

**Grundkurs Öffentliches Recht III -  
Allgemeines Verwaltungsrecht**

Donnerstag, den 21. Dezember 2006

**1. Folgen der Rechtswidrigkeit von verwaltungsrechtlichen Verträgen**

**a) Vorüberlegungen, insb. Vergleich mit dem Verwaltungsakt**

Die reguläre Fehlerfolge beim Verwaltungsakt ist die Anfechtbarkeit. Diese Fehlerfolge passt auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag nicht, weil niemand als Anfechtungskläger in Betracht kommt. Der Bürger als Vertragspartner hat auszuscheiden, weil er dem Vertrag zugestimmt hat und an ihn gebunden ist. Ein Dritter kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil nach § 58 I VwVfG der Vertrag erst wirksam wird, wenn der Dritte, in dessen Rechte eingegriffen wird, dem Vertrag zustimmt. Beide haben jedenfalls kein berechtigtes Interesse an einer Anfechtung.

Auch die Rücknahme als Fehlerfolge in Anlehnung an § 48 VwVfG scheidet aus, denn die Rücknahme ist als einseitiger Akt der Behörde mit deren Vertragsbindung unvereinbar. Zwar wäre die Einräumung eines gesetzlichen Kündigungs- oder Rücktrittsrechts denkbar, das die Verwaltung zur Lösung von einem rechtswidrigen Vertrag ermächtigte, doch hat der Gesetzgeber diese Lösung nicht gewählt (anders z.B. § 126 III Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein).

Der Regelung der Fehlerfolgen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen in § 59 VwVfG liegen vielmehr folgende Leitgedanken zugrunde:

(1) Bei Rechtswidrigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages gibt es nur eine Fehlerfolge: die Nichtigkeit.

(2) Nichtigkeit tritt nicht bei jedem Rechtsverstoß ein, sondern nur, wenn dieser Rechtsverstoß von § 59 VwVfG als Nichtigkeitsgrund qualifiziert wird.

(3) Rechtsverstöße, die nach § 59 VwVfG keinen Nichtigkeitsgrund

darstellen, ändern an der Wirksamkeit des Vertrages nichts. Sie bleiben sanktionslos. Rechte und Pflichten, die in einem Vertrag begründet sind, der an ihnen leidet, können eingeklagt werden und müssen erfüllt werden.

Demnach ist zwischen wirksamen einfach-rechtswidrigen und nichtigen qualifiziert-rechtswidrigen verwaltungsrechtlichen Verträgen zu unterscheiden.

## **b) Nichtigkeitsgründe**

§ 59 VwVfG kennt zwei Arten von Nichtigkeitsgründen: in Abs. 2 eine enumerative Liste, die nur für subordinationsrechtliche Verträge gilt, und in Abs. 1 eine Generalklausel, die sowohl für koordinations- wie für subordinationsrechtliche Verträge gilt.

Die Nichtigkeitsgründe nach § 59 II VwVfG sind relativ unproblematisch. Nr. 1 nimmt Bezug auf die Nichtigkeitsnorm bei Verwaltungsakten (§ 44 VwVfG). Nr. 2 will eine Kollusion zwischen Behörde und Bürger verhindern. Nr. 3 und Nr. 4 sanktionieren die §§ 55 und 56 VwVfG. § 59 II ist insgesamt von dem Gedanken getragen, dass bei subordinationsrechtlichen Verträgen typische Gefahrenlagen bestehen, etwa die in der Regel schwächere Position des Bürgers oder die Neigung zum "Klüngeln", die eine besondere Fehlerfolgenregelung erfordern.

§ 59 I VwVfG verweist für alle verwaltungsrechtlichen Verträge, also für subordinationsrechtliche wie für koordinationsrechtliche Verträge, auf die Nichtigkeitsgründe des BGB, ist damit bestätigende lex specialis zu § 62 S. 2 VwVfG. Beispiele für Nichtigkeitsgründe nach § 59 I VwVfG sind

- > die Verletzung von Formvorschriften (§ 125 BGB)
- > die Handlungsunfähigkeit des vertragschließenden Bürgers (§§ 105 I BGB, 12 I Nr. 1 u. 2 VwVfG)
- > die Sittenwidrigkeit des Vertrages (§ 138 I BGB)
- > das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht (§§ 164 ff. BGB, 14 ff. VwVfG)

--> die Nichtigkeit infolge wirksamer Vertragsanfechtung (§ 142 I BGB).

Problematisch ist die analoge Anwendung von § 134 BGB. Diese Vorschrift hat vor Augen, wer - zu Recht - sagt, die Fehlerfolgenlehre sei der nach wie vor umstrittenste Teil des Rechts der verwaltungsrechtlichen Verträge. § 134 BGB lautet: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig."

Eine unbeschränkte Anwendung dieser Norm hätte die Folge, dass alle rechtswidrigen verwaltungsrechtlichen Verträge nichtig wären, denn der Verwaltung ist der Abschluss rechtswidriger Verträge durch Art. 20 III GG verboten. Diese Rechtsfolge ginge aber zu weit. Sie machte § 59 II VwVfG überflüssig. Die dort vorgenommenen Differenzierungen wären entgegen seinem Wortlaut ("ferner") keine Ergänzung des Nichtigkeitstatbestandes nach § 59 I VwVfG, würde dieser so weit gefasst.

Auf der anderen Seite kann es nicht angehen, die Vorschrift des § 134 BGB von der Verweisung in § 59 I VwVfG völlig auszunehmen. Dann bliebe nämlich bei einem koordinationsrechtlichen Vertrag, für den § 59 II VwVfG nicht gilt, selbst der offensichtliche und schwerwiegende Verstoß gegen materiell-rechtliche Normen ohne Sanktion.

Dem geschilderten Dilemma versucht man zu entgehen, indem man über § 134 BGB nur bestimmte, nicht aber alle Gesetzesverstöße mit der Nichtigkeitsfolge ahndet. Sehr fraglich ist aber, wie dieser Kreis von Gesetzesverstößen bestimmt werden soll. Eine befriedigende Antwort auf diese Frage ist noch nicht gefunden. Als Kriterien werden genannt: Sinn und Zweck der verletzten Rechtsnorm, die Schwere des Rechtsverstoßes, eine Abwägung der für und gegen die Wirksamkeit des Vertrages sprechenden Belange. Weitgehende Einigkeit herrscht darüber, dass zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit zu unterscheiden ist; nur materielle Rechtsfehler können zur Nichtigkeit führen, formelle

grundsätzlich nicht.

Eine Verletzung des Vertragsverbots in § 54 S. 1 VwVfG führt nach überwiegender Meinung zur Nichtigkeit. Allerdings divergieren die dafür gegebenen Begründungen. Zum Teil wird angenommen, die Nichtigkeitsfolge sei den §§ 59 I VwVfG, 134 BGB zu entnehmen; sodann gibt es Autoren, die Gleiches über die §§ 59 I VwVfG, 125 BGB begründen, und schließlich Autoren, die die Nichtigkeitsfolge unmittelbar dem Wort "kann" in § 54 S. 1 VwVfG entnehmen.

Als Studierender genügt es, das Problem der Fehlerfolgen zu erkennen und im Einzelfall unter Anwendung der genannten Kriterien eine Lösung vertretbar zu begründen. Eine "richtige" Lösung im Sinne einer herrschenden Meinung oder einer ständigen Rechtsprechung gibt es zu dieser Frage wohl nicht.

#### **c) Teilnichtigkeit**

Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrages, so ist er im Ganzen nichtig, wenn nicht anzunehmen wäre, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre (§ 59 III VwVfG). Wie beim Verwaltungsakt (§ 44 IV VwVfG) kommt es also auf die Teilbarkeit und den mutmaßlichen Willen an, hier allerdings den Willen beider Vertragsparteien und nicht nur den Willen der Behörde.

#### **d) Folgen der Nichtigkeit**

Ein nichtiger verwaltungsrechtlicher Vertrag begründet keine Leistungspflichten und führt keine Rechtsänderungen herbei. Gleichwohl erbrachte Leistungen müssen zurückgewährt werden. Der Leistende hat einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, der dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch ähnlich ist und der vor den Verwaltungsgerichten klageweise geltend zu machen ist. Auch die Verwaltung kann, anders als bei Rücknahme und Widerruf gemäß § 49a VwVfG, ihren Erstattungsanspruch nicht

durch Verwaltungsakt geltend machen; ein solches einseitiges, hoheitliches Vorgehen stände in einem Widerspruch zur vertraglichen Gleichordnung, auf welche die Verwaltung sich eingelassen hat.

## **2. Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen**

Die §§ 54 ff. VwVfG enthalten fast keine Regelungen über Leistungsstörungen bei verwaltungsrechtlichen Verträgen. Insoweit kommt die Verweisung auf das BGB und damit auf dessen (allgemeines) Schuldrecht zum Tragen (§ 62 Satz 2 VwVfG). Da es sich um eine dynamische Verweisung handelt, bezieht sie sich auf das BGB in der Fassung nach der Schuldrechtsreform. Dies gilt etwa für die Regelungen über die (nachträgliche) Unmöglichkeit, über den Verzug, über positive Vertragsverletzung, über cic und pVV, heute Pflichtverletzung im Sinne von § 280 BGB, ebenso wie für die Regelungen über die Erfüllung.

Wohl enthält das VwVfG in § 60 eine Regelung für die Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen. Während im Übrigen das Recht der verwaltungsrechtlichen Verträge weniger regelungsintensiv ist als das Schuldrecht des BGB, wurde der Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage in § 60 VwVfG zuerst geregelt; die Regelung in § 313 BGB ist erst später hinzugekommen. Die Regelung betrifft die nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage, die einem Vertrag zugrunde liegt. Die entsprechende Regelung für den Verwaltungsakt ist § 49 VwVfG.

Nach § 60 I 1 VwVfG kann ein Vertragspartner, wenn ihm in einer solchen Situation ein Festhalten an dem Vertrag nicht zumutbar ist, eine Anpassung des Vertrags an die geänderten Verhältnisse verlangen und - subsidiär - den Vertrag kündigen. Die Vertragsanpassung hat durch einen neuen Vertrag zu erfolgen. Der Anspruch auf dessen Abschluss kann mit einer Leistungsklage geltend gemacht werden. Die Kündigung ist eine Gestaltungserklärung, die keiner gerichtlichen Durchsetzung bedarf.

§ 60 I 2 VwVfG gibt der Behörde, nicht dem Bürger, ein weiteres Kündigungsrecht, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. Wird dieses Kündigungsrecht ausgeübt, so muss in analoger Anwendung von § 49 VI VwVfG eine Entschädigung gewährt werden.

Gemäß § 60 II VwVfG bedarf die Kündigung der Schriftform und soll sie begründet werden. Das Wort "soll" hat hier nicht die Bedeutung von "grundsätzlich muss, ausnahmsweise kann". Es meint vielmehr "müssen" mit der Einschränkung, dass ein Verstoß hiergegen nicht die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge hat (Ordnungsvorschrift).

### **3. Die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche**

Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Verträgen müssen vor Gericht eingeklagt werden. Für Behörden gilt hier nichts anderes als für Bürger. Eine Behörde hat nicht die Möglichkeit, vertragliche Ansprüche ohne Einschaltung eines Gerichts mit Verwaltungsakt festzusetzen und den Verwaltungsakt, ebenfalls ohne Einschaltung eines Gerichts, im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchzusetzen. Mit dem Vertragsschluss hat sie sich im Verhältnis zum Bürger auf die Ebene der Gleichordnung begeben und muss darum in gleicher Weise wie der Bürger vor Gericht um ihr Recht kämpfen.

Für Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Verträgen ist der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben. Dies gilt im Umkehrschluss zu § 40 II 1 VwGO auch für Schadensersatzansprüche.

Die zwangsweise Durchsetzung gerichtlich titulierter Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Verträgen erfolgt grundsätzlich nach den Regelungen der §§ 167 ff. VwGO. Allerdings enthält § 61 VwVfG eine hiervon abweichende Regelung. Bei subordinationsrechtlichen Verträgen kann sich jeder Vertragspartner der sofortigen Vollstreckung aus dem Vertrag

unterwerfen. Die Unterwerfungserklärung ist ein Vollstreckungstitel, der ein gerichtliches Urteil ersetzt. Verwaltungsverträge mit Vollstreckungsklausel sind aus der Sicht des Bürgers wie verwaltungsgerichtliche Urteile und aus der Sicht der Behörde wie Verwaltungsakte vollstreckbar. Einwände gegen die Vollstreckung sind mit den Rechtsbehelfen des Vollstreckungsrechts geltend zu machen.

Hinweise zur Falllösung bei Maurer, Allg. Verw.R., § 14 Rn. 58. Klausurfälle zu verwaltungsrechtlichen Verträgen fallen oft schlecht aus, weil die Fragestellungen ungewohnt sind. Beim Lernen sollte man, um dem vorzubeugen, ein Augenmerk auf die Unterschiede zwischen (gewohnten) Verwaltungsakten und (ungewohnten) verwaltungsrechtlichen Verträgen legen.

#### **4. Informelles Verwaltungshandeln**

In einem Zusammenhang zu verwaltungsrechtlichen Verträgen steht sogenanntes informelles Verwaltungshandeln. "Informell" bedeutet nicht rechtsförmlich, nicht rechtsverbindlich. Informelles Verwaltungshandeln ist Handeln der Verwaltung im Konsens mit dem Bürger, der aber nicht vertraglich fixiert, sondern faktischer Natur ist.

Dazu zunächst folgende Beispiele. (1) X will eine immissionschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlage errichten. In eingehenden Vorgesprächen stimmt X mit der Behörde die wesentlichen Punkte ab. Erst nachdem über diese Punkte Einvernehmen erzielt worden ist, reicht X einen Genehmigungsantrag ein. (2) Die Fabrik des X verstößt gegen Normen des Umweltschutzrechts. Dem Unternehmen geht es aber wirtschaftlich so schlecht, dass der Einbau der rechtlich geforderten Anlagen zum Umweltschutz wegen der damit verbundenen Kosten zur Insolvenz führen müsste. In Verhandlungen mit der zuständigen Behörde erreicht X, dass diese von einer Anordnung, die ihn zum Einbau der Filteranlagen verpflichtet, aus Rücksicht auf die Arbeitsplätze in dem Unternehmen vorerst absieht. Im Gegenzug stellt X in Aussicht,

"freiwillig" das umweltrechtlich Nötige zu tun, soweit seine wirtschaftliche Lage dies erlaubt.

Die Gemeinsamkeit der Beispielsfälle mit verwaltungsrechtlichen Verträgen besteht darin, dass es um Absprachen geht. Allerdings fehlt diesen Absprachen der Verpflichtungsgehalt. Sie sind unverbindlich, eben informell. Weder hat sich im Fall 1 die Behörde zur positiven Bescheidung eines dem Arrangement entsprechenden Antrags verpflichtet, noch sind im Fall 2 die Behörde zur fortgesetzten Duldung oder der Unternehmer zum Einbau von Anlagen zum Umweltschutz verpflichtet. Der fehlende rechtliche Bindungswille ist der Grund, warum man solche Verwaltungspraktiken als informell bezeichnet.

Es ist eine schwierige Frage, in welchem Umfang trotzdem Vertrauensschutz gewährt wird. Diese Frage ist hier nicht zu beantworten, weil die Antwort Kenntnisse im Besonderen Verwaltungsrecht erfordern würde.

## **5. Zusicherung und Zusage**

Ein anderes Rechtsinstitut, das dem verwaltungsrechtlichen Vertrag ähnelt, ist die Zusage oder Zusicherung. Sie ist geregelt in § 38 VwVfG. Die Zusicherung wird dort definiert als die von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen. Ist Gegenstand der behördlichen Selbstverpflichtung eine andere Verwaltungsmaßnahme als ein Verwaltungsakt, so spricht man nicht von einer Zusicherung, sondern von einer Zusage. Der Unterschied ist zunächst terminologischer Natur. § 38 VwVfG ist eine besondere Regelung für Zusicherungen. Ob diese Regelung analog auch für sonstige Zusagen - Zusage als Oberbegriff zu Zusicherung - gilt, ist umstritten und wenig geklärt; auf den Streit kann es praktisch vor allem ankommen bei mündlichen und bei rechtswidrigen Zusagen.

Zusicherung und Zusage sind behördliche Selbstverpflichtungen.



Im Unterschied zum verwaltungsrechtlichen Vertrag handelt es sich um einseitige Verpflichtungsgeschäfte auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Im Übrigen ähneln sich Leistungsversprechen durch Zusicherung und Leistungsversprechen durch verwaltungsrechtlichen Vertrag.

Maßgebend ist der Wille der Behörde, sich selbst zu binden. Dieses Kriterium unterscheidet eine Zusicherung von einer Auskunft, wie folgendes Beispiel verdeutlichen soll. Dem Beamten B wird von seinem Dienstvorgesetzten mitgeteilt, er werde zum 2.1.2007 befördert. Wenn der Dienstvorgesetzte diese Mitteilung mit dem Willen macht, den Dienstherrn zu verpflichten, liegt die Zusicherung einer Beförderung vor. Fehlt dieser Wille, handelt es sich nur um eine Auskunft über eine tatsächlich bestehende Beförderungsabsicht.

Zusicherung und Zusage unterscheidet von der Auskunft ihre Rechtsverbindlichkeit. Sie begründen für den Adressaten Ansprüche. Trotzdem ist streitig, ob Zusicherung und Zusage Verwaltungsakte sind. Dieser Streit betrifft das Merkmal „Regelung“ in der Verwaltungsaktdefinition. Die einen sagen, eine Regelung liege vor, weil die Zusicherung einen Anspruch des Erklärungsempfängers begründe. Die anderen sagen, eine Regelung liege nicht vor, weil ein Verwaltungsakt nur angekündigt, nicht aber schon erlassen werde. Dem Streit fehlt die praktische Relevanz, weil nach § 38 I/II VwVfG die wesentlichen Regelungen, die für Verwaltungsakte gelten, auf die Zusicherung entsprechende Anwendung finden. So kann auch die Zusicherung einer Baugenehmigung von dem Nachbarn angefochten werden, der durch die Baugenehmigung in eigenen Rechten verletzt würde. Der Streit erklärt immerhin, warum das Gesetz nur von entsprechender Anwendung spricht.

Die Wirksamkeit der Zusicherung setzt voraus:

- den Bindungswillen der Behörde,
- die Zuständigkeit der Behörde,
- die Einhaltung der Schriftform.

Fehlt eines dieser drei Merkmale, so liegt eine wirksame Zusicherung nicht vor. § 38 I 1 VwVfG lässt sich der allgemeine Gedanke entnehmen, dass man sich auf mündliche Erklärungen von Behörden nicht verlassen darf. Anders als bei Verwaltungsakten führt bei Zusicherungen die Verfehlung dieser Anforderungen nicht bloß zur Anfechtbarkeit, sondern zur Nichtigkeit.

Im Übrigen gilt auch für die Zusicherung, dass ihre Rechtswidrigkeit an ihrer Rechtswirksamkeit nichts ändert. Dies ergibt sich aus der Verweisung des § 38 II auf die Fehlerfolgeregelungen für Verwaltungsakte. Insbesondere die entsprechende Anwendung von § 44 VwVfG gäbe keinen Sinn, wenn jeder Mangel und nicht nur schwerwiegende und offenkundige Mängel zur Unwirksamkeit führten. Auch die rechtswidrige Zusicherung ist also grundsätzlich wirksam und begründet einen einklagbaren Anspruch auf den Erlass oder die Unterlassung eines Verwaltungsakts, dies selbst dann, wenn die Behörde nach der Gesetzeslage den Verwaltungsakt nicht erlassen oder unterlassen darf. Aus der Parallele zum Verwaltungsakt folgt weiter, dass eine Zusicherung zurückgenommen und widerrufen und von Dritten angefochten werden kann.

Eine Besonderheit, die Zusicherungen von Verwaltungsakten wiederum unterscheidet, ist die Regelung des § 38 III VwVfG. Ändert sich nach der Zusicherung die Sach- und Rechtslage derart, dass die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung die Zusicherung nicht gegeben hätte, ist die Behörde an die Zusicherung nicht mehr gebunden. Im Unterschied dazu wird ein Verwaltungsakt bei einer nachträglichen Änderung der Sach- und Rechtslage nicht automatisch unwirksam; er kann nur widerrufen werden, weil und wenn die Voraussetzungen von § 49 II Nr. 3 - 5 VwVfG vorliegen; § 49 VI VwVfG sieht dann die Entschädigung eines Vertrauensschadens vor; eine entsprechende Regelung fehlt bei der Zusicherung. Noch anders ist die Rechtslage bei verwaltungsrechtlichen Verträgen, die bei nachträglichen Veränderungen der für den Vertragsabschluss und -inhalt maßgebenden Verhält-

nisse einen Anspruch auf Vertragsanpassung oder ein Kündigungsrecht gibt, wenn die Veränderung wesentlich ist.