ergibt sich der Schadenersatzanspruch aus §§ 283 S. 1 i.V.m. 280 I, 275 BGB n.F. Die Beweislast ist wie bei § 311a BGB geregelt: Der Gläubiger muß lediglich nachweisen, daß das Leistungshindernis nach Vertragsschluß eingetreten ist. Für fehlendes Vertretenmüssen ist der Schuldner beweispflichtig.[41] Statt des Schadenersatzspruchs kann der Gläubiger auch die von ihm gemachten vergeblichen Aufwendungen ersetzt verlangen (§ 284 BGB n.F.).

cc.) Die Schuldrechtsreform hat auch Auswirkungen auf den **Verzug** gebracht: Die über § 62 S. 2 VwVfG auch auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag anwendbare Vorschrift des § 281 BGB n.F. gewährt dem Gläubiger einer nicht rechtzeitig oder nicht wie geschuldet erbrachten Leistung einen Anspruch auf **Schadenersatz statt der Leistung**, sofern eine Frist zur Leistung oder Nacherfüllung erfolglos verstrichen ist. Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn die Voraussetzungen des § 281 II BGB n.F. vorliegen. Ist der Anspruch des Gläubigers auf ein Unterlassen gerichtet, tritt an die Stelle der Fristsetzung die Abmahnung (§ 281 III BGB n.F.). Macht der Gläubiger Schadenersatz statt der Leistung geltend, ist ein Anspruch auf Leistung nach § 281 IV BGB n.F. ausgeschlossen.
Vom „Schadenersatz statt der Leistung" strikt zu trennen ist der reine **Verzögerungsschaden** (§§ 280 II, 286 BGB n.F.). Der Anspruch auf diesen läßt den Erfüllungsanspruch unberührt. Dem Gläubiger ist lediglich der Schaden zu ersetzen, der bei ihm durch die Verzögerung der Leistungserbringung entstanden ist.[42]

dd.) Schließlich gelten über § 62 S. 2 VwVfG für Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag die **Verjährungsvorschriften** der §§ 194 ff., 214 ff. BGB. Wie im Zivilrecht begründet die Verjährung nur eine Einrede, die auch im Verwaltungsprozeß nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

b. Folgen eines nichtigen Vertrags

aa. Ein nichtiger Vertrag entfaltet keine Rechtswirkungen und damit keine Rechtsfolgen. Die bereits ausgetauschten Leistungen können zurückgefordert werden (öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch, vgl. mein VerwProzR, S. 286 f.). Ein Anspruch auf Rückgewährung von

[41] Vgl. *Geis*, NVwZ **2002**, 385, 389.
[42] Vgl. *Geis*, NVwZ **2002**, 385, 389.

erbrachten Leistungen ist aber ausgeschlossen, wenn dies einen Rechtsmißbrauch darstellen würde. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Leistung nicht mehr zurückerstattet oder nicht mehr ausgeglichen werden kann.[43]

> **Beispiel[44]:** Der Eigentümer einer großen landwirtschaftlichen Nutzfläche E schließt mit der Gemeinde G einen verwaltungsrechtlichen Vertrag mit dem Inhalt, der Gemeinde G unentgeltlich ein für diese infrastrukturell wichtiges Grundstück zu übertragen. Als Gegenleistung verspricht G, große Teile der landwirtschaftlichen Fläche des E durch Bebauungsplan als Bauland auszuweisen. Die Leistungen werden von beiden Seiten erbracht. Nachdem E die im Bebauungsplan als Bauland ausgewiesenen Flächen an verschiedene Bauherren veräußert, die daraufhin dort ihre Einfamilienhäuser errichtet haben, fordert er nunmehr von G die Rückübertragung des Grundstücks mit der Begründung, daß der verwaltungsrechtliche Verpflichtungsvertrag unwirksam (d.h. nichtig) sei.
> Zwar ist der Vertrag tatsächlich nichtig, da eine Gemeinde sich nicht verpflichten darf, einen Bebauungsplan bestimmten Inhalts zu erlassen.[45] Der geltend gemachte Rückübereignungsanspruch des E ist jedoch rechtsmißbräuchlich und daher ausgeschlossen.

bb. Die **Teilnichtigkeitsregelung** in § 59 III VwVfG entspricht der des § 139 BGB. Wenn also die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrages betrifft, so ist der Vertrag insgesamt nichtig, sofern nicht anzunehmen ist, daß er auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre. Dabei kommt es weniger auf den Willen der Vertragsparteien an als auf die Teilbarkeit des Vertrages und den **offensichtlichen Zweck** des Vertrags.[46]

> **Beispiel:** Die Eheleute M und F schließen mit der Gemeinde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über einen Kindergartenplatz ab. Der Vertrag sieht eine einkommensabhängige Kostentragung vor, was grundsätzlich nicht zu beanstanden ist. Entgegen der Gesetzeslage pauschaliert aber die Gemeinde der Einfachheit halber die Kosten in Abhängigkeit vom Bruttoeinkommen der Familie. Später stellen M und F fest, daß sie nach der Gesetzeslage tatsächlich einen geringeren Beitrag hätten zahlen müssen, da die gesetzliche Berechnungsmethode vom Nettoeinkommen ausgeht und so einen niedrigeren Beitragssatz ergeben hätte. Sie halten den Vertrag für insgesamt nichtig und fordern die bisher geleisteten Beiträge zurück. Zu Recht?
>
> Lösung: Klar ist, daß der Vertrag gegen die bestehende Gesetzlage verstößt und damit zumindest hinsichtlich des Mehrbetrages nichtig ist. Ob der Vertrag auch im ganzen nichtig ist, ist zweifelhaft. Wenn man auf den offensichtlichen Zweck des Vertrags abstellt, geht es primär um die vertragliche Einräumung des Kindergartenplatzes zu dem gesetzlich vorgesehenen Beitragssatz. Hinsichtlich dieses Teils des Vertrags sind M und F aus Treu und Glauben gebunden. Es wird daher anzunehmen sein, daß der Vertrag nur hinsichtlich des zuviel bezahlten Beitrags nichtig ist. Der Vertrag bleibt im übrigen gültig. M und F können nur den zuviel gezahlten Beitrag zurückfordern.

III. Rechtsfolge: Gewährung und Durchsetzung vertraglicher Ansprüche

1. Liegt keine Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags vor, ist der Vertragsanspruch von beiden Vertragspartnern ordentlich zu gewähren. Da das VwVfG hierzu keine Regelungen enthält, sind gem. § 62 VwVfG die Vorschriften des **BGB** (Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB; Verzug; Unmöglichkeit; Positive Vertragsverletzung nach §§ 241 II i.V.m. 280 I ggf. i.V.m. 281, 282 BGB; Verschulden bei Vertragsverhandlung nach §§ 311 II, III, 241

---

[43] Vgl. *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 46.
[44] Nach BVerwGE **55**, 337 ff. (als Beispiel auch ausgewählt von *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 59 Rn 32 und *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 46).
[45] Vgl. § 11 I S. 2 Nr. 1 a.E. BauGB und BVerwG DVBl. **1980**, 686, 688; DÖV **1981**, 878.
[46] *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 59 Rn 30.

II i.V.m. § 280 I BGB) entsprechend und unter Berücksichtigung der Eigenarten des verwaltungsrechtlichen Vertrags anzuwenden (s.o.). Beide Seiten müssen ihre Ansprüche nötigenfalls vor dem Verwaltungsgericht durchsetzen.

2. In besonderen Fällen ist **Anpassung und Kündigung** des öffentlich-rechtlichen Vertrages möglich (§ 60 VwVfG). Diese Regelung entspricht den Instituten der **Störung der Geschäftsgrundlage** nach § 313 BGB und der **Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund** nach § 314 BGB. Bei **Leistungsstörungen** wie Verzug, Unmöglichkeit, Positive Vertragsverletzung (PVV – jetzt in §§ 241 II i.V.m. 280 I ggf. i.V.m. 281, 282 BGB normiert) und Verschulden bei Vertragsverhandlung (cic – jetzt in §§ 311 II, III, 241 II i.V.m. § 280 I BGB normiert) gelten die zivilrechtlichen Vorschriften und Grundsätze entsprechend. Die **Rückabwicklung** eines gescheiterten öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolgt im Fall eines vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts nach den §§ 346 ff. BGB. Damit gelten uneingeschränkt die umfangreichen Änderungen (namentlich die §§ 280 ff., 323 ff. BGB), die die Schuldrechtsreform mit sich gebracht hat.

3. Eine wesentliche, durch die Schuldrechtsreform herbeigeführte Änderung ist der Wegfall der bisherigen §§ 350-353 BGB. Das **Rücktrittsrecht** ist nunmehr selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Rücktrittsberechtigte den Untergang oder die erhebliche Beschädigung des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat (§ 346 II, III BGB n.F.). Die Herausgabe von Nutzungen bestimmt sich nicht mehr gem. § 347 S. 2 BGB a.F. nach den Vorschriften über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (EBV), sondern unmittelbar nach §§ 346, 347 BGB n.F. Die Haftung richtet sich dann nach den allgemeinen Vorschriften über die vertraglichen Pflichtverletzungen (§ 346 IV BGB n.F.). Nach § 346 I BGB n.F. haften die Rückgewährschuldner auf Herausgabe der gezogenen Nutzungen. Beim vertraglich eingeräumten Rücktrittsrecht sind nach § 347 S. 1 BGB n.F. auch die nicht gezogenen, aber bei ordnungsgemäßer Nutzung ziehbaren Nutzungen zu ersetzen. Im gesetzlichen Rücktrittsrecht gilt nun für den Rücktrittsberechtigten die Haftungsbeschränkung gem. § 277 BGB. Da die neue Rechtslage im übrigen nicht mehr zwischen Kenntnis und Unkenntnis der Voraussetzung des gesetzlichen Rücktrittsrechts des Rücktrittsberechtigten unterscheidet, muß auch nicht mehr auf den Rechtsgedanken des § 327 S. 2 BGB abgestellt werden; der Streit über die Haftungsprivilegierung des Rücktrittsberechtigten beim gesetzlichen Rücktrittsrecht vor Kenntnis der Rücktrittsgründe ist obsolet.[47]

4. Denkbar ist auch die Geltendmachung von **Schadenersatz wegen Pflichtverletzung** (§§ 59 I, 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 280 BGB). Soweit sich die Pflichten aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag ergeben, ist die Verletzung einer solchen Pflicht relativ einfach zu bestimmen. Schwierigkeiten bestehen aber hinsichtlich der Frage, wie sich die Verletzung von gesetzlichen Pflichten auswirkt. Da die Behörde an Recht und Gesetz gebunden ist (Art. 20 III GG), stellt eine (objektive) Rechtsverletzung zugleich eine Pflichtverletzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags dar. Eine Schadenersatzpflicht kann indes nur dann angenommen werden, wenn ein Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift vorliegt, die gerade dem Schutz des Vertragspartners dient; insoweit gilt der Gedanke der Schutznormtheorie.

5. Weigert sich die Behörde, dem vertraglichen Anspruch überhaupt nachzukommen, kann sie – sofern eine Leistung begehrt wird, die nicht in dem Erlaß eines Verwaltungsakts liegt – mit Hilfe der **allgemeinen Leistungsklage** in Anspruch genommen werden. Verpflichtet sich die Behörde hingegen durch einen Verwaltungsvertrag zum Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsakts, ist die **Verpflichtungsklage** statthaft. Aber auch im umgekehrten Verhältnis gilt

[47] *Geis*, NVwZ **2002**, 385, 387.

eine Besonderheit: Dadurch, daß die Behörde – statt einen Verwaltungsakt zu erlassen – die Handlungsform Verwaltungsvertrag gewählt hat, hat sie sich mit dem Bürger auf eine Stufe der Gleichordnung begeben. Sie hat ihre **Verwaltungsaktbefugnis verloren**. Sie muß daher in jedem Fall Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht erheben, um ihre Ansprüche durchzusetzen.

> **Beispiel:** Durch einen Verwaltungsvertrag verpflichtet sich die Baubehörde, dem Bauherrn B eine Baugenehmigung (= Verwaltungsakt) zu erteilen. Im Gegenzug verpflichtet sich B, die Erschließungskosten mit zu tragen. Weigert sich die Behörde, die vertraglich zugesagte Baugenehmigung zu erteilen, muß B Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung erheben, da er den Erlaß eines ihn begünstigenden Verwaltungsakts begehrt. Anspruchsgrundlage wäre dann der Anspruch aus dem Vertrag. Weigert sich B, die Erschließungskosten mit zu tragen, kann die Behörde keinen Festsetzungsbescheid erlassen und diesen selbst vollstrecken. Sie ist vielmehr aufgrund ihrer verlorenen Verwaltungsaktbefugnis auf eine allgemeine Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht angewiesen.

6. Zu beachten ist allerdings die Möglichkeit der **Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung**, § 61 VwVfG: Jede Vertragspartei kann sich der sofortigen Vollstreckung aus einem subordinationsrechtlichen Vertrag unterwerfen.[48]

- ⇨ Die Unterwerfung durch den Bürger hat zur Folge, daß es seitens der Behörde keines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedarf. Die Durchsetzung der Vertragsansprüche kann genauso erfolgen wie die Durchsetzung eines Verwaltungsakts, nämlich durch die **Verwaltungsvollstreckung**. Kommt es zur Vollstreckung, kann der Bürger aber diejenigen Rechtsbehelfe einlegen, die er auch sonst gegen Verwaltungsvollstreckungsmaßnahmen einlegen kann.[49] Diese Rechtsbehelfe helfen allerdings nur eingeschränkt, da mit ihnen regelmäßig keine aufschiebende Wirkung verbunden ist (vgl. nur § 80 II S. 2 VwGO). Die Behörde darf also i.d.R. weiterhin vollstrecken. Der Bürger kann allerdings noch geltend machen, daß der Verwaltungsvertrag nichtig ist, und so keine ausreichende Grundlage für die Verwaltungsvollstreckung bilde. An dieser Stelle wird noch einmal deutlich, welche Relevanz die Nichtigkeitsregelung haben kann.
- ⇨ Es ist zwar ungewöhnlich, aber dennoch denkbar, daß auch die Behörde sich der sofortigen Vollstreckung unterwirft. Unterwirft sich eine Behörde, die nicht oberste Bundes- oder Landesbehörde ist, der sofortigen Vollstreckung, so ist der Genehmigungsvorbehalt durch die zuständige Aufsichtsbehörde zu beachten, § 61 I S. 3 und 4 VwVfG.

7. Für **Primäransprüche** aus dem Vertrag ist der **Verwaltungsrechtsweg** gegeben. Das gilt auch für Schlechtleistung und Verzug. Demgegenüber sollen nach der Rechtsprechung des BGH, der den Vorbehalt des § 40 II VwGO bezüglich öffentlich-rechtlicher Verträge eng auslegt, **Schadensersatzansprüche** wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlung (cic, vgl. §§ 311 II, III, 241 II i.V.m. § 280 I BGB) vor den **Zivilgerichten** geltend gemacht werden.[50] Die Gegenauffassung nimmt auch hier den Verwaltungsrechtsweg an.[51] Die Kontroverse ist aber unergiebig, wenn man davon ausgeht, daß mit der cic auch Amtspflichten verletzt wurden. Dann kommen neben der cic-Haftung auch Schadensersatzansprüche wegen Amtspflichtverletzung in Betracht. Für diese Ansprüche steht jedenfalls gem. § 839 BGB, Art. 34 GG der ordentliche Rechtsweg zur Verfügung. Aufgrund der Regelung des § 17 II S. 1 GVG können die Zivilgerichte dann auch über cic-Ansprüche mitentscheiden.

---

[48] Zu den Anforderungen, die an die Wirksamkeit einer Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung zu stellen sind, vgl. BVerwGE **98**, 58 ff.; *Neumann*, NVwZ **2000**, 1244, 1254 f.
[49] Vgl. ausführlich mein BesVerwR, S. 275 ff.
[50] BGH DVBl **1986**, 409.
[51] *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 57.

Beispiel[52]**:** Die Gemeinde G schließt mit dem Unternehmer U einen Subventionsvertrag, durch den U einen Zuschuß i.H.v. • 500.000.- erhalten soll. Durch verwaltungsinterne Zuständigkeits- und Genehmigungsprobleme verzögert sich aber die Auszahlung. Dadurch sind dem U mehrere Aufträge entgangen. Er macht Schadensersatz einerseits wegen Verzugs, andererseits wegen Amtspflichtverletzung geltend.
Wenn U einen Amtshaftungsprozeß führen möchte, muß er aufgrund des Art. 34 GG die Amtshaftungskammer des zuständigen Landgerichts anrufen (§ 71 GVG). Da das Gericht wegen § 17 II S. 1 GVG dann den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden hat, muß es auch über den Anspruch wegen Verzugs mitentscheiden.
Möchte U dagegen den Verwaltungsrechtsweg bestreiten, kann er das allenfalls im Hinblick auf den Anspruch wegen Verzugs, da das Verwaltungsgericht nicht über Amtshaftungsansprüche entscheiden darf (Art. 34 GG, § 17 II S. 2 GVG). Erhebt er also Klage vor dem Verwaltungsgericht, kann dieses nach der o.g. Gegenauffassung zwar über den Schadensersatzanspruch wegen Verzugs entscheiden, wegen Unzuständigkeit nicht aber über den Amtshaftungsanspruch. Diesbezüglich darf es den Rechtsstreit nicht als unzulässig abweisen, sondern muß ihn gem. § 17a II S. 1 GVG an das zuständige Landgericht verweisen.

IV. Hinweise für die Fallbearbeitung

1. Am Anfang der Darstellung zum verwaltungsrechtlichen Vertrag wurden die drei denkbaren Klausurkonstellationen dargestellt. Im Streitfall wird es zumeist um die zweite Konstellation gehen, nämlich um diejenige, daß ein Vertragspartner die Erfüllung der vom anderen Vertragspartner übernommenen vertraglichen Verpflichtungen verlangt, dieser aber mit Hinweis auf die Nichtigkeit des Vertrages die Leistung verweigert. Hier muß der Rechtsschutzsuchende sein Begehren (Erfüllungsanspruch) mit der **allgemeinen Leistungsklage** durchzusetzen versuchen. Vgl. dazu ausführlich mein VerwProzR, S. 270 ff.

2. Es ist auch denkbar, daß der Vertrag zunächst von beiden Seiten erfüllt ist, und sich eine Partei erst im nachhinein auf die Nichtigkeit des Vertrags beruft und die bereits erbrachten Leistungen zurückfordert. Hier ist der **allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch** einschlägig, der ebenfalls mit der **allgemeinen Leistungsklage** durchgesetzt werden muß (vgl. dazu ausführlich mein VerwProzR, S. 275 ff.). Ausgangspunkt für die Fallbearbeitung ist also die Frage, ob der Kläger einen Erfüllungsanspruch bzw. einen Erstattungsanspruch hat.

3. Schließlich kann es vorkommen, daß sich die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend waren, seit Abschluß des Vertrags so wesentlich geändert haben, daß einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen Vereinbarung nicht mehr zuzumuten ist (**Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB**). In diesem Fall kann diese Vertragspartei nach § 61 I S. 1 VwVfG eine **Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse** verlangen. Diese Anpassung ist mit Hilfe einer **allgemeinen Leistungsklage** durchzusetzen, die auf diese Anpassung gerichtet ist.[53] Hingegen kann nicht unmittelbar auf die infolge der Anpassung geschuldete Leistung geklagt werden. Allerdings kann die Klage auf Anpassung des Vertrags mit der Klage auf die Leistung verbunden werden, die aus dem angepaßten Vertrag geschuldet wird.[54] Das ist ein Fall des § 44 VwGO.

4. Insgesamt bietet sich folgender Prüfungsaufbau an, wobei anzumerken ist, daß in der schriftlichen Klausurlösung nur diejenigen Punkte anzusprechen sind, die für die Fallbearbeitung auch relevant sind:

---

[52] Vgl. *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 57.
[53] Vgl. BVerwGE **97**, 331 ff.
[54] *Neumann*, NVwZ **2000**, 1244, 1255.

Prüfung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG

I. Bestehen eines Leistungs- bzw. Erstattungsanspruchs

1. Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags
   - a. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen
   - b. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt
   - c. Verwaltungsrechtlicher Vertrag auch zwischen Privaten
2. Wirksames Zustandekommen des verwaltungsrechtlichen Vertrags
   - a. Zuständigkeit der vertragschließenden Behörde
   - b. Einhaltung von Verfahrensvorschriften, insbesondere des Zustimmungserfordernisses nach § 58 VwVfG
   - c. Einhaltung von Formvorschriften, insbesondere der Schriftform nach § 57 VwVfG
3. Keine Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags
   - a. Wirksamer Vertragsschluß
   - b. Kein Vertragsformverbot
   - c. Keine sonstige Nichtigkeit des Vertrags
     - aa. Zulässigkeit des Vertragsinhalts
     - bb. Keine Nichtigkeit des Vertrags
       - a.) Spezielle Nichtigkeitsgründe nach § 59 II VwVfG
       - b.) Allgemeine Nichtigkeitsgründe nach § 59 I VwVfG
     - cc. Teilnichtigkeit des Vertrags
4. Keine rechtsmißbräuchliche Geltendmachung des Anspruchs

II. Rechtsfolge: Gewährung des Leistungs- bzw. Erstattungsanspruchs

III. Durchsetzung des Anspruches

Für Leistungsansprüche aus dem Vertrag und Erstattungsansprüche sind die Verwaltungsgerichte zuständig. Für Sekundäransprüche gilt die oben dargestellte Besonderheit.