

**Grundkurs Öffentliches Recht III -
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Dienstag / Mittwoch, den 17./18. Juni 2003

Der verwaltungsrechtliche Vertrag

Der Verwaltungsakt ist seit dem Ende des letzten Jahrhunderts die mit Abstand wichtigste Handlungsform der Verwaltung. Er ermöglicht der Verwaltung einseitiges Handeln; die grundsätzlich unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit eintretende Bestandskraft sorgt für Rechtssicherheit. Diese Vorteile macht sich nicht nur in Deutschland die Verwaltung zunutze. Der Verwaltungsakt, der aus Frankreich stammt, hat unter der Bezeichnung "Entscheidung" auch Eingang in das Handlungsformenrepertoire der EG gefunden (Art. 249 IV EG).

Im Unterschied dazu galt der verwaltungsrechtliche Vertrag bis in die 60er Jahre des letzten Jahrhunderts als suspekt, wenn nicht als unzulässig. Otto Mayer, der Entdecker des Verwaltungsakts in Deutschland, hielt Verträge zwischen dem Staat und dem Bürger nicht für möglich, weil der Vertrag die Gleichordnung der Rechtssubjekte voraussetze, das öffentliche Recht aber durch die Überordnung des Staates bestimmt sei. Weiterhin erschien der verwaltungsrechtliche Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesbindung der Verwaltung als problematisch. Man befürchtete, dass die Verwaltung sich bei vertraglichen Lösungen über den Vorrang des Gesetzes hinwegsetzen und für den Bürger käuflich werde, z.B. wenn die Steuerfestsetzung nicht mehr einseitig durch Steuerbescheid erfolge, sondern zwischen Bürger und Staat ausgehandelt werde.

Die geschilderten Bedenken sind durch das VwVfG ausgeräumt

worden. In den §§ 54 bis 62 finden sich Regelungen über den verwaltungsrechtlichen Vertrag, die diese Handlungsform neben dem Verwaltungsakt zulassen, die aber zugleich Vorkehrungen dagegen treffen, dass sich mit dieser Zulassung nicht die Bedenken verwirklichen, die gegen den verwaltungsrechtlichen Vertrag bestehen. Die einschlägigen Regelungen des VwVfG sind allerdings rudimentär und bedürfen in vielfältiger Hinsicht der Ergänzung. Nach § 62 VwVfG gelten für verwaltungsrechtliche Verträge subsidiär die für Verwaltungsakte geltenden Vorschriften des VwVfG und ferner ergänzend und entsprechend die Vorschriften des BGB über Verträge.

Die Regelungen über Verwaltungsakte sind auf verwaltungsrechtliche Verträge übertragbar, soweit sie ihren Grund nicht in der Einseitigkeit des Verwaltungsakts finden. Letzteres ist z.B. bei dem Anhörungserfordernis der Fall. Bei einem Vertrag die Anhörung eines Vertragspartners zu fordern, gibt keinen Sinn, weil dieser ohnehin beteiligt ist. Ergiebiger ist die Verweisung auf das BGB. So findet man im VwVfG nichts zu Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen, also zu Fällen der Unmöglichkeit, des Verzugs oder der Schlechterfüllung. Diese Lücke ist durch ergänzende und entsprechende Anwendung der Vorschriften oder Grundsätze des BGB zu schließen. "Ergänzend und entsprechend" bedeutet, dass die Vorschriften des BGB nicht schematisch in das öffentliche Recht transferiert werden dürfen, sondern dessen Gegebenheiten angepasst werden müssen.

1. Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages

a) Allgemeiner Vertragsbegriff als Oberbegriff

Nach der Legaldefinition in § 54 S. 1 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag dadurch charakterisiert, dass durch ihn ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts vertraglich begründet, geändert oder

aufgehoben wird. In der Definition des Begriffs "öffentlich-rechtlicher Vertrag" kommt das Wort "Vertrag" vor. Dies ist keine Tautologie, das Gesetz knüpft damit an den Vertragsbegriff des BGB an. Vertrag ist die Einigung zweier Parteien über die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs, der durch die Abgabe einander entsprechender, auf diesen Erfolg gerichteter Willenserklärungen (Angebot und Annahme) zustande kommt. Nichts anderes gilt im Verwaltungsrecht. Die §§ 145 ff. BGB gelten für öffentlich-rechtliche Verträge gemäß § 62 VwVfG ergänzend und entsprechend.

b) Die differentia specifica

Die Gebietsklausel ("auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts") macht deutlich, dass der verwaltungsrechtliche Vertrag sich von anderen, ebenfalls unter diesen allgemeinen Vertragsbegriff fallenden Verträgen nach dem Vertragsgegenstand unterscheidet. Um den Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu bestimmen, ist unter dem gemeinsamen Dach des allgemeinen Vertragsbegriffs, der auch privatrechtliche oder völkerrechtliche Verträge umfasst, eine Abgrenzung erforderlich. Kriterium ist das Gebiet, mithin der Vertragsgegenstand. Insbesondere ist eine Einteilung in privatrechtliche und verwaltungsrechtliche Verträge erforderlich, um das Rechtsregime zu bestimmen, das auf einen konkreten Vertrag anwendbar ist. Für privatrechtliche Verträge gelten nur die einschlägigen Regelungen des Privatrechts, für verwaltungsrechtliche Verträge gelten, vorbehaltlich vorrangiger Spezialnormen, die §§ 54 ff. VwVfG, und nur subsidiär die Regelungen des Privatrechts. Die Abgrenzung zwischen privat- und verwaltungsrechtlichen Verträgen ist etwa erforderlich zur Bestimmung des richtigen Haftungsregimes (§§ 823 ff. BGB oder Amtshaftung), weiters zur Bestimmung des Rechtswegs für die Austragung gerichtlicher Streitigkeiten und der Vollstreckungsmöglichkeiten.

Innerhalb der Gruppe der öffentlich-rechtlichen Verträge ist noch eine weitere Abgrenzung erforderlich, die sich zum Teil ebenfalls nach dem Vertragsgegenstand, zum Teil nach den Vertragsparteien richtet. Die §§ 54 ff. VwVfG sind zwar betitelt mit "öffentlich-rechtlicher Vertrag". Diese Terminologie ist aber ungenau. Die genannten Vorschriften gelten nur für die verwaltungsrechtlichen Verträge. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 54 ff. VwVfG lässt sich mit den §§ 1 IV und 9 VwVfG rechtfertigen, denen zufolge das VwVfG insgesamt nur für die Wahrnehmung von Aufgaben öffentlicher Verwaltung und für Verwaltungsverfahren gilt. Innerhalb des Kreises der öffentlich-rechtlichen Verträge müssen die verwaltungsrechtlichen Verträge also von den verfassungsrechtlichen, den völkerrechtlichen und den Staatskirchenverträgen abgegrenzt werden.

aa) Abgrenzung zu den privatrechtlichen Verträgen

Die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen ergibt sich nicht aus der Person der Vertragsparteien. Die Beteiligung einer Behörde lässt nicht zuverlässig auf einen verwaltungsrechtlichen Vertrag schließen, weil die Behörde sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich handeln kann. Zwei Verwaltungsträger können untereinander auch einen privatrechtlichen Vertrag schließen, so wenn ein Bundesland dem Bund ein Grundstück verkauft. Im umgekehrten Extremfall können zwei Private untereinander einen verwaltungsrechtlichen Vertrag schließen, so wenn die öffentlich-rechtliche Straßenreinigungspflicht vertraglich übernommen wird.

Die Abgrenzung zwischen verwaltungs- und privatrechtlichen Verträgen richtet sich auch nicht nach dem Willen der Parteien. Ein Wahlrecht besteht grundsätzlich nicht. Die Abgrenzung ist, wie auch die Formulierung in § 54 S. 1 VwVfG

zeigt, nach objektiven Kriterien vorzunehmen.

Sind demnach die Person und der Wille der Vertragsparteien keine tauglichen Kriterien, um öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verträge zu unterscheiden, so bleibt nur der Inhalt, der Gegenstand des Vertrags. Ein Vertrag wird als öffentlich-rechtlich qualifiziert, wenn er sich auf einen öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Sachverhalt bezieht. Das wiederum ist der Fall, wenn

--> der Vertrag dem Vollzug öffentlich-rechtlicher Normen dient,

--> der Vertrag die Verpflichtung zur Vornahme eines Hoheitsakts, insbesondere zum Erlass eines Verwaltungsakts enthält,

--> der Vertrag sich auf eine öffentlich-rechtliche Berechtigung oder Verpflichtung (des Bürgers) bezieht, und zwar unabhängig davon, ob diese Inhalt oder Geschäftsgrundlage des Vertrags ist (so Maurer, VerwR, § 14 Rn. 11).

Maßgebend sind der Zweck und der Gesamtcharakter des Vertrags. Dieser muss als Einheit gesehen werden, die nicht in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil aufgespalten werden kann. Ist ein nicht unwesentlicher Teil eines Vertrages öffentlich-rechtlich, so unterfällt damit der gesamte Vertrag dem öffentlichen Recht. Das ist wichtig im Hinblick auf Vertragsregelungen, die gegenüber der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht neutral sind, wie z.B. Zahlungsverpflichtungen.

Von dem Problem der unterschiedlichen Zuordnung einzelner Bestandteile eines Vertrages ist der Fall zu unterscheiden, dass ein zivilrechtlicher und ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, etwa ein Grundstückskaufvertrag und ein Erschließungsvertrag, zu einer Einheit verbunden werden; die Verbindung ändert dann nichts an der unterschiedlichen rechtlichen Qualifikation der beiden Verträge.

bb) Abgrenzung zu anderen öffentlich-rechtlichen Verträgen

Der verwaltungsrechtliche Vertrag ist weiter zu unterscheiden von sonstigen öffentlich-rechtlichen Verträgen. Soweit dies völkerrechtliche Verträge sind, liegt der Unterschied darin, dass verwaltungsrechtliche Verträge der deutschen Rechtsordnung unterliegen, völkerrechtliche Verträge aber nicht. Soweit es um verfassungsrechtliche Verträge geht, etwa Staatsverträge zwischen dem Bund und den Ländern, zwischen den Ländern untereinander oder zwischen Staat und Kirche, liegt der Unterschied darin, dass verwaltungsrechtliche Verträge nicht-verfassungsrechtlicher Art sind.

Von manchen verfassungsrechtlichen Verträgen, nämlich von den Normativverträgen, unterscheidet die verwaltungsrechtlichen Verträge noch ein weiteres Kriterium. Verwaltungsrechtliche Verträge dienen ebenso wie Verwaltungsakte der Regelung von Einzelfällen. Nur so kann ihre Gleichstellung in § 9 VwVfG gerechtfertigt werden. Man entnimmt dies in § 54 S. 1 VwVfG dem Merkmal "Rechtsverhältnis".

c) Die Abgrenzung von Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlichem Vertrag

Mit dem Verwaltungsakt hat der verwaltungsrechtliche Vertrag Folgendes gemeinsam: er dient der Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen; an ihm ist weiter in aller Regel eine Behörde beteiligt; für ihn gelten sodann die Regeln des VwVfG über das Verwaltungsverfahren (§ 9 VwVfG). Der maßgebliche Unterschied liegt in dem Zustandekommen der Regelung: Der Verwaltungsakt wird einseitig durch die Behörde erlassen, der verwaltungsrechtliche Vertrag wird einvernehmlich zwischen den Parteien geschlossen. Dieser

Unterschied hat erhebliche Auswirkungen für die Bindungswirkung, die Rechtmäßigkeitsanforderungen, die Fehlerfolgen, die Vollstreckbarkeit usw. So scheidet eine einseitige Aufhebung durch Rücknahme und Widerruf bei verwaltungsrechtlichen Verträgen aus.

Der genannte Hauptunterschied relativiert sich etwas bei den zustimmungsbedürftigen, insbesondere den antragsbedürftigen Verwaltungsakten. Der Unterschied wird weiter relativiert im Verhältnis zwischen einem begünstigenden Verwaltungsakt mit belastenden Nebenbestimmungen und einem gegenseitigen Vertrag. Will die Behörde eine Gaststättenerlaubnis nur erteilen, wenn der Inhaber der Gastwirtschaft Lärmschutzvorkehrungen einbaut, hat sie die Möglichkeit, statt eines mit entsprechender Auflage oder Bedingung versehenen Verwaltungsakts einen Vertrag zu schließen, in dem sie die Erlaubnis erteilt oder sich dazu verpflichtet und der Bürger sich zu Lärmschutzvorkehrungen verpflichtet. Es bleibt aber dabei: Während beim Vertrag die Zustimmung des Bürgers Existenzvoraussetzung ist, ist sie beim zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt nur Rechtmäßigkeits-, z.Tl. auch Rechtswirksamkeitsvoraussetzung.

2. Beispiele für verwaltungsrechtliche Verträge

Ich will nun einige Beispiele für verwaltungsrechtliche Verträge geben. Die nachfolgende Liste weder vollständig noch systematisch geordnet. Auswahlkriterium ist die praktische Wichtigkeit und Häufigkeit der entsprechenden Vertragstypen.

Stellplatzablösevertrag: Das Bauordnungsrecht der meisten Bundesländer, nicht aber des Stadtstaates Berlin, sieht vor, dass bauliche Anlagen nur errichtet werden dürfen, wenn genügend Stellplätze für Pkw nachgewiesen werden. Ist dies in einer Innenstadtlage nicht möglich, kann von diesem

Erfordernis befreit werden. Eine solche Befreiung, die im Ermessen der Behörde steht, wird in der Regel nur gegen Zahlung eines Geldbetrages gewährt, der von der Behörde zweckgebunden für den Bau von Parkhäusern oder die sonstige Bereitstellung öffentlichen Parkraums zu verwenden ist. Dieser Austausch von Leistungen lässt sich vertraglich regeln, indem die Behörde sich zur Erteilung des Dispenses und der Bürger sich zur Zahlung eines Geldbetrages verpflichten. Der Stellplatzablösevertrag ist ein Unterfall der größeren Gruppe sog. Baudispensverträge, bei denen die Behörde von ansonsten zwingenden baurechtlichen Vorschriften gegen eine entsprechende Leistung des Bürgers dispensiert.

Folgekostenverträge: Die Ausweisung von Bauland hat für die Gemeinden zumeist Folgekosten. Die Gemeinde wird zu Erschließungsmaßnahmen veranlasst, deren Kosten nicht vollständig über Beiträge wieder eingetrieben werden können. Dies gilt insbesondere für Infrastruktureinrichtungen, die bei der Ausweisung größerer Neubaugebiete geschaffen werden müssen, so Schulen für hinzuziehende Kinder. Umgekehrt ist die Gemeinde zur Ausweisung von Bauland nicht verpflichtet und hat von Gesetzes wegen niemand einen Anspruch auf die Aufstellung von Bauleitplänen (§ 2 III BauGB). In dieser Situation schließen Gemeinden und Bauinteressenten, zumeist Wohnungsbaugesellschaften, Folgekostenverträge, in denen die Gemeinde sich zur Ausweisung von Bauland vertraglich verpflichtet und die Wohnungsbaugesellschaft als Gegenleistung einen Teil der an sich von der Gemeinde zu tragenden Folgekosten übernimmt.

Erschließungsvertrag: Die Erschließung von Baugrundstücken, also ihre Einbindung in das öffentliche Verkehrs- und Versorgungsnetz, ist grundsätzlich Aufgabe der Gemeinden. Die Gemeinden können diese Aufgabe jedoch durch einen Vertrag, den § 123 I BauGB ausdrücklich als öffentlich-rechtlich qualifiziert, auf Dritte übertragen. Solche Verträge nennt man Erschließungsverträge.

An den Beispielen wird deutlich, dass das öffentliche Baurecht ein Hauptanwendungsfeld des verwaltungsrechtlichen Vertrages ist. Der städtebauliche Vertrag hat darum in § 11 BauGB eine allgemeine Regelung gefunden. Das soll nicht heißen, dass in anderen Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts der Vertrag als Handlungsform nicht vorkäme. Wohl aber kann man sagen, dass einige Materien des Besonderen Verwaltungsrechts, wie das Steuerrecht oder das Beamtenrecht, für die Verwendung verwaltungsrechtlicher Verträge wenig Spielraum lassen, und dass andere Materien, wie insbesondere das Baurecht, vertragsfreundlich sind. Die "Vertragsfeindlichkeit" des Steuerrechts wird auch daran deutlich, dass die AO als bereichsspezifisches Parallelgesetz zum VwVwG keinen Abschnitt über Verträge enthält und dass in der FGO keine Regelung des Prozessvergleichs zu finden ist.

3. Die Arten verwaltungsrechtlicher Verträge

Die §§ 54 bis 56 VwVfG unterscheiden in zwei Begriffspaaren vier Arten von verwaltungsrechtlichen Verträgen. Der Sinn dieser Unterscheidung liegt in einer Differenzierung der für verwaltungsrechtliche Verträge geltenden Regeln. So gelten z.B. die Nichtigkeitsgründe des § 59 II VwVfG nur für eine bestimmte Art verwaltungsrechtlicher Verträge, nämlich für Verträge im Sinne von § 54 S. 2 VwVfG. Die beiden Begriffspaare lauten: koordinationsrechtlicher und subordinationsrechtlicher Vertrag, Austausch- und Vergleichsvertrag.

a) Koordinations- / subordinationsrechtlicher Vertrag

Was ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist, steht in § 54 S. 2 VwVfG, dessen Formulierung allerdings missglückt ist. Entstehungsgeschichte, Zweck und systematischer Zusammenhang belegen, dass man die Vorschrift wie folgt umformulieren

muss: "Eine Behörde darf in einem Über-/Unterordnungsverhältnis verwaltungsrechtliche Verträge abschließen; solche Verträge darf sie insbesondere anstelle von Verwaltungsakten abschließen, die sie sonst erlassen würde." Die Vorschrift entscheidet den Streit über die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge im Über-/Unterordnungsverhältnis in einem positiven Sinne und bestätigt damit die Aussage des S. 1 für diesen Bereich, wonach ein verwaltungsrechtlicher Vertrag immer geschlossen werden darf, es sei denn, Rechtsvorschriften stehen entgegen. Eine ausdrückliche Ermächtigung zum Abschluss verwaltungsrechtlicher Verträge ist darum nicht erforderlich; es genügt, dass die Vertragsform nicht verboten ist.

Der koordinationsrechtliche Vertrag ist im VwVfG nicht ausdrücklich erwähnt. Er unterscheidet sich vom subordinationsrechtlichen Vertrag durch die grundsätzliche Gleichordnung der Vertragspartner. Ein Beispiel für einen koordinationsrechtlichen Vertrag ist der Vertrag zwischen zwei Gemeinden über den genauen Verlauf der Gemeindegrenze. Auch koordinationsrechtliche Verträge sind nach § 54 S. 1 VwVfG zulässig, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.

Der Sinn der Unterscheidung zwischen koordinations- und subordinationsrechtlichen Verträgen liegt darin, deutlich zu machen, dass bei subordinationsrechtlichen Verträgen besondere Schutzvorkehrungen getroffen werden müssen, um zu verhindern, dass die Behörde ihr Übergewicht missbraucht, um dem Bürger ihm ungünstige Vertragskonditionen aufzuzwingen. Solche Schutzvorkehrungen sind bei koordinationsrechtlichen Verträgen wegen der Gleichordnung der Vertragsparteien nicht erforderlich. Infolgedessen gibt es einige Regelungen des öffentlichen Vertragsrechts, die nur für subordinationsrechtliche Verträge gelten und die dem Zweck dienen, den Bürger zu schützen. Dies sind die §§ 55, 56, 59

II und 61 VwVfG.

b) Austausch- und Vergleichsvertrag

Die §§ 55 und 56 VwVfG stellen besondere Rechtmäßigkeitsanforderungen für zwei häufig vorkommende Erscheinungsformen subordinationsrechtlicher Verträge auf. Man würde die §§ 55 und 56 VwVfG missverstehen, wenn man meinte, durch sie solle ein *numerus clausus* zulässiger Vertragstypen geschaffen werden. Der Gesetzgeber hat vielmehr aus dem großen Kreis subordinationsrechtlicher Verträge zwei Vertragstypen herausgegriffen, weil er insoweit einen Regelungsbedarf gesehen hat. § 55 VwVfG regelt den subordinationsrechtlichen Vergleichsvertrag, § 56 VwVfG den subordinationsrechtlichen Austauschvertrag. Koordinationsrechtliche Vergleichs- und Austauschverträge gibt es auch, nur sind diese wegen der Verweisung auf § 54 S. 2 nicht Thema der §§ 55 und 56 VwVfG.

Für die Rechtmäßigkeit des **Vergleichsvertrags** schreibt § 55 VwVfG vor: (1) Es muss eine Ungewissheit bezüglich tatsächlicher Umstände oder rechtlicher Gesichtspunkte bestehen. (2) Diese Ungewissheit darf trotz verständiger Würdigung des Sachverhalts nicht auszuräumen sein. Anders formuliert: Die Ungewissheit darf nicht oder nicht ohne erheblichen Aufwand beseitigt werden können. (3) Beide Vertragspartner müssen Zugeständnisse machen, d.h. beide verlassen ihre ursprüngliche Position und bewegen sich aufeinander zu. **Beispiel:** Enteignungsbehörde und Eigentümer streiten darüber, wie hoch die Entschädigung für das zu enteignende Grundstück zu sein hat. Diese Frage lässt sich wegen eines Altlastenverdachts nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand klären. In dieser Situation und als Alternative zu kostenaufwendigen Rechtsstreitigkeiten mit ungewissem Ausgang schließen Behörde und Eigentümer einen Vertrag, in dem die Behörde eine bestimmte Entschädigungssumme zusagt, die zwischen dem Verkehrswert

des Grundstücks mit Altlast und dem Verkehrswert ohne Altlast liegt, und der Eigentümer auf weitere Forderungen verzichtet. Man spricht hier von einem Abfindungsvergleich. Der Vergleichsvertrag nach § 55 VwVfG ist das öffentlich-rechtliche Pendant zu dem Vergleichsvertrag nach § 779 BGB. Eine besonders häufige Anwendungsform ist der Prozessvergleich nach § 106 VwGO, der eine Doppelnatur hat. Er ist einmal Prozesshandlung, die den Prozess zum Abschluss bringt, und er ist sodann ein materiell-rechtliches Rechtsgeschäft, nämlich ein Vergleichsvertrag im Sinne von § 55 VwVfG.

Austauschverträge im Sinne von § 56 VwVfG sind gegenseitig verpflichtende Verträge, in denen der Bürger für eine Leistung der Behörde, in der Regel eine Amtshandlung, eine Gegenleistung verspricht, in der Regel die Zahlung von Geld. Auch für Austauschverträge gelten besondere Kautelen, die dem Schutz des Bürgers und darüber hinaus der Verhinderung von "Klüngel" dienen. Die Gegenleistung des Bürgers muss (1) für einen bestimmten Zweck vereinbart sein, (2) der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, (3) der Höhe nach angemessen sein und (4) in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen; die letztgenannte Bedingung nennt man Koppelungsverbot [Beispiel aus der Rechtsprechung: BVerwG NVwZ 2000, 1285]. Wenn ein Anspruch auf die behördliche Leistung besteht, ist die Gegenleistung nach § 56 II VwVfG nur zulässig, wenn sie, würde statt des verwaltungsrechtlichen Vertrages ein Verwaltungsakt erlassen, Inhalt einer Nebenbestimmung sein könnte. Das ist nach § 36 I VwVfG nur der Fall, wenn die Gegenleistung durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden. An dieser Stelle wird die Nähe zwischen begünstigenden Verwaltungsakten mit belastenden Nebenbestimmungen und Austauschverträgen deutlich. § 56 II korreliert § 36 I und § 56 I S. 2, 2. Alt. korreliert § 36 III VwVfG.

Beispiel für einen Austauschvertrag ist der schon erwähnte Stellplatzablösevertrag. Auf die Baugenehmigung besteht zwar ein Anspruch. Die Gegenleistung soll jedoch dazu dienen, eine der Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen, nämlich die bauordnungsrechtliche Stellplatzpflicht abzulösen (§§ 56 II, 36 I VwVfG). Ferner sind alle Voraussetzungen von § 56 I VwVfG erfüllt, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen: (1) Die Ablösesumme ist zweckgebunden. (2) Die Errichtung des Parkhauses dient der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. (3) Der Betrag ist angemessen, wenn er sich prozentual an den Gesamtkosten des Parkhauses oder an dem orientiert, was der Bauherr durch die Befreiung von der Stellplatzpflicht einspart. (4) Ein sachlicher Zusammenhang zu der Baugenehmigung ist aufgrund der Stellplatzpflicht des Bauordnungsrechts gegeben.

4. Die rechtlichen Voraussetzungen des Verwaltungsvertrages

Für den verwaltungsrechtlichen Vertrag stellt sich, ebenso wie beim Verwaltungsakt, die Frage nach seiner Rechtmäßigkeit. Die Frage ist öffentlich-rechtlicher Natur. Im Zivilrecht wäre die Frage, ob ein Mietvertrag rechtmäßig ist, sinnlos, weil dort keine Vertragspartei derart umfassend wie eine Behörde an Gesetz und Recht gebunden ist. Man kann dort allenfalls fragen, ob ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB verstößt. Im Zivilrecht hat der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge. Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen sind dagegen die Frage ihrer Rechtmäßigkeit und die Frage ihrer Wirksamkeit zu unterscheiden; wie beim Verwaltungsakt wird zwischen Fehlern und Fehlerfolgen unterschieden. Erst die Fehlerfolgeregelungen bestimmen, welche Auswirkungen eine Verfehlung der Rechtmäßigkeitsanforderungen hat; dies folgt nicht bereits aus diesen Anforderungen selbst.

Das Prüfungsschema besteht aus drei Punkten:

- 1) Zulässigkeit der Vertragsform
- 2) Formelle Rechtmäßigkeit
- 3) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Punkte 2) und 3) entsprechen dem Prüfungsschema beim Verwaltungsakt. Punkt 1) weicht von dem Prüfungsschema bei Verwaltungsakten ab. Das findet seine Rechtfertigung darin, dass der Verwaltungsakt nach wie vor die reguläre Handlungsform der Verwaltung ist. Ihm entspricht beim Verwaltungsakt die Verwaltungsakt-Befugnis. Die Frage nach einer gesetzlichen Ermächtigung kann umgekehrt nur beim Verwaltungsakt gestellt werden; eine Ermächtigung ist erforderlich bei einseitigem, belastendem staatlichen Handeln; der Vertrag dagegen beruht auf Konsens, was eine Ermächtigung entbehrlich macht.

a) Die Zulässigkeit der Vertragsform

Gemäß § 54 S. 1 VwVfG kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Vertrag geregelt werden, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Gemeint sind Rechtsvorschriften, die die Verwendung der Handlungsform "Vertrag" ohne Rücksicht auf dessen Inhalt untersagen. Dies können ausdrückliche Verbote sein, aber auch Normen, die implizit die Verwendung der Handlungsform "Vertrag" ausschließen, indem sie die Verwendung einer anderen Handlungsform, vor allem des Verwaltungsakts, vorschreiben. Beispiel für ein ausdrückliches Verbot ist § 53 II SGB - X: "Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag über Sozialleistungen kann nur geschlossen werden, soweit die Erbringung der Leistungen im Ermessen des Leistungsträgers steht." Beispiele für implizite Verbote der Handlungsform des Vertrages sind § 155 I AO, demzufolge Steuern durch "Steuerbescheid" festgesetzt werden, oder § 5 II BRRG, wonach eine beamtenrechtliche Ernennung durch Aushändigung der Ernennungsurkunde erfolgt. Ist in dieser Weise die

Handlungsform "Verwaltungsakt" vorgeschrieben, ist indes nicht ausgeschlossen, dass eine Verpflichtung zur Vornahme dieses Verwaltungsakts durch Vertrag begründet wird.

b) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Regeln über Zuständigkeit, Verfahren und Form bei Verwaltungsakten sind gemäß § 62 S. 1 VwVfG auf verwaltungsrechtliche Verträge anzuwenden, soweit sie auf diese sinnvoll übertragen werden können. Das trifft z.B. zu für § 20 I Nr. 1 VwVfG. Ebenso, wie niemand für eine Behörde in eigener Sache Verwaltungsakte erlassen darf, darf niemand in eigener Sache für eine Behörde verwaltungsrechtliche Verträge abschließen. Anders liegen die Dinge bei § 28 VwVfG. Das Anhörungserfordernis gilt nur für belastende Verwaltungsakte. Dort gibt es Sinn, weil Verwaltungsakte einseitige Regelungen sind. Bei verwaltungsrechtlichen Verträgen wäre eine Anhörung dagegen unabhängig vom Vertragsinhalt überflüssig, weil der Bürger als Vertragspartner an dessen Zustandekommen ohnehin mitwirken muss.

Zusätzlich zu den allgemeinen Regeln des VwVfG enthalten dessen §§ 54 ff. zwei Regeln, welche die formelle Rechtmäßigkeit speziell verwaltungsrechtlicher Verträge betreffen. Dies sind

--> das Schriftformerfordernis (§ 57 VwVfG),

--> das Erfordernis einer Zustimmung durch Dritte und Behörden (§ 58 VwVfG).

aa) Schriftform

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen; § 57 VwVfG. Was "Schriftform" heißt, ergibt sich über § 62 S. 2 VwVfG aus § 126 II BGB. Der Vertrag muss in einer Urkunde niedergelegt [zum Grundsatz der Urkundeneinheit zuletzt BVerwGE 96, 326] und von beiden

Parteien unterschrieben worden sein. Genügt ein Vertrag diesem Erfordernis nicht, so ist er gemäß § 59 I VwVfG i.V.m. § 125 BGB nichtig.

§ 57 VwVfG gilt nicht, soweit "durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist". Mit diesem "soweit"-Satz sind nur Verschärfungen des Schriftformerfordernisses gemeint. So bedarf ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück begründet wird, nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 313 BGB der notariellen Beurkundung.

Streitig ist, ob und in welcher Weise das Schriftformerfordernis, statt es zu verschärfen, abgemildert oder aufgehoben werden kann. Diese Frage ist deswegen von Belang, weil nur so der verwaltungsrechtliche Vertrag als Handlungsform für die Nutzung öffentlicher Einrichtungen und Anstalten zur Verfügung stände. Erforderlich ist hier eine formell-gesetzliche Regelung, die den § 57 VwVfG gemäß § 1 VwVfG als subsidiär zurücktreten lässt. Eine kommunale Satzung genügt nicht.

bb) Zustimmung Dritter oder von Behörden (§ 58 VwVfG)

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, der in die Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt. Gleiches gilt, wenn durch den Vertrag die Verpflichtung zur Vornahme einer Amtshandlung begründet wird, die ihrerseits in Rechte eines Dritten eingreift. So zu beidem § 58 I VwVfG. Ein Vertrag, in welchem die Behörde sich zur Erteilung einer Baugenehmigung verpflichtet, die in Rechte des Nachbarn eingreift, ist also nur wirksam, wenn der Nachbar schriftlich zustimmt. Verträge zulasten Dritter soll es nicht geben. Vertrag und Verwaltungsakt unterscheiden sich in diesem Punkt erheblich. Ein Verwaltungsakt, der in Rechte eines Dritten eingreift, ist, anders als der Vertrag, grundsätzlich wirksam, aber anfechtbar. Umgekehrt

ändert bei einem Verwaltungsakt, anders als bei einem Vertrag, die Zustimmung des Dritten zu einem Eingriff in seine Rechte grundsätzlich nichts an der Rechtswidrigkeit.

Gleiches gilt für die Mitwirkung anderer Behörden an Verträgen, die anstelle von mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten erlassen werden. Auch hier ist die Mitwirkung gemäß § 58 II VwVfG Wirksamkeitsvoraussetzung, während ihr Fehlen bei einem Verwaltungsakt gemäß § 44 III Nr. 4 VwVfG in keinem Fall zur Nichtigkeit führt und gemäß § 45 I Nr. 5 VwVfG nachträglich geheilt werden kann. Bis zur Erteilung der Zustimmung des Dritten oder der anderen Behörde ist ein schon geschlossener Vertrag schwebend unwirksam. Erfolgt die Zustimmung nach Vertragsschluss, wird der Vertrag gemäß den §§ 62 S. 2 VwVfG, 184 BGB ex tunc wirksam. Wird die Zustimmung versagt, ist der Vertrag endgültig unwirksam.

c) Die materielle Rechtmäßigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Für verwaltungsrechtliche Verträge gelten der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes nur dem Grunde nach in gleicher Weise wie für Verwaltungsakte. Wesentliche Unterschiede zwischen Verwaltungsakt und subordinationsrechtlichem Vertrag resultieren daraus, dass der Bürger als Vertragspartner der Behörde dem Inhalt der Regelung zustimmt.

Allerdings darf ein verwaltungsrechtlicher Vertrag nicht gegen geltendes Recht verstoßen (Vorrang des Gesetzes). Das Einverständnis eines privaten Vertragspartners beim subordinationsrechtlichen Vertrag schaltet den Vorbehalt aus, den Vorrang des Gesetzes aber nur im Hinblick auf disponibles Recht. Soweit die Verwaltung von Gesetzes wegen zu einem bestimmten Verhalten zwingend verpflichtet ist, hat sie zum Abschluss verwaltungsrechtlicher Verträge wenig

Spielraum. Der Vertrag müsste sich darauf beschränken, nachzuvollziehen, was das Gesetz vorgibt. Das eigentliche Anwendungsfeld verwaltungsrechtlicher Verträge ist darum dort zu suchen, wo die Behörde nach dem Gesetzesrecht Ermessen hat oder gar nicht durch Gesetze determiniert ist. Die Behörde hat jedoch auch dann einen Spielraum, wenn dem Vertrag an sich entgegenstehende Regelungen des Gesetzesrechts ausschließlich den Bürger schützen sollen und der Bürger auf diesen Schutz wirksam verzichten kann und verzichtet hat. Inwieweit dies der Fall ist, ist eine Frage der einzelnen Norm.

Verbote des Vertrags als Handlungsform z.B. dienen in aller Regel nicht nur den Interessen möglicher Vertragspartner, so dass die Einwilligung derselben das gesetzliche Hindernis nicht ausräumt. Gleiches gilt für die Anforderungen an Vergleichs- und Austauschverträge in den §§ 55 und 56 VwVfG.

Die Ausführungen über die materielle Rechtmäßigkeit von verwaltungsrechtlichen, und zwar von subordinationsrechtlichen Verträgen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Vorrang und Vorbehalt des Gesetz gelten grundsätzlich auch für verwaltungsrechtliche Verträge. Allerdings werden die sich daraus ergebenden Anforderungen in dem Maße reduziert, wie der Bürger auf ihren Schutz wirksam verzichten kann.

Sind die Vertragsparteien eines verwaltungsrechtlichen Vertrages nur Behörden, also bei einem koordinationsrechtlichen Vertrag, müssen Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes strikt beachtet werden, weil Behörden, anders als der Bürger, die Befugnis zum Verzicht, vorbehaltlich gesetzlicher Ermächtigung, nicht haben.

Zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen, wie sie aus dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes folgen, gelten für subordinationsrechtliche Vergleichs- und Austauschverträge

noch die Anforderungen der §§ 55 und 56 VwVfG.

Das Gesamtableau der rechtlichen Anforderungen an verwaltungsrechtliche Verträge ist damit im Sinne eines Prüfungsschemas vollständig. Es stellt sich als nächstes die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, falls ein verwaltungsrechtlicher Vertrag einzelnen dieser Anforderungen nicht entspricht. Dies ist die Frage nach den Fehlerfolgen, die in § 59 VwVfG geregelt ist und die die nach wie vor schwierigste, umstrittenste Frage aus dem Recht der verwaltungsrechtlichen Verträge ist.