



**Jörg Pudelka,**  
*Leiter der GIZ in Kasachstan,  
Richter Verwaltungsgericht Berlin.*

doi: 10.21564/2414–990x.136.93850  
UDC 346.3

## DIE UNWIRKSAMKEIT VON VERTRÄGEN FÜR ÖFFENTLICHE DIENSTLEISTUNGEN

*Dieser Artikel untersucht die Rechtsnatur und Anwendung der Verträge für öffentliche Dienstleistungen. Auf der einen Seite werden die Daten als verfassungsmäßig garantierte Freiheit behandelt, und auf der anderen Seite als die Unterordnung der öffentlichen Hand, wirkt einseitig den Imperativ Management. Kostenlose Vorteile einseitige öffentliche Aufträge für die vergleichende Analyse und deren Typen.*

**Stichworte:** Vertrag; Vertragsfreiheit; Qualität; Verwaltungsakt; Vertrag; den öffentlichen Dienst.

**Йорг Пуделька,** Голова представництва Німецького товариства з міжнародного співробітництва GIZ у Казахстані, Суддя адміністративного суду м. Берлін.

### **Неефективність договорів про надання державних послуг**

*Досліджується правова природа і застосування договорів про надання державних послуг. З одного боку, ці договори розглядаються як гарантована конституцією свобода, а з іншого – як підпорядкованість державним органам, які діють в односторонньому порядку з використанням імперативного методу управління. Окреслено переваги односторонніх публічних договорів для компаративного аналізу та їх види.*

**Ключові слова:** договір; свобода договору; забезпечення якості; адміністративний акт; контракт; державна служба.

## Die Unwirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge

### I. Einführung

Während Verträge Ausdruck der verfassungsrechtlich verbürgten Privatautonomie sind und damit grundsätzlich dem Zivilrecht eigen sind, ist das Öffentliche Recht vielfach von Über-/Unterordnungsverhältnissen geprägt, in denen staatliche Organe einseitig und hoheitlich handeln. In der Praxis geschieht dies regelmäßig durch den Erlass von Verwaltungsakten, wozu besondere Gesetze die staatlichen Behörden unter Nennung jeweiliger

Voraussetzungen berechtigen. Dies ist auch gut so: grundsätzlich sollen staatliche Behörden nicht mit den Bürger handeln, sondern das geltende Recht für jedermann gleich umsetzen.

Allerdings gibt es auch im Öffentlichen Recht die Figur des Vertrages. Besonders in jüngerer Zeit nimmt etwa in Deutschland die Zahl öffentlich-rechtlicher Verträge zu, wenngleich sie prozentual weiterhin weit hinter den Verwaltungsakten zurückliegen<sup>1</sup>. Insbesondere in großvolumigen Projekten oder besonders komplizierten Angelegenheiten bietet sich häufig ein Vertrag an. Vorteile eines Vertragsschlusses gegenüber einem einseitigen Handeln durch Verwaltungsakt sind insbesondere<sup>2</sup>:

- Erhöhte Akzeptanz konsensualer Verfahren
- Kostenentlastung
- Reduzierung des Verwaltungsaufwands
- Beschleunigung der Problemlösung
- Gesteigerte Handlungsmöglichkeiten in unklaren und komplexen Situationen
- Bessere Sicherstellung des Vertragspartner erwarteten Verhaltens
- Vereinbarkeit einseitig nicht durchsetzbarer Gegenleistungen des Privaten
- Übereinkunft über Qualitätssicherungsmaßnahmen
- Geringes Risiko eines Rechtsstreits.

So lässt sich etwa bei umfangreichen Genehmigungsverfahren, beispielsweise für eine große Fabrik, im Vertragswege oft eine für beide Seiten bessere Lösung finden, als dies durch einseitigen Verwaltungsakt trotz entsprechender Mitwirkung des Antragstellers im Verwaltungsverfahren möglich wäre.

## II. Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Verträge

Grundsätzlich gilt, dass ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden kann, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Das gilt insbesondere auch in den Fällen, in denen die Behörde sonst einen Verwaltungsakt erlassen würde<sup>3</sup>. Es bedarf also keiner speziellen gesetzlichen oder sonstigen Erlaubnis für die Behörde zum Handeln durch Vertrag. Vereinfacht gesagt: erlaubt ist alles, was nicht verboten ist<sup>4</sup>. Für die Wahl der Handlungsform (Vertrag oder Verwaltungsakt) kommt der Behörde Ermessen zu, das sie nach allgemeinen Kriterien ausüben muss.

Die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht erfolgt anhand des Gegenstandes des Vertrages<sup>5</sup>. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Vorstellung der Parteien, sondern auf eine objektive Einordnung an. Entscheidend ist, ob die im Vertrag geregelten Rechte und Pflichten der Vertragspartner öffentlich-rechtlicher Natur sind. Dies ist dann der Fall, wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre. Nach der modifizierten Subjekttheorie ist eine Norm immer dann öffent-

---

<sup>1</sup> Über 99 Prozent der Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 Verwaltungsverfahrensgesetz enden mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes; weniger als 1 Prozent mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

<sup>2</sup> Vgl. Ziekow, VwVfG Kommentar, § 54 Rn. 4.

<sup>3</sup> So ausdrücklich § 54 Satz 2 VwVfG (Deutschland).

<sup>4</sup> Dabei muss allerdings der Anwendungsbereich des VwVfG berücksichtigt werden. So sind zum Beispiel im Steuerrecht, wo das VwVfG nicht gilt, sondern die insofern speziellere Abgabenordnung, Verträge grundsätzlich nicht möglich.

<sup>5</sup> GSOGB BVerwGE 74, 368, 370.

lich-rechtlich, wenn sie einen Träger staatlicher Hoheitsgewalt *als solchen* (also hoheitlich und eben nicht wie einen Privaten) berechtigt oder verpflichtet.

Nicht ausreichend ist jedenfalls, dass Vertragsgegenstand die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist. Öffentliche Aufgaben (z.B. Müllabfuhr) können sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich erfüllt werden. Im Zweifel ist eine Bewertung des Gesamtcharakters des Vertrages vorzunehmen. Enthält ein Vertrag sowohl zivil- als auch öffentlich-rechtliche Teile, so kommt es auf den Schwerpunkt der Regelung an, soweit nicht die einzelnen Teile klar voneinander abgegrenzt und eigenständig rechtlich behandelt werden können.

### III. Arten öffentlich-rechtlicher Verträge

Öffentlich-rechtliche Verträge können subordinationsrechtlicher, koordinationsrechtlicher oder kooperationsrechtlicher Natur sein. Subordinationsrechtlich sind Verträge dann, wenn es um Rechtsbereiche geht, in denen ein hoheitliches Verhältnis der Über-/Unterordnung besteht. Darauf, ob die Behörde auch im konkreten Einzelfall an Stelle des Vertragsschlusses auch einen Verwaltungsakt erlassen könnte, kommt es nicht an<sup>1</sup>.

Als koordinationsrechtlich bezeichnet man Verträge, die zwischen verschiedenen Stellen der öffentlichen Verwaltung geschlossen werden, ungeachtet der Frage, ob diese Stellen sich in einem Verhältnis der Über-/Unterordnung oder in einem anderen Verhältnis zueinander befinden.

Als kooperationsrechtlich werden Verträge bezeichnet, in denen Private und öffentliche Verwaltung sich auf der Ebene der Gleichordnung bewegen. Denkbar sind auch Fälle kooperationsrechtlicher Verträge zwischen Privaten mit öffentlich-rechtlichem Vertragsgegenstand.

Die Art des Vertrages spielt insofern eine Rolle, als das deutsche Verwaltungsverfahren für subordinationsrechtliche Verträge (einschränkende) Regelungen vorsieht. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass die Behörde durch Vertragsschluss nicht die Möglichkeit haben soll, für den Verwaltungsaktserlass geltende Regelungen zum umgehen.

Subordinationsrechtliche Verträge werden weiter unterteilt in Vergleichsverträge und Austauschverträge.

Subordinationsrechtliche Verträge, mit denen eine Ungewissheit faktischer oder rechtlicher Art durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleichsvertrag) können nur geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält (§ 55 VwVfG D). Hiermit soll den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, streitige Fragen eines Rechtsverhältnisses trotz bestehender Ungewissheiten zu lösen, wobei dies die Behörde nicht von ihrer Amtsermittlungspflicht befreit. Gemeint sind vielmehr Fälle, die nicht weiter aufklärbar sind oder bei denen dies nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand (Kosten) möglich wäre.

Voraussetzung für einen derartigen Vertrag ist also insbesondere eine unklare Sach- oder Rechtslage sowie ein gegenseitiges Nachgeben beider Seiten.

Austauschverträge sind subordinationsrechtliche Verträge, in denen sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet. Diese dürfen nur geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient (§ 56 VwVfG D). Außerdem

<sup>1</sup> BVerwG 111, 162, 165.

muss die Gegenleistung den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur solch eine Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung sein könnte<sup>1</sup>.

Besonders wichtig bei diesen Verträgen ist die Vereinbarung eines bestimmten Zwecks im Vertrag wichtig, wobei dieser um Aufgabenbereich der vertragsschließenden Behörde liegen muss. Damit soll verhindert werden, dass sich Behörden durch Vertragsschlüsse über Zuständigkeitsregelungen hinwegsetzen.

Außerdem gilt das sogenannte «Koppelungsverbot»: die Gegenleistung des Bürgers muss im Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. Durch verwaltungsrechtlichen Vertrag darf also insbesondere auch nichts verknüpft werden, was ohnehin schon in einem inneren Zusammenhang steht. Besteht also auf etwas bereits kraft Gesetzes ein Anspruch des Bürgers, darf die Behörde die Gewährung dieses Vorteils nicht von einer vertraglichen Gegenleistung abhängig machen. Das Angemessenheitsgebot für die Gegenleistung ist anhand der allgemeinen Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen<sup>2</sup>.

Beispiel: Bei einem Vertrag, in dem die Behörde sich zur Erteilung einer Bauerlaubnis verpflichtet, darf die Gegenleistung des Bürgers dafür, dass die Behörde auf den Bau einer Garage verzichtet, darin bestehen, dass der Bürger einen Beitrag zu den Kosten der Errichtung eines gemeindlichen Parkhauses leistet; nicht dagegen in einem Beitrag zu einem Sozialfonds oder zur Errichtung eines städtischen Kindergartens<sup>3</sup>.

Alle öffentlich-rechtlichen Verträge sind schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist (§ 57 VwVfG D). Die Nichtbeachtung der Form führt zur Nichtigkeit des Vertrages (§ 59 Abs. 1 i.V.m. § 125 BGB). Allerdings gelten auch hier die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze von Treu und Glauben. Dies bedeutet, dass eine Berufung auf die Formnichtigkeit ausgeschlossen sein kann, wenn dies ein Verstoß gegen Treu und Glauben wäre und zu untragbaren Folgen für eine der Vertragsparteien führen würde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Verwaltung die Berufung auf Treu und Glauben insofern regelmäßig versagt ist, da sie wegen ihrer Bindung an Recht und Gesetz und der Amtsermittlungspflicht die Formbedürftigkeit grundsätzlich kennen muss<sup>4</sup>.

Auch für eine Heilung von Formmängeln gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäbe (§ 62 Satz 2 VwVfG D i.V.m. § 141 BGB).

#### IV. Unwirksamkeit

##### 1. Nichtigkeit

§ 59 VwVfG regelt die Frage, wann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig ist. Allgemein gesagt ist dies nach Absatz 1 der Vorschrift der Fall, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung des Zivilrechts ergibt. Wichtig ist also, dass es fehlerhafte öffentlich-rechtliche Verträge geben kann, die nichtig sind und solche, die eben bloß fehlerhaft sind, ohne dass dies auf die Wirksamkeit der Verträge eine Auswirkung hätte. Schlicht fehlerhafte (aber nicht nichtige) Verträge sind also zu erfüllen. Die Vertragspartner können

<sup>1</sup> Wann Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten hinzugefügt werden dürfen, ergibt sich aus § 36 VwVfG D.

<sup>2</sup> BVerwG NJW 1985 989,990.

<sup>3</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 56 Rn. 17 m.w.N.

<sup>4</sup> Ziekow, VwVfG, § 57 Rn. 7 m.w.N.

sich nicht auf die Rechtswidrigkeit berufen und ihren Verpflichtungen auch nicht durch Kündigung oder Anfechtung entgehen<sup>1</sup>.

Für die Beurteilung der Nichtigkeit verweist das Verwaltungsverfahrenrecht also auf das Zivilrecht. Hier ist insbesondere § 134 BGB relevant, nach dem Nichtigkeit immer dann vorliegt, wenn gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen wird. «Gesetz» ist hier im materiellen Sinn gemeint, so dass sich ein entsprechendes Verbot aus EU-Recht, Verfassungsrecht, Gesetzen, Rechtsverordnungen oder Satzungen ergeben kann<sup>2</sup>. Das Verbot muss auch nicht ausdrücklich ausgesprochen sein; es genügt, wenn es sich aus dem Sinnzusammenhang im Wege der Auslegung ergibt<sup>3</sup>.

Im Zivilrecht kommt es für das Vorliegen eines Verbotsgesetzes im Sinne des § 134 BGB vor allem darauf an, ob sich das Gesetz gegen die Wirksamkeit bzw. den Erfolg des Rechtsgeschäfts richtet. Reine Ordnungsvorschriften, die lediglich die Art und Weise des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts, nicht jedoch den konkreten Inhalt des Geschäfts verbieten, führen nicht zur Nichtigkeit<sup>4</sup>. Ob eine Rechtsvorschrift den materiellen Inhalt des Rechtsgeschäfts verbietet oder nur die Art und Weise der Vornahme des Rechtsgeschäfts betrifft, muss jeweils durch Auslegung der Verbotsnorm ermittelt werden.

Diese im Zivilrecht entwickelten Grundsätze können jedoch, obwohl § 59 VwVfG auf das Zivilrecht verweist, nicht vollständig für öffentlich-rechtliche Verträge übernommen werden. Im Öffentlichen Recht gibt es eine andere Ausgangslage: während im Zivilrecht Vertragsfreiheit herrscht und ihre Beschränkung durch Gesetz die Ausnahme ist, besteht im Öffentlichen Recht eine Gesetzesbindung der Verwaltung. Die Verwaltung genießt gerade keine Vertragsfreiheit im Sinne der Privatautonomie. Sie entgeht ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen auch dann nicht, wenn sie privatrechtlich handelt. Insofern sind die Grenzen, die das Recht der Verwaltung für ihr Handeln setzt wesentlich größer, als die Grenzen, denen Private unterliegen.

Allerdings kann auch im Öffentlichen Recht nicht davon ausgegangen werden, dass jeder beliebige Rechtsverstoß stets und sofort zur Nichtigkeit des Vertrages führen würde. Die Rechtsprechung fordert für den Eintritt der Nichtigkeitsfolge das Vorliegen eines «qualifizierten Rechtsverstoßes»<sup>5</sup>. Wann der Rechtsverstoß qualifiziert ist, muss in jedem Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden. Wichtige Kriterien hierfür sind:

- die Zielrichtung der Verbotsnorm (ist es Zweck der Norm, den Vertragsinhalt zu verhindern?)
- soll die Vertragsform ausgeschlossen werden?
- Gewicht der berührten öffentlichen Interessen<sup>6</sup>.

Es kommt nicht darauf an, ob die Vertragsparteien die Verbotsnorm kannten oder hätten kennen müssen<sup>7</sup>. Allerdings muss die Verbotsnorm bereits zum Zeitpunkt des Vertragschlusses bestanden haben.

<sup>1</sup> Ziekow, VwVfG, § 59 Rn. 2 m.w.N.

<sup>2</sup> Kopp/Ramsauer, § 59 Rn. 9.

<sup>3</sup> OVG Münster, NVwZ 1992, 988, 989.

<sup>4</sup> Palandt/Ellenberger, BGB, § 134 Rn. 8.

<sup>5</sup> BVerwGE 89, 7.

<sup>6</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG § 59 Rn. 11; Ziekow, VwVfG, § 59 Rn. 7 m.w.N.

<sup>7</sup> Ziekow/Siegel, Verwaltungsarchiv 2004, 281, 284.

Weitere Nichtigkeitsgründe aus dem Zivilrecht, die über § 59 Abs. 1 VwVfG D auch für öffentlich-rechtliche Verträge gelten, sind die Nichtbeachtung des Schriftformgebots (§ 125 BGB) sowie die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 138 BGB). Sittenwidrigkeit kann sich etwa durch Machtmissbrauch der Verwaltung ergeben.

Über den Verweis auf zivilrechtliche Nichtigkeitsgründe hinaus enthält § 59 Abs. 2 VwVfG D noch besondere Nichtigkeitsgründe, die jedoch nur für subordinationsrechtliche Verträge gelten. Danach ist ein solcher Vertrag immer nichtig, wenn

- ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre,
- ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers rechtswidrig wäre und dies den Vertragsschließenden bekannt war,
- die Voraussetzungen zum Abschluss eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers rechtswidrig wäre,
- die Behörde sich eine unzulässige Gegenleistung versprechen lässt.

Sinn dieser Regelung ist es, zu verhindern, dass die Behörde im Vertragswege versucht durchzusetzen, was ihr über einen Verwaltungsakt verboten wäre. Die Behörde kann sich ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen also nicht durch die Wahl der Handlungsform (Verwaltungsakt oder Vertrag) entziehen. Sie bleibt an Recht und Gesetz gebunden.

Liegt einer dieser Fälle vor, so ist der Vertrag immer nichtig. Es bedarf also keiner Bewertung mehr, ob der Rechtsverstoß qualifiziert ist oder nicht. Allerdings gibt es trotzdem Wertungsspielraum in Einzelfall. So ist etwa der Hinweis auf die hypothetische Nichtigkeit eines Verwaltungsakts nach § 44 VwVfG zu bewerten, wonach es darauf ankommt, ob der Verwaltungsakt unter einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich war<sup>1</sup>. Dies ist nach einer herkömmlichen Faustregel immer dann der Fall, wenn der Fehler «dem Verwaltungsakt auf der Stirn geschrieben steht», mit anderen Worten von jedermann leicht und sofort erkennbar ist.

## 2. Nichtigkeitsfolgen

Liegen die Voraussetzungen der Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages vor, so tritt die Nichtigkeit automatisch ein. Der Vertrag ist *ex tunc*, also von Anfang an nichtig, ohne dass es einer Kündigung, Einigung oder gar gerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit bedürfte. Besteht Streit zwischen den Beteiligten, ob Nichtigkeit vorliegt oder nicht, kann dies jedoch im Wege der Feststellungsklage (§ 43 VwGO) geklärt werden. Das diesbezügliche Urteil des Verwaltungsgerichts ist aber nicht konstitutiv oder gestaltend, sondern rein deklarativer Art: es stellt nur die – automatisch bestehende – Nichtigkeit fest oder lehnt diese ab. Alternativ könnte eine der Vertragsparteien natürlich auch auf Leistung aus dem Vertrag klagen, wobei das Gericht inzident die Wirksamkeit des Vertrages prüfen würde.

Liegt Nichtigkeit des Vertrages vor, so können sich aus diesem keine Rechte und Pflichten für die Vertragsparteien mehr ergeben. Sind jedoch bereits Leistungen gemäß dem Vertrag erfolgt, müssen diese bei Entdeckung bzw. gerichtlicher Feststellung der Nichtigkeit rückabgewickelt werden. Dies geschieht nach den Grundsätzen des öffentlich-rechtlichen

---

<sup>1</sup> Daneben nennt § 44 Abs. 2 VwVfG auch weitere absolute Nichtigkeitsgründe und Absatz 3 der Vorschrift Ausschlussgründe, in denen keine Nichtigkeit vorliegt.

Bereicherungsanspruchs, der den zivilrechtlichen Kondiktionsansprüchen nachgebildet ist. Die zur Erfüllung des Vertrages erbrachten Leistungen können also durch den Entreichten zurückgefordert werden, soweit es nicht um den Erlass eines Verwaltungsaktes ging. Modifikationen gegenüber zivilrechtlichem Bereicherungsrecht ergeben sich insbesondere hinsichtlich der Frage der Entreicherung. Die Rechtsprechung hat entschieden, dass der das zivilrechtliche Bereicherungsrecht tragende Grundsatz, nachdem von dem erlangten Vermögenswert auf beiden Seiten nur das noch Vorhandene herauszugeben ist, nicht auf das Öffentliche Recht passe. Da die Verwaltung an Recht und Gesetz gebunden ist, muss ihr Interesse darauf gerichtet sein, eine ohne Rechtsgrund eingetretene Vermögensverschiebung zu beseitigen und den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Daher kann sich die Verwaltung grundsätzlich nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen.<sup>1</sup> Aus der veränderten Interessenlage im Öffentlichen Recht gelten auch für den Bürger strengere Anforderungen, wengleich sein Einwand der Entreicherung nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist in den Fällen einer Entreicherung des Bürgers stets dessen Interesse am Fortbestand der eingetretenen Vermögensverschiebung gegen das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung einer dem Gesetz entsprechenden Vermögenslage abzuwägen<sup>2</sup>.

Dem Grunde nach gegebene Erstattungsansprüche können jedoch nach dem zivilrechtlichen Gebot von nach Treu und Glauben, das auch für öffentlich-rechtliche Verträge gilt, ausgeschlossen sein. Dabei ist jeweils im Einzelfall zu bewerten, ob ein Rückforderungsrecht dem «Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden» widerspräche. Die Rechtsprechung hat einen solchen Ausschluss des Rückforderungsrechts wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben etwa für Ansprüche der Behörde angenommen, wenn sie gegen das Koppelungsverbot verstoßen hat<sup>3</sup>.

Problematisch ist die Rückabwicklung von Verträgen, bei denen die Leistung der Behörde im Erlass eines Verwaltungsaktes bestand. Ist der Vertrag rechtswidrig, folgt daraus nicht automatisch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes. Die Frage der Rechtmäßigkeit des VA ist allein nach dem für seinen Erlass geltenden Recht zu beurteilen (also die Frage der Rechtmäßigkeit einer Baugenehmigung nach Baurecht und nicht nach dem Vertrag). Ist der Vertrag zwar rechtswidrig, aber wirksam, so ist ein etwaiges Rücknahmeermessen der Behörde durch die vertragliche Bindung auf Null reduziert<sup>4</sup>.

Ist der öffentlich-rechtliche Vertrag nicht nur rechtswidrig, sondern sogar nichtig, folgt hieraus ebenfalls keine automatische Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, den die Behörde in Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Vertrag erlassen hat. Auch hier beurteilt sich die Nichtigkeit des VA allein nach den entsprechenden gesetzlichen Regelungen (§ 44 VwVfG D).

Allerdings ist zu beachten, dass eine Nichtigkeit des Vertrages regelmäßig die Umstände des Erlasses des Verwaltungsaktes dahingehend beeinflusst, dass die Voraussetzungen für den VA-Erlass als nicht gegeben angesehen werden können. Dies gilt insbesondere dann, wenn

<sup>1</sup> BVerwGE 71, 85, 89.

<sup>2</sup> Ziekow, VwVfG, § 59 Rn. 22 m.w.N.

<sup>3</sup> BVerwGE 111, 162, 172.

<sup>4</sup> Ziekow, VwVfG, § 59 Rn. 27 m.w.N.

die Rechtmäßigkeit des VA vom Bestand des Inhalts oder dort vereinbarten Leistungen abhängt oder der VA nach Ermessen erlassen worden ist<sup>1</sup>.

Für die Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte gelten die allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (§ 48 VwVfG). Dabei sind auch die dort niedergelegten Vertrauensschutzregelungen zu beachten, so dass es durchaus sein kann, dass der Vertrag nichtig, der Verwaltungsakt deshalb rechtswidrig ist, aber aus Vertrauensschutzgründen dennoch nicht aufgehoben werden kann.

### 3. Resümee

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass öffentlich-rechtliche Verträge, die heutzutage Instrument des Verwaltungshandelns insbesondere in komplexen Situationen sind, in ihrer Wirksamkeit und Unwirksamkeit und diesbezüglicher Rechtsfolgen keine eigenständige rechtliche Behandlung erfahren. Es gelten vielmehr die allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsfiguren, die jedoch wegen der besonderen Interessensituation im öffentlichen Recht (insbesondere der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz) teilweise eine Modifikation erfahren. Die mangelnde Regelungstiefe mag einerseits als Nachteil empfunden werden, da es mehr auf «softe» als auf «harte» Faktoren ankommt. Andererseits eröffnet die häufig erforderliche Abwägung und Bewertung der Umstände des Einzelfalls den Weg zur gerechten Lösung im Einzelfall.

**Jörg Pudelka**, Head of GIZ in Kazhakhstan, Judge of administrative court in Berlin.

#### **The ineffectiveness of contracts for public services**

*This article examines the legal nature and application of contracts for public services. On the one hand the data to be treated as constitutionally guaranteed freedom, and on the other as the subordination of public authorities, acting unilaterally using the imperative management. Complimentary benefits unilateral public contracts for comparative analysis and their types.*

**Keywords:** contract; freedom of contract; quality; administrative act; contract; civil service.

*Надійшла до редколегії 22.02.2017 р.*

---

<sup>1</sup> Butterwegge, *Verwaltungsvertrag und Verwaltungsakt*, 2011, 91 ff.