

Straßenschlussstrich Lösungsvorschlag

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich
Stand der Bearbeitung: August 2015

Hinweis zur Berliner Rechtslage: Tatsächlich existiert bis heute keine einzige Sperrbezirksverordnung nach Art. 297 EGStGB in Berlin. Nach dem derzeitigen Stand der politischen Diskussion wird es auch in diesem Fall keine solche geben. Auch das „Schöneberger Modell“ war nie Rechtswirklichkeit.

Die gegen das Bezirksamt und die Polizeipräsidentin in Berlin gerichtete Klage von Frau Fey hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn die Sachurteilsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO gegeben sind.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungs Voraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen dem öffentlichen Recht angehören. Hier verlangt Frau Fey, dass es das Land Berlin unterlässt, durch das Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg und die Polizeipräsidentin in Berlin Maßnahmen aufgrund des ASOG innerhalb der Frist der Nr. 1 des zwischen ihr und diesen Behörden geschlossenen Vertrages, allein aus dem Grund zu treffen, weil sie in der bezeichneten Gegend der Prostitution nachgeht. Da es sich bei solchen aufgrund des ASOG zu erlassenden Maßnahmen eindeutig um öffentlich-rechtliche Maßnahmen handeln würde, kann sich die Frage, inwieweit Frau Fey berechtigt ist, die Unterlassung dieser Maßnahmen zu verlangen, nur nach öffentlichem Recht richten.

Hieran ändert sich auch nichts dadurch, dass Frau Fey ihr behauptetes Recht, nicht polizeirechtlich in Anspruch genommen zu werden, aus einem **Vertrag** herleitet; denn bei dem zwischen ihr und dem Land Berlin geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. § 54 S. 1 des nach § 1 Abs. 1 VwVfG Bln anwendbaren VwVfG, weil hierdurch öffentlich-rechtliche **Rechtsbeziehungen** zwischen **ihr und den Behörden verändert** werden sollen: Indem Frau Fey entgegen der Sperrbezirksverordnung der Prostitution nachgehen will, stört sie nämlich die öffentliche Sicherheit - unter diesen Begriff fällt u. a. die gesamte Rechtsord-

nung und damit auch die Sperrbezirksverordnung¹ -, so dass die Behörden ihr gegenüber „an sich“ nach ihrem Ermessen (§ 12 ASOG) Maßnahmen nach §§ 17 ff. ASOG i.V.m. § 13 Abs. 1 ASOG treffen könnten, um eine weitere Störung der öffentlichen Sicherheit zu unterbinden. Das sich hieraus ergebende öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis soll nun durch den Vertrag dahingehend modifiziert werden, dass sich die Behörden verpflichten, ihre Befugnisse innerhalb der Frist des Nr. 1 des Vertrages und solange Frau Fey ihre vertraglichen Verpflichtungen erfüllt, nicht in Anspruch zu nehmen. Damit binden die Behörden ihr **Entschließungsermessen** hinsichtlich des „Ob“ des polizeilichen Einschreitens Frau Fey gegenüber.

Folglich ist sowohl unter dem Blickwinkel des geltend gemachten Anspruchs als auch unter Blickwinkel der geltend gemachten Rechtsfolge allein öffentliches Recht für die Streitentscheidung maßgeblich, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (§ 88 VwGO). Hier ist das Klagebegehren sehr weit, weil es sich auf alle erdenklichen Maßnahmen bezieht, die das Bezirksamt und die Polizei aufgrund des ASOG gegenüber Frau Fey treffen könnten. In Betracht kämen z. B. Aufenthaltsverbote (§ 29 Abs. 2 ASOG), Platzverweise (§ 29 Abs. 1 ASOG), aber auch Identitätsfeststellungen (§ 21 Abs. 1 ASOG) und je nach Sachlage auch Ingewahrsamnahmen (§ 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG) oder auch Sicherstellungen bestimmter Gegenstände (§ 38 ASOG).

Anmerkung: Siehe zum Spektrum der möglichen polizeilichen Maßnahmen in solchen Situationen den Treffpunkt-Fall.

Bei diesen Standardmaßnahmen handelt es sich zumeist² um Verwaltungsakte i.S.d. Legaldefinition des § 35 VwVfG.³ Frau Fey verlangt damit die Unterlassung insbesondere von Verwaltungsakten, aber auch sonstiger Maßnahmen (Realakten), mit der sie als Störerin nach § 13 Abs. 1 ASOG polizeirechtlich wegen Verstoßes gegen die Sperrbezirksverordnung in Anspruch genommen werden könnte. Fraglich ist, welche Klageart für ein solches Klagebegehren statthaft ist.

1. Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO)

Insoweit scheidet eine Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO aus, weil ihr gegenüber Maßnahmen aufgrund des ASOG noch gar nicht erlassen worden sind, die Anfechtungsklage jedoch notwendig voraussetzt, dass ein Verwaltungsakt von der Behörde bereits erlassen worden ist.⁴ Hier wurde nur der Erlass von Verwaltungsakten in Aussicht gestellt.

2. (Vorbeugende) Unterlassungsklage

Jedoch ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass schon gegen den Erlass (rechtswidriger) Verwaltungsakte mit der (vorbeugenden) Unterlassungsklage vorgegangen

¹ Götz, § 4 Rn. 1 ff.

² Siehe aber U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 96 ff.

³ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 12 und 15.

⁴ Hufen, § 16 Rn. 10.

werden kann, wobei sich allerdings Besonderheiten im Hinblick auf das Rechtsschutzbedürfnis (siehe unten A. VI.) ergeben. Bei dieser Unterlassungsklage handelt es sich um einen Unterfall der allgemeinen Leistungsklage, die in der VwGO zwar nicht besonders geregelt, jedoch in einer Reihe von Vorschriften erwähnt wird (vgl. § 43 Abs. 2, § 111, § 113 Abs. 4, § 191 Abs. 1 VwGO). Gründe, weshalb es grundsätzlich nicht möglich sein sollte, mit Hilfe der Unterlassungsklage den Erlass von Verwaltungsakten zu verhindern, sind nicht ersichtlich.⁵ Damit ist für das Begehren von Frau Fey die allgemeine Leistungsklage in Form einer (vorbeugenden) Unterlassungsklage statthaft.

3. Allgemeine Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO)

Alternativ hierzu käme noch eine Klage nach § 43 Abs. 1 VwGO in Betracht, gerichtet auf die Feststellung, dass das Bezirksamt und die Polizeipräsidentin in Berlin aufgrund des Vertrages nicht berechtigt sind, gegenüber Frau Fey Maßnahmen nach dem ASOG zu treffen. Abgesehen davon, dass die Annahme einer solchen Feststellungsklage hinter dem Begehren von Frau Fey zurückbleibt (sie strebt offensichtlich ein vollstreckbares [!] Unterlassungsurteil an), steht dem jedoch die Subsidiarität der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO entgegen, da Frau Fey ihr Klageziel eben mit der Leistungsklage besser und effektiver verfolgen kann.

4. Ergebnis zu A. II.

Damit ist vorliegend die allgemeine Leistungsklage in Form der (vorbeugenden) Unterlassungsklage statthaft.

Anmerkung: Letztlich neben der Sache liegt es, wenn geprüft wird, ob die Mitteilung, die Frau Fey erhalten hat, selbst ein Verwaltungsakt ist, gegen den ggf. Anfechtungsklage erhoben werden muss. Für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes fehlt hier jeder Anhalt. Die Behörden teilen hier nur ihre Rechtsansicht mit und sprechen eine Kündigung nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfGBln aus. Dies allein macht eine Maßnahme nicht zu einem Verwaltungsakt, vgl. *U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 35 Rn. 82, 137.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

§ 42 Abs. 2 VwGO ist bei der allgemeinen Leistungsklage **analog** anzuwenden. In § 42 Abs. 2 VwGO kommt ein allgemeines Strukturprinzip des Verwaltungsschutzes zum Ausdruck. Vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 4 GG ist er, wenn auch nicht ausschließlich (siehe § 42 Abs. 2 Halbs. 1 VwGO), so doch in erster Linie, auf den Individualrechtsschutz ausgerichtet. Wollte man die allgemeine Leistungsklage - im Gegensatz zur Verpflichtungsklage als einer besonderen Leistungsklage - von dieser Grundentscheidung ausnehmen, käme es zu Wertungswidersprüchen, die in der Sache nicht gerechtfertigt werden könnten.⁶

IV. Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO analog)

Klagegegner ist nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, der als Ausdruck des Rechtsträgerprinzips bei der vorbeugenden Unterlassungsklage entsprechend anzuwenden ist,

⁵ *Hufen*, § 16 Rn. 10.

⁶ [BVerwG, 7 C 21.12 v. 5.9.2013, Abs. 18](#) = BVerwGE 147, 312 Abs. 18.

das Land Berlin. Zur Bezeichnung des Beklagten reicht aber ausweislich des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Angabe der Behörden.

Anmerkung: Siehe zur Bedeutung des § 78 VwGO [diesen Hinweis](#). Das Tätigwerden der Gefahrenabwehrbehörden vor Ort ist in Flächenstaaten häufig ein Fall der Organleihe. In anderen Bundesländern werden die Aufgaben der Ortspolizeibehörden bzw. der Ordnungsbehörden demgegenüber vielfach - auch wenn die gesetzlichen Vorschriften im Wesentlichen gleichlautend sind - den gemeindlichen Aufgaben, nämlich den Auftragsangelegenheiten bzw. den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung zugerechnet (vgl. *Maurer*, § 21 Rn. 55). In diesen Bundesländern wäre dementsprechend auch die Gemeinde zu verklagen. Siehe zum Begriff der Organleihe und ihrer Abgrenzung zu anderen Verwaltungsorganisationsformen und den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen [diesen Hinweis](#); zur Bedeutung des Behördenbegriffs im Verwaltungsorganisationsrecht und der Unterscheidung zwischen juristischer Person des öffentlichen Rechts, der für sie handelnden Behörden und der für diese handelnden Personen dagegen [diesen Hinweis](#).

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61, 62 VwGO)

Die Beteiligten- und Prozessfähigkeit von Frau *Fey* ergibt sich jeweils aus § 61 Nr. 1 Alt. 1 und § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Das Land Berlin ist nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 und § 62 Abs. 3 VwGO beteiligten- und prozessfähig.

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist allerdings, ob Frau *Fey* ein Rechtsschutzbedürfnis für ihre Klage hat; denn es könnte als einfacherer Weg in Betracht kommen, erst einmal abzuwarten, ob ihr gegenüber Verwaltungsakte erlassen werden, und hiergegen mit Widerspruch und Anfechtungsklage vorzugehen. Im Grundsatz geht die VwGO nämlich davon aus, dass diese Form des repressiven Rechtsschutzes - regelmäßig verknüpft mit dem Suspensiveffekt nach § 80 Abs. 1 VwGO - bei Verwaltungsakten ausreicht. Jedoch ist dies anders in den Fällen, in denen aufgrund einer Mitteilung der zum Erlass von Verwaltungsakten zuständigen Behörden erkennbar damit zu rechnen ist, dass eine Vielzahl sich aufgrund Zeitablaufs regelmäßig kurzfristig erledigender Verwaltungsakte ergehen werden und der Erlass dieser Verwaltungsakte schon für sich allein negative Folgen zeitigt, die durch eine nachträgliche Aufhebung nicht ausgeglichen werden können.⁷ So liegt der Fall hier: Frau *Fey* behauptet, ein Recht darauf zu haben, dass ihr gegenüber auch solche Verwaltungsakte und sonstige Maßnahmen nicht erlassen werden, deren Erlass polizeirechtlich an sich nicht zu beanstanden wäre. Der Erlass der Verwaltungsakte ist auch bereits als solcher für ihr Gewerbe schädlich, so dass ihr nicht zugemutet werden kann, ggf. in einer Vielzahl von Verfahren immer dieselbe Grundfrage der Wirksamkeit des zwischen ihr und den Behörden geschlossenen Vertrages klären zu lassen. Damit fehlt Frau *Fey* vorliegend auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis.

VII. Ergebnis zu A.

Die Klage von Frau *Fey* ist dementsprechend insgesamt zulässig.

⁷ *Hufen*, § 16 Rn. 9.

B. Begründetheit

Die Klage von Frau Fey ist begründet, wenn sie aus Nr. 1 des mit den Behörden geschlossenen Vertrages tatsächlich das Recht herleiten kann, während zweier Jahre von polizeilichen Maßnahmen verschont zu bleiben, wenn sie auf der in dem betreffenden Gebiet der Prostitution nachgeht. Dies wäre dann gegeben, wenn der zwischen ihr und den Behörden geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag (noch) wirksam wäre. Denn die §§ 54 ff. VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln⁸ gehen als selbstverständlich davon aus, dass wirksame öffentlich-rechtliche Verträge - entsprechend dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ - zu halten sind.⁹

Anmerkung: Zur Prüfung der Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge siehe auch den Versprochen-ist-Versprochen-Fall.

I. Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen

Die gemäß § 62 VwVfG i.V.m. § 145 ff. BGB notwendige Willenseinigung zwischen Frau Fey und dem Land Berlin hat stattgefunden. Bzgl. der Anordnungen nach §§ 17 ff. ASOG war das Bezirksamt nach § 4 Abs. 2 S. 1 AZG, § 2 Abs. 4 S. 1 ASOG i.V.m. Nr. 37 Abs. 2 ZustKat Ord sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Polizei bzgl. der Anordnungen nach den §§ 17 ff. ASOG ergibt sich direkt aus den §§ 17 ff. ASOG und § 6 ASOG.

Jedoch könnte der Vertrag bereits nach § 58 VwVfG unwirksam sein, weil der Senat an dem Vertragsschluss nicht beteiligt worden ist. Eine Pflicht zur Beteiligung des Berliner Senats ergibt sich nicht aus § 58 Abs. 2 VwVfG. Zum einen ist Gegenstand des Vertrages nicht die Pflicht zum Erlass eines Verwaltungsaktes, sondern allenfalls zum Unterlassen von Verwaltungsakten für die Bezirksamt und Polizei zuständig sind. Darüber hinaus sind dem Senat nach Nr. 3 Abs. 1 lit. a ZustKat ASOG nur die gesundheitsaufsichtlichen Aufgaben der obersten Landesgesundheitsbehörde bzgl. des IfSG übertragen. Die Aufgaben nach § 19 IfSG sind jedoch von den Gesundheitsämtern zu leisten, welche nach Nr. 16 Abs. 1 lit. a ZustKat ASOG bei den Bezirksämtern angesiedelt sind.

Jedoch könnte sich eine Pflicht zur Beteiligung des Senats aus § 58 Abs. 1 VwVfG ergeben. Voraussetzung wäre, dass durch den Vertrag in Rechte des Senats als „Dritten“ eingegriffen würden. Insoweit ist bereits fraglich, ob Behörden des gleichen Rechtsträgers (vgl. § 1, § 2 Abs. 1 BezVG) „Dritte“ i.S. dieser Bestimmung sein können, da § 58 Abs. 2 VwVfG im Grundsatz eine abschließende Regelung zur Sicherung der Kompetenzen anderer Behörden und Behördenträger sein sollte.¹⁰ Unabhängig davon wird durch den Vertrag jedenfalls nicht in „Rechte“ des Senats eingegriffen, weil er, wie oben gesehen, gar nicht zuständig ist. Folglich handelt es sich bei dem Vertrag auch nicht um einen nach § 58 VwVfG unwirksamen Vertrag zu Lasten Dritter.

Da nach Sachverhalt die notwendige Schriftform gemäß § 57 VwVfG auch eingehalten wurde, ist der Vertrag formell rechtmäßig.

⁸ Im Folgenden wird auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVfG verzichtet.

⁹ Vgl. VGH München BayVBl. 2005, 246, 247.

¹⁰ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 58 Rn. 12.

II. Unwirksamkeit wegen Unzulässigkeit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Gefahrenabwehrrecht?

Die Behörden nehmen jedoch an, der Vertrag sei bereits deshalb unwirksam, weil „polizeiliche Befugnisse nicht verhandelbar sind“. Sie nehmen dementsprechend an, dass das zwischen Frau Fey und dem Land Berlin bestehende Rechtsverhältnis einer Regelung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S.d. § 54 VwVfG nicht zugänglich war, dem Vertrag also i.S.d. § 54 S. 1 VwVfG „Rechtsvorschriften entgegenstehen“. Wäre dies der Fall, hätte den Behörden kraft Gesetzes die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht zur Verfügung gestanden. Ein dennoch geschlossener Vertrag wäre nach allgemeiner Auffassung nichtig und damit unwirksam. Streitig ist insoweit nur, ob sich diese Rechtsfolge unmittelbar aus § 54 S. 1 VwVfG oder aus § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB ergibt.¹¹

Anmerkung: Siehe hierzu auch den Verrechnet-Fall.

Jedoch zeigt bereits § 54 S. 2 VwVfG, dass das Handeln durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil das zu regelnde Rechtsverhältnis - wie im vorliegenden Fall das zwischen Störer und Behörden bestehende Rechtsverhältnis - ein Subordinationsverhältnis ist. Vielmehr lässt § 54 S. 2 VwVfG insbesondere auch subordinationsrechtliche Verträge zu. Zudem lässt sich aus § 54 S. 1 VwVfG entnehmen, dass die Zulässigkeit des Einsatzes der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages die Regel, die Unzulässigkeit die Ausnahme ist. Allerdings wird dennoch davon ausgegangen, dass die „entgegenstehenden Rechtsvorschriften“ **kein ausdrückliches Vertragsformverbot enthalten müssen**, das das ASOG auch nicht vorsieht. Vielmehr reichen Unzulässigkeitserklärungen aus, die sich aus Sinn und Zweck oder Systematik des Gesetzes durch Auslegung oder im Umkehrschluss entnehmen lassen oder die sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben.¹²

Insoweit könnte auf den ersten Blick angenommen werden, dass die Bewältigung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schlechthin vertraglicher Regelung zwischen den Polizeibehörden und denjenigen, die nach §§ 13 ff. ASOG in Anspruch genommen werden können, nicht zugänglich sind; denn die Möglichkeit, Gefahren abwehren zu können, besteht vor allem im allgemeinen Interesse, im Einzelfall auch im Interesse weiterer Personen. Es erscheint daher mit dem Sinn und Zweck dieser Regelung kaum vereinbar, dem „Störer“ ein Recht zur Störung zu gewähren. Andererseits darf nicht verkannt werden, dass polizeiliche Maßnahmen weitgehend **im Ermessen** der Behörden stehen (§ 12 ASOG) und jedenfalls auf dieser Ebene eine Vielzahl von „außerpolizeirechtlichen“ Ermessensbindungen bestehen können. Insoweit ist kein Grund erkennbar, weshalb nicht jedenfalls auf dieser Ebene der Ermessensausübung auch vertragliche Verpflichtungen der Polizeibehörden möglich sein sollen.¹³ Dass dies letztlich allgemeiner Auffassung entspricht, zeigt sich insbesondere auch daran, dass **Verträge im Umwelt- und Naturschutzrecht** allgemein für zulässig gehalten werden, obwohl hier vielfach Elemente der Gefah-

¹¹ Siehe hierzu *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers, § 31 Rn. 19 ff.; *Hendler*, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 471; *Maurer*, § 14 Rn. 42b; vgl. auch BVerwGE 98, 58, 63 f.

¹² *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 54 Rn. 99; *Maurer*, § 14 Rn. 26.

¹³ So bereits vor In-Kraft-Treten der Verwaltungsverfahrensgesetze OVG Münster DÖV 1960, 798 ff.; *Götz*, JuS 1970, 1, 6.

renabwehr (insbesondere bei der Altlastenermittlung und -beseitigung, vgl. auch § 13 Abs. 4 BBodSchG) nach wie vor im Vordergrund stehen.¹⁴

Damit steht dem Vertrag kein bereits zu seiner Nichtigkeit führendes „Vertragsformverbot“ entgegen.

III. Unwirksamkeit nach § 59 Abs. 2 VwVfG

Der Vertrag könnte jedoch nach § 59 Abs. 2 VwVfG nichtig sein. Dann müsste der Vertrag zunächst in den Anwendungsbereich des § 59 Abs. 2 VwVfG fallen und zumindest einer der Nichtigkeitstatbestände dieser Bestimmung vorliegen.

1. Anwendbarkeit des § 59 Abs. 2 VwVfG

§ 59 Abs. 2 VwVfG ist nur anwendbar, wenn es sich bei dem Vertrag um einen Vertrag i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG handelt. Dies ist vorliegend bereits nach dem Wortlaut dieser Bestimmung gegeben: Die Polizeibehörden schließen den Vertrag als Alternative zu dem sonst möglichen Erlass von Verwaltungsakten aufgrund des ASOG. Der Vertrag soll hier also Verwaltungsakte ersetzen, die die Vertragsschließenden Behörden sonst erlassen würden.¹⁵ Nicht erforderlich ist nach dem Wortlaut des § 54 S. 2 VwVfG, dass der Vertrag genau den Verwaltungsakt ersetzt, den die Behörde ohne den Vertrag erlassen würde. Da § 54 S. 2 VwVfG über seinen Wortlaut hinaus ohnehin denkbar weit ausgelegt wird, um den als besonders „bürgerfreundlich“ empfundenen Spezialregelungen für solche Verträge (§§ 55, 56, 59, 61 VwVfG) einen möglichst weiten Anwendungsbereich zukommen zu lassen,¹⁶ besteht insoweit auch kein Grund, gerade im vorliegenden Zusammenhang § 54 S. 2 VwVfG restriktiv auszulegen. Folglich findet § 59 Abs. 2 VwVfG auf den vorliegenden Vertrag Anwendung.

2. Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG

Der Vertrag wäre damit nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Es ist folglich zu fragen, ob eine der Tatbestandsvoraussetzungen des § 44 VwVfG vorliegen würde, wenn die Behörden einen Verwaltungsakt erlassen hätten, mit dem sie Frau Fey das Unterlassen des Ergreifens polizeilicher Maßnahmen für die Dauer von zwei Jahren unter der Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) zugesagt hätten, dass Frau Fey regelmäßig vom Angebot des Gesundheitsamtes im Bezirksamt Gebrauch macht - denn dies wäre die einzige Möglichkeit, den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag als Verwaltungsakt „nachzubilden“.

a) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG

Insoweit könnte zweifelhaft sein, ob der Vertrag - wie von § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG gefordert - die Vertragsschließende Behörde erkennen lässt, weil hier für das Land Berlin **zwei Behörden** gehandelt haben. Jedoch ist deutlich erkennbar, dass beide Behörden den Vertrag gemeinsam schließen. Dass es bei Verwaltungsakten zu Problemen führen kann, wenn ein Verwaltungsakt von mehreren Behörden erlassen wird (Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Vollstreckungs- und Widerspruchsbehörde), führt jedenfalls nicht dazu, dass eine Maßnahme, bei denen zwei Behörden eindeutig als „Aussteller“ auftreten, die handelnde Be-

¹⁴ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 54 Rn. 106; Grziwotz, Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, Rn. 213; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 656.

¹⁵ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 54 Rn. 61.

¹⁶ BVerwGE 111, 162, 165.

hörde nicht erkennen lässt.¹⁷ Damit ist der Vertrag nicht bereits nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG nichtig.

b) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG

Der Vertrag könnte jedoch nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG nichtig sein, weil Frau Fey, wenn sie an der Ecke Kurfürstenstraße und Potsdamer Straße der Prostitution nachgeht, den **Ordnungswidrigkeitentatbestand** nach § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG erfüllt. Jedoch liegt der Nichtigkeitsgrund des § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG seinem Wortlaut nach („verlangt“) nur vor, wenn die Begehung der bußgeldbewehrten Taten Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht des Vertragspartners der Verwaltung ist. Hiervon wird nicht die Situation erfasst, dass ein bußgeldbewehrtes Handeln von der Behörde nur geduldet und damit letztlich ermöglicht wird. Solche Fälle können allenfalls zur Nichtigkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfG führen.¹⁸

c) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG

Der Vertrag könnte weiterhin nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig sein, wenn er gegen die **guten Sitten** verstößt. Dies könnte deshalb angenommen werden, weil er letztlich die Ausübung der Prostitution für Frau Fey in einem „behördlich ungestörten“ Rahmen ermöglicht. Insoweit war es lange Zeit selbstverständlich, dass die Ausübung - und auch die mittelbare Förderung - der Prostitution in allen Bereichen des Rechts als sittenwidrig anzusehen ist.¹⁹

Angesichts des am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen **Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG)** stellt sich allerdings die Frage, ob an dieser Auffassung festgehalten werden kann. Das ProstG trifft zwar ausdrücklich nur Regelungen im Bereich des Privatrechts, des Strafrechts und des Sozialrechts und nicht im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts, jedoch ist fraglich, ob die Prostitution angesichts ihrer gesetzlichen Neubewertung nicht innerhalb der gesamten Rechtsordnung nunmehr als „sittengemäß“ angesehen werden muss, sofern nicht gegen § 181a Abs. 2 StGB (neu) verstoßen wird.²⁰ Allerdings ist nicht zu verkennen, dass durch das Prostitutionsgesetz insbesondere Regelungen wie Art. 297 EGStGB und § 120 OWiG nicht geändert wurden, so dass die Annahme, die Prostitution sei nunmehr im gesamten Recht als nicht sittenwidrig zu behandeln, so zwingend nicht ist.²¹

Anmerkung: Siehe hierzu auch den Unschuldslamm-Fall.

¹⁷ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 35 Rn. 52.

¹⁸ Vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 44 Rn. 150

¹⁹ Vgl. BVerwGE 22, 286, 289; Renzikowski, GewArch 2008, 432 f.; ferner z. B. für das Gewerbe- und Gaststättenrecht Caspar, NVwZ 2002, 1322, 1323; Pauly, GewArch 2002, 217; Pörtl, VBIBW 2003, 181 ff.

²⁰ So für das Gaststättenrecht: BVerwG, 6 C 16.02 v. 6.11.2002, Abs. 22 = NVwZ 2003, 603 ff.; bestätigend BVerwG, 8 B 2.09 v. 23.3.2009, Abs. 6 f.; OVG Koblenz, 6 B 10673/05 v. 5.7.2005 = NVwZ-RR 2005, 213; VGH München NVwZ 2002, 1393 f.; Caspar, NVwZ 2002, 1322, 1324 ff.; Gurlit, GewArch 2008, 426, 427; Pörtl, VBIBW 2003, 181, 187 ff.; Renzikowski, GewArch 2008, 432, 434; Stiebig, BayVBl. 2004, 545, 550 f.; Wohlfarth, LKRZ 2007, 376, 378 f.; vgl. zum BauR: VG Berlin, 19 A 91.07 v. 6.5.2009.

²¹ Kurtz, GewArch 2002, 142 ff.; Pauly, GewArch 2002, 217, 218 ff.; Stühler, GewArch. 2005, 129, 131; krit. Wohlfarth, LKRZ 2007, 376, 379.

Letztlich kann diese Frage jedoch dahin gestellt bleiben: Denn selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Prostitution als solche nach wie vor als sittenwidrig zu behandeln ist, sofern das ProstG keine gegenteiligen Regelungen trifft, kann der vorliegende Vertrag nicht als sittenwidrig behandelt werden; denn die Polizeibehörden wollen die Prostitution in Berlin nicht zielgerichtet fördern. Sie gehen vielmehr davon aus, dass sie ihre Ausübung mit den „klassischen“ Instrumenten des Polizeirechts allenfalls an einen anderen Ort verlagern, jedoch nicht verhindern können. Insoweit entspricht es durchaus guter polizeilicher Praxis, von einem polizeilichen Einschreiten gegen rechtswidrig ausgeübte Prostitution abzusehen, wenn klar ist, dass dies kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung derselben ist. Wenn durch den Vertrag zudem noch eine Verbesserung der von der Prostitution ausgehenden Gesundheitsgefahren erreicht und darüber hinaus im Einzelfall noch der Kontakt zu Suchtberatungsstellen etabliert werden kann, so kann dies sinnvollerweise nicht als sittenwidrig angesehen werden. Denn für das Sittenwidrigkeitsverdikt spielt auch die Motivation der beteiligten Behörde eine Rolle.²²

Folglich ist der Vertrag auch nicht nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig.

d) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 1 VwVfG

Der Vertrag könnte weiterhin deshalb nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig sein. Dann müsste der Vertrag an einem Fehler leiden (also rechtswidrig sein), der besonders schwerwiegend und offensichtlich ist.

Vorliegend kann jedoch selbst bei unterstelltem Vorliegen eines schwerwiegenden Fehlers nicht davon ausgegangen werden, dass ein solcher Fehler i.S.d. § 44 Abs. 1 VwVfG offenkundig wäre. Denn hierfür müsste der Fehler dem Verwaltungsakt (bzw. hier dem Vertrag) gleichsam „auf die Stirn geschrieben sein“. Ein unvoreingenommener Betroffener muss m. a. W. ohne weiteres erkennen können, dass er die durch den fraglichen Verwaltungsakt getroffene Regelung missachten kann, ohne das Risiko einer Sanktion einzugehen. Ein solcher Fehler ist hier nicht erkennbar, vor allem auch, weil die Behörden erkennbar im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereichs handelten und der geschlossene Vertrag auch im Grunde geeignet ist, der Aufgabe der Gefahrenabwehr zu dienen. Demnach kann auch von einer Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG nicht ausgegangen werden.

e) Ergebnis zu 2.

Da auch die weiteren Nichtigkeitstatbestände des § 44 VwVfG offensichtlich nicht einschlägig sind, ist der Vertrag nicht bereits nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 44 <http://saarheim.de/Gesetze/svwwfg.htm> - 44 VwVfG nichtig.

3. Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG

Auch eine Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG kommt nicht in Betracht. Zwar ist nicht auszuschließen, dass der Erlass eines Verwaltungsaktes, der Frau Fey das Unterlassen des Ergreifens polizeilicher Maßnahmen für die Dauer von zwei Jahren unter der Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG) zusagt, dass sie regelmäßig vom Angebot des Gesundheitsamtes des Bezirksamtes Tempelhof-Schöneberg Gebrauch macht, rechtswidrig wäre, insbesondere weil mit einer solchen indirekten Verpflich-

²² Ebenso Stein, Fälle und Erläuterungen zum Allgemeinen Verwaltungsrecht / Verwaltungsprozessrecht, 2001, S. 74.

tung gegen die im IfSG getroffene gesetzgeberische Entscheidung verstoßen wird, für Prostituierte keine „Zwangsuntersuchungen“ mehr vorzusehen (siehe hierzu näher B III 4 b). Jedoch kann jedenfalls auf Seiten von Frau Fey nicht angenommen werden, dass sie eine etwaige hieraus folgende Rechtswidrigkeit des Vertrages - auch unter einer insoweit maßgeblichen „Parallelwertung in der Laiensphäre“²³ - erkannt hat oder auch nur erkennen konnte. § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG soll nur ein kollusives Verhalten verhindern, also eine bewusste Umgehung des Rechts durch abgestimmtes Verhalten beider Vertragspartner. Hiervon kann vorliegend keine Rede sein.

4. Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 56 VwVfG

Der Vertrag könnte schließlich nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 56 VwVfG nichtig sein, wenn sich die Behörde eine nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung hat versprechen lassen. Da derjenige, der eine Gefahr nach § 13 Abs. 1 ASOG verursacht, keinen Anspruch auf das Unterlassen polizeilicher Maßnahmen hat, ist hier nicht § 56 Abs. 2, sondern allein § 56 Abs. 1 VwVfG maßgeblich. Dieser schränkt die Zulässigkeit der Vereinbarung von Gegenleistungen für **im Ermessen der Verwaltung** stehende Leistungen in verschiedener Hinsicht ein²⁴:

a) Vereinbarung eines konkreten Zwecks der Gegenleistung (§ 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG)

Insoweit ist bereits zweifelhaft, ob der Vertrag dem Gebot des § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG entspricht, nach dem eine Gegenleistung nur „für einen konkreten Zweck“ vereinbart werden darf. Denn hiermit werden hinreichend konkrete Zweckbestimmungen gefordert, die in der Vertragsurkunde selbst zum Ausdruck kommen müssen.²⁵ Streng genommen fehlt es hier an einer solchen Zweckvereinbarung. Jedoch kann § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG seinem Sinn und Zweck nach auf die vorliegende Vereinbarung keine Anwendung finden: Die Bestimmung ist ersichtlich auf Geldleistungen und sonstige vermögenswerte „Gegenleistungen“ zugeschnitten, bei denen eine „zweckwidrige“ Verwendung vorstellbar ist. Im vorliegenden Fall trägt die von Frau Fey geschuldete „Gegenleistung“ jedoch ihren Zweck in sich selbst; eine „zweckwidrige Verwendung“ durch die Behörden ist nicht möglich, so dass es auch keiner „Zweckvereinbarung“ bedarf.²⁶

b) Dient Gegenleistung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben der Polizeibehörden (§ 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG)?

Zweifelhaft ist ebenfalls, ob die Gegenleistung der „Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ durch die Behörden dient, wie dies § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG verlangt. Gemeint ist hiermit, dass die Gegenleistung in Zusammenhang mit den Aufgaben steht, zu deren Erfüllung die Behörden örtlich und sachlich zuständig sind.²⁷ Insoweit dient das Verlangen nach einer Gesundheitsüberprüfung sicherlich im Grundsatz der Bekämpfung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und fällt damit nach § 1 Abs. 1 S. 1 ASOG in den Aufgabenbereich von Polizei und Ordnungsbehörden; denn es dient dem Ge-

²³ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 59 Rn. 33.

²⁴ Vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 56 Rn. 44.

²⁵ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 56 Rn. 51.

²⁶ Für eine restriktive Auslegung der „Zwecksklausel“ auch OVG Koblenz NVwZ-RR 2003, 825, 827 f.

²⁷ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 56 Rn. 53.

sundheitsschutz der betroffenen Frauen und der „Volksgesundheit“, die beide „an sich“ Schutzgut der öffentlichen Sicherheit sind.

Jedoch könnte gerade der hier betroffene Bereich der Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten durch das IfSG aus dem Kompetenzbereich der Polizei und der Ordnungsbehörden ausgeschieden sein, da der Gesetzgeber sich hiermit - wie im Sachverhalt hervorgehoben - bewusst gegen eine „Zwangsuntersuchung“ von Prostituierten entschieden hat und nur die Gesundheitsämter verpflichtet, eine Gesundheitsberatung und -versorgung **anzubieten**.²⁸ Hieraus könnte geschlossen werden, dass es den Polizeibehörden letztlich spezialgesetzlich verwehrt ist, Prostituierte auf Grundlage des § 17 ASOG zu einer zwangsweisen Untersuchung (durch Verwaltungsakt) zu **verpflichten**. Allerdings besteht kein Anlass für die Annahme, dass die Vorbeugung vor sexuell übertragbaren Krankheiten damit vollständig aus dem Aufgabenbereich der Polizeibehörden ausgeschieden ist. Jedenfalls spricht es nicht gegen den Sinn und Zweck des § 19 IfSG, wenn die Polizeibehörden auf eine freiwillige Inanspruchnahme der Leistungen nach § 19 Abs. 1 IfSG hinwirken. Dies konterkariert das Regelungskonzept des IfSG nicht, sondern fördert es. Daher dient die Gegenleistung auch der Erfüllung „öffentlicher Aufgaben“ der vertragsschließenden Behörden.

c) Vereinbarkeit mit § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG

Schließlich müsste die Gegenleistung nach § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG „den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit den vertraglichen Leistungen der Behörde stehen“.²⁹ Zu diesem sog. **Koppelungsverbot** hat das BVerwG³⁰ festgestellt, dass sich kaum abstrakt umschreiben lasse, wann gegen es verstoßen wird. Entscheidend seien Inhalt und Begleitumstände des Vertrages. Es besage jedoch zum einen, dass durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nichts miteinander verknüpft werden dürfe, was nicht ohnehin in einem inneren Zusammenhang stehe. Zum anderen solle hierdurch sichergestellt werden, dass hoheitliche Entscheidungen nicht ohne gesetzliche Ermächtigung von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden dürften, es sei denn, erst die Gegenleistung würde ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis beseitigen. Je nach dem, wie eng man den Zusammenhang hier sieht, wird man eine unzulässige Koppelung bejahen oder verneinen können:

Eine **unzulässige Koppelung könnte bejaht** werden, wenn darauf abgestellt wird, dass sich Leistung und Gegenleistung letztlich auf unterschiedliche Gefahren beziehen: Die Behörde verspricht von einer Durchsetzung der Sperrbezirksverordnung abzusehen, deren Schutzgut ausweislich deren § 1 nur „die Jugend und der öffentliche Anstand“ ist. Als „Gegenleistung“ verpflichtet sich Frau Fey letztlich, Gefahren für ihre Gesundheit und die „Volksgesundheit“ zu bekämpfen.

Eine **unzulässige Koppelung könnte verneint** werden, wenn eher auf den einheitlichen Sachbereich „Gefahren der Prostitution“ abgestellt wird, der sich aus polizei-praktischer Sicht wohl nicht sinnvoll aufspalten lässt.

Das BVerwG scheint in der genannten Entscheidung einen besonders engen Zusammenhang zu verlangen. Hiermit wird der öffentlich-rechtliche Vertrag als Handlungsform letztlich entwertet, weil mit diesem Instrument bei dieser Sichtweise kaum etwas geregelt werden kann, was nicht auch durch Verwaltungsakt geregelt werden

²⁸ Siehe hierzu *Erdle*, Infektionsschutzgesetz, 2. Aufl. 2002, § 19 Anm. 1.

²⁹ Siehe hierzu auch [OVG Lüneburg, 1 LC 170/04 v. 3.5.2006](#) = NdsVBl. 2006, 249, 251 f.

³⁰ BVerwGE 111, 162, 169.

könnte.³¹ Es spricht daher einiges dafür, den Zusammenhang nicht zu eng zu ziehen, um der Verwaltung sinnvolle Gestaltungsmöglichkeiten, die letztlich niemand wirklich „weh tun“, zu erhalten. Folgt man dem, verstößt der Vertrag auch nicht gegen § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG

d) Ergebnis zu 4.

Der Vertrag ist folglich auch nicht nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 56 VwVfG nichtig.

5. Ergebnis zu III.

Da der Tatbestand des § 59 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG ebenfalls offensichtlich nicht gegeben ist, ist der Vertrag auch nicht nach § 59 Abs. 2 VwVfG nichtig.

IV. Unwirksamkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfG

Der Vertrag könnte schließlich nach § 59 Abs. 1 VwVfG nichtig sein, wenn sich die Nichtigkeit in entsprechender Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt. Insoweit kommen hier nur § 134 BGB und § 138 BGB in Betracht.

1. Nichtigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB

Ob § 59 Abs. 1 VwVfG überhaupt auch auf § 134 BGB verweist, war zumindest sehr streitig, wird jedoch mittlerweile ganz überwiegend bejaht.³² Das Problem liegt darin, dass nicht jeder rechtswidrige öffentlich-rechtliche Vertrag nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB nichtig sein kann, weil dies die ausdifferenzierte Fehlerfolgenregelung des § 59 Abs. 2 (insbesondere die Vertrauensschutzregelung des § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) gegenstandslos machen würde.³³ Dies bedeutet letztlich, dass ein **Verbotsgesetz** i.S.d. § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB nur vorliegen kann, wenn gegen eine **zwingende Rechtsnorm verstoßen wird, die den erstrebten Rechtserfolg unbedingt ausschließen soll**.³⁴

Insoweit wird bereits vielfach angenommen, dass die Grundrechte und damit auch der **Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes** „Verbotsgesetze“ i.S.d. § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB seien, mit der Folge, dass durch öffentlich-rechtlichen Vertrag dem privaten Vertragspartner keine Belastungen auferlegt werden dürfen, zu deren Erbringung er nicht bereits kraft Gesetzes verpflichtet ist. Jedoch setzt sich immer mehr die Auffassung durch, dass der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages für den privaten Vertragspartner keinen Grundrechtseingriff, sondern einen **Akt des Grundrechtsgebrauchs** darstellt, so dass der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes für die vertragsschließende Verwaltung grundsätzlich nicht gilt.³⁵ Daher kann schon deshalb der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes im vorliegenden Zusammenhang nicht als „Verbotsgesetz“ angesehen werden. Unabhängig davon ist dieser Grundsatz auch nicht konkret genug, um die Anforderungen an ein Verbotsgesetz zu erfüllen.³⁶

³¹ Vgl. *Butzer*, DÖV 2002, 881, 884 ff.

³² Siehe hierzu *Hendler*, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 465 ff.; *Maurer*, § 14 Rn. 41 ff.

³³ BVerwG 98, 58, 63 f.

³⁴ *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 59 Rn. 52.

³⁵ Siehe hierzu nur OVG Koblenz NVwZ-RR 2003, 825, 826; *Gurlit*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 389 ff.; *Schlette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 66 ff.; *U. Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 954 f. jeweils m. w. N.

³⁶ OVG Münster NVwZ 1984, 522, 524.

Der Vertrag könnte jedoch wegen Verstoßes gegen **§ 240 StGB** nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB nichtig sein, weil Frau Fey zum Vertragsschluss durch die Androhung polizeilicher Maßnahmen genötigt wurde. Jedoch war die Nötigung bereits nicht „verwerflich“ i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB und damit nicht rechtswidrig: Die Polizeibehörden waren durchaus berechtigt, gegen die von Frau Fey verursachte Störung der öffentlichen Sicherheit polizeirechtlich einzuschreiten, so dass die Drohung nicht widerrechtlich war. Zudem fällt der angestrebte Zweck in den Aufgabebereich der Polizeibehörden (siehe B III 4 b) und verlässt den Rahmen des rechtlich Zulässigen nicht (siehe B III 4 c). Aber selbst wenn man dies anders sehen würde, könnte § 240 StGB nicht als Verbotsgesetz i.S.d. § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB angesehen werden; denn § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 123 Abs. 1 BGB begründet für den Fall des widerrechtlichen Eingriffs in die Freiheit der Willensbildung „nur“ ein Anfechtungsrecht, jedoch gerade keine Nichtigkeit kraft Gesetzes: Es soll der Entscheidung des Bedrohten überlassen bleiben, ob er trotz der widerrechtlichen Drohung an dem geschlossenen Vertrag festhalten will. Dieses Anfechtungsrecht des Bedrohten - dessen Kehrseite das Recht ist, an dem geschlossenen Vertrag festzuhalten - würde unterlaufen, sähe man § 240 StGB als Verbotsgesetz i.S.d. § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB an. Hier hat Frau Fey den Vertrag nicht angefochten, sondern will sogar ausdrücklich an ihm festhalten. Demgegenüber können die Polizeibehörden sich nicht darauf berufen, Frau Fey bedroht zu haben, um selbst von dem Vertrag loskommen zu können.

Auch **§ 19 IfSG** selbst - bzw. das dahinter stehende Regelungskonzept der Freiwilligkeit - kann nicht als „Verbotsgesetz“ i.S.d. § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB angesehen werden. Denn diese Bestimmung verbietet nach dem bisher Gesagten gerade nicht, dass die Polizeibehörden auf vertraglicher Basis die - gerade deshalb nach wie vor - freiwillige Inanspruchnahme der Angebote des Gesundheitsamtes fördern (siehe B. III. 4. b)).

Dementsprechend ist der Vertrag auch nicht nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 134 BGB nichtig.

2. Nichtigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 138 BGB

Der Vertrag könnte zudem noch gegen § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 138 Abs. 1 BGB verstoßen. Allerdings ist zweifelhaft, ob dieser Nichtigkeitstatbestand für Verträge i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG nicht durch § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG verdrängt wird. Jedenfalls kann die Prüfung insoweit nicht zu einem unterschiedlichen Ergebnis kommen: Ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG nicht nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG i.V.m. § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig, kann sich seine Nichtigkeit nicht aus § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 138 Abs. 1 BGB ergeben. Vorliegend ist bereits die Sittengemäßheit des Vertrages bejaht worden (siehe B III 2 c), so dass eine Nichtigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 138 Abs. 1 BGB nicht in Betracht kommt.

3. Ergebnis zu IV.

Der Vertrag ist demnach auch nicht nach § 59 Abs. 1 VwVfG nichtig.

V. Unwirksamkeit des Vertrages aufgrund einer Kündigung durch die Polizeibehörden

Der Vertrag könnte schließlich aufgrund einer Kündigung durch die Behörden unwirksam geworden sein. Dann müsste die Behörde ein Recht zur Kündigung des

Vertrages gehabt haben. Ein solches Kündigungsrecht könnte sich hier aus § 60 Abs. 1 VwVfG ergeben, wobei zwischen der subsidiären Kündigungsmöglichkeit nach § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG bei Wegfall der Geschäftsgrundlage (die im Grundsatz für beide Vertragsteile gilt) und dem Sonderkündigungsrecht der Behörde nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG zu unterscheiden ist. Insoweit wurde jedenfalls die Form des § 60 Abs. 2 VwVfG gewahrt, da die Kündigung in schriftlicher Form erfolgte und nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 126 BGB handschriftlich unterschrieben worden ist. Fraglich ist jedoch, ob ein Kündigungsgrund vorlag.

1. Kündigung nach § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG

Voraussetzung einer Kündigung nach § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG ist **zunächst**, dass sich die Verhältnisse, die für den Abschluss des Vertrages maßgeblich gewesen sind, seit Abschluss des Vertrages so wesentlich geändert haben, dass einer Vertragspartei das Festhalten an dem Vertrag nicht zuzumuten ist. Eine Kündigung ist zudem nur dann möglich, wenn eine Anpassung des Vertrages nicht möglich oder einer Partei nicht zuzumuten ist.

Hier haben sich jedenfalls die **tatsächlichen Verhältnisse** seit Abschluss des Vertrages insoweit geändert, weil der Straßenstrich einen **unvorhergesehenen Zulauf** bekommen hat, während sich zuvor anscheinend alles „in aller Stille“ abgespielt hat. Jedoch ist bereits fraglich, ob diese tatsächlichen Verhältnisse für den **Abschluss des Vertrages maßgeblich** gewesen sind. Insoweit kommt es auf die Sicht beider Parteien an: Entscheidend sind entweder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die Vorstellungen einer Partei, die für die andere Partei erkennbar geworden sind und die redlicherweise als Voraussetzung für den Vertragsschluss durch die andere Partei hätten akzeptiert werden müssen.³⁷ Hier war aus der Sicht der Behörden sicherlich maßgebliches Motiv für den Vertragsschluss gewesen, dass dem Straßenstrich mit polizeilichen Standardmaßnahmen nicht beizukommen war. Jedoch ist nicht selbstverständlich, dass diese Motivationslage für Frau Fey erkennbar geworden ist. Der Vertragsschluss gibt auch noch Sinn, wenn der Straßenstrich „überlaufen“ ist. Die von der Prostitution ausgehenden Gesundheitsgefahren steigen vielmehr mit steigendem Geschäftsanfall. Auch wird die Effektivität der „klassischen“ polizeirechtlichen Instrumente, nicht gesteigert, nur weil die Prostitution auf in dem betreffenden Gebiet besonders lukrativ wird und mehr Freier anzieht als ursprünglich gedacht.

Selbst wenn noch angenommen wird, dass die „Stille“ des Straßenstrichs gemeinsame Geschäftsgrundlage des Vertrages war, ist zudem fraglich, ob angenommen werden kann, dass die Änderung der Verhältnisse **so wesentlich** war, dass den Behörden aufgrund der Veränderung dieser Verhältnisse das Festhalten am Vertrag **nicht zugemutet** werden kann. Voraussetzung für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage ist damit ein - zudem unzumutbares - Überschreiten des Risikorahmens, den die Partei, die eine Anpassung des Vertrags begehrt oder von ihm zurücktreten will, mit dem Vertragsschluss übernommen hat. Eine bloße Realisierung des vertraglich übernommenen Risikos hingegen lässt die Wirksamkeit des Vertrags ebenso unberührt wie der Umstand, dass eine Vertragspartei nach ihrer gegenwärtigen Interessenlage in den Vertragsschluss vernünftigerweise jetzt nicht mehr einwilligen würde. Vielmehr muss die Änderung der für den Vertragsinhalt maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zu schwerwiegenden, bei Vertragsschluss nicht

³⁷ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 60 Rn. 10.

absehbaren Nachteilen für die Vertragspartei geführt haben, denen die Vertragspartner bei Kenntnis der Entwicklung billigerweise Rechnung getragen hätten.³⁸

Hier ist letztlich in der Befristung des Vertrages in Nr. 1 eine eindeutige Risikoübernahme durch die Behörden zu sehen. Sie haben sich ihrer polizeilichen Befugnisse für die Dauer von genau zwei Jahren begeben, woraus zu schließen ist, dass der Vertrag zunächst zwei Jahre konsequent durchgeführt werden sollte, bevor die Sachlage neu überprüft wird. Zudem hat das Land Berlin durch das Verhalten seiner Behörde - nämlich des Bezirksbürgermeisters als dem Vorsitzenden des Bezirksamts (vgl. § 36 Abs. 2 lit. a, § 39 Abs. 1 S. 1 BezVG) - die „Publikumswirksamkeit“ des Schöneberger Straßenstrichs hauptsächlich mit verursacht. Das Land Berlin ist damit an der Änderung der Verhältnisse nicht ganz unbeteiligt. Daher ist anzunehmen, dass angesichts dieser Umstände die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse in den Risikobereich Berlins fällt, so dass ihm das Festhalten an dem Vertrag zugemutet werden kann.

Damit kommt eine Kündigung nach § 60 Abs. 1 S. 1 VwVfG vorliegend nicht in Betracht.

Anmerkung: Sieht man dies anders, wäre noch zweifelhaft, ob das Land Berlin nicht nur berechtigt wäre, eine Vertragsanpassung zu verlangen. Eine solche Anpassung wäre jedenfalls möglich, indem ein neuer „Standplatz“ ausgewiesen wird. Dass dies für Berlin unzumutbar ist, wird sich kaum bejahen lassen: Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt jedenfalls auch für öffentlich-rechtliche Verträge, was auch beinhaltet, dass an politisch unliebsam gewordenen Verträgen festgehalten werden muss.

2. Sonderkündigungsrecht nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG

Die Behörden könnten nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG zur Kündigung berechtigt gewesen sein, wenn durch die Vertragskündigung **schwere Nachteile für das Gemeinwohl** verhütet oder beseitigt werden können. Diese Begriffe sind eng auszulegen, weil andernfalls die Vertragsbindung der Verwaltung schlechthin in Frage gestellt würde. Es müssen besondere, erhebliche, überragende Interessen der Allgemeinheit die Auflösung des Vertrages gebieten, weil ansonsten der Verwaltung unzumutbare Lasten auferlegt würden.³⁹

Von einer solchen Situation kann vorliegend nicht gesprochen werden. Es ist zudem nicht gesagt, dass sich die Situation ändern würde, wenn der Vertrag gekündigt würde; denn die „klassischen“ polizeilichen Instrumente haben sich ja bereits als unergiebig zur Bekämpfung des „Schöneberger Straßenstrichs“ erwiesen. Zudem besteht für die Polizei auch ohne die Vertragskündigung nach wie vor die Möglichkeit, gegen die Freier vorzugehen, insbesondere diejenigen, die „unbescholtene“ Frauen und Mädchen belästigen. Angesichts dessen besteht auch kein Kündigungsrecht nach § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG.

3. Ergebnis zu V.

Damit waren die Behörden auch nicht zur Kündigung des Vertrages berechtigt.

³⁸ [BVerwG, 9 C 1.14 v. 21.1.2015, Abs. 19](#) = LKV 2015, 271, Abs. 19; ferner *Bonk/Neumann*, in: [Stelkensä/Bonk/Sachs](#), § 60 Rn. 20.

³⁹ *Bonk*, in: [Stelkensä/Bonk/Sachs](#), § 60 Rn. 28.

VI. Ergebnis zu B.

Der Vertrag ist damit nach wie vor wirksam. Folglich sind das Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg und die Polizeipräsidentin in Berlin nach wie vor bis zum Ablauf der in Nr. 1 des Vertrages gesetzten Frist nicht berechtigt, gegenüber Frau Fey Maßnahmen aufgrund des ASOG zu treffen, nur weil sie in dem betreffenden Gebiet der Prostitution nachgeht. Damit ist die Klage begründet.

C. Gesamtergebnis

Die Klage von Frau Fey ist folglich zulässig und begründet und hat damit Aussicht auf Erfolg.

Der Fall beruht auf einem Fall von *Joachim Burmeister* und war von ihm zur Verwendung für die Saarheimer Fälle gestattet. In seiner ursprünglichen Form war er Gegenstand einer Klausur im Ersten Juristischen Staatsexamen. Siehe zu dieser Version des Falles die Fallbearbeitung von *Volker Stein*, Fälle und Erläuterungen zum Allgemeinen Verwaltungsrecht/Verwaltungsprozessrecht, 2001, S. 68 ff.

Fragen und Anregungen zur Lösung? info@hauptstadtfaelle.de