

Ministerialrat Dr. Heribert Schmitz, Berlin/Birkenwerder

„Die Verträge sollen sicherer werden“ – **Bericht aus dem Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI**

Vortrag Leipzig, 1. Juli 2004: vhw-Seminar „Der städtebauliche Vertrag in der Praxis“ (mit Prof. Dr. Hans-Jörg Birk, Günter Halama, Prof. Dr. Wolfgang Winkelbauer) – überarbeitete und erweiterte Fassung veröffentlicht in DVBl. 2005, 17.

I. Initiative des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht beim Bundesministerium des Innern

Nach seinem Inkrafttreten war das VwVfG zwei Jahrzehnte nahezu unverändert geblieben. 1996 erfolgten dann zwei Änderungen. Durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz sollte Klagen aus der Wirtschaft über zu lange Dauer von Genehmigungsverfahren Rechnung getragen werden. Einzelne Regelungen dieses Gesetzes waren vor allem in der Wissenschaft sehr umstritten. Die Genese des GenBeschlG gab Anlass zu Überlegungen, die Fortentwicklung des Verwaltungsverfahrenrechts als Daueraufgabe ministerieller Tätigkeit zu organisieren. Dazu wurde ein Vorschlag aus der Literatur aufgegriffen, bei dem für das VwVfG federführendes Ministerium ein kontinuierlich beratendes Gremium einzurichten, den Beirat Verwaltungsverfahrenrecht. Der Beirat soll

- die aktuelle wissenschaftliche Diskussion auswerten und deren Vorschläge bewerten;
- Bedürfnisse der Praxis erfassen und hieraus konkrete Vorschläge entwickeln;
- die einschlägige Rechtsprechung auf Regelungslücken beobachten und Bedürfnisse der Klarstellung und Korrektur durch Gesetzgebung erkennen;

- die Umsetzbarkeit von Vorschlägen aus dem Gesetzgebungsprogramm der jeweiligen Bundesregierung prüfen;
- bei allem auch die Akzeptanz in den Ländern im Hinblick auf den Bundesrat und die Einheit des Verwaltungsverfahrensrechts von Bund und Ländern berücksichtigen.

Dem Beirat gehören Wissenschaftler, wissenschaftlich tätige Praktiker (insb. aus Anwaltschaft und Justiz), Vertreter der Länderinnenministerien sowie Verwaltungspraktiker an. Ein Schwerpunktthema des Beirats war insbesondere auf Anregung von Mitgliedern aus der Anwaltschaft die Fortentwicklung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag, dessen Regelungen in §§ 54 ff. VwVfG seit nunmehr 30 Jahren unverändert geblieben sind.

II. Handlungsbedarf beim öffentlich-rechtlichen Vertrag

Der öffentlich-rechtliche Vertrag hat zwei Varianten: a) den subordinationsrechtlichen, VA-ersetzenden, b) den kooperativen. Das verwaltungsrechtliche Denken war lange von dem von Otto Mayer geprägten Grundsatz „Der Staat paktiert nicht“ beeinflusst; danach gibt es grds. nur einseitiges Handeln in Form des VA, während der öffentlich-rechtliche Vertrag atypisch ist. Dieses Denken ist in der Wissenschaft wohl überwunden, in Teilen der Verwaltungspraxis aber noch lebendig, obwohl auch dort bestimmte Bereiche der Verwaltung bereits heute auch öffentlich-rechtliche Verträge nutzen, um ihre Aufgaben in Zusammenarbeit mit anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie mit Privatpersonen zu erfüllen (vgl. etwa §§ 11, 12 BauGB betr. die städtebaulichen Verträge). Zur Klarstellung: Wenn Verhandlung und Konsens als „moderne“ Formen des Verwaltungshandelns dargestellt werden, soll damit die hoheitliche, einseitige Rechtsdurchsetzung nicht als überholt abgetan werden. Der VA ist weiterhin ein taugliches Instrument zur rechtmäßigen und sachrichtigen Erledigung von Verwaltungsaufgaben. Auch beim VA ist der Entscheidungsprozess nach den Verfahrensregeln des VwVfG ausreichend flexibel und in der Lage, Kooperation, Konsens und Akzeptanz zu fördern. Verwaltungsrecht ist nicht nur Kollisionsrecht zwischen öffentlichen und privaten Interessen; vielmehr geht es

zunehmend um die Regulierung privater Belange unter öffentlicher Verwaltung. Gewandeltem Staatsverständnis (kooperativer Staat) muss das passende rechtliche Instrumentarium zur Verfügung stehen. Hier kann der öffentlich-rechtliche Vertrag ein besonders taugliches Instrument zum gerechten Interessenausgleich sein. Die Konzentration auf das Ziel gemeinsamen Interessenausgleichs ermöglicht Feinabstimmungen, die als Vorzug konsensueller Gestaltung gelten.

1. *Kooperationsvertrag*

Ein Leitprojekt der Bundesregierung zum Programm „Moderner Staat“ ist überschrieben „Rechtliche Regelungen für Public Private Partnership“. Was ist Public Private Partnership, kurz P.P.P.? Der Begriff P.P.P. ist inzwischen zu einem gängigen Terminus in Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht geworden. P.P.P. ist ein Sammelbegriff für unterschiedliche Kooperationsmodelle zwischen Hoheitsträgern und Privaten bei der Gewährleistung, Finanzierung und Durchführung öffentlicher Dienstleistungen. Kooperation findet nicht nur auf der Ebene des öffentlich-rechtlichen Vertrags statt, vielfach lässt es sich einordnen in Begriffe wie Agreements, Absprachen, Verständigung, Beratung, Duldung; diese Formen werden auch unter dem Begriff des informellen Verfahrens zusammengefasst. Rechtliche Regelungen für P.P.P. zu schaffen, soll aber nicht Formalisierung des Informellen bedeuten.

Als Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen stand jedenfalls fest, dass der öffentlich-rechtliche Vertrag ein Instrument ist, das dem Anliegen der Bundesregierung, im Sinne des „aktivierenden Staates“ die Kooperation von Hoheitsträgern und Privaten zu fördern, den erforderlichen rechtlichen Rahmen geben kann.

2. *Nichtigkeitsfällen*

Es lag nahe, die Erweiterung der Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag zugleich für eine Verbesserung der bisherigen Bestimmungen zu nutzen. In den letzten Jahren wurde in verschiedenen Fällen, bei denen sich die Verwaltung der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags bedient hat, deutlich, dass die seit ihrem Inkrafttreten vor mehr als 25 Jahren

in Bund und Ländern unverändert fortgeltenden Vorschriften der §§ 54 ff. VwVfG den Gegebenheiten in der Praxis nicht mehr voll gerecht werden. Verschiedene „Nichtigkeitsfallen“ behindern die Anwendung; sie bestimmen in Behörden die Auffassung, mit einer Regelung durch Verwaltungsakt ein sichereres Verfahren zu wählen.

Insbesondere die Gefahr von Fehlern bei der Vertragsgestaltung mit Nichtigkeitsfolge begründen die Zurückhaltung von Behörden gegenüber dieser Handlungsform. Einige Beispiele:

b) Ein Regelungsbedarf wurde vor allem gesehen für:

- eine Änderung der strengen Nichtigkeitsfolge bei Verstoß gegen das Angemessenheitsprinzip und das Koppelungsverbot (§§ 56, 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG), die keinerlei Spielraum für eine Anpassung des Vertragsinhalts lässt, sondern stets zur Rückabwicklung führt;
- die Frage der Wirksamkeit beim Abschluss drittbelastender Verträge (§ 58 VwVfG), wobei zu überlegen war, ob die zur Wirksamkeit des Vertrags erforderliche schriftliche Zustimmung des Dritten und das Einvernehmen einer anderen Behörde nicht durch eine Verschweigungsfrist nach Bekanntgabe ersetzen kann;
- Verstöße gegen das Erfordernis der Schriftform nach § 57 VwVfG, die nicht mehr zur Nichtigkeit führen müssen, wenn der Vertrag von beiden Parteien in Vollzug gesetzt wurde.

3. *Beirat: Lokalisierung der Probleme*

In der Diskussion des Beirats kristallisierte sich der Bedarf für eine Fortentwicklung des rechtlichen Instrumentariums der §§ 54 ff. VwVfG unter eben diesen beiden vorgenannten Gesichtspunkten heraus: Aufnahme des Vertragstyps „Kooperationsvertrag“ und Überarbeitung der Fehlerfolgenregelungen. Der Beirat empfahl daher dem Bundesministerium des Innern, die Frage einer Weiterentwicklung der §§ 54 ff. VwVfG durch Vergabe von Gutachten weiter wissenschaftlich zu vertiefen.

III. Wege zum Gesetzentwurf

1. *Sorgfältige Vorbereitung*

Änderungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes bedürfen sorgfältiger Vorbereitung; die großen Kodifikationen des Verfahrensrechts sind ein hochempfindliches Instrumentarium, das mit besonderer Vorsicht zu handhaben ist. Seriöse Arbeit an einem Querschnittsgesetz wie dem Verwaltungsverfahrensgesetz – dem „Grundgesetz der Verwaltung“ – kommt nicht ohne wissenschaftliche Fundierung aus.

a) Wissenschaftliche Gutachten

Das BMI vergab in der Folgezeit zwei Gutachtenaufträge, wobei die Gutachten unterschiedliche Ansätze verfolgen und sich insofern ergänzen sollten: Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert (HU Berlin) widmete sich vor allem der Frage, wie das Leitbild des aktivierenden Staates im Verwaltungsverfahrenskonzeptionell verwirklicht werden kann („Erfordernis verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse [Public Private Partnership]“). Prof. Dr. Jan Ziekow (DHV Speyer) setzte seinen Schwerpunkt bei der rechtlichen und regelungstechnischen Weiterentwicklung der Regelungen zum öffentlich-rechtlichen Vertrag („Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse [Public Private Partnership] im VwVfG“).

Zu der Frage der rechtlichen Regelungen von Kooperationsverhältnissen im Verwaltungsverfahrensgesetz verfolgen die beiden Gutachten eine sog. „große Lösung“. Danach sollen detaillierte Regelungen im VwVfG (z.B. Auswahl des Vertragspartners, Qualitätsanforderungen) alle Verträge der Verwaltung erfassen, unabhängig davon, ob sie zivilrechtlich, öffentlich-rechtlich, vergaberechtlich und/oder gesellschaftsrechtlich geprägt sind.

Beide Gutachten münden in konkreten Regelungsvorschlägen zum sog. Kooperationsvertrag. Die Annahme, für einen Gesetzentwurf könnten nun diese Vorschläge nach der Methode „Text einrücken von ... bis ...“ schnell übernommen werden, ist allerdings etwas zu schlicht. Vor einem gesetzgeberischen Eingriff mit der in den Gutachten vorgeschlagenen Regelungstiefe mussten zahlreiche Fragen noch vertieft diskutiert werden. Gesetzgebungs-

arbeit lässt sich also nicht an die Wissenschaft delegieren oder – in themen-naher Terminologie – privatisieren.

b) Beirat: Fokussierung der Probleme

Als Probleme bei dieser Konstruktion einer „großen Lösung“ wurden durch den Beirat Verwaltungsverfahrensrecht u.a. gesehen das Verhältnis solcher Regelungen zum Vergaberecht, die Frage, inwieweit der Staat bei privat- und gesellschaftsrechtlichen Verträgen durch einseitiges öffentliches Recht eine Zugriffsmöglichkeit haben soll, die Gefahr einer Überfrachtung des VwVfG mit Detailregelungen sowie die Erweiterung des VwVfG auch auf zivilrechtliche Tätigkeit der Behörden. Der Beirat hielt daher eine umfassende und abschließende bundesgesetzliche Regelung von Public Private Partnerships im VwVfG für nicht angebracht.

Vorzuziehen erschien dem Beirat, als „kleine Lösung“ eine Anpassung der §§ 54 ff. VwVfG anzustreben, bei der als neue Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags (ausdrücklich) auch die Figur des Kooperationsvertrags – neben dem Vergleichs- und Austauschvertrag (§§ 55, 56 VwVfG) – normiert wird; von Detailregelungen im VwVfG sollte jedoch Abstand genommen werden. Zusätzlich sollten u.a. Lockerungen der Nichtigkeitsfolge bei (geringfügigen) Verstößen gegen das Angemessenheitsprinzip und das Koppelungsverbot erfolgen. Weitergehende Erwartungen, die Regeln über den öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht nur zu ergänzen oder zu modifizieren, sondern das Gesetz von einem zugrunde gelegten – weiter gefassten – Verfahrens begriff und von den Verfahrensrechten und Verfahrensgrundsätzen her neu zu konzipieren, wurden als nicht in vertretbarer Zeit realisierbar angesehen. Die Arbeiten des Beirats mündeten schließlich in einem ausformulierten Textvorschlag zur Änderung der Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff. VwVfG) vom 23. Januar 2004.

c) Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten

Zur Vorbereitung der Simultangesetzgebung erarbeiten die Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten des Bundes und der Länder regelmäßig einen Musterentwurf. Dieser ist dann Basis für die jeweiligen Regierungsentwürfe. Für den Bund hat dieses Verfahren zugleich den Vorteil, dass bei der erforderli-

chen Bundesratsbeteiligung zu seinem Gesetzgebungsverfahren überraschende Einwände weitgehend ausgeschlossen sind.

IV. Bund/Länder-Musterentwurf

Auf der Basis der Vorschläge des Beirats Verwaltungsverfahrensrecht hat die Konferenz der Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten des Bundes und der Länder am 21./22. April 2004 in München einen Musterentwurf beraten und beschlossen. Dabei wurden die Vorschläge des Beirats nur geringfügig modifiziert.

1. Kooperationsvertrag

§ 54 Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

(1) Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.

(2) *Die Behörde kann, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.*

(3) *Die Behörde kann einen öffentlich-rechtlichen Vertrag auch schließen, um Private an der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben zu beteiligen; hoheitliche Befugnisse können nur übertragen werden, soweit dies durch Rechtsvorschrift vorgesehen ist.*

§ 56a Kooperationsvertrag

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Abs. 3 kann geschlossen werden, wenn die Behörde sicherstellt, dass ihr ein hinreichender Einfluss auf die ordnungsgemäße Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verbleibt. Die Behörde darf nur einen Vertragspartner auswählen, der fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist.

Bei enger Betrachtung erfassen die bestehenden Regelungen den Kooperationsvertrag bereits ausreichend. Unter Berücksichtigung des politischen Willens wird eine besondere Hervorhebung dieser Vertragsart jedoch besser durch eine eigene Vorschrift gelingen. Zur Rechtfertigung einer eigenständigen Regelung für Kooperationsverträge wird dabei ein besonderer Regelungscharakter gewählt. Als Standort für eine angereicherte Regelung des Kooperationsvertrags wäre ein neuer § 54a VwVfG in Betracht gekommen. Da dies jedoch im Hinblick auf die Systematik von §§ 55, 56 VwVfG zu Missverständnissen führen könnte, erscheint die Platzierung als § 56a VwVfG vorzugswürdig. Mit der Aufnahme der Grundsatznorm wird die Figur des Kooperationsvertrags als allgemeine Vertragsart neben dem Vergleichsvertrag (§ 55 VwVfG) und dem Austauschvertrag (§ 56 VwVfG) ausdrücklich festgeschrieben.

Gesetzestechisch soll die Anerkennung des Kooperationsvertrags durch Einfügung eines neuen § 54 Abs. 3 VwVfG ergänzt werden, der den Kooperationsvertrag neben den subordinationsrechtlichen Vertrag stellt. Die Aufteilung der Regelung zum Kooperationsvertrag auf zwei Vorschriften anstatt der Zusammenfassung in einer Norm trägt der Systematik der §§ 54 ff. VwVfG, insb. im Hinblick auf die vergleichbare Regelung zum subordinationsrechtlichen Vertrag (§§ 54 Abs. 2, 55, 56 VwVfG) Rechnung.

Das Merkmal der „Sicherstellung eines hinreichenden Einflusses“ in § 56a ist wesentlich für den Kooperationsvertrag. Es soll der Behörde Rückhol- und Steuerungsmöglichkeiten geben. Rechtsfolge bei Nichterfüllung dieser Anforderung ist Nichtigkeit. Eine fehlerhafte Auswahl der Vertragspartners führt dagegen nur zu Regressansprüchen. Der Begriff „Einfluss“ muss im Gesetz nicht näher definiert werden, um deutlich zu machen, dass sowohl die Möglichkeit, den Vertragspartner zu beeinflussen, als auch der Einfluss der Behörde auf die objektivierte Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, beispielsweise durch Erfüllungsbürgschaften, gemeint ist. Der unbestimmte Rechtsbegriff im Gesetzestext genügt, um beides zu erfassen. Was zu dem Begriff „hinreichenden Einfluss sicherstellen“ gehören kann, wird allerdings ausführlich in der Gesetzesbegründung darzustellen sein.

2. Fehlerfolgenregelung

a) Angemessenheit der Gegenleistung, Sachzusammenhang

Hinderlich für die Anwendung des öffentlich-rechtlichen Vertrags ist vor allem die zwingende Folge der Nichtigkeit bei bestimmten Rechtsmängeln. § 56 Abs. 1 VwVfG verlangt, dass bei einem Austauschvertrag die Gegenleistung des behördlichen Vertragspartners „den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen“ muss. Folge von Verstößen hiergegen ist Nichtigkeit, ein Ergebnis, das vielfach unbefriedigend ist. Berichte der kommunalen Spitzenverbände und der Rechtsanwaltschaft geben ebenso wie zahlreiche konträre Gerichtsentscheidungen aller Instanzen Grund zu der Annahme, dass die Maßstäbe für die Praxis wenig berechenbar sind. Bsp.: Geldzahlung für die Unterhaltung städtischer Kinderspielplätze an-

stelle eines nicht mehr festsetzbaren Erschließungsbeitrags. Nach Realisierung des Bauvorhabens beruft sich der Eigentümer auf Nichtigkeit des Vertrags. Typisch ist der Fall insoweit, als eine Seite voll geleistet hat, die andere Seite keine Gegenleistung erbringen will und die Leistung der vorleistenden Seite nicht mehr rückgängig zu machen ist. Das *BVerwG* hat hier entgegen den Vorinstanzen einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot angenommen. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung könne auch dann entfallen, wenn die vom Bürger zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist als die von der Behörde zu erbringende oder von ihr in Aussicht gestellte Leistung. Vor dem Hintergrund des maßgeblichen Erschließungsbeitragsrechts bestehe auch keine von der beklagten Gemeinde und den Vorinstanzen empfundene „Gerechtigkeitslücke“. Diese am Erschließungsbeitragsrecht orientierte Rechtsauffassung ist nach der Gesetzeslage kaum zu beanstanden. Das wenig befriedigende Ergebnis ruft jedoch nach einer anderen gesetzgeberischen Lösung.

Ziel einer Regelung muss sein, die Nichtigkeitsfolge zu vermeiden. Verschiedene Möglichkeiten boten sich an. Denkbar war u.a., bevor das Fallbeil der Nichtigkeit fällt, die Vertragsparteien zu verpflichten, den Vertrag anzupassen. Eine weitere Möglichkeit war, die Vertragsparteien zur Aufnahme von Fehlerfolgenregelungen in den Vertrag zu verpflichten. Entscheidend dafür, den Wortlaut des § 56 VwVfG unverändert zu lassen, war die Sorge, mit Aufhebung des Koppelungsverbots oder Wegfall der Angemessenheitsklausel ein falsches Signal zu setzen: Der verfassungsrechtlich fundierte Grundsatz der Gesetzesgebundenheit des Verwaltungshandelns soll nicht in Frage gestellt werden. Offen blieb danach nur der Weg, den Vertragsparteien das Recht zur Anpassung an die Verhältnisse nach einer (gerichtlichen) Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags einzuräumen, um eine faktisch unzumutbare Rückabwicklung zu vermeiden (dazu unten d).

b) Schriftform

§ 57 Schriftform

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist. *Der Schriftform genügt der Austausch übereinstimmender schriftlicher Erklärungen.*

Erwogen wurde, das Schriftformerfordernis (§ 57 VwVfG) – wenn der Vertrag hieran krankt – i.d.S. zu lockern, dass ein von beiden Parteien in Vollzug gesetzter Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig bleibt, auch wenn das Schriftformerfordernis nicht beachtet wurde (Gedanke aus § 313 S. 2 BGB). Zu überlegen war auch, ob Schriftform bei jedem öffentlich-rechtlichen Vertrag erforderlich sein muss, während Verwaltungsakte gem. § 37 Abs. 2 VwVfG schriftlich, mündlich oder in anderer Weise erlassen werden können. Der spezielle Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrags für komplexe Problemlagen legt es jedoch nahe, hier die bewährte Schriftform grds. beizubehalten. Damit vereinbar und den praktischen Belangen entsprechend ist es, die Vorschriften zur Schriftform durch Klarstellung des Verzichts auf die Urkundeneinheit flexibler zu gestalten. Dies soll durch Anfügung eines neuen Satzes an § 57 VwVfG erfolgen.

c) Beteiligung Dritter

Probleme in der Praxis bringt auch die Vorschrift des § 58 Abs. 1 VwVfG, wonach die Wirksamkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags, der in Rechte eines Dritten eingreift, an dessen Zustimmung geknüpft wird. Da oft unsicher ist, ob der Vertrag überhaupt in Rechte Dritter, ggfs. welcher Dritter, eingreift, böte sich an, potentiellen Drittbetroffenen den Vertrag entsprechend § 41 VwVfG bekannt zu geben und evtl. Einsprüche nach Ablauf einer Frist zu präkludieren. Die hiermit verbundenen Fragen erscheinen jedoch zu komplex, um noch in dieser Legislaturperiode geklärt zu werden. Um eine zeitnahe Umsetzung der übrigen Änderungen nicht zu gefährden, wurde zunächst von einer Änderung des § 58 VwVfG abgesehen.

d) Nichtigkeitsfolgen

§ 59 Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

(1) Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt.

(2) Ein Vertrag im Sinne des § 54 Abs. 2 ist ferner nichtig, wenn

1. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre;
2. ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war;
3. die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrags nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt

nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 46 rechtswidrig wäre;

4. sich die Behörde eine nach § 56 unzulässige Gegenleistung versprechen lässt.

(2a) Ein Vertrag im Sinne des § 54 Abs. 3 ist ferner nichtig, wenn die Behörde bei dessen Abschluss nicht sichergestellt hat, dass ihr ein hinreichender Einfluss auf die ordnungsgemäße Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verbleibt.

(3) Betrifft die Nichtigkeit nur einen Teil des Vertrags, so ist er im Ganzen nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre.

(4) Ist ein Vertrag nach Absatz 2 Nr. 4 oder Absatz 2a nichtig, kann jede Vertragspartei anstelle der Rückabwicklung die Anpassung des Vertrages verlangen, soweit die nichtige durch eine angemessene wirksame Regelung ersetzt werden kann.

(5) Für die Rückabwicklung nichtiger Verträge gelten die §§ 818 bis 822 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

Die bisherige Nichtigkeitsfolge bei Austauschverträgen (§ 56 i.V.m. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) auch bei nur geringen Verstößen gegen das Angemessenheitsprinzip von Leistung und Gegenleistung oder gegen das Koppelungsverbot soll vermieden werden. Die frühere Schutzfunktion der strengen Nichtigkeitsfolge ist nicht mehr zeitgemäß. Die strikte Nichtigkeitsfolge lässt zu wenig Spielraum für Differenzierungen bei unterschiedlichen Problemlagen und führt daher in der Praxis vielfach zu unbefriedigenden und nicht wünschenswerten Ergebnissen. Im Ergebnis sollen die Vertragsparteien mehr Spielraum bei der Bestimmung des Äquivalents beider Vertragsleistungen erhalten. Jede Vertragspartei soll das Recht erhalten, im Falle der gerichtlichen Nichtigkeitserklärung die vollständige Rückabwicklung eines Vertrags durch eine nachträgliche Vertragsanpassung zu vermeiden. Die zweite Variante erschien sowohl dem Beirat als auch den Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten vorzugswürdig.

Zu dem neuen § 59 Abs. 2a VwVfG wurde die Frage erörtert, ob die Formulierung deutlich werden lässt, dass es sich bei den zu vereinbarenden Einflussmöglichkeiten für die Behörde um Prognoseentscheidungen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses handelt, während später eintretende Veränderungen über § 60 VwVfG behandelt werden müssen. Dies wird durch die Formulierung „wenn die Behörde beim Abschluss eines Kooperationsvertrags nicht sichergestellt hat“ gewährleistet.

V. Nächste Schritte

Das Bundesministerium des Innern bereitet nun auf der Basis des Musterentwurfs der Verwaltungsverfahrensrechtsreferenten einen Entwurf für die Änderung des VwVfG des Bundes vor. Die bisherigen Arbeiten und die dabei erstellten wissenschaftlichen Gutachten haben gezeigt, dass der Reformbedarf bei den Vorschriften des VwVfG, dem „Grundgesetz der Verwaltung“, noch nicht erschöpft ist. Dabei wird nicht nur weiter der öffentlich-rechtliche Vertrag, sondern vor allem die Typenbildung für die wuchernden Genehmigungsverfahren vertiefter Aufmerksamkeit bedürfen. Hier hat das Allgemeine Verwaltungsrecht mit seiner Systembildung die Aufgabe, Tendenzen zu einer unüberschaubaren Überdifferenzierung im Besonderen Verwaltungsrecht entgegenzuwirken, um so Disharmonien zu verhindern und Akzeptanz und Effizienz zu sichern.