

Grundstudium ÖR

Wiss. Mitarbeiter Paul Hüther*, Johannes Blänsdorf und André Lepej

Der öffentlich-rechtliche Vertrag gem. §§ 54 ff. VwVfG – Teil 1

<https://doi.org/10.1515/jura-2021-2993>

Der öffentlich-rechtliche Vertrag gem. §§ 54 ff. VwVfG spielt sowohl in universitären Klausuren als auch im Staatsexamen eine prominente Rolle. Folgender Beitrag stellt Grundstrukturen und wichtige Problemkonstellationen des öffentlich-rechtlichen Vertrags unter Bezugnahme auf klassische und neuere Judikatur dar und gibt dem Bearbeiter/der Bearbeiterin Hinweise für die verwaltungsrechtliche Klausurpraxis. Im ersten Teil des zweiteiligen Aufsatzes werden insbesondere die Vertragsarten, das Zustandekommen des Vertrages, Vertragsform- und -inhaltsverbote und die formelle Wirksamkeit behandelt. Der zweite Teil beschäftigt sich mit der Nichtigkeit des Vertrages und Fragen des Rechtsschutzes.

I. Einleitung

Zwar stellt der einseitig gestaltende Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG nach wie vor die klassische Handlungsform öffentlicher Verwaltung dar.¹ Indes ist auch der Einsatz öffentlich-rechtlicher Verträge (zwischen der Verwaltung und Privaten bzw. zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern) in der deutschen Verwaltungspraxis bereits seit einigen Jahrzehnten Normalität.² Die Behörde wählt hierbei – insbesondere auf den Gebieten des Städtebau- und Abgabenrechts, aber auch im Subventionsrecht oder

bei der Vergabe öffentlicher Aufträge³ – den Weg der konsensualen Regelung.⁴ Die §§ 54 ff. VwVfG bezwecken einen Schutz des Vertragspartners ebenso wie den Schutz Dritter und die Wahrung öffentlicher Interessen.⁵ Gründe für die Wahl des Vertrages können unter anderem die Flexibilisierung der behördlichen Entscheidungsoptionen im Gegensatz zum – im Grundsatz – starren Entweder-Oder-Programm des Verwaltungsakts, die Erhöhung der Akzeptanz des Verwaltungshandelns, hiermit einhergehend die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sowie die Verbesserung der Einzelfallgerechtigkeit sein.⁶ Der öffentlich-rechtliche Vertrag gehört unter Studierenden wohl nicht zu den beliebtesten Themengebieten des Allgemeinen Verwaltungsrechts,⁷ weist aber eine hohe Klausurrelevanz auf.⁸ Folgender Beitrag erläutert Grundstrukturen und besondere Problemkonstellationen der §§ 54 ff. VwVfG anhand klassischer und aktueller Urteile, wobei zahlreiche Hinweise für den Aufbau der Prüfung im Rahmen einer Fallbearbeitung gegeben werden.

¹ *Peine/Siegel* Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020, Rn. 716; *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 14 Rn. 1.

² Hierzu näher *Schlette* Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 235 ff., 251 ff.; *Arnold* VerwArch 80 (1989), 125; *Bulling* DÖV 1989, 277.

***Kontaktperson:** Paul Hüther, Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Kahl, M. A.).

Johannes Blänsdorf, Doktorand an der Universität Heidelberg.

André Lepej, Doktorand an der Universität Heidelberg.

³ Die Aufzählung ist bei weitem nicht abschließend; näher *Stelkens/Bonk/Sachs/Bonk/Neumann/Siegel* VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 54 Rn. 120 ff.

⁴ Zur Vielgestaltigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags s. *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Bauer* GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 36 Rn. 70.

⁵ Zu dieser »Mehrschichtigkeit der Schutzzwecke« (Hervorhebung im Original) *Schmidt-Aßmann* Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, Kap. 6 Rn. 114.

⁶ BT-Drs. 7/910, S. 77.

⁷ Ähnl. *Gurlit* JURA 2001, 659 (659).

⁸ Auswahl aus den in Ausbildungszeitschriften veröffentlichten Fallbearbeitungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag: *Detterbeck/Pöttgen* JURA 2003, 563; *Kleine Holthaus* JuS 2005, 531; *Diederichsen* JuS 2006, 60; *Singer/Mielke* JuS 2007, 1111; *Knöbl* JA 2010, 867; *Walrabenstein/Breder* JuS 2011, 353; *Brüning/Boseky* JURA 2015, 1375; *Rosenfeldt* JuS 2016, 145; *Broscheidt* JA 2016, 840; *Hesse/Sacher* JuS 2017, 1015; *Laude/Jürgensen* JURA 2019, 409; s. ferner *Peine/Siegel* Klausurenkurs zum Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2021, Fälle 6, 7; *Seidel/Reimer/Möstl* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Kommunalrecht, 3. Aufl. 2019, Fall 7; *Heinze* Systematisches Fallrepetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht, 2014, Fall 21.

II. Grundlagen

1. Historie

Bereits im ausgehenden 19. Jahrhundert finden sich erste Stellungnahmen namhafter Verwaltungsrechtswissenschaftler, die die Möglichkeit eines Vertrags zwischen Staat und Bürgern anerkennen.⁹ Am prominentesten plädierte *Paul Laband*¹⁰ für die Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Zwar meine staatliche Herrschaft die Befugnis, mit zwingender Wirkung zu befehlen. Indes könne sich der Staat, gerade weil er herrsche, »nach eigenem Belieben *aller* Rechtsformen bedienen, die ihm nützlich scheinen«, sich also auch »auf das Niveau des Privatrechts« stellen.¹¹ Die so beschriebene Wahlfreiheit sei gerade die Betätigung seiner hoheitlichen Macht. Dieser Argumentation stellte sich insbesondere *Otto Mayer*¹² entgegen. Die Annahme eines Vertrages setze eine Gleichordnung zwischen den Kontrahenten voraus, die dem Grundsatz der »einseitig bindenden Kraft des Staatswillens« entgegenstehe. Verträge zwischen Staat und Bürgern seien mithin »überhaupt nicht denkbar.«¹³ Ein Grund für die wirkmächtige¹⁴ ablehnende Haltung *Mayers* lässt sich unter anderem mit dem damaligen Bestreben erklären, eine eigenständige, sich bewusst von der Privatrechtswissenschaft abgrenzende Verwaltungsrechtswissenschaft zu begründen und dem privatrechtlichen Institut des Vertrages hierbei keinen Raum einzuräumen.¹⁵ Somit galt der Grundsatz: »Der Staat paktiert nicht.«¹⁶

Nachdem der öffentlich-rechtliche Vertrag im neuen Jahrhundert trotz einiger wegweisender Arbeiten¹⁷ von der Wissenschaft zunächst noch vernachlässigt wurde, schließlich aber aufgrund von Anstößen aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung immer deutli-

cher in den Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses rückte, wurde er in der Bonner Republik trotz verbreiteter Bedenken schließlich akzeptiert.¹⁸ Das BVerwG erkannte ihn 1966 ausdrücklich an und begründete seine Notwendigkeit mit einem veränderten, stärker subjektivierten Verhältnis von Staat und Bürger. Dieser Wandel erfordere eine »aufgelockerte und elastische Gestaltung« des Staat-Bürger-Verhältnisses auch durch Vertrag.¹⁹ Die bundesweite Kodifizierung erfolgte 1976 in den §§ 54 ff. des VwVfG, an deren Konzeption unter anderem eine zu starke Fokussierung auf den subordinationsrechtlichen Vertrag²⁰ kritisiert wurde.²¹ Der öffentlich-rechtliche Vertrag konnte in Wissenschaft und Praxis insbesondere nach der »Entdeckung« des kooperativen Rechtsstaats in den frühen 1980er Jahren reüssieren.²² Seit 2004 liegt ein Bund-Länder-Musterentwurf zur Weiterentwicklung der seit ihrem Inkrafttreten nahezu unverändert gebliebenen §§ 54 ff. VwVfG vor.²³ In den letzten Jahren und Jahrzehnten bedingen unter anderem europarechtliche Impulse²⁴ und die verbreiteten »Public Private Partnerships«²⁵ eine weitere Bedeutungssteigerung des öffentlich-rechtlichen Vertrags.

2. Normstruktur

Die für die Klausurbearbeitung maßgeblichen *sedes materiae* des öffentlich-rechtlichen Vertrags stellen die §§ 54 – 62 VwVfG dar.²⁶ Laut der Legaldefinition des § 54 S. 1 VwVfG begründet der öffentlich-rechtliche Vertrag ein »Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts«, wobei aus den §§ 1 I, 9 VwVfG folgt, dass das Rechtsverhältnis nur ein solches des *Verwaltungsrechts* sein kann.²⁷

§ 54 S. 1 VwVfG statuiert die grundsätzliche Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge. Die §§ 55, 56 VwVfG

9 Hierzu stellv. *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 14 Rn. 24.

10 1838–1918; näher *Friedrich* NDB 13 (1982), 362.

11 *Laband* AöR 2 (1887), 149 (159) (Hervorhebung im Original).

12 1846–1924; näher *Heyen* NDB 16 (1990), 550.

13 *Mayer* AöR 3 (1888), 3 (42).

14 Zum »lange[n] Schatten« *Mayers* s. *Bauer* (Fn. 4), § 36 Rn. 7. Anzumerken ist indes, dass *Mayers* Verdikt schon zu Lebzeiten eine Minderheitsansicht darstellte und der Verwaltungsvertrag in der Wissenschaft größtenteils anerkannt war; s. hierzu stellv. *Maurer* DVBl. 1989, 798 (799).

15 *Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II, 1992, S. 412; *Schoch/Schneider/Bauer* VwVfG, Stand: 7/2020, Vorbemerkung § 54 Rn. 14; s. auch *Bauer* (Fn. 4), § 36 Rn. 1.

16 So *Henke* JZ 1984, 441 (442). Das griffige Verdikt lässt sich in den Schriften *Mayers*, anders als gelegentlich (auch von *Henke* a. a. O.) behauptet, nicht nachweisen (*Schlette* [Fn. 2], S. 29 f. Fn. 109).

17 Insbes. *Apelt* Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920; hierzu *Mayer* AöR 40 (1921), 244.

18 S. u. a. *Imboden* Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1958.

19 BVerwGE 23, 213 (216).

20 Hierzu sogleich unten sub II. 3.

21 *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Schmidt-Aßmann* GVwR II, 2. Aufl. 2012, § 27 Rn. 13.

22 Insbes. *Ritter* AöR 104 (1979), 389; s. auch *Gurlit* (Fn. 7), 659.

23 *Peine/Siegel* (Fn. 1), Rn. 718.

24 *Athanasiadou* Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht, 2017, S. 1 ff.

25 Hierzu *Kahl/Ludwigs/Stelkens* HVwR I, 2021, § 6 Rn. 21; instruktiv *Kühling/Schreiner* ZJS 2011, 112.

26 Die Landes-VwVfGe stimmen mit den §§ 54 ff. VwVfG weitgehend wörtlich überein; s. näher *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 3), § 54 Rn. 167 auch zu den Besonderheiten in Schleswig-Holstein. Zur Anwendung von Bundes- und Landes-VwVfG *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, Rn. 940.

27 *Detterbeck* (Fn. 26), Rn. 783; s. zur Abgrenzung zu anderen Vertragsarten *dens.* a. a. O., Rn. 775 ff.

stellen besondere Anforderungen an Vergleichs- und Austauschverträge.²⁸ In den §§ 57, 58 VwVfG sind formale Anforderungen an den Vertragsschluss normiert. § 59 VwVfG betrifft die Nichtigkeit des Vertrages. In § 60 VwVfG ist die Anpassung und Kündigung, in § 61 VwVfG die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung geregelt.

In der Klausur wird regelmäßig § 59 VwVfG im Mittelpunkt stehen.²⁹ Allerdings gilt es, auch andere relevante (und im Folgenden dargestellte) Normen im Blick zu behalten. Gerade durch die überzeugende Bearbeitung weniger prominenter, für den Fall aber gleichwohl bedeutsamer Normen kann sich der Bearbeiter qualitativ vom Gros der Klausuren absetzen.

Fokus der Prüfung ist nicht die Rechtmäßigkeit, sondern die *Wirksamkeit* des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Die Rechtswidrigkeit des Vertrages steht der Wirksamkeit nicht entgegen. Ist der Vertrag unwirksam, zeitigt er keine Rechtswirkungen.³⁰ Er vermag weder eine Leistungspflicht zu begründen noch einen Rechtsgrund für bereits gewährte Leistungen darzustellen, sodass vertragliche Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche scheitern und Erstattungsansprüche auf Rückgewähr rechtsgrundlos erfolgter Vermögensverschiebungen Erfolg haben können.³¹ Diese beiden Ansprüche werden i. d. R. auch die Einkleidung darstellen, in deren Rahmen der öffentlich-rechtliche Vertrag (inzident) zu prüfen ist. Beim Leistungsanspruch ist nur das sogleich³² dargestellte Schema durchzuprüfen, während es beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch im Rahmen des Gliederungspunktes »Ohne Rechtsgrund« anzusprechen ist. Entscheidend ist, auch in den entsprechenden Obersätzen auf die Wirksamkeit des Vertrages abzustellen.³³

3. Vertragsarten

Die §§ 54 ff. VwVfG differenzieren zwischen ausgewählten Arten von Verträgen; ein *numerus clausus* wird hierbei nicht formuliert. Von der *Wahl der richtigen Vertragsart* hängt das spätere *Prüfprogramm* ab.

§ 54 S. 2 VwVfG formuliert, dass die Behörde, »anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen«, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen kann. Hiermit ist der *subordinationsrechtliche* Vertrag angesprochen, der herrschend nicht nur angenommen wird, wenn die Behörde mit einem Vertragspartner einen Vertrag schließt, an den sie in der konkreten Angelegenheit auch einen Verwaltungsakt richten könnte, sondern auch dann, wenn zwischen den Parteien ein bloßes Über-Unterordnungsverhältnis besteht.³⁴ Die engere Gegenauffassung stellt auf den Wortlaut der Norm ab.³⁵ Allerdings legt es die – sich auf § 54 S. 2 VwVfG beziehende – differenzierte Regelung des § 59 Nr. 1–3 VwVfG einerseits und Nr. 4 andererseits nahe, dass der Gesetzgeber annahm, subordinationsrechtliche Verträge könnten auch über Materien geschlossen werden, die durch Verwaltungsakt nicht zu regeln seien.³⁶ Hierbei ist richtigerweise auf das *in concreto* bestehende Verhältnis abzustellen, da die Identität des Vertragspartners über dessen Schutzwürdigkeit allein noch nichts aussagt – ein finanzstarker Privater kann u. U. durchaus auf Augenhöhe mit der Verwaltung verhandeln.³⁷ Liegt ein subordinationsrechtlicher Vertrag vor, sind die §§ 55, 56, 59 II, 61 VwVfG anwendbar.

§ 55 VwVfG beschreibt den – wohl weniger klausurrelevanten – *Vergleichsvertrag* als Vertrag, »durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird«. Durch den Verweis auf § 54 S. 2 VwVfG wird nur der *subordinationsrechtliche* Vergleichsvertrag geregelt. Die Norm stellt besondere Anforderungen an den Abschluss eines Vergleichsvertrages, die im Rahmen der Nichtigkeit gem. §§ 59 II Nr. 3, 55 VwVfG relevant werden. Ferner anwendbar sind § 59 I, II Nr. 1, 2 VwVfG. Die Nichtigkeit des *koordinationsrechtlichen* Vergleichsvertrags, bei dem also zwischen Verwaltung und Privatem kein Über-Unterordnungsverhältnis besteht, richtet sich nach §§ 54 S. 1, 59 I VwVfG.

Nach § 56 I 1 VwVfG liegt ein *Austauschvertrag* vor, wenn »sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet«, wobei nicht allein synallagmati-

²⁸ Hierzu sogleich sub II. 3.

²⁹ Hierzu unten sub III. 3.; s. im Rahmen einer Fallbearbeitung stellv. *Wallrabenstein/Breder* (Fn. 8), 356 ff.

³⁰ Zum Ganzen *Erichsen JURA* 1994, 47.

³¹ Hierzu unten sub VI.

³² S. u. sub II. 4.

³³ S. im Rahmen von Fallbearbeitungen *Kleine Holthaus* (Fn. 8), 533; *Brüning/Bosesky* (Fn. 8), 1378; s. ferner *Peine/Siegel* (Fn. 1), Rn. 783, 812.

³⁴ BVerwGE 111, 162 (165 f.).

³⁵ Statt weniger *Ule/Laubinger* *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl. 1995, § 68 Rn. 12.

³⁶ *Schlette* (Fn. 2), S. 384 f.; *Bader/Ronellenfitsch/Kämmerer* *Beck-OK-VwVfG*, 52. Ed., Stand: 1. 7. 2021, § 54 Rn. 83.

³⁷ *Kämmerer* (Fn. 36), § 54 Rn. 83 f.; *Detterbeck* (Fn. 26), Rn. 793; a. A. *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 14 Rn. 14.

sche Verträge i. S. d. §§ 320 ff. BGB erfasst sind.³⁸ Entsprechende³⁹ Anwendung findet § 56 VwVfG auf sog. *hinkende* Austauschverträge, die anzunehmen sind, wenn die vom Vertragspartner gegenüber der Verwaltung zu erbringende Leistung zwar vertraglich vereinbart wird, die von der Verwaltung zu erbringende Leistung aber außerhalb des Vertrages derart vorausgesetzt wird, dass zwischen Leistung der Behörde und Gegenleistung des Privaten ein kausaler Zusammenhang besteht.⁴⁰ Für den *subordinationsrechtlichen*⁴¹ Austauschvertrag nach § 56 VwVfG gilt der Nichtigkeitsgrund des § 59 II Nr. 4 VwVfG; ferner können § 59 I, II Nr. 1, 2 VwVfG Bedeutung erlangen. Die Nichtigkeit des koordinationsrechtlichen Austauschvertrages richtet sich nach §§ 54 S. 1, 59 I VwVfG.

In der Fallbearbeitung ist mithin ein besonderes Augenmerk auf die Frage zu legen, welche Normen aus dem Regime der §§ 54 ff. VwVfG überhaupt anwendbar sind. Zwischen den Vertragstypen sollte nicht bereits zu Beginn der Fallbearbeitung bei der Prüfung des Vorliegens eines wirksamen Vertrages⁴² abgegrenzt werden, sondern erst, wenn es um die Anwendbarkeit bestimmter Paragraphen – insbesondere § 59 II VwVfG – geht. U. U. kann bei der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Vertragsarten und den damit verbundenen unterschiedlichen Prüfprogrammen in einer Klausur eine eingehende Argumentation unter Rekurs auf die Hinweise im Sachverhalt erforderlich sein.

Beispiele: Verpflichtet sich die Behörde vertraglich, einem Privaten eine umweltrechtliche Genehmigung zu erteilen, könnte sie in der Sache auch einen Verwaltungsakt erlassen, weshalb ein subordinationsrechtlicher (Verpflichtungs-)Vertrag gem. § 54 S. 2 VwVfG vorliegt. Schließt die Verwaltung mit dem Privaten einen Erschließungsvertrag i. S. d. § 11 I 2 Nr. 1 BauGB, liegt ebenfalls ein Über-Unterordnungsverhältnis vor, das nach richtiger Auffassung für die Annahme eines subordinationsrechtlichen Vertrages ausreicht.⁴³ Ein subordinationsrechtlicher Vertrag ist ferner anzunehmen, wenn sich ein Bauherr gegenüber der Gemeinde zur Übernahme der Folgekosten einer Änderung des Bebauungsplans verpflichtet.⁴⁴ Durch die Geldzahlung

soll das »Vorantreiben« eines Planänderungsverfahrens erreicht werden, denn in diesem Verfahren ist der Bauherr zum einen auf die hoheitlichen Gestaltungs- und Mitwirkungsbefugnisse der Gemeinde angewiesen.⁴⁵ Zum anderen schafft die Änderung des Bebauungsplans erst die rechtliche Grundlage für das zukünftige Bauvorhaben, über dessen Zulässigkeit im Einzelfall durch Verwaltungsakt in Gestalt einer Baugenehmigung entschieden wird.⁴⁶ Der Vertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen über die Errichtung einer Freileitung ist dagegen als koordinationsrechtlich einzustufen.⁴⁷

4. Prüfungsaufbau

Für die Prüfung eines Leistungsanspruchs auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sei folgendes Schema empfohlen.⁴⁸ In der Klausur ist indes nur auf diejenigen Punkte vertieft einzugehen, die nach dem Sachverhalt problematisch sind. Insoweit ist vor einem unoriginellen und ggf. zeitraubenden »Abklappern« aller genannten Prüfungspunkte zu warnen.⁴⁹ Die oben dargestellten Abgrenzungen zwischen den verschiedenen Vertragsarten sind regelmäßig erst auf Gliederungsebene I) 3) zu thematisieren.

I) Anspruch entstanden

- 1) Vorliegen eines zulässigen öffentlich-rechtlichen Vertrages
 - a) Vertrag (insbes. § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. §§ 145 ff. BGB)
 - b) Öffentlich-rechtlicher Charakter
 - c) Kein Vertragsformverbot
- 2) Formale Wirksamkeit
 - a) Zuständigkeit der Behörde (§ 3 VwVfG, Fachrecht)
 - b) Form (§ 57 VwVfG)
 - c) Ggf. Zustimmung Dritter (§ 58 VwVfG)
- 3) Materielle Wirksamkeit
 - a) Nichtigkeit gem. § 59 II VwVfG

³⁸ Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 3), § 56 Rn. 10.

³⁹ Für eine *unmittelbare* Anwendbarkeit hingegen *Stelkens* DÖV 2009, 850 (856); insoweit unklar *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 14 Rn. 19; *Detterbeck* (Fn. 26), Rn. 799.

⁴⁰ Statt vieler BVerwGE 111, 162 (167); *Höfling/Krings* JuS 2000, 625 (627).

⁴¹ Grund ist auch hier der Verweis auf § 54 S. 2 VwVfG in § 56 I 1 VwVfG.

⁴² Hierzu sogleich unten sub III. 1.

⁴³ Schoch/Schneider/Rozek VwVfG, Stand: 7/2020, § 54 Rn. 79 m. w. Bsp.

⁴⁴ Zu dem hier vorliegenden *hinkenden* Austauschvertrag unten Fall 6.

⁴⁵ Vgl. BVerwG NVwZ 2000, 1285 (1286 f.); *Ruffert* JURA 2003, 633 (635).

⁴⁶ Vgl. im Rahmen einer Fallbearbeitung *Wallrabenstein/Breder* (Fn. 8), 356.

⁴⁷ VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 351 (352), der allerdings nur darauf abstellt, dass die Vereinbarung keinen Verwaltungsakt ersetzt und das etwaige Bestehen eines Über-Unterordnungsverhältnisses nicht prüft. In einer Klausur müsste hier mit den Informationen aus dem Sachverhalt argumentiert werden.

⁴⁸ So wie hier die Mehrzahl der Fallbearbeitungen; s. stellv. *Detterbeck/Pöttgen* (Fn. 8), 565 ff.; *Kleine Holthaus* (Fn. 8), 533 ff.; *Wallrabenstein/Breder* (Fn. 8), 355 ff.; *Brüning/Bosesky* (Fn. 8), 1379 ff.; *Laude/Jürgensen* (Fn. 8), 411 ff.

⁴⁹ Hierzu *Rosenkranz* JuS 2016, 294.

- b) Nichtigkeit gem. § 59 I VwVfG
 II) *Anspruch nicht erloschen* (insbes. § 60 VwVfG)
 III) *Anspruch durchsetzbar* (insbes. dolo-agit-Einrede, Verjährung)

Alternativ zu dem dargestellten Schema kann – wie es manche Autoren⁵⁰ und Klausursteller⁵¹ favorisieren – auch *zweistufig* aufgebaut und zunächst die Rechtmäßigkeit des Vertrages und sodann die Wirksamkeit geprüft werden. Diese Lösung kann unter anderem dann gewählt werden, wenn weitere Normen des VwVfG wie bspw. § 25 VwVfG (i. V. m. § 62 S. 1 VwVfG)⁵² anzusprechen sind, die sich in oben genanntes Schema, das allein auf die Wirksamkeit abstellt, schwieriger einbauen lassen als in die Prüfung der Rechtmäßigkeit. Dann sollte aber bereits in den Obersätzen deutlich gemacht werden, dass die Prüfung der Rechtmäßigkeit nur eine »Vorstufe« vor der letztlich entscheidenden Prüfung der Wirksamkeit darstellt.

5. Weitere relevante Normen

a) § 62 VwVfG

Die Normen der §§ 54 ff. VwVfG stellen keine vollständige Regelung dar, sondern enthalten nur einige Grundsätze. In § 62 S. 1 VwVfG werden daher die »übrigen Vorschriften« des VwVfG für anwendbar erklärt, »soweit ihre Anwendbarkeit auf den Vertrag überhaupt in Betracht kommt«.⁵³ Über diese Verweisung kann insbesondere den die Befangenheit und den Ausschluss von Personen regelnden Normen der §§ 20, 21 VwVfG Bedeutung zukommen.⁵⁴ Ist eine etwaig anzunehmende Besorgnis der Befangenheit im Sachverhalt angelegt oder agiert eine ausgeschlossene Person, ist im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines wirksamen Vertrags⁵⁵ inzident § 20 oder § 21 VwVfG anzusprechen. Relevanz kann ferner der Regelung der örtlichen Zuständigkeit gem. § 3 VwVfG,⁵⁶ aber auch den Verfahrensnormen der §§ 9 ff. VwVfG und der Regelung über Beratung und Auskunft gem. § 25 VwVfG zukommen, da der öffentlich-rechtliche Vertrag zwar ein materiell-recht-

liches Rechtsgeschäft, aber zudem Produkt eines Verwaltungsverfahrens i. S. d. § 9 VwVfG ist.⁵⁷ Diese Normen sind, um sich nicht dem Vorwurf einer misslungenen Schwerpunktsetzung ausgesetzt zu sehen,⁵⁸ in einer Klausur nur dann anzusprechen, wenn der Sachverhalt hierfür Anknüpfungspunkte bietet. Das Anhörungserfordernis des § 28 VwVfG ist nach herrschender Ansicht schon der Sache nach nicht anwendbar, da der Vertragspartner seine Vorstellungen im Rahmen der Vertragsverhandlungen einbringen kann und ein Vertrag ohne oder gegen seinen Willen nicht geschlossen werden kann, er des Schutzes durch § 28 VwVfG also nicht bedarf.⁵⁹ Zu beachten ist indes, dass aus dem Verstoß gegen die genannten VwVfG-Normen zunächst nur die *Rechtswidrigkeit*, nicht zugleich automatisch die Unwirksamkeit des Vertrages folgt.

Zudem bringt § 62 S. 2 VwVfG die Normen des BGB zu entsprechender Anwendung.⁶⁰ Insbesondere wird auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht (§§ 280 ff., 323 ff., 346 ff. BGB) verwiesen.⁶¹

b) § 11 BauGB

Neben den §§ 54 ff. VwVfG und VwVfG-/BGB-Normen i. V. m. § 62 S. 1, 2 VwVfG kann auch § 11 BauGB, der (privat- und öffentlich-rechtliche)⁶² *städtebauliche Verträge* regelt, Relevanz für die Fallbearbeitung zukommen.⁶³ Eine klare Definition des städtebaulichen Vertrags existiert nicht. Der Vertrag muss sich jedenfalls auf *Maßnahmen des Städtebaus* (vor allem Bauleitplanung, Bodenordnung, Erschließung, städtebauliche Sanierungs- und Durchführungsmaßnahmen) beziehen.⁶⁴ Zwar sind Verträge, durch welche die Gemeinde sich zur Aufstellung eines Bebauungsplans verpflichtet, gem. § 1 III 2 Hs. 2 BauGB unzulässig,⁶⁵ § 11 BauGB erkennt aber Verträge zwischen

⁵⁰ Etwa *Peine/Siegel* (Fn. 1), Rn. 812; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 14 Rn. 62.

⁵¹ S. im Rahmen einer Fallbearbeitung *Singer/Mielke* (Fn. 8), 1113 ff.

⁵² Hierzu sogleich sub II. 5. a).

⁵³ So der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 1964, S. 204.

⁵⁴ *Peine/Siegel* (Fn. 1), Rn. 719.

⁵⁵ Hierzu sogleich unten sub III. 1. a).

⁵⁶ Hierzu s. auch unten sub III. 2. a).

⁵⁷ S. zu dieser »Doppelnatur« *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 3), § 54 Rn. 3.

⁵⁸ Hierzu jüngst *Schepers JURA* 2021, 781.

⁵⁹ *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 3), § 62 Rn. 13.

⁶⁰ Hierzu unten sub III. 1. a), III. 2. b), IV., V., VI.

⁶¹ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth/Korte Verwaltungsrecht I*, 13. Aufl. 2017, § 54 Rn. 39; *Ehlers/Pünder/Gurlit Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2016, § 33 Rn. 3; *dies. JURA* 2001, 731 (737); hierzu auch *Fall 1*.

⁶² *Kämmerer* (Fn. 36), § 54 Rn. 96.

⁶³ Instruktiv *Drechsler JURA* 2017, 413; s. vertiefend auch die Nachw. bei *Spannowsky/Uechtritz/Hoffmann BeckOK-BauGB*, 52. Ed., Stand: 1. 2. 2021, § 11 Rn. 3.1.; s. auch *Gurlit* (Fn. 7), 660; im Rahmen einer Fallbearbeitung *Wallrabenstein/Breder* (Fn. 8), 355 ff.

⁶⁴ *Hoffmann* (Fn. 63), § 11 Rn. 2.

⁶⁵ Hierzu sogleich sub III. d).

der Gemeinde und Privaten, die im Zusammenhang mit der Bauleitplanung und ihrer Durchführung stehen, ausdrücklich an.⁶⁶ Ist der Anwendungsbereich von § 11 BauGB eröffnet, ist primär am Maßstab des § 11 BauGB zu prüfen; das soeben dargestellte Schema ist dann insoweit zu modifizieren. Trifft § 11 BauGB keine Regelung, ist auf das allgemeine Regime der §§ 54 ff. VwVfG, insbesondere § 59 VwVfG, zurückzugreifen.

Für die Klausur sind insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung:

- § 11 III BauGB, der Schriftform vorschreibt, geht § 57 VwVfG⁶⁷ als speziellere Norm vor.⁶⁸
- § 11 II 2 BauGB geht § 56 II VwVfG vor. § 56 I 2 Hs. 2 VwVfG bleibt hingegen anwendbar.⁶⁹
- § 11 II 1 BauGB formuliert ein Angemessenheitsgebot. Die Norm hat einen breiteren Anwendungsbereich als § 56 I 2 Hs. 1 VwVfG, dem sie als *lex specialis* vorgeht.⁷⁰
- Das Kausalitätsgebot nach § 11 I Nr. 3 BauGB geht § 56 VwVfG ebenfalls als *lex specialis* vor.⁷¹

c) Sonstige

Auch in anderen Rechtsgebieten finden sich Normen zu öffentlich-rechtlichen Verträgen. Zu nennen sind die §§ 53 ff. SGB X,⁷² § 78 AO, § 3 BNatSchG und § 13 IV BBodSchG.⁷³

III. Anspruch entstanden

1. Vorliegen eines zulässigen öffentlich-rechtlichen Vertrages

a) Vertrag

Fall 1:⁷⁴ Die Zahnärztin Z wendet sich an die Zahnärztekammer K, die ihre ehemalige, mit ihrem Ehemann gemeinsam geführte Zahnarztpraxis bewerten soll. K führt die Bewertung von Praxen in ihrer Gebührenordnung auf, die ausschließlich nichtvertragliche Gebühren regelt. Die Bewertung ist im Rahmen des streitigen Scheidungsverfahrens der Z erforderlich. Daher schreibt Z der K eine E-Mail, in der sie K »beauftragt«, das Gutachten zu erstatten. Nachdem K das Gutachten erstattet hat, macht Z geltend, die Praxisbewertung sei für ihre Zwecke wertlos, da es sich nicht um ein gerichtlich verwertbares Gutachten handle. Z macht im Verwaltungsrechtsweg (§ 40 I 1 i. V. m. II 1 Hs. 1 Var. 3 VwGO)⁷⁵ mittels Leistungsklage (vgl. § 43 II VwGO) einen Anspruch auf Ersatz der ihr durch das nicht verwertbare Gutachten im Rahmen des Scheidungsverfahrens entstandenen Verzögerungsschäden gem. §§ 280 I, II, 286 BGB i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG geltend. K bestreitet, dass ein öffentlich-rechtlicher Vertrag überhaupt zustande gekommen ist. Außerdem seien die Formerfordernisse nicht eingehalten. Z argumentiert, der Vertrag sei per E-Mail geschlossen worden. Der eindeutig zivilrechtliche Begriff der »Beauftragung« sei als Angebot zum Abschluss eines Vertrages zu verstehen gewesen, den die Z durch die weitere E-Mail-Korrespondenz angenommen habe. Außerdem würde die Bewertung von Zahnarztpraxen auch auf dem freien Markt von privaten Sachverständigen angeboten. Ist die von Z erhobene Leistungsklage begründet?

Ein Vertrag setzt nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zwei inhaltlich übereinstimmende, in Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme, voraus (§§ 145 ff. BGB i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG). Vorhergehende Vertragsverhandlungen sind für die Annahme eines Vertrages nicht zwingend erforderlich. Auch der – in der Praxis häufige – Einsatz von Musterverträgen auf Seiten der Verwaltung ändert nichts am Vertragscharakter. Die notwendige Privatautonomie liegt hier darin, sich bestimmten Bedingungen zu unterwerfen, Sonderklauseln auszuhandeln oder auch auf den Vertragsschluss ganz zu verzichten.⁷⁶ In besonders gelagerten Konstellationen hoheitlichen Machtmissbrauchs kann § 138 BGB i. V. m. § 59 I VwVfG einschlägig sein.⁷⁷ Wirksamkeit und Gültigkeit richten sich im Übrigen nach §§ 104 ff., 116 ff., 164 ff., 177 ff. BGB i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG. Auch das Verbot einer unangemessenen Benachteiligung

⁶⁶ Maurer/Waldhoff (Fn. 1), § 14 Rn. 5. § 11 BauGB kann somit folglich auch im Rahmen der Prüfung eines Vertragsformverbots Bedeutung zukommen; s. unten Fall 3.

⁶⁷ Hierzu sub III. 2. b).

⁶⁸ Näher Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt BauGB, 14. Aufl. 2019, § 11 Rn. 83 f.

⁶⁹ Drechsler (Fn. 63), 420.

⁷⁰ Hierzu sub III. 3. a) dd) (1) (d).

⁷¹ BVerwG NJW 1973, 1895 (1898); Scharmer NVwZ 1995, 219 (221).

⁷² Im Sozialrecht ist zu beachten, dass die Zulässigkeit des Vertrages für Sozialleistungen i. S. d. § 11 SGB I eingeschränkt ist (s. § 53 II SGB X); s. Korte (Fn. 61), § 54 Rn. 17.

⁷³ Überblickartig Gurlit (Fn. 7), 660; eingehend Kämmerer (Fn. 36), § 54 Rn. 87 ff.

⁷⁴ Nach OVG Bremen DVBl. 2020, 1607.

⁷⁵ Hierzu unten sub VI.

⁷⁶ Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 3), § 54 Rn. 27.

⁷⁷ Hierzu Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 3), § 59 Rn. 23.

beansprucht jedenfalls bei Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen durch die Verwaltung – entweder über direkte Anwendung der §§ 305 ff. BGB⁷⁸ oder über den auch im öffentlichen Recht Geltung beanspruchenden Grundsatz von Treu und Glauben⁷⁹ – Geltung.⁸⁰ Möglich ist auch, dass der Klausursteller hier eine Inzidentprüfung *kommunalrechtlicher* Vorschriften einbaut.⁸¹ Probleme können sich ergeben, wenn der Bürgermeister ohne Beschluss des Gemeinderats den Vertrag abschließt, obwohl kein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt.⁸² Denkbar ist ferner, dass der Vertrag von einem Stellvertreter bzw. Beigeordneten des Bürgermeisters oder sonstigen bevollmächtigten Gemeindebediensteten abgeschlossen wird.⁸³ Hier können ggf. Hinderungsgründe greifen.⁸⁴ Auch sind spezielle Formvorschriften zu beachten.⁸⁵

Lösung Fall 1:

Fraglich ist, ob der Z ein Schadensersatzanspruch neben der Leistung gem. §§ 280 I, II, 286 BGB i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG zusteht. Hierfür müsste ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vorliegen. Fraglich ist, ob die »Beauftragung« der K durch die Z als rechtsverbindliches Angebot i. S. d. § 145 BGB qualifiziert werden kann, das die Z im weiteren Verlauf der E-Mail-Kommunikation angenommen hat. Der Begriff der »Beauftragung« kann zwar zivilrechtlich verstanden werden (§ 622 BGB), ist aber mehrdeutig, da er auch im öffentlichen Recht verwendet wird (s. bspw. Art. 85 I 1 GG). Ein eindeutiger Schluss von diesem Wortlaut auf ein rechtsverbindliches Angebot kann folglich nicht gezogen werden. Dass die gem. § 57 VwVfG erforderliche Schriftform nicht gewahrt wurde, begründet einen formellen Wirksamkeitsmangel, sagt isoliert aber noch nichts über das Bestehen des Vertrags als solchen aus. Indes ist die fehlende Verwendung der Schriftform gerade durch die i. d. R. rechtskundige Verwaltung ein starkes Indiz dafür, dass kein rechtswirksamer Vertrag

abgeschlossen werden soll.⁸⁶ Ferner existiert kein Grundsatz, dass ein Verwaltungsträger immer dann auf vertraglicher Grundlage handelt, wenn er eine Leistung anbietet, die auch private Akteure auf dem freien Markt anbieten.⁸⁷ Die Annahme eines Anspruchs aus §§ 280 I, II, 286 BGB i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG scheidet somit schon am fehlenden Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen K und Z. K hat vielmehr nur eine Amtshandlung auf Veranlassung und zugunsten der Z vorgenommen.

b) Öffentlich-rechtlicher Charakter

Fall 2:⁸⁸ Die Feuerwehr F im Ort O schreibt ein Stipendium für den Bachelor-Studiengang »Bauingenieurwesen (Wasser- und Tiefbau) mit einer feuerwehrtechnischen Zusatzausbildung« an der H-Hochschule aus. Ziel des Stipendiums ist es, den Studierenden die Möglichkeit zu geben, ihr Studium an der H-Hochschule mit der Ausbildung bei der Feuerwehr zu kombinieren, sodass die Stipendiaten durch Absolvierung des Bachelor-Studienganges die Zugangsvoraussetzungen für eine hauptberufliche Feuerwehrtätigkeit im öffentlichen Dienst schneller erreichen. Neben dieser Zielsetzung ist in den Stipendienverträgen eine Klausel enthalten, die F zur Rückforderung der Stipendienzah- lungen berechtigt, sollte ein ggf. ausgesprochenes Einstellungs- angebot der F als Beamter auf Probe durch den Stipendiaten nicht angenommen werden. Stipendiat S wird für ein Stipendium ausgewählt und unterschreibt den Stipendienvertrag. Als ihm nach Abschluss des Studiengangs von F eine Einstellung angeboten wird, lehnt er diese ab. In der Folge begehrt die F auf Basis der Rückforderungsklausel aus dem Vertrag – schließlich mittels verwaltungsgerichtlicher Leistungsklage – die Rückzahlung der Stipendienzah- lungen. S meint, der Verwaltungsrechts- weg sei schon nicht einschlägig, es handle sich vielmehr um einen zivilrechtlichen Vertrag. Zwischen den Vertragspartnern bestünde doch ein Gleichordnungsverhältnis. Ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet?

Der Vertrag muss wegen § 1 I VwVfG auch ein solcher auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts sein.⁸⁹ Hier sind die bekannten Theorien zur Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht (Subordinationstheorie, Sonderrechtstheorie/modifizierte Subjektstheorie [h.M.], Interessentheorie)⁹⁰ heranzuziehen. Um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt es sich nach der modifizierten Subjektstheorie dann, wenn sich der Vertrag auf einen Sachverhalt bezieht, der nach Maßgabe öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu beurteilen ist. Dies sind Vorschriften, die einen Träger hoheitlicher Gewalt in jedem denkbaren An-

⁷⁸ So OVG Münster Urt. v. 19. 8. 1988 – 3 A 2570/86 (juris), Rn. 30.

⁷⁹ So BVerwG Urt. v. 6. 3. 1986 – 2 C 41/85 (juris), Rn. 28; OVG Bautzen Urt. v. 20. 4. 2017 – 3 A 402/15 (juris), Rn. 41.

⁸⁰ Diff. *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 3), § 62 Rn. 30 ff.

⁸¹ Hierzu auch *Drechsler* (Fn. 63), 417 f.

⁸² Baden-Württemberg: § 24 II 2 BWGemO; Sachsen: § 53 II 1 SächsGemO; Nordrhein-Westfalen: § 41 III NWGemO. Die h. M. nimmt eine unbeschränkte Vertretungsmacht des Bürgermeisters nach außen hin an, an der Verstöße gegen die Zuständigkeitsordnung im Innenverhältnis nichts ändern; s. stellv. VGH Mannheim NVwZ 1990, 892 (893). Die Erklärung des Bürgermeisters kann – in Anlehnung an die zivilrechtlichen Grundsätze zur Rechtsscheinsvollmacht – nur dann unwirksam sein, wenn der Vertragspartner »bei gehöriger Sorgfalt die Überschreitung der Vertretungsmacht des Bürgermeisters hätte erkennen können« (VGH Mannheim a. a. O.).

⁸³ Baden-Württemberg: §§ 48, 49, 50, 53 BWGemO; Sachsen: §§ 54, 55, 56, 59 SächsGemO; Nordrhein-Westfalen: § 68 NWGemO.

⁸⁴ Baden-Württemberg: § 51 BWGemO; Sachsen: § 57 SächsGemO; Nordrhein-Westfalen: § 72 NWGemO.

⁸⁵ Baden-Württemberg: § 54 BWGemO; Sachsen: § 60 SächsGemO; Nordrhein-Westfalen: § 64 NWGemO.

⁸⁶ OVG Bremen DVBl. 2020, 1607 (1608 f.).

⁸⁷ OVG Bremen DVBl. 2020, 1607 (1609).

⁸⁸ Nach VG Stade Urt. v. 18. 9. 2018 – 4 A 2477/17 (juris).

⁸⁹ Stellv. *Korte* (Fn. 61), § 54 Rn. 26.

⁹⁰ Hierzu näher *Krüger* JuS 2013, 598; *Thiel/Garcia-Scholz* JA 2001, 957; *Koehl* VR 2016, 186.

wendungsfall einseitig berechtigten oder verpflichteten. Auf die Art der Vertragspartner kommt es insoweit nicht an; abgestellt werden muss auf den *Inhalt* des Vertrages.⁹¹ Aufgrund der Norm des § 62 S. 2 BGB, der gerade eine Inbezugnahme zivilrechtlicher Formen ermöglicht, schließt eine Bezeichnung des Vertrages als »Dienstvertrag« oder »Kaufvertrag« den öffentlich-rechtlichen Charakter keinesfalls von vorneherein aus.⁹² In der Klausur, bei der die Abgrenzung regelmäßig schon im Rahmen der Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges i.S.d. § 40 I 1 VwGO vorzunehmen ist, empfiehlt es sich, an dieser Stelle *konkrete Normen* zu nennen, die nach Maßgabe der modifizierten Subjektstheorie untersucht werden.

Fraglich ist, wie die Abgrenzung vorzunehmen ist, wenn der Vertrag sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Elemente enthält, also ein *gemischter Vertrag* vorliegt. Während vereinzelt dafür plädiert wird, den Vertrag bereits dem öffentlichen Recht zuzuweisen, wenn er nur eine öffentlich-rechtliche Regelung enthält,⁹³ ist nach herrschender Auffassung ein öffentlich-rechtlicher Charakter dann gegeben, wenn der Schwerpunkt der vertraglichen Regelung im öffentlichen Recht liegt (Schwerpunkttheorie).⁹⁴ Der Vertrag ist dann in seiner Gesamtheit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren (Einheitstheorie).⁹⁵ Eine Trennung der Vertragsbestandteile soll nur dann möglich sein, wenn beide Teile selbstständige Regelungen enthalten und in keinem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.⁹⁶

Lösung Fall 2:

Der Verwaltungsrechtsweg müsste gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet sein.⁹⁷ Fraglich ist, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Der zwischen S und F geschlossene Vertrag müsste als öffentlich-rechtlich zu beurteilen sein, sich also auf einen Sachverhalt beziehen, der nach Maßgabe öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu beurteilen ist. Die Rückforderung der Fördermittel teilt als Kehrseite der Gewährung des Stipendiums auf Basis des Stipendienvertrags dessen rechtliche Einordnung.⁹⁸ Der Stipen-

dienvertrag dient dazu, durch Finanzierung der Vorbildung den Beamtennachwuchs des feuerwehrtechnischen Dienstes zu sichern.⁹⁹ Der Stipendienvertrag steht in einem engen Zusammenhang mit der beabsichtigten Übernahme des Beklagten in das Beamtenverhältnis auf Probe, das öffentlich-rechtlicher Natur ist. Dass Einstellungen im feuerwehrtechnischen Bereich regelmäßig im Rahmen eines Beamtenverhältnisses erfolgen, ergibt sich aus den landesrechtlichen Brandschutzgesetzen.¹⁰⁰ Die Vereinbarung der Beteiligten über die Studienförderung war insoweit lediglich eine Vorstufe zum Beamtenverhältnis. Auch das zwischen den Beteiligten bestehende Gleichordnungsverhältnis hindert die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht. Gerade die §§ 54 ff. VwVfG (und die entsprechenden landesrechtlichen Normen)¹⁰¹ zeigen, dass eine Behörde auch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag »auf Augenhöhe mit dem Betroffenen« schließen kann (im vorliegenden Fall: Austauschvertrag i.S.d. § 56 I 1 VwVfG).¹⁰² Der Verwaltungsrechtsweg ist mithin eröffnet.

c) Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten

Im Rahmen der Prüfung des Vertragsschlusses kann es in der Klausur gefordert sein, den öffentlich-rechtlichen Vertrag von anderen Rechtsinstituten abzugrenzen.¹⁰³ Am klausurrelevantesten,¹⁰⁴ aber auch am herausforderndsten¹⁰⁵ ist die Abgrenzung des Verwaltungsvertrags zu *Zusage und Zusicherung*.¹⁰⁶ Nach der traditionellen bundesverwaltungsgerichtlichen Definition meint die Zusage eine behördliche »hoheitliche Selbstverpflichtung mit Bindungswillen zu einem späteren Tun oder Unterlassen«. ¹⁰⁷ Die Zusicherung ist als Unterfall der Zusage in § 38 VwVfG geregelt und betrifft den (Nicht-)Erlass eines Verwaltungsaktes.¹⁰⁸ Wie beim öffentlich-rechtlichen Vertrag kann sich die Verwaltung also zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichten. Zur Abgrenzung muss maß-

⁹⁹ VG Stade Ur t. v. 18. 9. 2018 – 4 A 2477/17 (juris), Rn. 53.

¹⁰⁰ S. den im Urteil relevanten § 10 I 1 BrandschutzG-ND.

¹⁰¹ S. o. Fn. 26.

¹⁰² Zu einem Verstoß gegen das Koppelungsverbot sub III. 3. a) (4) aa) (d).

¹⁰³ S. im Rahmen von Fallbearbeitungen *Diederichsen* (Fn. 8), 61 ff.; *Rosenfeldt* (Fn. 8), 147 ff.

¹⁰⁴ S. Fn. 103.

¹⁰⁵ Paradigmatisch *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 14 Rn. 23, die lediglich darauf hinweisen, dass zwischen beiden Rechtsinstituten eine »Parallele« besteht.

¹⁰⁶ Str. ist in diesem Zusammenhang die Einordnung sog. *Berufungsvereinbarungen*; s. VG Magdeburg Besch l. v. 5. 7. 2017 – 7 B 107/17 (juris), Rn. 9 (pro Zusage) einerseits und OVG Münster Ur t. v. 27. 11. 1996 – 25 A 3079/93 (juris), Rn. 5 ff. (pro Vertrag) andererseits.

¹⁰⁷ BVerwGE 26, 31 (36).

¹⁰⁸ Hierzu näher *Kingler/Krebs* JuS 2010, 1059; *Hebeler/Schäfer* JURA 2010, 881.

⁹¹ Eingehend *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 3), § 54 Rn. 54 ff. Indizien können nach *Maurer/Waldhoff* ([Fn. 1], § 14 Rn. 13) sein: Vollzug öffentlich-rechtlicher Rechtsnormen, Verpflichtung zum Erlass einer Amtshandlung, Bezug zu öffentlich-rechtlicher Berechtigung oder Verpflichtung des Bürgers.

⁹² *Gurlit* (Fn. 7), 661.

⁹³ Statt weniger *Ule/Laubinger* (Fn. 35), § 68 Rn. 5.

⁹⁴ BVerwGE 42, 331 (332 f.); *Höfling/Krings* (Fn. 40), 627.

⁹⁵ Hierzu auch *Peine/Siegel* (Fn. 1), Rn. 228: Der Vertrag soll grds. nicht aufgespalten werden, um das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung einheitlich beurteilen zu können.

⁹⁶ BVerwGE 84, 183 (185 f.).

⁹⁷ Für Ansprüche des Staates gegen den Bürger gilt § 40 II 1 Hs. 1 VwGO nicht; s. unten sub VI.

⁹⁸ VG Stade Ur t. v. 18. 9. 2018 – 4 A 2477/17 (juris), Rn. 53.

geblich darauf abgestellt werden, ob die Erklärungen der Behörde auf die Herbeiführung eines Rechtserfolges auf Basis einer *Einigung* gerichtet ist, oder ob es sich um ein *einseitiges* behördliches Leistungsversprechen handelt.¹⁰⁹

Bei *zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten* wie bspw. der Beamtenernennung hängt die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes von der Zustimmung des betroffenen Privaten ab.¹¹⁰ Maßgebliches Indiz für die Abgrenzung ist, ob der Private auf die *inhaltliche Gestaltung* des Vertrages Einfluss nehmen kann. Ist dies der Fall, ist tendenziell ein Vertrag anzunehmen. Kann er lediglich durch Verweigerung der Zustimmung die behördliche Regelung verhindern, liegt ein Verwaltungsakt vor.¹¹¹ Letztlich ist der nach den Gesamtumständen zu ermittelnde subjektive Wille der Beteiligten entscheidend.¹¹² Bei *Verwaltungsakten mit Nebenbestimmung* ist wie zur Zusage bzw. Zusicherung abzugrenzen; maßgeblich kommt es darauf an, ob die Behörde eine *einseitige* Rechtsfolgenanordnung trifft.¹¹³ Anzumerken ist, dass auch bei Verträgen, die einen Verwaltungsakt vorbereiten oder ersetzen, von Vertragsqualität (§ 54 S. 2 VwVfG) auszugehen ist. Die Regelung, bspw. eine Baugenehmigung, kann dabei entweder in dem Vertrag selbst ergehen (*Verfügungsvertrag*) oder erst einen Anspruch des Vertragspartners auf Erlass des Verwaltungsaktes begründen (*Verpflichtungsvertrag*).

Führen diese Hilfestellungen zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist darauf abzustellen, ob ein Über-Unterordnungs- oder ein Gleichordnungsverhältnis zwischen Verwaltung und Privaten besteht.¹¹⁴

d) Kein Vertragsform- oder Vertragsinhaltsverbot

Fall 3:¹¹⁵ Vorhabenträger V schließt mit der Stadt S einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über das in der Innenstadt von S geplante Bauvorhaben B. Der Vertrag nimmt auf das »Städtebauliche Entwicklungskonzept« der S Bezug, nach dem großflächiger zentrenrelevanter Einzelhandel nur im zentralen Versorgungsbereich der Innenstadt von S zulässig ist, und sieht vor, dass V sich verpflichtet, das Vorhaben B nach Maßgabe des Rahmenplans zu verwirklichen. Unter anderem wird im Vertrag festgesetzt, dass im Erdgeschoss des Gebäudes ausschließlich gewerbliche Nutzungen und in den Obergeschossen Räume für freie Berufe i. S. d. § 13 BauNVO zulässig sind. S verpflichtet sich

im Vertrag zur Erteilung einer Baugenehmigung an S für ein Vorhaben, das den Anforderungen des Entwicklungsplans und den im Vertrag enthaltenen Festsetzungen entspricht. Nach Abschluss des Vertrages wendet sich V an S und beantragt die Erteilung einer Baugenehmigung auf Grundlage der vertraglichen Vereinbarung. Da sein Vorhaben die dort genannten Voraussetzungen erfülle, müsse ihm die Genehmigung erteilt werden. Die Stadt S hat aber mittlerweile ihre Meinung geändert und würde das betreffende Grundstück in der Innenstadt lieber mit hochpreisigen Mietwohnungen bebauen lassen. S argumentiert, sie fühle sich an den Vertrag nicht gebunden, da dieser ohnehin unzulässig sei. V will dies nicht hinnehmen und erhebt eine zulässige Verpflichtungsklage gem. § 42 I Alt. 2 VwGO auf Erteilung der Genehmigung. Ist die Klage begründet?

Die Verwendung der Handlungsform und der Inhalt des öffentlich-rechtlichen Vertrags müssen auch zulässig sein. § 54 S. 1 VwVfG, der formuliert, dass ein solcher Vertrag geschlossen werden kann, sofern Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen, enthält eine *Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt*.¹¹⁶ Die Handlungsform Vertrag ist damit grundsätzlich zulässig, es sei denn, Gesetze formulieren diesbezügliche Verbote.¹¹⁷ Diese können sich auf Form und Inhalt des Vertrages beziehen.¹¹⁸ Die Verbote müssen nicht ausdrücklich formuliert sein, sondern können sich auch aus Systematik, Sinn und Zweck konkludent ergeben.¹¹⁹ Besteht kein Vertragsformverbot, kommt der Behörde hinsichtlich der Handlungsform Auswahlermessen zu.¹²⁰

Die Unzulässigkeit von *Bauleitplanungsverpflichtungsverträgen*, die aus § 1 III 2 Hs. 2 BauGB folgt (Inhaltsverbot), ist für die Fallbearbeitung besonders bedeutsam.¹²¹ Hiernach sind vertragliche Vereinbarungen über Erlass, Aufhebung, Änderung oder Beibehaltung von Flächennutzungs- und Bebauungsplänen unzulässig. Diese Norm schützt die Öffentlichkeitsbeteiligung sowie das ergebnisoffene Verfahren der gerechten Abwägung der öffentlichen wie privaten Belange.¹²² Typischerweise werden deshalb nur die Verpflichtungen des Bauherrn vertraglich fixiert, während die Pflicht der Gemeinde zur Planaufstellung wegen § 1 III 2 Hs. 2 BauGB ungeregt bleibt.¹²³ Es handelt sich daher regelmäßig um hinkende Austauschverträge.¹²⁴ Zu beachten ist, wie oben bereits ausgeführt, dass § 11 BauGB solche Verträge ausdrücklich anerkennt, die im Zu-

¹⁰⁹ Rozek (Fn. 43), § 54 Rn. 35.

¹¹⁰ Hierzu näher Peine/Siegel (Fn. 1), Rn. 389 ff.

¹¹¹ Ähnl. Höfling/Krings (Fn. 40), 626.

¹¹² Maurer/Waldhoff (Fn. 1), § 14 Rn. 21; s. auch Kämmerer (Fn. 36), § 54 Rn. 34 ff.

¹¹³ Kopp/Ramsauer/Tegethoff VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 54 Rn. 24.

¹¹⁴ Rozek (Fn. 43), § 54 Rn. 36.

¹¹⁵ Nach VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 957.

¹¹⁶ Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 3), § 54 Rn. 92.

¹¹⁷ S. bereits oben Fn. 72 zu § 53 II SGB X.

¹¹⁸ VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 957 (958); Voßkuhle/Kaiser JuS 2013, 687 (687 f.).

¹¹⁹ Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 3), § 54 Rn. 97.

¹²⁰ Gurlit (Fn. 61), § 32 Rn. 6; Höfling/Krings (Fn. 40), 628.

¹²¹ Stellv. Peine/Siegel (Fn. 1), Rn. 750.

¹²² Hofmann (Fn. 63), § 11 Rn. 35.

¹²³ Ausf. Erbguth VerwArch 89 (1998), 189 (214 f.).

¹²⁴ Hierzu unten Fall 6.

sammenhang mit der Bauleitplanung und ihrer Durchführung stehen.¹²⁵ In der Klausur sind von diesen zulässigen Konstellationen, die schwerpunktmäßig die Realisierung der Bauleitplanung betreffen, trennscharf solche unzulässigen vertraglichen Regelungen zu unterscheiden, die die Gemeinde zu Erlass/Aufhebung/Änderung/Beibehaltung des Bauleitplans *verpflichten*. Konkret verbietet § 1 III 2 Hs. 2 BauGB primär rechtliche, aber auch faktische Bindungen der Gemeinde, wenn diese in ihrer Intensität einer Rechtspflicht gleichkommen und eine ergebnisoffene Abwägung gefährden.¹²⁶ Nicht zu beanstanden ist es dagegen, wenn die Gemeinde sich verpflichtet, die Belange des Bauherrn i. S. v. § 1 VII BauGB in der Abwägung (ergebnisoffen) zu *berücksichtigen*, also die angeregte Planungsalternative in das Planungsverfahren einzubeziehen.¹²⁷ In unklaren Fällen muss bereits an dieser Stelle intensiv mit den Hinweisen aus dem Sachverhalt argumentiert werden.

§ 2 III Nr. 2 VwVfG nimmt nicht auf die §§ 54 ff. VwVfG Bezug, woraus folgt, dass Behörden bei *Leistungs-, Eignungs- und ähnlichen Prüfungen* von Personen nicht auf die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags zurückgreifen können (Formverbot).

Die Beamtenernennung darf gem. § 8 II 1 BeamtStG nur in Form von Urkunden ergehen, weshalb öffentlich-rechtliche Verträge im *öffentlichen Dienstrecht* im Grundsatz unzulässig sind (Formverbot). Gleiches gilt für Beamtenentlassung (§ 23 BeamtStG), -besoldung (§ 2 II BeamtBesG) und -versorgung (§ 3 II BeamtVersG). Ferner sind die Beamtengesetze dergestalt zwingend, dass gesetzliche Pflichten nicht vertraglich abbedungen oder gesetzlich nicht vorgesehene Pflichten vertraglich begründet werden können.¹²⁸ Ansonsten sind vertragliche Regelungen wie in *Fall 2* aber zulässig, die nicht den Kernbereich des Beamtenrechts betreffen.¹²⁹

Im *Abgabenrecht* folgt aus § 155 I AO, wonach die Steuern durch Steuerbescheid festzusetzen sind, ein diesbezügliches Vertragsformverbot. Zudem sind die §§ 54 ff. VwVfG gem. § 2 II Nr. 1 VwVfG auf Verfahren der Bundes- und Landesfinanzbehörden nach der AO nicht anwendbar. Nach herrschender Ansicht scheiden Verträge im Abgabenrecht vor dem Hintergrund von Art. 20 III GG (Gesetzmäßigkeit der Besteuerung) generell aus.¹³⁰

Umstritten ist, ob ein Verstoß gegen ein Vertragsform- oder -inhaltsverbot zur Nichtigkeit gem. § 54 S. 1 VwVfG direkt¹³¹ oder erst über § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB i. V. m. § 54 S. 1 VwVfG¹³² führt. Der Streit kann aufgrund Ergebnisgleichheit in der Klausur angedeutet und offen gelassen werden. Kommt der Bearbeiter bereits an diesem Punkt der Klausur zu einer Nichtigkeit des Vertrages, ist hilfsgutachterlich weiterzuprüfen. Will der Bearbeiter einen solch frühen Einstieg ins Hilfsgutachten vermeiden, ist es auch möglich, eine etwaige Nichtigkeit gem. § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB i. V. m. § 54 S. 1 VwVfG erst weiter unten im Rahmen der materiellen Wirksamkeit zusammen mit ggf. vorliegenden weiteren Nichtigkeitsgründen anzusprechen.¹³³

Lösung Fall 3:

Die Verpflichtungsklage des V ist begründet, soweit die Unterlassung des begehrten Verwaltungsakts rechtswidrig ist und den Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt (§ 113 V 1 VwGO). V könnte ein Anspruch auf Erteilung der begehrten Baugenehmigung aus dem mit S geschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag zustehen. Dieser müsste wirksam sein. Der Vertrag wurde wirksam geschlossen. Er dient der städtebaulichen Entwicklung und Ordnung, weshalb er – s. § 1 III BauGB – als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist. Fraglich ist, ob ein Handlungsformverbot greift, das zu einer Nichtigkeit des Vertrages aus § 59 I VwVfG, § 134 BGB, § 54 S. 1 VwVfG (h. M.) führt. Die Vertragsform als solche ist im Baurecht nicht unzulässig, s. § 11 BauGB. Die Stadt S verpflichtet sich im Vertrag nicht zur Aufstellung oder Änderung eines Bauleitplans, weshalb auch das Handlungsformverbot des § 1 III 2 Hs. 2 BauGB nicht greift. Vielmehr enthält der Vertrag *selbst* einige bauleitplanerische Festsetzungen. Der *Inhalt* des Vertrages könnte nach Maßgabe des BauGB unzulässig sein. § 1 I BauGB (sog. *Grundsatz der Planmäßigkeit*) bestimmt, dass es Aufgabe der Bauleitplanung ist, die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde nach Maßgabe des BauGB vorzubereiten und zu leiten. Gegen diese Vorgaben verstößt ein von der Gemeinde geschlossener städtebaulicher – sog. *bebauungsplanersetzender* – Vertrag, mit dem diese ihre nicht in einem Bebauungsplan normierten städtebaulichen Vorstellungen durchzusetzen versucht.¹³⁴ Durch den Vertragsschluss umgeht die Gemeinde in nicht hinzunehmender Weise die im BauGB normierten formellen und materiellen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Festsetzungen in einem Bebauungsplan sowie die nach der VwGO vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Bebauungspläne (§ 47 I Nr. 1 VwGO).¹³⁵ Der zwischen V und S geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag ist daher aufgrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Planmäßigkeit gem. (§ 59 I VwVfG, § 134 BGB,) § 54 S. 1 VwVfG, § 1 I BauGB nichtig und stellt keine taugliche Anspruchsgrundlage für einen Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung dar. Die zulässige Verpflichtungsklage ist unbegründet.

¹²⁵ Hierzu oben sub II. 5 b).

¹²⁶ *Ennschat/Ibler/Remmert* Öffentliches Recht in Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 91.

¹²⁷ *Stelkens* (Fn. 39), 854.

¹²⁸ *Rozek* (Fn. 43), § 54 Rn. 66.

¹²⁹ *Peine/Siegel* (Fn. 1), Rn. 751.

¹³⁰ Stellv. BFHE 193, 494 (498); BVerwGE 8, 329 (330); a. A. *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 3), § 54 Rn. 121; *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 14 Rn. 4.

¹³¹ So stellv. *Krebs* VerwArch 72 (1981), 49 (54); *Erichsen* (Fn. 30), 50.

¹³² So die h. M.; s. stellv. *Maurer/Waldhoff* (Fn. 1), § 14 Rn. 47; *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 3), § 54 Rn. 105.

¹³³ Hierzu unten sub III. 3. b).

¹³⁴ VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 957 (959).

¹³⁵ VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 957 (959).

2. Formale Wirksamkeit

a) Zuständigkeit

Der den öffentlich-rechtlichen Vertrag abschließende Träger öffentlicher Gewalt muss in sachlicher sowie in örtlicher Hinsicht zur Abgabe der auf den Vertragsschluss gerichteten öffentlich-rechtlichen Willenserklärung zuständig sein.¹³⁶ Die Zuständigkeit bestimmt sich, soweit vorhanden, nach dem jeweiligen Fachrecht.

b) Form (§ 57 VwVfG)

§ 57 VwVfG statuiert für alle Arten öffentlich-rechtlicher Verträge ein Schriftformerfordernis, sofern nicht andere Rechtsvorschriften die Beachtung einer abweichenden Form anordnen.¹³⁷ Nach ganz herrschender Meinung können auch Rechtsverordnungen sowie Satzungen eine abweichende Form anordnen.¹³⁸

aa) Entsprechende Anwendbarkeit des § 126 I BGB

Nach § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 126 I BGB muss eine Urkunde vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens (vgl. §§ 39 ff. BeurkG) unterzeichnet sein, um dem Erfordernis der Schriftform zu genügen. Unter Berufung auf die Gesetzsystematik wendet eine verbreitete Literaturansicht § 62 S. 1 VwVfG i. V. m. § 37 III VwVfG an, wonach auf Seiten der vertragschließenden Behörde die Unterschrift auch in faksimilierter, gedruckter oder maschinenschriftlicher Form erfolgen kann.¹³⁹

bb) Entsprechende Anwendbarkeit des § 126 II 1 BGB

§ 62 S. 2 VwVfG verweist auch auf § 126 II 1 BGB, der den Grundsatz der Urkundeneinheit normiert; umstritten ist, ob dieser Grundsatz auf öffentlich-rechtliche Verträge entsprechende Anwendung findet.¹⁴⁰ Im Falle von den Bürger einseitig verpflichtenden öffentlich-rechtlichen Verträgen

hat es das BVerwG zur Einhaltung der Schriftform des § 57 VwVfG genügen lassen, dass dem schriftlichen Antrag auf Vertragsschluss eine eindeutige behördliche Annahmeerklärung entspricht.¹⁴¹ Einen koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag sah das BVerwG als dem Schriftformerfordernis genügend an, wenn sich aus einem Briefwechsel der Vertragsschließenden unzweideutig die Zusammengehörigkeit der schriftlichen Antrags- und Annahmeerklärungen ergibt.¹⁴²

Gegen die Rechtsprechung des BVerwG ist eingewandt worden, diese laufe faktisch auf die Anwendung des § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 127 II 1 BGB hinaus, welcher aber nur rechtsgeschäftlich vereinbarte, nicht aber gesetzlich angeordnete Schriftformerfordernisse wie § 57 VwVfG umfasse.¹⁴³ Dem Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG kommt jedoch insbesondere eine Warn- sowie eine Beweisfunktion zu;¹⁴⁴ da in den Fallgruppen, in welchen das BVerwG vom Erfordernis einer Urkundeneinheit absieht, der Nachweis des Vertragsschlusses sowie des Vertragsinhaltes in dauerhafter Form erbracht werden kann, werden die mit § 57 VwVfG verfolgten Formzwecke vollständig gewahrt.¹⁴⁵ Ein Teil des Schrifttums stimmt der Rechtsprechung des BVerwG zu, hält jedoch außerhalb der dortigen Fallgruppen am Erfordernis der Urkundeneinheit fest.¹⁴⁶ Der überwiegende Teil der Literatur sowie ein Teil der Rechtsprechung überträgt die von den Schriftformzwecken geleitete Auslegung des § 57 VwVfG durch das BVerwG im Grundsatz auch auf zweiseitig verpflichtende subordinationsrechtliche Verträge und geht damit im Ergebnis von der Entbehrlichkeit des Grundsatzes der Urkundeneinheit im Geltungsbereich des VwVfG aus.¹⁴⁷

cc) Rechtsfolgen

Wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ohne Beachtung der Schriftform des § 57 VwVfG bzw. einer durch Rechtsvorschrift angeordneten anderen Form abgeschlossen, ist er gem. §§ 59 I, 62 S. 2 VwVfG i. V. m. § 125 S. 1 BGB formnichtig.¹⁴⁸ Die Berufung auf die Formnichtigkeit kann in seltenen Fällen unzulässiger Rechtsausübung durch den auch

¹³⁶ Detterbeck (Fn. 26), Rn. 806.

¹³⁷ Bader/Ronellenfitsch/Spieth BeckOK-VwVfG, 52. Ed., Stand: 1. 7. 2021, § 57 Rn. 1; zur Frage, ob durch andere Rechtsvorschriften i. S. d. § 57 VwVfG lediglich strengere Formerfordernisse angeordnet werden können, s. Ule/Laubinger (Fn. 35), § 69 Rn. 10 einerseits sowie Fehling/Kastner/Störmer/Fehling HK-VerwR, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 57 Rn. 12 andererseits.

¹³⁸ Peine/Siegel (Fn. 1), Rn. 759.

¹³⁹ Korte (Fn. 61), § 54 Rn. 58.

¹⁴⁰ Detterbeck (Fn. 26), Rn. 807.

¹⁴¹ BVerwGE 96, 326 (332 ff.).

¹⁴² BVerwG NVwZ 2005, 1083 (1084).

¹⁴³ Detterbeck (Fn. 26), Rn. 807.

¹⁴⁴ Erbguth/Guckelberger Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 24 Rn. 18.

¹⁴⁵ Fehling (Fn. 137), VwVfG § 57 Rn. 16.

¹⁴⁶ Ziekow VwVfG, 4. Aufl. 2020, § 57 Rn. 4.

¹⁴⁷ Spieth (Fn. 137), § 57 Rn. 16.

¹⁴⁸ Spieth (Fn. 137), § 57 Rn. 18.

im Verwaltungsrecht Anwendung findenden Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen sein.¹⁴⁹

c) Zustimmung (§ 58 VwVfG)

aa) § 58 I VwVfG

Gem. § 58 I VwVfG wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, erst wirksam, wenn der Dritte seine schriftliche Zustimmung erteilt. Dritter i. S. d. § 58 I VwVfG ist jede beteiligungsfähige natürliche oder juristische Person, welche Trägerin eines vom Inhalt des öffentlich-rechtlichen Vertrages tangierten subjektiv-öffentlichen Rechts ist.¹⁵⁰

Einen Eingriff stellt i. R. d. § 58 I VwVfG grundsätzlich jede Beeinträchtigung eines subjektiv-öffentlichen Rechts zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses dar.¹⁵¹ Ein Eingriff setzt eine rechtliche Beeinträchtigung des *status quo ante* voraus; diese kann durch behördliches Tun oder Unterlassen erfolgen und muss nicht final erfolgen.¹⁵² Die wohl herrschende Auffassung versteht unter Eingriffen i. S. d. § 58 I VwVfG lediglich – ohne Zustimmung – rechtswidrige Eingriffe.¹⁵³

Umstritten ist die Reichweite des Eingriffsbegriffes im Rahmen des § 58 I VwVfG; dahinter steht die Frage, ob die Norm sowohl auf Verfügungs- als auch auf Verpflichtungsverträge Anwendung findet. Öffentlich-rechtliche Verträge, welche eine drittbelastende Verfügung enthalten, stellen einen Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechte Dritter dar und erfordern stets die schriftliche Zustimmung des belasteten Dritten.¹⁵⁴ Für öffentlich-rechtliche Verträge, welche die Verwaltung verpflichten, in Rechte Dritter einzugreifen, wird ein Eingriff i. S. d. § 58 I VwVfG teilweise mit der Begründung verneint, dass nicht schon der Abschluss des Verpflichtungsvertrages, sondern erst der spätere Verfügungsvertrag einen Eingriff in Rechte Dritter darstelle.¹⁵⁵ Die wohl herrschende Ansicht nimmt an, dass auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungsverträge aufgrund ihrer mittelbaren Eingriffswirkung einen Eingriff i. S. d. § 58 I VwVfG darstellen.¹⁵⁶

Der betroffene Dritte kann seine Zustimmung vor dem Vertragsschluss (Einwilligung) oder nachträglich (Genehmigung) wahlweise gegenüber beiden Vertragsparteien erklären (vgl. § 182 I BGB analog¹⁵⁷).¹⁵⁸ Bis zur Erteilung der schriftlichen Zustimmung des Dritten ist der öffentlich-rechtliche Vertrag schwebend unwirksam; die Versagung der Zustimmung macht den Vertrag endgültig und mit Wirkung *ex tunc* unwirksam.¹⁵⁹ Erteilt der Dritte seine Zustimmung, wirkt diese auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück und macht den Vertrag *ex tunc* wirksam (vgl. § 184 I BGB analog).¹⁶⁰ § 58 I VwVfG normiert keine Frist, innerhalb welcher der Dritte seine Zustimmung erklären muss; nach herrschender Auffassung kann ihm jedoch eine nach den Umständen des Einzelfalls angemessene Frist gesetzt werden.¹⁶¹ Schweigt der Dritte bis zum Ablauf einer solchen Frist oder äußert er sich auf eine Anfrage eines Vertragsteils bis zum Ablauf einer angemessenen Wartezeit nicht, ist dies als Versagung der Genehmigung anzusehen.¹⁶²

bb) § 58 II VwVfG

§ 58 II VwVfG bestimmt, dass öffentlich-rechtliche Verträge, welche einen Verwaltungsakt ersetzen, an dessen Erlass eine weitere Behörde mitwirken müsste, erst dann wirksam werden, wenn jene Behörde in der angeordneten Form mitgewirkt hat.¹⁶³ Ergeht eine Baugenehmigung in der Form eines (Verfügungs-)Vertrags, hängt die Wirksamkeit dieses Vertrags wegen § 58 II VwVfG grundsätzlich von dem Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 I BauGB ab.¹⁶⁴ Der bereits i. R. v. Absatz 1 geführte Streit über die Anwendbarkeit auf Verpflichtungsverträge ist hier in entsprechender Weise zu führen.¹⁶⁵

Danksagung: Die Autoren danken Herrn *Dr. Torben Ellerbrot*, Mag. rer. publ., für kritische Lektüre des Manuskripts und hilfreiche Anmerkungen.

¹⁴⁹ Ziekow (Fn. 146), § 58 Rn. 7.

¹⁵⁰ Tegethoff (Fn. 113), § 58 Rn. 5.

¹⁵¹ Gurlit (Fn. 61), § 32 Rn. 1.

¹⁵² Tegethoff (Fn. 113), § 58 Rn. 5 a.

¹⁵³ BGH BeckRS 2019, 22578 Rn. 47; Mann/Sennekamp/Uechtritz/Mann NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 58 Rn. 20.

¹⁵⁴ Korte (Fn. 61), § 54 Rn. 53.

¹⁵⁵ OVG Lüneburg NVwZ 2000, 1309 (1309 f.); Brüning/Bosesky (Fn. 8), 1380 f.

¹⁵⁶ Gurlit (Fn. 61), § 32 Rn. 1.

¹⁵⁷ Zu dieser Analogie s. Knack/Henneke/Schliesky VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 58 Rn. 25, § 62 Rn. 4.

¹⁵⁸ Gurlit (Fn. 61), § 32 Rn. 1.

¹⁵⁹ Gurlit (Fn. 61), § 32 Rn. 1.

¹⁶⁰ Gurlit (Fn. 61), § 32 Rn. 1.

¹⁶¹ Fehling (Fn. 137), VwVfG § 58 Rn. 23.

¹⁶² Schliesky (Fn. 157), § 58 Rn. 22.

¹⁶³ Korte (Fn. 61), § 54 Rn. 53; s. hierzu Fall 9.

¹⁶⁴ Spieth (Fn. 137), § 58 Rn. 15.

¹⁶⁵ Mann (Fn. 153), § 58 Rn. 36.