

## Grundstudium ÖR

Paul Hüther\*, Johannes Blänsdorf und André Lepej

# Der öffentlich-rechtliche Vertrag gem. §§ 54 ff. VwVfG – Teil 2

<https://doi.org/10.1515/jura-2021-2994>

*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. Nachdem im ersten Teil des zweiteiligen Aufsatzes insbesondere die Vertragsarten, das Zustandekommen des Vertrages, Vertragsform- und -inhaltsverbote und die formelle Wirksamkeit behandelt wurden, fokussiert der hier vorliegende zweite Teil auf die Nichtigkeit des Vertrages und Fragen des Rechtsschutzes.*

## III. Anspruch entstanden

### 3. Materielle Wirksamkeit

Nach § 59 I, II VwVfG wirken sich nur bestimmte Rechtsverstöße auf die Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages aus.<sup>1</sup> Die bloße Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages begründet somit – im Unterschied zum Verwaltungsakt (vgl. § 113 I 1 VwGO) – noch kein Recht des Betroffenen, dessen gerichtliche Aufhebung zu verlangen.<sup>2</sup> Die Loslösung von einem rechtswidrigen, aber wirksamen öffentlich-rechtlichen Vertrag kommt vielmehr nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 60,

62 VwVfG, namentlich im Fall einer Leistungsstörung, in Betracht.<sup>3</sup> Während der Verwaltungsakt in seinem Fehlerfolgenregime also zwischen Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit differenziert, kennt der öffentlich-rechtliche Vertrag mit der Nichtigkeit nur eine Fehlerfolge.<sup>4</sup> Die differenzierten Nichtigkeitstatbestände in § 59 I, II VwVfG sollen dabei einen Ausgleich zwischen dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) und dem Prinzip der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) herstellen.<sup>5</sup> Das Vertrauen des Bürgers in den Bestand des geschlossenen Vertrages soll geschützt und zugleich verhindert werden, dass die Behörde sanktionslos rechtswidrige Verträge abschließt.<sup>6</sup> In der Klausur muss im Blick behalten werden, dass aus der bloßen Rechtswidrigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages für das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien nichts folgt.

§ 59 II VwVfG zählt spezielle Nichtigkeitsgründe auf, während § 59 I VwVfG generalklauselartig auf die Nichtigkeitsvorschriften des BGB verweist. Aus dieser Systematik folgt, dass ein Rückgriff auf § 59 I VwVfG insoweit gesperrt ist, als eine bestimmte Fehlerfolge sachlich durch § 59 II VwVfG abschließend geregelt ist.<sup>7</sup> Insbesondere dürfen die spezifischen gesetzlichen Wertungen des § 59 II VwVfG nicht durch einen Rekurs auf die allgemeine Norm des § 59 I VwVfG unterlaufen werden.<sup>8</sup> Folglich muss § 59 II VwVfG im Klausuraufbau vor § 59 I VwVfG geprüft werden.<sup>9</sup> Zu beachten ist hierbei, dass § 59 II VwVfG nur auf »Verträge im Sinne des § 54 S. 2« anwendbar ist und damit allein für subordinationsrechtliche Verträge gilt; die (weniger klausurrelevanten) koordinationsrechtlichen Verträge sind deshalb nur an § 59 I VwVfG zu messen.<sup>10</sup>

1 S. bereits sub II. 2.

2 *Erbguth/Guckelberger* Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2020, § 24 Rn. 21; *Erichsen JURA* 1994, 47 (47).

\***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 *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2021, Rn. 812.

4 *Fehling/Kastner/Störmer/Fehling HK-VerwR*, 5. Aufl. 2021, VwVfG § 56 Rn. 1.

5 *Stelkens DVBl.* 2012, 609 (609 ff.).

6 *Bader/Ronellenfitsch/Spieth BeckOK-VwVfG*, 51. Ed., Stand: 1. 4. 2021, § 59 Rn. 3.

7 *Peine/Siegel* Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2020, Rn. 785.

8 *Fehling* (Fn. 4), VwVfG § 59 Rn. 11; *Erichsen* (Fn. 2), 48.

9 *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 2), § 24 Rn. 22.

10 *Spieth* (Fn. 6), § 59 Rn. 5.

## a) Nichtigkeit gem. § 59 II VwVfG

### aa) § 59 II Nr. 1 VwVfG

Nach § 59 II Nr. 1 VwVfG sind öffentlich-rechtliche Verträge unter den Voraussetzungen nichtig, unter denen auch Verwaltungsakte nichtig sind. Auf diese Weise wird ein partieller Gleichlauf zwischen dem Fehlerfolgenregime von Verwaltungsakten und den sie substituierenden subordinationsrechtlichen Verträgen hergestellt.<sup>11</sup> Zu prüfen ist deshalb § 44 VwVfG.

§ 59 II Nr. 1 i. V. m. § 44 I VwVfG ordnet die Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages an, soweit er an einem *besonders schwerwiegenden* Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände *offensichtlich* ist. Als Faustregel gilt, dass die Fehlerfolge ihrer Schwere nach mit den in § 44 II VwVfG ausdrücklich aufgelisteten Nichtigkeitsgründen zumindest vergleichbar sein muss.<sup>12</sup> § 59 II Nr. 1 i. V. m. § 44 II VwVfG listet sodann einzelne Nichtigkeitsgründe positiv auf.

**Beispiele:** Wird die Zusicherung der Einstellung in das Beamtenverhältnis von einem finanziellen Beitrag und damit von einem leistungs- und eignungs-fremden Gesichtspunkt abhängig gemacht, begründet der hierin liegende Verstoß gegen den verfassungsmäßigen Leistungsgrundsatz des Art. 33 II GG die Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 1 i. V. m. § 44 I VwVfG.<sup>13</sup> Gleiches gilt für die Mitwirkung einer nach § 20 I Nr. 1 VwVfG ausgeschlossenen Person am Vertragsschluss.<sup>14</sup> Der Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 1 i. V. m. § 44 I VwVfG unterfällt ferner das Handeln einer *absolut sachlich unzuständigen* Behörde. Dies ist dann der Fall, wenn eine Behörde tätig wird, die unter keinem wie auch immer gearteten Umstand mit der Sache befasst sein kann.<sup>15</sup> Beispielhaft sei das Handeln des Finanzamts anstelle der Baurechtsbehörde genannt.<sup>16</sup>

### bb) § 59 II Nr. 2 VwVfG

Vermittelt über § 59 II Nr. 2 VwVfG löst bereits ein schlichter Gesetzesverstoß die Nichtigkeitsfolge aus, wenn der Verstoß *nicht nur einen bloßen Verfahrens- oder Formfehler* i. S. v. § 46 VwVfG betrifft und beiden Vertragsparteien die

*Rechtswidrigkeit bekannt* war.<sup>17</sup> Wissen die Parteien nämlich um die Rechtswidrigkeit bei Abschluss des Vertrages, kommt eine Einschränkung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht mehr in Betracht.<sup>18</sup> Ob § 59 II Nr. 2 VwVfG jedoch nur unter der erhöhten Voraussetzung eines kollusiven Vorgehens einschlägig ist, ist umstritten, sollte aber richtigerweise verneint werden, da sich dem Wortlaut keine derartige Einschränkung entnehmen lässt und die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Parteien bereits durch die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit abgewertet ist.<sup>19</sup>

§ 59 II Nr. 2 VwVfG nimmt solche Verfahrens- und Formfehler aus seinem Regelungsgehalt aus, die nach § 46 VwVfG trotz ihrer Rechtswidrigkeit nicht zur Aufhebung eines entsprechenden Verwaltungsaktes berechtigen würden, weil sie sich offensichtlich nicht kausal auf die behördliche Entscheidung ausgewirkt haben.<sup>20</sup> Indes führen die meisten formellen Mängel bereits auf anderem Wege zur Nichtigkeit (bspw. § 59 I VwVfG i. V. m. § 125 BGB i. V. m. § 57 VwVfG) bzw. zur schwebenden Unwirksamkeit (§ 58 VwVfG) des Vertrages.<sup>21</sup> Ihren Hauptanwendungsbereich hat § 59 II Nr. 2 VwVfG deshalb vor allem bei Verstößen gegen materielles Recht.<sup>22</sup>

Den Vertragsparteien muss die *Rechtswidrigkeit* des Vertrages (nicht bloß die zur Rechtswidrigkeit führenden Tatsachen) *positiv bekannt* sein; grob fahrlässige Unkenntnis genügt nicht.<sup>23</sup> Entscheidend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>24</sup> Von den Parteien wird keine genaue Rechtskenntnis verlangt, sondern für ausreichend erachtet, dass diese »aufgrund einer »Parallelwertung in der Laiensphäre« wissen, dass das Vereinbarte »nicht richtig« sein kann.«<sup>25</sup> Auch muss sich die Kenntnis der Vertragsschließenden nicht auf denselben Nichtigkeitsgrund beziehen.<sup>26</sup> Sind mehr als zwei Vertragspartner beteiligt, greift § 59 II Nr. 2 VwVfG nach h.M. aus Schutzzweckerwägungen schon dann ein, wenn auch nur bei zwei Vertragspartnern

<sup>11</sup> Schoch/Schneider/Brosius-Gersdorf VwVfG, Stand: 7/2020, § 59 Rn. 137.

<sup>12</sup> Bader/Ronellenfitsch/Schlemmer BeckOK-VwVfG, 51. Ed., Stand: 1. 4. 2021, § 44 Rn. 19.

<sup>13</sup> OVG Lüneburg BeckRS 2002, 20711; s. hierzu die Falllösung bei Kleine Holthaus JuS 2005, 531.

<sup>14</sup> VGH München BeckRS 2011, 46040 Rn. 4.

<sup>15</sup> VGH Kassel NVwZ-RR 1991, 226 (227); Collin/Fügemann JuS 2005, 694 (697).

<sup>16</sup> Vgl. OVG Münster BeckRS 2012, 48183.

<sup>17</sup> Mann/Sennekamp/Uechtritz/Mann NK-VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 59 Rn. 3; Spieth (Fn. 6), § 59 Rn. 29.

<sup>18</sup> Knack/Henneke/Schliesky VwVfG, 11. Aufl. 2020, § 59 Rn. 25.

<sup>19</sup> Stellv. Stelkens/Bonk/Sachs/Bonk/Neumann/Siegel VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 59 Rn. 37; Ehlers/Pünder/Gurlit, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 32 Rn. 21; a. A. Wolff/Bachof/Stober/Kluth/Korte Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017, § 54 Rn. 90.

<sup>20</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 157.

<sup>21</sup> Kopp/Ramsauer/Tegethoff VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 59 Rn. 23 a.

<sup>22</sup> Spieth (Fn. 6), § 59 Rn. 30.

<sup>23</sup> Ziekow/Siegel VerwArch 105 (2004), 281 (286).

<sup>24</sup> Peine/Siegel (Fn. 7), Rn. 789.

<sup>25</sup> VG Cottbus BeckRS 2016, 55857.

<sup>26</sup> Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 39.

positive Kenntnis vorliegt.<sup>27</sup> Auf die Kenntnis von anderen Personen, die nicht Vertragspartei sind, kommt es nur dann an, wenn sich die Vertragspartei deren Kenntnis wie eigenes Wissen zurechnen lassen muss.<sup>28</sup> Das wichtigste Beispiel ist die Wissenszurechnung bei der Stellvertretung gem. § 166 I BGB i. V. m. § 62 S. 2 VwVfG.<sup>29</sup>

### cc) § 59 II Nr. 3 VwVfG<sup>30</sup>

Lagen die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrages i. S. v. § 55 VwVfG nicht vor und beruht die Rechtswidrigkeit des Vertrages nicht nur auf einem Verfahrens- oder Formfehler i. S. v. § 46 VwVfG, tritt gem. § 59 II Nr. 3 VwVfG Nichtigkeit ein.

Umstritten ist, ob sich die »Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrages« auf die *tatbestandlichen Begriffsmerkmale*<sup>31</sup> eines Vergleichsvertrages (ungewisse Sach- oder Rechtslage, gegenseitiges Nachgeben, Zusammenhang zwischen dem Nachgeben und der Beseitigung der Ungewissheit), auf die *Rechtsfolgenseite*<sup>32</sup> eines danach tatbestandlich gegebenen Vergleichsvertrages (pflichtgemäße Ermessensausübung) oder – so die überwiegende Auffassung – auf *beides*<sup>33</sup> beziehen. Der Wortlaut lässt sich zwanglos in jede Richtung interpretieren.<sup>34</sup> So dient die Wendung »Voraussetzungen [...] eines Vergleichsvertrages« all denjenigen als argumentative Stütze, die nur die tatbestandlichen Begriffsmerkmale in § 55 VwVfG als erfasst ansehen, während die andere Seite hervorhebt, dass § 59 II Nr. 3 VwVfG gerade auf die »Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrages« abstelle und deshalb in seinem rechtlichen Gehalt jedenfalls nicht auf die tatbestandlichen Voraussetzungen limitiert sei. Noch weitergehender argumentiert die zweite Ansicht: Die tatbestandlichen Begriffsmerkmale des § 55 VwVfG seien nicht nur nicht ausschließlich, sondern überhaupt nicht von § 59 II Nr. 3 VwVfG umfasst, da im Falle ihres

Fehlens kein nichtiger Vergleichsvertrag, sondern eben *überhaupt kein* Vergleichsvertrag vorliege.<sup>35</sup>

Die herrschende Meinung verweist dagegen zurecht auf die hohe *Missbrauchsanfälligkeit* des Vergleichsvertrages.<sup>36</sup> Sinn und Zweck des Vergleichsvertrages ist es nämlich, bei unklarer Sach- oder Rechtslage in gewissen Grenzen eine Lockerung vom (strengen) Gesetzmäßigkeitsprinzip zugunsten einer verfahrensökonomischen, konsensualen Lösung zu ermöglichen, um den Parteien (erhebliche) Zeit und Kosten zu ersparen.<sup>37</sup> Gleichzeitig wird das Entstehen gesetzesinkongruenter öffentlich-rechtlicher Verträge bewusst in Kauf genommen.<sup>38</sup> § 59 II Nr. 3 VwVfG muss deshalb in diesem Zusammenhang die Funktion zukommen, die außerordentlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Vergleichsvertrages strikt an das Vorliegen einer Vergleichslage zu binden.<sup>39</sup> Die Verwaltung darf sich weder aus Nachlässigkeit noch kollusiv über den Weg des Vergleichsvertrages ihrer Gesetzesbindung sowie des sie bindenden Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 24 VwVfG) in nicht unerheblichem Umfang entledigen und gesetzeswidrige Erfolge herbeiführen, die sich anschließend – und *im Unterschied zum Verwaltungsakt* – nicht durch Rechtsmittel bereinigen lassen und auch nicht zwingend in sonstiger Weise nach § 59 VwVfG zur Nichtigkeit führen müssen.<sup>40</sup> Denn anders als § 59 II Nr. 2 VwVfG stellt Nr. 3 gerade nicht auf die Kenntnis der beiden Vertragsparteien vom Fehlen der Vergleichslage ab.<sup>41</sup>

### dd) § 59 II Nr. 4 VwVfG

**Fall 4:**<sup>42</sup> E ist Eigentümer eines Grundstücks im Stadtzentrum der Gemeinde G. G und E schließen einen Vertrag, in dem sich G verpflichtet, E eine Baugenehmigung für einen fünfgeschossigen Bürokomplex zu erteilen, der das Grundstück vollständig in Anspruch nimmt, und ihn in der Baugenehmigung von der

<sup>27</sup> Mann (Fn. 17), § 59 Rn. 32; Fehling (Fn. 4), VwVfG § 59 Rn. 31; a. A. Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 38: positive Kenntnis bei allen Beteiligten erforderlich.

<sup>28</sup> Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 37.

<sup>29</sup> VG Cottbus BeckRS 2016, 55857.

<sup>30</sup> S. hierzu die Falllösung bei Brüning/Bosesky JURA 2015, 1375 (1382).

<sup>31</sup> Gurlit (Fn. 19), § 32 Rn. 21; dies. JURA 2001, 731 (735); Erichsen (Fn. 2), 49.

<sup>32</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 169; Tegethoff (Fn. 21), § 59 Rn. 26.

<sup>33</sup> Mann (Fn. 17), § 59 Rn. 36; Schlette Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 548; Höfling/Krings JuS 2000, 625 (631).

<sup>34</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 167.

<sup>35</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 169.

<sup>36</sup> Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 41; Detterbeck (Fn. 3), Rn. 798.

<sup>37</sup> Schoch/Schneider/Rozek VwVfG, Stand: 7/2020, § 55 Rn. 8f.; Degenhart NVwZ 1982, 71 (73); Spieth/Hellermann NVwZ 2020, 1405 (1406).

<sup>38</sup> Tegethoff (Fn. 21), § 59 Rn. 26; Di Fabio NVwZ 2020, 1324 (1325).

<sup>39</sup> Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 40; Detterbeck (Fn. 3), Rn. 798.

<sup>40</sup> BT-Drs. 7/910, S. 82; Gurlit Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 342f.; Ziekow/Siegel (Fn. 23), 287f.

<sup>41</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 170; Peine/Siegel (Fn. 7), Rn. 790.

<sup>42</sup> Nach BVerwG NJW 1980, 1294.

Pflicht zur Herstellung von Stellplätzen nach § 37 VI BWLBO<sup>43</sup> zu befreien. Für das dieser Genehmigung zugrunde liegende Bauvorhaben wurden 20 Kfz-Stellplätze errechnet. E verpflichtet sich dagegen als Ausgleich, eine Summe von 120.000 € für den Bau eines städtischen Parkhauses zu zahlen, das am anderen Ende der Stadt errichtet werden soll. Nach Erteilung der Baugenehmigung fordert G von E die Zahlung der 120.000 €. Zu Recht? – *Abwandlung*:<sup>44</sup> U ist Unternehmer und will ein Einkaufszentrum in G errichten. Da U für die Realisierung jedoch öffentlicher Subventionen bedarf, schließen G und U einen Vertrag, in dem sich G verpflichtet, U 120.000 € aus Mitteln des mit E geschlossenen Stellplatzablösevertrages zu zahlen. Diese Mittel sollen zum Bau von 20 Kundenparkplätzen eingesetzt werden. Ist der Vertrag wirksam?

**Fall 5:**<sup>45</sup> Bauherr B wandte sich mit dem Antrag an die Gemeinde G, den Bebauungsplan Nr. 9 zu dem Zweck zu ändern, ein Doppelhaus nachträglich zu legalisieren, das im Rohbau bereits fertig gestellt war und die im Plan festgesetzten Baugrenzen überschritt. Nachdem G einen Aufstellungsbeschluss gefasst hatte, schlossen B und G eine Vereinbarung, in deren Nr. 2 sich G verpflichtete, für den Bereich der beiden Doppelhausgrundstücke ein Verfahren zur Änderung des Bebauungsplans durchzuführen. Im Gegenzug verpflichtete sich B in Nr. 3, alle Kosten, inklusive des Honorars für das beauftragte Planungsbüro, die Ausgaben für die Anfertigung von Lichtpausen sowie für die verwaltungsinternen Kosten, die G im Rahmen der Aufstellung und Durchführung des Verfahrens zur Änderung des Bebauungsplans Nr. 9 entstehen, zu übernehmen, und zwar unabhängig vom Ausgang dieses Änderungsverfahrens. Nach Abschluss des Verfahrens, das mit der von B angestrebten Planänderung endete, verlangt G die Zahlung der ihr entstandenen Kosten. Zu Recht?

Der klausurrelevante § 59 II Nr. 4 VwVfG betrifft subordinationsrechtliche Austauschverträge i. S. v. § 56 VwVfG und ordnet die Wichtigkeitsfolge an, wenn sich die Behörde eine *nach § 56 VwVfG unzulässige Gegenleistung* versprechen lässt. § 59 II Nr. 4 VwVfG lässt somit *jeden* Verstoß gegen die Anforderungen des § 56 VwVfG auf die Wirksamkeitsebene durchschlagen.<sup>46</sup> Dadurch wird eine effektive Durchsetzung des Schutzzwecks des § 56 VwVfG erreicht.<sup>47</sup> Dieser will zum einen verhindern, dass die Behörde ihre Leistungen mit einer sachfremden Gegenleistung verknüpft und den Bürger dadurch *übertreibt*.<sup>48</sup> Auf der anderen Seite soll sichergestellt werden, dass sich Behörden bei der Leistungsvergabe im Interesse der Allgemeinheit nicht von sachfremden Erwägungen leiten las-

sen und es nicht zu einem »*Ausverkauf von Hoheitsrechten*« kommt.<sup>49</sup> Im Rahmen des § 59 II Nr. 4 VwVfG bedarf es folglich einer Inzidentprüfung des § 56 VwVfG. Zu beachten ist, dass § 56 VwVfG nur Vorgaben im Hinblick auf die Gegenleistung des Vertragspartners der Behörde macht.<sup>50</sup> Die behördliche Leistung unterliegt dagegen allein den allgemeinen Anforderungen des entsprechenden Fachrechts (Ermächtigungsgrundlage, Zuständigkeit etc.); Verstöße führen nur unter den sonstigen Voraussetzungen des § 59 I, II VwVfG zur Unwirksamkeit des Vertrages.<sup>51</sup>

§ 56 VwVfG gilt nur für Austauschverträge, wobei der Begriff weit auszulegen ist und jede Austauschsituation umfasst, in der der behördlichen Leistung eine wie auch immer geartete Gegenleistung des Bürgers in einer wie auch immer vermittelten Weise gegenübersteht.<sup>52</sup> Diese Sichtweise wird durch den Schutzzweck des § 56 VwVfG bestätigt. Geht es nämlich um die *Kontrolle der Gegenleistung des Bürgers*, indem die Verwaltung in ihrer Befugnis zur Aushandlung einer Gegenleistung durch die gesetzlichen Vorgaben des § 56 VwVfG beschränkt wird, spielt die genaue *vertragstechnische Art der Leistungsverknüpfung* keine große Rolle, weshalb auf sie gestützte Erwägungen folgerichtig auch nicht den Anwendungsbereich der Norm verengen dürfen.<sup>53</sup>

#### Lösung Fall 4:

G hat einen Zahlungsanspruch gegen E, wenn der Stellplatzablösevertrag wirksam ist. Die Wirksamkeit des Vertrages erscheint jedoch insofern zweifelhaft, als ein Verstoß gegen § 59 II Nr. 4 i. V. m. § 56 I 2 VwVfG vorliegen könnte. Dies setzt zunächst voraus, dass es sich bei dem zwischen E und G geschlossenen Vertrag um einen Austauschvertrag i. S. v. § 56 VwVfG handelt. Eine synallagmatische Leistungsverknüpfung liegt jedenfalls nicht vor, da die Zahlung des Stellplatzablösebetrags keine echte Gegenleistung für die Erteilung der Baugenehmigung darstellt.<sup>54</sup> Indes wird der Ablösebetrag gezahlt, um das der Genehmigungserteilung entgegenstehende Hindernis in Form der gesetzlichen Stellplatzpflicht zu beseitigen und die Behörde dadurch erst in die Lage zu versetzen, die gewünschte Baugenehmigung zu erteilen.<sup>55</sup> Dies genügt für die Annahme eines Austauschvertrages.

Aus Schutzzweckgesichtspunkten findet § 56 VwVfG zumindest entsprechende Anwendung auf sog. *hinkende*

<sup>43</sup> Sachsen: § 49 SächsBO; Nordrhein-Westfalen: § 48 NWBauO.

<sup>44</sup> Nach VG Köln Urt. v. 3. 12. 2019 – 2 K 2417/18 (juris).

<sup>45</sup> Nach BVerwG NVwZ 2006, 336.

<sup>46</sup> Spieth (Fn. 6), § 59 Rn. 4; Höfling/Krings (Fn. 33), 629.

<sup>47</sup> Ausf. Schlette (Fn. 33), S. 471f.

<sup>48</sup> OVG Greifswald NJOZ 2009, 626 (632); Erbguth/Guckelberger (Fn. 2), § 24 Rn. 14.

<sup>49</sup> VGH Mannheim NVwZ 1991, 583 (584); Peine/Siegel (Fn. 7), Rn. 774.

<sup>50</sup> Peine/Siegel (Fn. 7), Rn. 775.

<sup>51</sup> Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 16 ff.

<sup>52</sup> Fehling (Fn. 4), VwVfG § 56 Rn. 12; Detterbeck (Fn. 3), Rn. 799.

<sup>53</sup> Vgl. Mann (Fn. 17), § 59 Rn. 6.

<sup>54</sup> OVG Münster NVwZ-RR 1998, 15 (15f.); Peine/Siegel (Fn. 7), Rn. 779.

<sup>55</sup> Spieth (Fn. 6), § 57 Rn. 10.

*Austauschverträge*<sup>56,57</sup> Diese haben ihren typischen Anwendungsbereich vor allem im Bereich des Baurechts.<sup>58</sup> Wegen § 1 III 2 Hs. 2 BauGB bleibt die Durchführung eines Bauleitplanungsverfahrens seitens der Gemeinde regelmäßig unregelt. Dieses bildet aber die Grundlage der vertraglichen Verpflichtung des Bauherrn zur Übernahme der Planungskosten, welche die Gemeinde (als eine Art »Anreiz«) faktisch zur Planungsdurchführung veranlassen soll, und ist deshalb an §§ 11 I 2 Nr. 3, II BauGB, 56 I 2 VwVfG zu messen.<sup>59</sup>

Liegt ein Austauschvertrag vor, ist weiter danach zu differenzieren, ob auf die Leistung der Behörde ein Anspruch besteht (*Absatz 2*) oder nicht (*Absatz 1*). Ein Anspruch auf die Leistung ist gegeben, wenn der Behörde auf Rechtsfolgenseite kein Ermessen zusteht (gebundene Entscheidung oder Ermessensreduktion auf Null) und die Vorschrift dem Bürger auch ein einklagbares, subjektiv-öffentliches Recht auf die Leistung zuspricht.<sup>60</sup> Auch gebundene Entscheidungen können deshalb § 56 I VwVfG unterfallen.

### (1) Kein Anspruch auf die Leistung (§ 56 I VwVfG)

Nach § 56 I VwVfG kann ein Austauschvertrag geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen.

#### (a) Zweckvereinbarung

Das Erfordernis der Zweckvereinbarung hat insbesondere die Funktion, die übrigen Voraussetzungen des § 56 VwVfG zu kontrollieren, da Aussagen zur Angemessenheit sowie Sachgemäßheit einer Leistung nur in Kenntnis des mit ihr verfolgten Zwecks getroffen werden können.<sup>61</sup> An die *Bestimmtheit des Zwecks* sind jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen.<sup>62</sup> Es ist ausreichend, dass sich der Zweck der Gegenleistung dem Vertrag durch Auslegung

entnehmen lässt.<sup>63</sup> Um den Schutzzweck der Norm nicht zu umgehen, wird man aber zumindest konkrete Anhaltspunkte, die eine entsprechende Auslegung tragen, im Vertragstext fordern müssen (Aedeutungstheorie).<sup>64</sup> Zugleich ist auch nur in diesem Fall das Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG gewahrt, was insbesondere dann Relevanz erlangt, wenn die Behördenleistung nicht explizit in den Vertrag aufgenommen wird (Situation des hinkenden Austauschvertrages).<sup>65</sup> Darüber hinaus muss der Verwendungszweck inhaltlich *hinreichend konkretisiert* sein.<sup>66</sup> Die Zweckbestimmung muss erkennen lassen, weshalb der Bürger eine Leistung erbringt und zu welchem Zweck die Behörde die Leistung verwendet.<sup>67</sup> Zwar muss die Behörde, insbesondere bei Folgekostenverträgen, nicht detailliert aufschlüsseln, wie sie die Gegenleistung im Einzelnen einzusetzen gedenkt.<sup>68</sup> Bloß schematische oder pauschale Angaben wie »Folgekosten«, »Zuzugsabgaben« oder »Zahlungen zur Verbesserung der Infrastruktur« genügen jedoch nicht.<sup>69</sup>

#### (b) Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Die Gegenleistung dient der Behörde der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben, wenn an der Aufgabenerfüllung ein *öffentliches Interesse* besteht.<sup>70</sup> Der Begriff ist weit zu verstehen und schließt auch die verwaltungsprivatrechtliche Aufgabenwahrnehmung, wie es etwa auf die Daseinsvorsorge häufig zutrifft, ein.<sup>71</sup> Nach h. M. muss es sich um eine Aufgabe der vertragsschließenden Behörde selbst handeln, da die gesetzliche Zuständigkeitsordnung zwingend ist und nicht durch Austauschverträge umgangen werden darf.<sup>72</sup> Die Wahrnehmung von Aufgaben eines anderen Verwaltungsträgers genügt dagegen nicht mehr.<sup>73</sup>

#### (c) Angemessenheit der Gegenleistung

Nach § 56 I 2 VwVfG darf die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zur Leistung der Behörde stehen.<sup>74</sup> Es ist eine

<sup>56</sup> Zum Begriff oben sub II. 3.

<sup>57</sup> BVerwG NVwZ 2000, 1285 (1287); *Gurlit* (Fn. 19), § 32 Rn. 9; *Schenke* JuS 1977, 281 (287).

<sup>58</sup> BVerwG NVwZ 2006, 336 (336 ff.); *Loomann* NJW 1996, 1439 (1441); *Drechsler* JURA 2017, 413 (419 f.).

<sup>59</sup> *Spannowsky/Uechtritz/Hofmann* BeckOK-BauGB, 52. Ed., Stand: 1.2.2021, § 11 Rn. 35; *Gurlit* (Fn. 31), 733.

<sup>60</sup> *Tegethoff* (Fn. 21), § 59 Rn. 20 a.

<sup>61</sup> *Rozek* (Fn. 37), § 56 Rn. 30.

<sup>62</sup> *Tegethoff* (Fn. 21), § 56 Rn. 8.

<sup>63</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 90 (91).

<sup>64</sup> BVerwG NVwZ 1990, 665 (665).

<sup>65</sup> BVerwG NVwZ 1990, 665 (665); *Mann* (Fn. 17), § 56 Rn. 42.

<sup>66</sup> *Spieth* (Fn. 6), § 56 Rn. 50 f.

<sup>67</sup> *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 801.

<sup>68</sup> BVerwG NJW 1973, 1895 (1898).

<sup>69</sup> *Fehling* (Fn. 4), VwVfG § 56 Rn. 22.

<sup>70</sup> *Spieth* (Fn. 6), § 56 Rn. 52.

<sup>71</sup> *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 19), § 56 Rn. 29.

<sup>72</sup> *Stellv. Tegethoff* (Fn. 21), § 56 Rn. 11; *Peine/Siegel* (Fn. 7), Rn. 778; a. A. *Mann* (Fn. 17), § 56 Rn. 46.

<sup>73</sup> *Mann* (Fn. 17), § 56 Rn. 46.

<sup>74</sup> *Ziekow/Siegel* (Fn. 23), 148.

wirtschaftliche Betrachtungsweise anzulegen, die alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch sonstige erbrachte Leistungen oder parallel geschlossene Verträge, berücksichtigt.<sup>75</sup> Nach h.M. dient die Angemessenheitsklausel allein dem Schutz des Vertragspartners der Behörde, weshalb es aus Sicht des § 59 II Nr. 4 VwVfG unschädlich ist, wenn die Gegenleistung von der Behörde zu niedrig veranschlagt wurde.<sup>76</sup> Ein erhebliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann jedoch unter dem Gesichtspunkt eines unzulässigen Verkaufs von Hoheitsrechten einen Ermessensfehler begründen.<sup>77</sup> Wann das Verhältnis unangemessen ist, lässt sich freilich nicht abstrakt beantworten, sondern muss unter eingehender Sachverhaltsanalyse im Einzelfall festgestellt werden.<sup>78</sup> Dabei müssen alle (unmittelbaren wie mittelbaren) Vor- und Nachteile *ermittelt* und sodann *bewertet* werden.<sup>79</sup> Für die Klausur gilt, dass weniger das Ergebnis, als vielmehr die Qualität der Argumentation entscheidend ist.

#### (d) Koppelungsverbot

**Fall 6:**<sup>80</sup> E ist Eigentümerin eines Grundstücks im Außenbereich, das außerhalb des Geltungsbereichs des seit 1979 rechtsverbindlichen Bebauungsplans für das Neubaugebiet N liegt, und nahm damals an der Abrechnung der Erschließungsanlagen des Neubaugebiets (Erhebung von Erschließungsbeiträgen) nicht teil. Im Jahr 1991 beantragte E bei der Gemeinde G, ihr Grundstück in den Geltungsbereich des Bebauungsplans einzubeziehen, da sie es mit einem Einfamilienhaus bebauen wollte. G fasste einen entsprechenden Änderungsbeschluss und beschloss ferner, für die nicht anfallenden Erschließungskosten habe E einen Ausgleichsbetrag für einen gemeinnützigen Zweck an die Stadt zu entrichten. E und G schlossen sodann einen Vertrag, der die E u. a. zur Zahlung einer Zuwendung zur Instandsetzung der Kinderspielplätze in G verpflichtete. Der Betrag entspricht der Summe, die sich ergeben hätte, wäre das Grundstück der E mit dem seinerzeit für das Baugebiet festgesetzten Straßenerschließungsbeitrag belastet worden. Liegt ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot vor?

Das Herzstück des § 56 I VwVfG bildet regelmäßig die Prüfung des sachlichen Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung, der Ausdruck des allgemeinen rechts-

staatlichen *Koppelungsverbots* ist.<sup>81</sup> Danach darf durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag nichts miteinander verknüpft werden, was nicht ohnehin schon in einem inneren Zusammenhang steht.<sup>82</sup> Das Koppelungsverbot soll verhindern, dass die Behörde ihre Leistungen unter Missbrauch ihrer Machtstellung von sachfremden Erwägungen abhängig macht und sich auf Kosten des Bürgers bereichert.<sup>83</sup> Hier haben die Aspekte des »Ausverkaufs von Hoheitsrechten« und der »Übervorteilung des Bürgers« ihren angestammten Platz. Dementsprechend muss die Gegenleistung demselben öffentlichen Interesse dienen wie die behördliche Leistung.<sup>84</sup> Man kann sich insoweit an dem Sinn und Zweck derjenigen Norm orientieren, auf deren Grundlage die Behörde ihre Leistung erbringt bzw. an der gesetzlichen Verpflichtung, zu deren Erfüllung die Gegenleistung zu dienen bestimmt ist.<sup>85</sup> Zum anderen dürfen hoheitliche Entscheidungen ohne entsprechende gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden.<sup>86</sup> Wann ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot anzunehmen ist, lässt sich kaum abstrakt beantworten, entscheidend sind vielmehr Inhalt und Begleitumstände des konkreten Vertrags.<sup>87</sup> Als Faustregel gilt jedoch, dass eine Gegenleistung jedenfalls dann nicht sachfremd ist, wenn erst die Erbringung der Gegenleistung die Behörde ihrerseits in den Stand versetzt, ihre eigene Leistung zu erbringen, weil mit der Gegenleistung ein bestehendes und der behördlichen Entscheidung entgegenstehendes rechtliches oder tatsächliches Hindernis beseitigt wird.<sup>88</sup> Existieren keine gesetzlichen Referenznormen, hat der Bearbeiter in der Klausur allgemeine Zweck- und Missbrauchserwägungen anzustellen. Beispielhaft sei ein Stipendienvertrag angeführt, der den Stipendiennehmer dazu verpflichtet, das Stipendium bei Nichtannahme eines Einstellungsangebots des Stipendiengebers nach Abschluss der mit dem Stipendium geförderten Ausbildung zurückzuzahlen. Das OVG Lüneburg sah hierin keinen Verstoß gegen das Koppelungsverbot, da es keinen Bedenken begegne, wenn sich die Ausbildungsstelle als

<sup>75</sup> *Erbguth/Guckelberger* (Fn. 2), § 24 Rn. 14.

<sup>76</sup> *Brosius-Gersdorf* (Fn. 11), § 59 Rn. 176; *Stellhorn/Wefling* NVwZ 2014, 1488 (1493); a. A. *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 19), § 59 Rn. 35.

<sup>77</sup> *Spieth* (Fn. 6), § 56 Rn. 54.

<sup>78</sup> Aus jüngerer Zeit etwa VG Hamburg Urt. v. 20.10.2011 – 17 K 1135/11 (juris).

<sup>79</sup> *Drechsler* (Fn. 58), 421 ff.

<sup>80</sup> Nach BVerwG NVwZ 2000, 1285.

<sup>81</sup> *Breuer* NVwZ 2017, 112 (112 ff.); *Ziekow/Siegel* (Fn. 23), 147; *Butzer* DÖV 2002, 881 (881 ff.).

<sup>82</sup> BVerwG NVwZ-RR 2003, 874 (875); *Peine/Siegel* (Fn. 7), Rn. 774.

<sup>83</sup> *Fehling* (Fn. 4), VwVfG § 56 Rn. 32; *Gurlit* (Fn. 31), 734.

<sup>84</sup> BVerwG NVwZ 2000, 1285 (1287); *Butzer* (Fn. 81), 887.

<sup>85</sup> *Schliesky* (Fn. 18), § 56 Rn. 33; *Peine/Siegel* (Fn. 7), Rn. 778.

<sup>86</sup> BVerwG NJW 1980, 1294 (1294); *Mann* (Fn. 17), § 56 Rn. 7; *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 801.

<sup>87</sup> VGH Mannheim NJOZ 2015, 1344 (1346); *Spieth* (Fn. 6), § 56 Rn. 58; *Drechsler* (Fn. 58), 421.

<sup>88</sup> BVerwG NJW 1980, 1294 (1294); *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 19), § 59 Rn. 33.

Stipendienggeberin den ersten Zugriff auf die von ihr geförderten Absolventen sichere.<sup>89</sup>

#### Lösung Fall 6:

Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot nach § 56 I VwVfG<sup>90</sup> hängt davon ab, ob zwischen der Planänderung der G (Erweiterung des Plangebiets, Schaffung von Bauland) und der Zuwendung der E ein innerer Zusammenhang besteht. Die Instandsetzung von Kinderspielplätzen ist indes weder bauplanerische Aufgabe noch ist sie Voraussetzung oder Folgelast des Bauvorhabens der E. Letzteres wäre etwa zu bejahen, wenn durch das Vorhaben der E ein zusätzlicher Bedarf an Kinderspielplätzen entstehen würde.<sup>91</sup> Der Sache nach geht es allein um den Ausgleich einer von G als unbillig empfundenen Besserstellung der E im Verhältnis zu den anderen Grundeigentümern im Plangebiet.<sup>92</sup> Während die anderen Eigentümer damals nämlich Erschließungsbeiträge hatten leisten müssen, entfiel diese Verpflichtung für E, da sich das Grundstück der E im Außenbereich und damit außerhalb des Erschließungsgebiets befand (vgl. § 133 I, II 1 BauGB). Zudem wurde G auch nicht dadurch zusätzlich finanziell belastet, dass sich E damals nicht am Erschließungsaufwand beteiligte (vgl. § 129 I 3 BauGB). Denn der Eigenanteil der G an den der Höhe nach fixen Erschließungskosten bleibt gleich; vielmehr werden allein die von den anderen Eigentümern zu tragenden Erschließungskosten um den fehlenden Anteil der E erhöht. Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot ist deshalb gegeben.

#### Fortsetzung Lösung Fall 4:

In Rede steht ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot. Der Zweck der Stellplatzpflicht liegt darin, zu verhindern, dass der ruhende Verkehr, der durch eine bauliche Anlage verursacht wird, den öffentlichen Straßenraum belastet.<sup>93</sup> Zwar wird einem, mit dem Hausbau des E verbundenen, erhöhten Parkplatzbedarf gerade durch ein städtisches Parkhaus Rechnung getragen. Hier besteht jedoch die Besonderheit, dass das Parkhaus am anderen Ende der Stadt errichtet werden soll. Eine derartige Entfernung zu dem Bauvorhaben der E ist jedoch nicht mehr geeignet, sich auf die Situation des ruhenden Verkehrs in der Umgebung des Baugrundstücks entlastend auszuwirken, wie es aber § 37 BWLBO bezweckt.<sup>94</sup> Der Stellplatzablösevertrag ist deshalb bereits gem. § 59 I VwVfG i.V.m. § 134 BGB i.V.m. § 37 I, VI BWLBO nichtig, da der Dispens gegen die Grundwertungen des

§ 37 I, VI BWLBO verstößt.<sup>95</sup> – *Lösung Abwandlung:* Gleiches gilt für den mit U geschlossenen Vertrag: Die nach § 37 VI 2 Nr. 1 BWLBO zu schaffenden, zusätzlichen Parkplätze dürfen gerade nicht mit bereits nach § 37 I BWLBO anderweitig erforderlichen notwendigen Plätzen verrechnet werden, da andernfalls in der Bilanz, gemessen am tatsächlichen Parkplatzbedarf, Parkplätze fehlen würden.

Besonderen Ausdruck hat das Koppelungsverbot bei städtebaulichen Folgekostenverträgen<sup>96</sup> im *baurechtlichen Kausalitätsgebot* nach § 11 I Nr. 3 BauGB gefunden.<sup>97</sup> Derartige Folgekostenverträge stellen keinen »Ausverkauf von Hoheitsrechten« dar, weil sie gerade keine Gegenleistung für eine hoheitliche Maßnahme sind, sondern sich im Sinne eines Aufwendungsersatzes auf die Kosten der hoheitlichen Maßnahme und ihrer Folgen beziehen.<sup>98</sup> Dieser Gedanke ist verallgemeinerungsfähig. Eine Gegenleistung darf gefordert werden, wenn sie lediglich einen Aufwendungsersatz für die behördliche Leistung darstellt, die ihrerseits dem Vertragspartner der Behörde zugutekommt.<sup>99</sup> Folgerichtig müssen dann aber auch sämtliche Kosten durch die entsprechende, vom Vertragspartner gewünschte städtebauliche Maßnahme konkret veranlasst sein.<sup>100</sup> Ein bloß allgemeiner, sachlicher Zusammenhang mit den städtebaulichen Aufgaben der Gemeinde genügt nicht.<sup>101</sup> Folgekostenverträge sind deshalb in der Regel nur im Zusammenhang mit »größeren« Bauvorhaben denkbar, die zu einer im vorhandenen Baurecht nicht angelegten sprunghaften Entwicklung der gemeindlichen Verhältnisse führen und aus diesem Grund individuell auf das Vorhaben des Vertragspartners zurückführbar sind.<sup>102</sup> Zugleich kann ein Verstoß gegen das Ursächlichkeitsprinzip zur Unangemessenheit der Gegenleistung führen.<sup>103</sup>

#### Lösung Fall 5:

Der Zahlungsanspruch der G besteht, wenn der öffentlich-rechtliche Vertrag wirksam ist. Bei dem Vertrag handelt es sich um einen hinkenden Austauschvertrag, genauer: um einen städtebaulichen Vertrag nach § 11 I Nr. 3 BauGB. Hiernach müssten die von G verlangten Kosten ursächlich auf der Planänderung beruhen. Dies gilt offenkundig für das Honorar des beauftragten Pla-

<sup>89</sup> OVG Lüneburg Beschl. v. 2.4.2019 – 4 LA 235/18 (juris); s. oben Fall 2.

<sup>90</sup> Das BVerwG verneint das Vorliegen eines städtebaulichen Vertrags i. S. v. § 11 I Nr. 3 BauGB, da E nach dem Willen der Parteien gerade nicht etwaige Kosten übernehmen sollte, die der Gemeinde für die Planänderung entstehen und die Voraussetzung oder Folge des vom Bauwilligen geplanten Vorhabens sind (BVerwG NVwZ 2000, 1285 [1287]).

<sup>91</sup> Vgl. *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 19), § 56 Rn. 34; s. hierzu im Rahmen einer Fallbearbeitung *Odendahl JURA* 2002, 563 (567).

<sup>92</sup> So BVerwG NVwZ 2000, 1285 (1287 f.).

<sup>93</sup> Spannowsky/Uechtritz/Mattes BeckOK-LBO BW, 17. Ed., Stand: 1.9.2020, § 37 Rn. 2.

<sup>94</sup> Vgl. BVerwG NJW 1980, 1294 (1295).

<sup>95</sup> BVerwG NJW 1980, 1294 (1294 f.).

<sup>96</sup> Hierzu oben sub III. 3. a) dd) (1) (a).

<sup>97</sup> Hierzu oben sub III. 5. b).

<sup>98</sup> BVerwG NJW 1973, 1895 (1898); VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 90 (93); *Loomann* (Fn. 58), 1441.

<sup>99</sup> *Fehling* (Fn. 4), VwVfG § 56 Rn. 33.

<sup>100</sup> *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 11 Rn. 59 f.; *Scharmer* NVwZ 1995, 219 (221).

<sup>101</sup> BVerwG NVwZ 2009, 1109 (1112); *Mann* (Fn. 17), § 56 Rn. 51.

<sup>102</sup> VGH München Urt. v. 2.4.1980 – 290 IV 76 (juris); *Bick* DVBl. 2001, 154 (159).

<sup>103</sup> *Scharmer* (Fn. 100), 221.

nungsbüros sowie für die Ausgaben für die Anfertigung von Lichtpausen, da diese der Änderung des Bebauungsplans dienen, welche ihrerseits die bebauungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens der E begründet. Zweifel bestehen aber hinsichtlich der Verwaltungskosten. So könnte man argumentieren, dass die eigenen Personal- und Sachkosten vom Gemeindehaushalt getragen werden und unabhängig von dem Planänderungsverfahren »sowieso« entstanden sind.<sup>104</sup> Dagegen und für die Möglichkeit einer Kostenabwälzung auf B spricht jedoch, dass Gemeinden sich Personal und Sachmittel nicht um ihrer selbst willen leisten, sondern sie zum Aufbau und zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Dienstleistungsapparats finanzieren. Diesen Apparat hat B in dem Umfang in Anspruch genommen, in dem sich die Bediensteten der G der Planänderung gewidmet und dafür Sachmittel aufgewandt haben.<sup>105</sup> Ein Verstoß gegen das Ursächlichkeitsprinzip liegt deshalb nicht vor.

## (2) Auf Leistung besteht Anspruch (§ 56 II VwVfG)

**Fall 7:**<sup>106</sup> Die 6-jährige K wohnt mit ihren Eltern in der Gemeinde G in NRW und besucht seit Beginn des Schuljahrs 2016/2017 die Grundschule in der Nachbargemeinde N, da G über keine eigene Grundschule verfügt. Bei der Schulanmeldung erklärten ihre Eltern auf einem Formular der Schule schriftlich, dass sie für die Beförderung der K zur Schule und zurück selbst sorgen würden und dem Schulträger keine zusätzlichen Beförderungskosten entstünden. K wurde in die Grundschule in N aufgenommen. Mit Schreiben vom 30.1.2017 beantragten die Eltern der K bei N als Schulträgerin die Übernahme der Schülerfahrkosten für ihre Tochter. Zu Recht?

Der weniger klausurrelevante § 56 II VwVfG beruht auf der Idee, dass die Behörde keine Gegenleistungen für Leistungen fordern darf, auf die der Bürger einen unbedingten vertraglichen Anspruch hat.<sup>107</sup> Der Bürger soll nicht dadurch schlechter stehen, dass er anstelle eines Verwaltungsaktes die Leistung durch Vertrag erhält.<sup>108</sup> Die Behörde darf deshalb nur solche Gegenleistungen verlangen, die bei einem entsprechenden Verwaltungsakt als Nebenbestimmung hätten ergehen dürfen. Dies betrifft Fälle, in denen der Leistungsanspruch tatbestandlich erst durch die *Erfüllung der Gegenleistung* entsteht oder die *Gegenleistung aufgrund eines Spezialgesetzes* gefordert werden darf.<sup>109</sup> Verstößt ein Bauvorhaben etwa gegen lärmschutzrechtliche Bestimmungen, so ist es nicht zu beanstanden, wenn die Behörde die Erteilung der Baugenehmigung von der vertraglichen Verpflichtung des Bauherrn abhängig

macht, die gesetzlichen Lärmschutzvorgaben zu erfüllen.<sup>110</sup>

### Lösung Fall 7:

Nach § 46 VI SchulG-NRW hatte K einen Anspruch auf Aufnahme in die Grundschule von N, da es in G keine Grundschule gibt und in N auch eine hinreichende Aufnahmekapazität bestand. § 4 I Schülerfahrkostenverordnung NRW sieht für diesen Fall vor, dass der Schulträger der aufnehmenden Schule die Schulkosten zu tragen hat. Ein Anspruch auf die Übernahme der Schülerfahrkosten besteht somit grundsätzlich. Indes wurde ein Verzehrsvertrag geschlossen. Dieser könnte aber gem. § 59 II Nr. 4 i. V. m. §§ 56 II, 36 I VwVfG nichtig sein. Die Verpflichtung der Eltern der K, die Kosten für deren Beförderung zur Schule selbst zu tragen, diente nicht dazu, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufnahme der K in die Schule zu schaffen. Sie ist deshalb gem. § 59 II Nr. 4 i. V. m. §§ 56 II, 36 I VwVfG nichtig.

## (3) Ermessen

Schließlich muss die Behörde ermessensfehlerfrei gehandelt haben, wobei sich das Ermessen auf das »Ob« des Vertragsschlusses sowie die genaue Vertragsgestaltung (»Wie«) bezieht.<sup>111</sup>

## b) Nichtigkeit gem. § 59 I VwVfG

§ 59 I VwVfG ordnet die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge an, wenn sie einen Nichtigkeitstatbestand des BGB erfüllen. Dadurch sollen öffentliches Recht und Privatrecht harmonisiert werden, ohne dass aber ein völliger Gleichlauf intendiert wäre.<sup>112</sup> Zu berücksichtigen ist nämlich, dass im öffentlichen Recht nicht das Prinzip der Vertragsfreiheit, sondern das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt.<sup>113</sup> Die Verwaltung handelt in Erfüllung der ihr auferlegten *Gemeinwohlaufgaben* aufgrund von Gesetzen (*Vorbehalt des Gesetzes*) und im Rahmen von Gesetzen (*Vorrang des Gesetzes*).<sup>114</sup> BGB-Normen dürfen deshalb nicht vorbehaltlos über § 59 I VwVfG in das öffentliche Vertragsrecht transponiert werden, vielmehr bedarf es stets einer Prüfung im Einzelfall, ob die jeweilige zivilrechtliche Norm mit den sonstigen Wertungen des öffentlichen Rechts übereinstimmt. Klausurrelevant ist insofern § 134 BGB.

<sup>104</sup> So etwa *Dolde/Menke* NJW 1999, 1070 (1082).

<sup>105</sup> So *BVerwG NVwZ* 2006, 336 (337).

<sup>106</sup> Nach *VG Aachen Urt. v. 7. 12. 2018 – 9 K 2786/17* (juris).

<sup>107</sup> *Mann* (Fn. 17), § 56 Rn. 65; *Ziekow/Siegel* (Fn. 23), 148 f.

<sup>108</sup> *Butzer* (Fn. 81), 885.

<sup>109</sup> *Peine/Siegel* (Fn. 7), Rn. 781; *Stelkens DÖV* 2009, 850 (852).

<sup>110</sup> Vgl. *Tegethoff* (Fn. 21), § 56 Rn. 22.

<sup>111</sup> *Spieth* (Fn. 6), § 56 Rn. 64.

<sup>112</sup> *Ziekow/Siegel* (Fn. 23), 282.

<sup>113</sup> *Mann* (Fn. 17), § 59 Rn. 42.

<sup>114</sup> *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 19), § 59 Rn. 12; *Bleckmann NVwZ* 1990, 601 (603).



### aa) § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB<sup>115</sup>

**Fall 8:**<sup>116</sup> E ist Eigentümer einer großen Grundstücksfläche in der Gemeinde G, auf der sich der K-Weg befindet. E erhebt am 14.10.2005 vor dem VG Klage, um feststellen zu lassen, dass der K-Weg kein öffentlicher Weg i. S. v. § 2 NStrG<sup>117</sup> sei. Das Verfahren wurde am 3.3.2006 durch Prozessvergleich nach § 106 VwGO mit G als Trägerin der Straßenlast beendet, in dem sich die Beteiligten darauf einigten, dass der K-Weg zwar kein öffentlicher Weg sei, E sich aber dazu verpflichtete, die in dem Weg bereits verlaufenden Ver- und Entsorgungsleitungen weiter zu dulden sowie weiteren Personen die Benutzung seines Weges zu gestatten. Als E jedoch den K-Weg mit »Pollern« für Unbefugte sperrte, erließ G eine Anordnung nach § 22 NStrG,<sup>118</sup> in der sie E verpflichtete, den Weg freizugeben. E erhebt gegen den Bescheid Klage; er verweist darauf, dass § 22 NStrG nur für öffentliche Straßen gelte; bei dem Weg des E handele es sich jedoch um einen Privatweg, was durch den Vergleich bindend festgelegt wurde. Tatsächlich liegt jedoch eine öffentlich-rechtliche Widmung des Weges vor. Ist die Anordnung rechtmäßig?

Nach § 134 BGB ist ein Vertrag nichtig, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Da die Verwaltung jedoch gem. Art. 20 III GG an das Gesetz *gebunden* ist, spricht jeder Gesetzesverstoß zugleich einen Verstoß gegen Art. 20 III GG begründet, hätte eine uneingeschränkte Anwendung des § 134 BGB zur Konsequenz, dass jeder gesetzeswidrige Vertrag gem. § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB zugleich auch nichtig wäre.<sup>119</sup> Das Prinzip, wonach ein Gesetzesverstoß immer zur Rechtswidrigkeit, aber nur ausnahmsweise zur Unwirksamkeit führt, wäre in sein Gegenteil verkehrt.<sup>120</sup> Zudem unterliefe eine uneingeschränkte Anwendung des § 134 BGB das differenzierte Nichtigkeitsfolgensystem des § 59 II VwVfG.<sup>121</sup> Schon aufgrund der vorbehaltlosen Verweisung des § 59 I VwVfG auf *alle* Nichtigkeitsvorschriften des BGB, wird heute zwar nicht mehr die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 134 BGB in Abrede gestellt,<sup>122</sup> Einigkeit besteht aber dahingehend, dass nicht jeder, sondern nur ein *qualifizierter Rechtsverstoß* die Nichtigkeitsfolge auslösen darf,<sup>123</sup> was unter den folgenden Voraussetzungen angenommen wird.

#### (1) Zwingende Rechtsvorschrift

Das Verbot muss sich aus einer zwingenden Rechtsvorschrift ergeben. Damit sind alle Rechtsnormen mit *Außenwirkung* gemeint (Verfassungsrecht, Unionsrecht, Gesetzesrecht, Rechtsverordnungen und Satzungen; nicht: bloßes Verwaltungsbinnenrecht), die ein bestimmtes Verhalten *strikt und unbedingt* untersagen.<sup>124</sup> Bloße Ermessensnormen (»Kann- und Soll-Vorschriften«) erfüllen diese Voraussetzung deshalb nicht, es sei denn, es liegt im Einzelfall eine Ermessensreduktion auf Null vor.<sup>125</sup>

#### (2) Schwerwiegender Verstoß

Weiter darf es sich nicht um einen Bagatelldelikt handeln, sondern der Gesetzesverstoß muss von einigem Gewicht sein.<sup>126</sup> Dabei müssen die *Schwere des Verstoßes* und die *Schutzwürdigkeit der betroffenen öffentlichen Interessen* mit dem Prinzip der *Vertragstreue* sowie dem gebotenen *Vertrauensschutz* in ein Verhältnis gesetzt werden.<sup>127</sup>

#### (3) Verhinderung des Erfolgs schlechthin

Das gesetzliche Verbot darf sich nicht nur gegen eine bestimmte *Art oder Modalität der Herbeiführung* (insbesondere Form- und Verfahrensvorschriften) richten, vielmehr ist die Nichtigkeitsfolge nur dann gerechtfertigt, wenn es den *Eintritt des Erfolges schlechthin*, d. h. unbedingt, verhindern will.<sup>128</sup> Ausreichend ist, dass sich das Verbot der Norm zumindest durch Auslegung entnehmen lässt.<sup>129</sup> Nichtigkeit wird man umso eher annehmen müssen, je zentraler sich die Gesetzesnorm für das betreffende Rechtsgebiet darstellt.<sup>130</sup> Ob sich § 134 BGB neben dem Inhalt des Vertrages auch auf die gewählte Handlungsform bezieht, ist umstritten.<sup>131</sup> Anders als im Privatrecht muss auch ein einseitiges Verbot, das sich nur an die Behörde, nicht aber an ihren Vertragspartner richtet, gleichermaßen die Nichtigkeit des Vertrages bedingen.<sup>132</sup> Im öffentlichen Recht schlägt insofern wiederum der die Verwaltung bindende Gesetzmäßigkeitsgrundsatz zu Buche, der leer liefere, würden prinzipiell nur beidseitige Gesetzesverstöße zur

<sup>115</sup> In der Falllösung bei *Laude/Jürgensen JURA* 2019, 409 (413 ff.).

<sup>116</sup> Nach OVG Lüneburg Beschl. v. 28.10.2016 – 7 LA 78/16 (juris).

<sup>117</sup> Baden-Württemberg: § 2 BWStrG; Sachsen: § 2 SächsStrG.

<sup>118</sup> Baden-Württemberg: § 16 VIII BWStrG; Sachsen: § 20 I SächsStrG.

<sup>119</sup> OVG Münster NVwZ 1984, 522 (524); *Maurer/Waldhoff* Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 14 Rn. 44.

<sup>120</sup> *Peine/Siegel* (Fn. 7), Rn. 794; *Höfling/Krings* (Fn. 33), 632.

<sup>121</sup> *Brosius-Gersdorf* (Fn. 11), § 59 Rn. 86; *Bleckmann* (Fn. 114), 602.

<sup>122</sup> So v. a. die frühe Literatur; s. etwa *Bullinger DÖV* 1977, 812 (815).

<sup>123</sup> BVerwG NJW 1992, 1642 (1643); *Fehling* (Fn. 4), VwVfG § 59 Rn. 12.

<sup>124</sup> VG Cottbus BeckRS 2016, 55857; *Tegethoff* (Fn. 21), § 59 Rn. 9.

<sup>125</sup> H. M., stellv. *Bonk/Neumann/Siegel* (Fn. 19), § 59 Rn. 41; *Peine/Siegel* (Fn. 7), Rn. 7894; a. A. *Brosius-Gersdorf* (Fn. 11), § 59 Rn. 97.

<sup>126</sup> *Fehling* (Fn. 4), § 59 Rn. 14.

<sup>127</sup> *Maurer/Waldhoff* (Fn. 119), § 14 Rn. 45; *Erichsen* (Fn. 2), 50.

<sup>128</sup> *Schliesky* (Fn. 18), § 59 Rn. 44; *Höfling/Krings* (Fn. 33), 632.

<sup>129</sup> BVerwG NJW 1993, 2695 (2696).

<sup>130</sup> BGH NJW 1981, 387 (388); *Gurlit* (Fn. 31), 735.

<sup>131</sup> Hierzu oben sub. III. 1. d).

<sup>132</sup> *Mann* (Fn. 17), § 59 Rn. 51.

Nichtigkeit führen.<sup>133</sup> Keine Rolle spielt, ob den Parteien das gesetzliche Verbot bei Eingehung des Vertrages bekannt war.<sup>134</sup> Da sich die Nichtigkeitsfolge nur in Anschauung der konkreten Norm bestimmen lässt, lassen sich keine abstrakte Vorgaben formulieren.<sup>135</sup>

**Beispiele:** Nichtig nach § 134 BGB i. V. m. § 2 II BBesG sind Verträge, die Beamten eine höhere als die ihnen gesetzlich zustehende Besoldung verschaffen.<sup>136</sup> Gleiches gilt für Vereinbarungen zwischen Abgabengläubiger und Abgabenschuldner, die von den gesetzlichen Regelungen des Abgabenrechts abweichen, sofern das Gesetz dies nicht ausnahmsweise selbst gestattet.<sup>137</sup> Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, mit dem einem Studenten ein zusätzlicher, in der Prüfungsordnung nicht vorgesehener Wiederholungsversuch gewährt wird, verstößt gegen § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB und ist nichtig.<sup>138</sup> Die vertragliche Verpflichtung zur Erteilung einer Anlagengenehmigung ist nichtig, wenn auf diese Weise gesetzlich zwingend vorgeschriebene förmliche Genehmigungsverfahren umgangen werden.<sup>139</sup> Die Nichtigkeitsfolge soll hier die Einhaltung zwingender sicherheitsrechtlicher Standards absichern.<sup>140</sup> Dagegen ist ein Vertrag nicht schon deshalb unwirksam, weil der Vertragspartner nicht die für die Erbringung der geschuldeten Leistung erforderliche gewerberechtliche Erlaubnis besitzt.<sup>141</sup>

#### Lösung Fall 8:

Die Anordnung ist rechtswidrig, wenn es sich bei dem K-Weg nicht um einen öffentlichen Weg handeln würde. Zwar ist der K-Weg tatsächlich ein öffentlicher Weg. Etwas anderes könnte sich jedoch aus dem zwischen G und E geschlossenen Vergleichsvertrag ergeben, der feststellt, dass der K-Weg kein öffentlicher Weg ist. Der Prozessvertrag hat eine Doppelnatur: Einmal ist er Prozesshandlung und führt zur Prozessbeendigung. Zum anderen ist er öffentlich-rechtlicher Vergleichsvertrag i. S. v. §§ 54, 55 VwVfG und legt in dieser Funktion und im Rahmen des § 59 II Nr. 4 i. V. m. § 55 VwVfG u. a. die maßgebliche Rechtslage fest.<sup>142</sup> Dazu muss er jedoch wirksam sein. Die Entwidmung eines öffentlichen Weges ist jedoch nur in dem förmlichen Entwidmungsverfahren nach § 8 NStrG und unter Einhaltung von dessen Voraussetzungen vorgesehen. Der Prozessvertrag würde insofern zur Umgehung dieses Verfahrens führen und ist deshalb gem. § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB nichtig.<sup>143</sup> Da öffentliche Wege nach § 1 GemStrVerzV-ND in ein Bestandsverzeichnis aufgenommen werden, erscheint es im Übrigen auch

fraglich, ob eine ungewisse Rechts- und Sachlage vorliegt, sodass eine Nichtigkeit wohl auch nach § 59 II Nr. 3 i. V. m. § 55 VwVfG anzunehmen wäre. Es bleibt somit bei der öffentlichen Natur des K-Wegs. Die Anordnung ist rechtmäßig.

#### (4) Insbesondere unionsrechtswidrige Subventionsvergabe

**Fall 9:**<sup>144</sup> Der zum Deutschen Alpenverein (DAV) gehörende Verein V betreibt eine Kletterhalle. Das Grundstück hierfür überließ ihm der Bürgermeister der Gemeinde G, der ein begeisterter Bergsteiger ist, im Rahmen der Sportförderung mit Mietvertrag vom 26. 10. 2011 für die Dauer von 30 Jahren zu einem erheblich unter dem Marktüblichen liegenden Mietzins. Die Halle wurde im Jahr 2012 errichtet und im Jahr 2013 in Betrieb genommen. Auch K betreibt eine Kletterhalle in der Nähe des an V vermieteten Grundstücks. Sie sieht in der Mietpreisvergünstigung eine wettbewerbsverzerrende, unionsrechtlich unzulässige Beihilfe und legte Beschwerde bei der Kommission ein. Diese entschied jedoch am 14. 11. 2013, dass die Förderung mit Art. 107 I AEUV vereinbar sei. Im Frühjahr 2014 wurde H, der seit einem Kletterunfall eine Abneigung gegen jede Art von Höhensportarten hat, zum Bürgermeister von G gewählt und sprach sich ebenfalls gegen das Vorhaben des V aus. Er hält den Mietvertrag im Hinblick auf die Höhe der gewährten Mietzinsforderung für teilnichtig, weil die Mietpreisvergünstigung nicht rechtzeitig bei der Kommission angezeigt wurde und schon aus diesem Grund von Anfang an unwirksam sei. Er fordert von V den Differenzbetrag der Mietpreisvergünstigung samt sämtlicher wirtschaftlicher Vorteile aus der Nutzung der vergünstigt erlangten Kletterhalle bis zum heutigen Tag zurück (insgesamt 1.000.000 €). Zu Recht?

Zum Schutz des freien Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt verbietet Art. 107 I AEUV Beihilfen – also unentgeltlich gewährte wirtschaftliche Vorteile aus staatlichen Mitteln zugunsten bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige –, die den Wettbewerb verfälschen und dadurch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.<sup>145</sup> Ob eine Beihilfe gegen Art. 107 I AEUV verstößt oder ob im Falle des Verstoßes einer der in Art. 107 I, II AEUV geregelten Ausnahmetatbestände greift, prüft gem. Art. 108 AEUV die Kommission. Zu diesem Zweck hat die zuständige Behörde des jeweiligen Mitgliedstaates nach Art. 108 III 1 AEUV, Art. 2 I VO (EU) 2015/1589 (im Folgenden: BeihilfeVerfO) der Kommission die beabsichtigte Beihilfenvergabe rechtzeitig anzuzeigen (sog. *Notifizierung*) und zur Prüfung vorzulegen.<sup>146</sup> Während des lau-

<sup>133</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 99; Höfling/Krings (Fn. 33), 632.

<sup>134</sup> Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 14.

<sup>135</sup> Tegethoff (Fn. 21), § 59 Rn. 10; Ziekow/Siegel (Fn. 23), 284.

<sup>136</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 15.

<sup>137</sup> BVerwG NVwZ 2013, 218 (222); NVwZ-RR 2013, 383 (383).

<sup>138</sup> VG Cottbus BeckRS 2016, 55857.

<sup>139</sup> Kunig/Rublack JURA 1990, 1 (4).

<sup>140</sup> Mann (Fn. 17), § 59 Rn. 65; Gurlit (Fn. 31), 733.

<sup>141</sup> BGH NJW 1981, 387 (388).

<sup>142</sup> BVerwG NJW 2010, 3048 (3084); Spieth (Fn. 6), § 55 Rn. 31.

<sup>143</sup> So OVG Lüneburg Beschl. v. 28.10.2016 – 7 LA 78/16 (juris), Rn. 12.

<sup>144</sup> S. auch die Falllösung bei Knöbl JA 2010, 867.

<sup>145</sup> Zum Beihilfenbegriff Callies/Ruffert/Cremer EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 107; Korte JURA 2017, 656 (656 f.); Koenig EuZW 2006, 203 (203 ff.).

<sup>146</sup> Finck/Gurlit JURA 2011, 87 (87 f.).

fenden *Vorprüfungsverfahren* darf die Beihilfe gem. Art. 108 III 3 AEUV, Art. 3 BeihilfeVerfO nicht ausbezahlt werden; es besteht eine Sperrwirkung. In der Klausur wird die nationale Behörde freilich genau dies tun, indem sie entweder die Beihilfen vor Ablauf der Kommissionentscheidung gewährt oder diese gar nicht erst anzeigt. Auf nationaler Ebene wird der Klausurbearbeiter dann regelmäßig mit der Frage konfrontiert sein, wie sich diese formelle Unionsrechtswidrigkeit der gewährten Beihilfe auf die Rechtsgrundlage der Beihilfe, namentlich auf die Wirksamkeit eines entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vertrages, und damit auf die Rechtmäßigkeit der Rückforderung auswirkt. Hierzu werden im Wesentlichen<sup>147</sup> zwei Lösungen angeboten. Die wohl (noch) überwiegende Meinung geht dahin, dem Vertrag wegen Verstoßes gegen § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB i. V. m. Art. 108 III 3 AEUV *generell die Wirksamkeit zu versagen*, nämlich unabhängig davon, ob die Kommission später ihre Genehmigung erteilt oder tatsächlich ein materieller Verstoß gegen Art. 107 AEUV gegeben ist.<sup>148</sup> Die Gegenansicht geht dagegen in (unmittelbarer<sup>149</sup> oder analoger<sup>150</sup>) Anwendung des § 58 II VwVfG von einer nur *schwebenden Unwirksamkeit* des Vertrages bis zum Zeitpunkt der Kommissionentscheidung aus: Erteilt die Kommission die Genehmigung, wird der Vertrag ex nunc wirksam, verweigert sie die Genehmigung, wird der Vertrag endgültig unwirksam.<sup>151</sup> Das Argument der herrschenden Auffassung, wonach eine effektive Umsetzung des Unionsrechts die Unwirksamkeit des Vertrages bedinge, ist jedoch spätestens seit drei Entscheidungen des EuGH aus den Jahren 2008,<sup>152</sup> 2010<sup>153</sup> und 2012<sup>154</sup> so nicht mehr haltbar, in deren Rahmen der EuGH ausführte, dass der Schutzzweck des Art. 108 III 3 AEUV nur eine Heilung mit *ex tunc*-Wirkung verbiete.<sup>155</sup> Auch sind dogmatische Bedenken an der strengen Nichtigkeitsfolge anzumelden: Art. 108 III 3 AEUV will nämlich keinesfalls binnenmarktkonforme Beihilfen unterbinden, sondern verbietet allein die vorzeitige Gewähr ungeprüfter

Beihilfen.<sup>156</sup> Bezweckt ist der Schutz des Wettbewerbs vor *nicht-binnenmarktkonformen* Beihilfen und – als Konsequenz der verfahrensmäßigen Absicherung im Vorabprüfungsverfahren – auch der Schutz vor solchen Vorteilen, die durch eine *verfrühte* Beihilfengewähr entstanden sind.<sup>157</sup> Dieser Schutzzweck wird jedoch in unverhältnismäßiger Weise überspannt, fordert man die Unwirksamkeit auch im Anschluss an eine positive Entscheidung der Kommission *für die Zukunft*.<sup>158</sup>

#### Lösung Fall 9:

Ein Rückzahlungsanspruch des V könnte sich aus dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ergeben.<sup>159</sup> Der zwischen V und B geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag stellt ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis dar. Die unmittelbare Vermögensverschiebung liegt in der Zahlung der 1.000.000 €. Diese Vermögensverschiebung müsste schließlich ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Der zwischen V und B geschlossene öffentlich-rechtliche Vertrag könnte, soweit er wirksam ist, einen Rechtsgrund darstellen. Auf formeller Ebene steht zunächst ein Verstoß gegen § 58 II VwVfG (analog) in Rede. Der Streit um die Anwendbarkeit dieser Norm kann jedoch dahinstehen, da eine positive Kommissionentscheidung mittlerweile vorliegt. Sodann ist auf materieller Ebene ein Verstoß gegen Art. 108 III 3 AEUV zu prüfen, der nach § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB zur *ex tunc*-Nichtigkeit des Vertrages führen würde. Bejaht man mit der h.M. die Nichtigkeit, wäre der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch in voller Höhe, d.h. i.H.v. 1.000.000 €, begründet. Nach der Gegenauffassung könnte B nur die genannten Vorteile aus der verfrühten Beihilfeauszahlung zurückfordern. Bis zur Kommissionentscheidung ist der Vertrag schwebend unwirksam und begründet für diesen Zeitpunkt keinen Rechtsgrund für die (vorzeitige) Beihilfengewähr.<sup>160</sup> Die Vorteile bestehen dann zum einen in der Nichtzahlung von Zinsen, die V auf den Beihilfenbetrag an Zinsen hätte zahlen müssen, wenn er sich diesen Betrag bis zum Erlass der Kommissionentscheidung auf dem Markt hätte leihen müssen, und zum anderen in der Verbesserung seiner Wettbewerbsposition gegenüber den anderen Marktteilnehmern für die Dauer der Rechtswidrigkeit der Beihilfengewähr.<sup>161</sup>

#### bb) Sittenwidrigkeit

Über § 59 I VwVfG wird auch § 138 BGB in Bezug genommen. § 138 I BGB betrifft vor allem Verträge, die durch

<sup>147</sup> S. ferner *Oldiges NVwZ* 2001, 626 (634 f.).

<sup>148</sup> Stellv. *Maurer/Waldhoff* (Fn. 119), § 14 Rn. 48; *Gellermann DVBl.* 2003, 481 (484 ff.); *Pechstein EuZW* 2003, 444 (447); *Pütz NJW* 2004, 2199 (2199 f.).

<sup>149</sup> *Mann* (Fn. 17), § 59 Rn. 60.

<sup>150</sup> *Rennert EuZW* 2011, 576 (581); *Quardt/Nielandt EuZW* 2004, 201 (204); *Goldmann JURA* 2008, 275 (278); *Ehlers/Scholz JZ* 2011, 585 (587).

<sup>151</sup> *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 818; *Korte* (Fn. 146), 664 f.

<sup>152</sup> *EuGH EuZW* 2008, 145 (147).

<sup>153</sup> *EuGH EuZW* 2010, 587 (589).

<sup>154</sup> *EuGH EuZW* 2012, 106 (109).

<sup>155</sup> *Kahl NVwZ* 2011, 449 (453).

<sup>156</sup> *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 818; *Korte* (Fn. 146), 664 f.; *Ehlers/Scholz* (Fn. 151), 587.

<sup>157</sup> *EuGH EuZW* 2008, 145 (147); *Finck/Gurlit* (Fn. 147), 88.

<sup>158</sup> *Fiebelkorn/Petzold EuZW* 2009, 323 (325); *Goldmann* (Fn. 151), 278.

<sup>159</sup> S. hierzu *Finck/Gurlit* (Fn. 147), 92 f.; *Gellermann* (Fn. 149), 486 ff.

<sup>160</sup> H.M., stellv. *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 818; *Ehlers/Scholz* (Fn. 151), 587; a. A. *Heidenhain EuZW* 2004, 324 (324 f.).

<sup>161</sup> *EuGH EuZW* 2008, 145 (147).

Straftaten, insbesondere Bestechung oder Nötigung, zustande gekommen sind.<sup>162</sup> Daneben kommt das Ausnutzen einer Zwangs- oder Notlage in Betracht.<sup>163</sup> Die Bedeutung des § 138 BGB im öffentlichen Recht ist jedoch allgemein gering; meist greifen speziellere Normen. So wird der Wuchertatbestand des § 59 I VwVfG i. V. m. § 138 II BGB durch § 59 II Nr. 4 i. V. m. § 56 I 2 VwVfG vollständig verdrängt.<sup>164</sup>

### cc) Sonstige Nichtigkeitsgründe

Die Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags kann sich ferner aus § 59 I VwVfG i. V. m. § 125 BGB (i. V. m. § 57 VwVfG oder einer spezialgesetzlichen Formvorschrift), § 105 BGB oder § 142 BGB (i. V. m. §§ 117 ff. BGB) ergeben. Kein Fall des § 59 I VwVfG ist dagegen die Unmöglichkeit der Leistungserbringung, die grundsätzlich nur Ansprüche gem. § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. dem privatrechtlichen Leistungsstörungsrecht begründet.<sup>165</sup> Allein die objektive Unmöglichkeit führt nach § 59 II Nr. 1 i. V. m. § 44 II Nr. 4 VwVfG im Falle eines subordinationsrechtlichen Vertrages zur Nichtigkeit.<sup>166</sup>

### c) Rechtsfolgen

Nach § 59 III VwVfG gilt im Grundsatz das Alles-oder-nichts-Prinzip: Ist ein Nichtigkeitsgrund gegeben, führt dies zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages.<sup>167</sup> Ist der Vertrag teilbar, kommt dagegen ausnahmsweise eine bloße *Teilnichtigkeit* in Betracht, wenn davon auszugehen ist, dass die beiden Vertragsparteien, hätten sie von der Nichtigkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewusst, den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen hätten.<sup>168</sup> Dabei ist eine objektive Betrachtungsweise vorzunehmen. Entscheidend ist nicht, ob die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil tatsächlich gewollt haben, sondern, ob sie den Vertrag auch ohne den nichtigen Teil *vernünftigerweise* abgeschlossen hätten.<sup>169</sup> Ein Vertrag ist teilbar, wenn er auch ohne den nichtigen Teil in sinnvoller Weise fortbestehen kann.<sup>170</sup>

<sup>162</sup> Tegethoff (Fn. 21), § 59 Rn. 15.

<sup>163</sup> Mann (Fn. 17), § 59 Rn. 68.

<sup>164</sup> Fehling (Fn. 4), VwVfG § 59 Rn. 19.

<sup>165</sup> Maurer/Waldhoff (Fn. 119), § 14 Rn. 43.

<sup>166</sup> Brosius-Gersdorf (Fn. 11), § 59 Rn. 149.

<sup>167</sup> Spieth (Fn. 6), § 59 Rn. 44.

<sup>168</sup> Bonk/Neumann/Siegel (Fn. 19), § 59 Rn. 46.

<sup>169</sup> BVerwG NVwZ 2006, 336 (338).

<sup>170</sup> Mann (Fn. 17), § 59 Rn. 81.

## IV. Anspruch nicht erloschen

Mangels spezieller Erlöschenstatbestände innerhalb der §§ 54 ff. VwVfG sind die über § 62 S. 2 VwVfG entsprechend anwendbaren rechtsvernichtenden Einwendungen des BGB zu prüfen (z. B. Erfüllung und Erfüllungssurrogate, Rücktritt, Kündigung).<sup>171</sup> Bei der Prüfung einer Kündigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages ist § 60 VwVfG zu beachten, welcher als Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben den Wegfall der Geschäftsgrundlage normiert.<sup>172</sup>

## V. Anspruch durchsetzbar

Für sämtliche vertragliche Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis ist die Einrede der Verjährung zu beachten (vgl. § 62 S. 2 VwVfG i. V. m. §§ 195, 199 I BGB).<sup>173</sup> Hat der Gläubiger durch Nichtgeltendmachung des Anspruchs über einen erheblichen Zeitraum hinweg ein sich realisierendes, berechtigtes Vertrauen des Schuldners auf ein zukünftiges Unterlassen der Geltendmachung geschaffen, kann die Geltendmachung des Anspruchs durch das Rechtsinstitut der Verwirkung *de jure* ausgeschlossen sein.<sup>174</sup>

## VI. Rechtsschutz

Gem. § 40 I VwGO sind Ansprüche des Staates gegen Bürger aus öffentlich-rechtlichem Vertrag vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen; § 40 II 1 Hs. 1 VwGO greift insoweit nicht.<sup>175</sup> Statthaft ist regelmäßig die allgemeine Leistungsklage (ggf. auch die Feststellungsklage).<sup>176</sup> Zu beachten ist, dass bei beiden Klagearten ein Vorverfahren unstatthaft ist.<sup>177</sup> Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Verwaltung, die durch die Wahl der Vertragsform auf die Ebene grundsätzlicher Gleichordnung begeben hat, mangels Verwaltungsakts-Befugnis<sup>178</sup> ihre Erfüllungs-, Schadensersatz- und Erstattungsansprüche grundsätzlich nicht mittels Verwaltungsakt geltend machen

<sup>171</sup> Gurlit (Fn. 19), § 33 Rn. 1.

<sup>172</sup> Korte (Fn. 19), § 54 Rn. 111.

<sup>173</sup> OVG Koblenz NVwZ-RR 2014, 613 (614 f.).

<sup>174</sup> Kopp/Ramsauer/Ramsauer VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 53 Rn. 43.

<sup>175</sup> Detterbeck (Fn. 3), Rn. 823.

<sup>176</sup> Stellv. Korte (Fn. 19), § 54 Rn. 105.

<sup>177</sup> Hufen Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2021, § 17 Rn. 9, § 18 Rn. 18.

<sup>178</sup> Hierzu näher Korte (Fn. 19), § 45 Rn. 15 ff.

darf.<sup>179</sup> Ansprüche des Bürgers gegen den Staat sind gem. § 40 I VwGO (Erfüllung) bzw. § 40 II 1 VwGO (Schadensersatz) ebenfalls vor den Verwaltungsgerichten mittels Leistungsklage geltend zu machen.<sup>180</sup>

Umstritten ist die Zuordnung von Schadensersatzansprüchen aus culpa in contrahendo (§§ 280 I 1, 241 II, 311 II BGB analog). Während der BGH den Zivilrechtsweg für einschlägig erachtet,<sup>181</sup> hält die Literatur den Verwaltungsrechtsweg für gegeben, da es das eindeutige Ziel des Gesetzgebers sei, sämtliche Rechtsfragen im Zusammenhang mit Verwaltungsverträgen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuweisen, wie sich aus § 40 II 1 Hs. 1 VwGO ergebe.<sup>182</sup> Das BVerwG geht jedenfalls bei einem Sachzusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen i. S. d. Art. 34 S. 1 GG i. V. m. § 839 BGB von der Eröffnung des Zivilrechtswegs aus,<sup>183</sup> was von Teilen der Literatur wegen möglicher Zufallsergebnisse, die dem Gebot der Rechtswegklarheit widersprüchen, abgelehnt wird.<sup>184</sup> In einer öffentlich-rechtlichen Klausur empfiehlt es sich, nach der Erörterung dieses Meinungsstreits auf den Verwaltungsrechtsweg einzuschwenken.

Die dem Vertragsschluss vorgelagerte Entscheidung, mit dem Privaten einen Vertrag abzuschließen, ist als blo-

ßes Verwaltungsinternum kein Verwaltungs-, sondern ein Realakt. Ein etwaig bestehender Anspruch des Bürgers auf Abschluss eines Verwaltungsvertrages, der ausnahmsweise im Falle einer Ermessensreduktion auf Null (z. B. aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung, Art. 3 I GG) oder eines gesetzlichen Kontrahierungszwanges vorliegen kann, ist also mittels Leistungsklage zu verfolgen.<sup>185</sup>

Werden zwischen Behörde und Bürger öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche<sup>186</sup> geltend gemacht, ist die allgemeine Leistungsklage statthaft.<sup>187</sup> Setzt die Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung den Erlass eines Verwaltungsaktes voraus, ist die Verpflichtungsklage einschlägig.<sup>188</sup>

Hat sich ein Vertragspartner gem. § 61 VwVfG der sofortigen Vollstreckung unterworfen,<sup>189</sup> kann der andere Part Vollstreckungsmaßnahmen einleiten, um seine vertraglichen Ansprüche durchzusetzen.<sup>190</sup>

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

<sup>179</sup> *Vofskuhle/Kaiser* JuS 2013, 687 (689).

<sup>180</sup> *Gurlit* (Fn. 19), § 34 Rn. 2.

<sup>181</sup> Stellv. BGH NJW 1986, 1109 (1109 f.).

<sup>182</sup> *Hufen* (Fn. 176), § 11 Rn. 72.

<sup>183</sup> BVerwG NJW 2002, 2894 (2894 f.).

<sup>184</sup> *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 823 m. w. N.

<sup>185</sup> H. M., stellv. *Rozek* (Fn. 37), § 54 Rn. 111 m. w. N.; a. A. BSGE 44, 244 (247 f.).

<sup>186</sup> Hierzu eingehend *Gurlit* (Fn. 19), § 35 Rn. 17 ff.

<sup>187</sup> *Maurer/Waldhoff* (Fn. 119), § 29 Rn. 37.

<sup>188</sup> *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1255.

<sup>189</sup> Hierzu näher *Bader/Ronellenfitsch/Kämmerer BeckOK-VwVfG*, 51. Ed., Stand: 1. 4. 2021, § 61 Rn. 10 ff.; überblicksartig *Maurer/Waldhoff* (Fn. 119), § 14 Rn. 60; *Korte* (Fn. 19), § 54 Rn. 108 f.

<sup>190</sup> *Rozek* (Fn. 37), § 54 Rn. 115.