

Allgemeines Verwaltungsrecht

Koch / Rubel / Heselhaus / Hofmann

4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2023

ISBN 978-3-8006-5480-2

Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

gleichbare **Ermächtigungsgrundlage** seitens des Gesetzgebers stützen können. Ansonsten könnte die Verwaltung hierdurch die Begrenzungen ihrer Rechtsetzungsmacht durch das GG umgehen. Wenn sich die ermächtigende Behörde und die Verfahren des Erlasses von RVO und VV gleichen (wie zB in den §§ 48 und 48a BImSchG), ist schließlich zu fragen, worin eigentlich der Sinn liegt, nicht in beiden Fällen das Instrument der RVO einzusetzen.

Will die Verwaltung abstrakt-generelle Regelungen zur **Umsetzung von Unionsrecht** 171 erlassen, dann ist ein Rückgriff auf letztere RVO (oder Satzungen) sogar zwingend geboten. Den Bemühungen um eine Außenwirkung von bestimmten VV-Typen zum Trotz lässt der EuGH deren Einsatz für die **Umsetzung von EU-Richtlinien** in deutsches Recht nicht ausreichen.²²⁵ Nach deutschem Recht können nämlich die Gerichte und die Verwaltung in atypischen Fällen²²⁶ – wie im Gesamtstaub-Fall (18) – auch von VV mit unmittelbarer Außenwirkung abweichen. Darin liegt ein signifikanter Unterschied zu RVO, die die Gerichte nur bei Verstoß gegen höherrangiges Recht verwerfen können. Weil die EU nur über sehr begrenzte Möglichkeiten verfügt, die nationale Verwaltungspraxis effektiv zu kontrollieren, ist sie aber darauf angewiesen, dass die zur Umsetzung von Unionsrecht erlassenen nationalen Normen in jedem Fall für die Gerichte und die Verwaltung verbindlich sind. Deshalb hat der deutsche Gesetzgeber in § 48a BImSchG – in unmittelbarer Nachbarschaft zur Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsvorschriften in § 48 BImSchG – eine Ermächtigung zum Erlass von RVO zur Erfüllung bindender EU-Vorgaben eingefügt.

V. Rechtsformen der Planung

Die Infrastruktur eines modernen Industriestaates erfordert in erheblichem Umfang eine planende Verwaltungstätigkeit. Die bloß ordnende Verwaltung solle – so meinen viele Autoren – zurücktreten hinter einer auf die Zukunft gerichteten und in die Zukunft wirkenden, planenden Verwaltung. Planen ist dabei nicht »die Ersetzung des Zufalls durch den Irrtum«, sondern die »Festlegung von Entscheidungsprämissen für künftige Entscheidungen«.²²⁷ 172

Inzwischen werden zahlreiche staatliche Entscheidungen mit dem Ausdruck »Plan« be- 173 dacht. So gibt es im Bereich der Regelung der **Raumnutzung** Raumordnungspläne, und zwar Landes- und Regionalpläne,²²⁸ Gesamt- und Fachpläne (vgl. das BROG). Ferner existieren Flächennutzungspläne und Bebauungspläne (vgl. § 1 II BauGB).²²⁹ Von diesen räumlichen Gesamtplanungen zu unterscheiden sind die raumbedeutsamen **Fach-**

225 Zur TA-Luft und zu Verwaltungsvorschriften nach dem WHG EuGH Urt. v. 28.2.1991 – 131/88, Slg. 1991, I-825, Rn. 6 = NVwZ 1991, 973; EuGH Urt. v. 30.5.1991 – 361/88, Slg. 1991, I-2567, Rn. 15 = NVwZ 1991, 866; EuGH Urt. v. 30.5.1991 – C-59/89, Slg. 1991, I-2607, Rn. 18 = NVwZ 1991, 868.

226 Vgl. dazu BVerwGE 70, 300 (320f.); BVerwG NVwZ 1997, 497ff.; BVerwG NVwZ 2001, 1165 (1166). S. dazu Koch/Prall NVwZ 2002, 666ff.; sowie die Urteilsanmerkung von Fassbender UPR 2002, 15ff. Zu diesem Thema s. auch VGH Mannheim DÖV 2002, 41f.; VGH Mannheim DVBl 2000, 1865ff.

227 Luhmann, Politische Planung, 1975, S. 66f.

228 Vgl. hierzu BVerwG DVBl 1989, 662f.; BayVGH NVwZ 1985, 502ff.

229 S. dazu Koch/Hendler BauR § 14 Rn. 1ff.

planungen für bestimmte Großprojekte, wie Straßen, Flugplätze, Bundesbahntrassen oder Abfallbeseitigungsanlagen.²³⁰ Pläne können aber auch bestimmte Umweltbereiche betreffen, wie die Landschaftspläne, Luftreinhaltepläne, Lärminderungspläne oder Abwasserbeseitigungspläne.²³¹ Daneben bestehen Entwicklungs- und Bedarfspläne für Krankenhäuser, Schulen oder Kindergärten.²³² Aus dem Bereich der Finanzplanung sind seit langem die Haushaltspläne bekannt. Der Überblick zeigt, dass Planung nicht nur auf den Bereich der Daseinsvorsorge und damit der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips beschränkt ist, sondern auch die Wirtschaftsplanung umfasst.

- 174 Je nach ihrem Ziel und ihrer Konkretisierung sind Pläne teilweise unverbindlich gehalten, teilweise auf Verbindlichkeit angelegt. Entsprechend dieser großen Unterschiede zwischen den Plänen erfolgt Planung **nicht in einer spezifischen, eigenständigen Handlungsform** »Plan«. Vielmehr bedient sich die Planung einer weiten Palette von Handlungsformen, die von unverbindlichen Absichtserklärungen bis zum Rechtsnormcharakter reicht. Die zutreffende Handlungsform ist regelmäßig im jeweiligen Spezialgesetz bzw. der Ermächtigungsgrundlage zum Planerlass vorgegeben. Nach dieser Handlungsform bestimmen sich dann der Rechtsschutz sowie die Fehlerfolgen.
- 175 Zur Illustrierung dienen folgende Beispiele von verbindlichen Plänen: Die Landesentwicklungspläne ergehen überwiegend als **Gesetz**. Dies gilt auch für die Haushaltspläne in Bund und Ländern. Demgegenüber werden die Haushaltspläne in Gemeinden durch **Satzung** festgestellt. Auch die Bebauungspläne werden ganz überwiegend, die Regionalpläne zumindest teilweise als Satzung (§ 10 BauGB) beschlossen.²³³ Die raumbedeutsamen Fachplanungen (Straßen, Flugplätze usw.) hingegen münden regelmäßig in einen **Planfeststellungsbeschluss**, also einen VA.²³⁴ Ausnahmsweise kann man aber auch letztere Fachplanung durch ein formelles Gesetz²³⁵ oder eine **RVO**²³⁶ vornehmen. (Die meisten auf Verbindlichkeit zielenden Pläne entfalten ihre verbindliche Wirkung vorrangig im internen Verwaltungsbereich, Sie können aber auch Außenwirkung auf andere Verwaltungsträger oder den Bürger haben.)
- 176 In formeller Hinsicht unterliegt die Planung wegen ihrer hohen Komplexität vielfach **besonderen** (und besonders komplexen) **rechtlichen Verfahrensregelungen** (→ § 4 Rn. 182).²³⁷ In inhaltlicher Hinsicht wiederum zeichnen sich Pläne dadurch aus, dass betroffene Belange in einer Abwägung zu würdigen sind (zur Abwägung → § 5 Rn. 109).²³⁸ Dies gilt unabhängig von der Rechtsform, in der der Plan ergeht.²³⁹

230 Vgl. § 17 FStrG, § 8 LuftVG, § 35 KrWG; s. dazu Kühling/Herrmann, Fachplanungsrecht, 2. Aufl. 2000, S. 31 ff.

231 Vgl. § 8 BNatSchG, §§ 47, 47a BImSchG, § 19 WHG.

232 Vgl. die Darstellung bei Ehlers in Erichsen/Ehlers AllgVerwR § 1 Rn. 54 ff.

233 Dagegen ist die Rechtsnatur des Flächennutzungsplans nach § 5 BauGB umstritten. Er bindet nur die Verwaltung intern und nicht unmittelbar den Bürger. Dennoch wird er überwiegend als hoheitliche Maßnahme *sui generis* bezeichnet, Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 16 Rn. 24 mwN.

234 Vgl. nur die Regelung der Planfeststellung in §§ 72 ff. VwVfG. Die Fachplanungsgesetze enthalten besondere, jedoch vergleichbare Regelungen.

235 Durch sog. Planungs-Maßnahmegesetze, vgl. BVerfGE 95, 1 = NJW 1997, 383.

236 Etwa bei der Festlegung von Flugrouten, s. BVerwGE 111, 276 = NJW 2000, 3584.

237 So zB §§ 8 ff. LuftVG, §§ 18 ff. AllgEisenbG, §§ 17 ff. FStrG, §§ 28 ff. PersBefG.

238 So zB § 1 VII BauGB, § 50 S. 2 BImSchG.

239 S. BVerwGE 111, 276 (280) = NJW 2000, 3584.

Auch das Planungsrecht gerät unter den Einfluss des Unionsrechts. Zunächst beeinflussen **europäische Pläne** das deutsche Recht. So existiert ein **Europäisches Raumentwicklungskonzept** (EUREK), das von den Mitgliedstaaten gemeinsam in Zusammenarbeit mit der Kommission erlassen worden ist.²⁴⁰ Es enthält keine regulativen Vorschriften, sondern bildet vielmehr einen Orientierungsrahmen für den Einsatz von »weichen« Instrumenten. Hierzu zählen insbesondere die finanzielle Förderung im Rahmen des Umweltrechts, der Entwicklung transeuropäischer Netze und der Regional- und Strukturförderung.²⁴¹ 177

Des Weiteren fordert das europäische Recht **neue** nationale Pläne von besonderer Qualität im **deutschen** Recht. So gibt die EU-Luftqualitätsrichtlinie (neu gefasst durch RL 2008/50/EG) den Mitgliedstaaten in Art. 23 vor, **Luftqualitätspläne** (früher Aktionspläne genannt) aufzustellen. Diese Pläne sollen dafür sorgen, die in den Anhängen der Richtlinie festgelegten Grenzwerte für Luftverschmutzung einzuhalten und Maßnahmen gegen Luftverschmutzung zu ergreifen. Im deutschen Recht wurde dies in § 47 BImSchG umgesetzt, der die Aufstellung von **Luftreinhaltepläne** anordnet, sobald die Luftimmissionsgrenzwerte überschritten werden. Laut EuGH kann der einzelne Bürger unter bestimmten Voraussetzungen sogar ein subjektives Recht auf Erstellung eines Luftreinhalteplans durch die zuständige Behörde haben.²⁴² Hier schränkt das Unionsrecht also das im deutschen Verwaltungsrecht sonst übliche **Planungsermessen** zugunsten des Gesundheitsschutzes sowie Umweltschutzes ein. 178

Zuletzt beeinflusst das europäische Recht auch die nationalen Pläne **nach bestehendem deutschem** Recht. Paradebeispiel hierfür ist die Richtlinie über die **Strategische Umweltprüfung** (SUP), auch genannt Plan- bzw. Programm-Umweltprüfung.²⁴³ Sie schreibt vor, für bestimmte nationale Planungen eine Umweltprüfung – ähnlich der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) eines konkreten Projekts – durchzuführen (→ § 4 Rn. 201).²⁴⁴ 179

VI. Handlungsformen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

1. Der öffentlich-rechtliche Vertrag (Verwaltungsvertrag)

Fall (9): Die klagende Gemeinde G erteilte dem Beklagten B eine Baugenehmigung zur Errichtung eines fünfgeschossigen Wohn- und Geschäftshauses. In der Genehmigung wurde B von der Pflicht zur Herstellung von Kraftfahrzeugstellplätzen befreit. Die Befreiung erfolgte unter Bezugnahme auf einen zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrag. In dem Vertrag verpflichtete sich B zur Anmietung

240 Informeller Rat der für Raumordnung zuständigen Minister (Europäische Kommission), EUREK – Europäisches Raumentwicklungskonzept. Auf dem Wege zu einer räumlich ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung der EU, 1999 <https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_de.pdf>.

241 Dazu ausf. Jarass DVBl 2000, 945ff.

242 EuGH Urt. v. 25.7.2008 – C-237/07, Slg. 2008, I-06221, Rn. 39, 42 = NVwZ 2008, 984.

243 Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (SUP-Richtlinie), RL 2001/42/EG, ABl. 2001 L 197/30ff.

244 Dazu näher Dausers/Ludwigs EU-WirtschaftsR-HdB/Scherer/Heselhaus Kap. O Rn. 286ff.

von 20 Kraftfahrzeugstellplätzen in der Nachbarschaft seines Grundstücks, hilfsweise zur Zahlung von je 3.000 EUR pro Stellplatz für den Fall, dass die Anmietung aus irgendwelchen Gründen hinfällig würde. Die G verpflichtete sich, das evtl. anfallende Geld ausschließlich zur Errichtung von Kraftfahrzeugstellplätzen zu verwenden, ohne dass B ein Recht auf bevorzugte Nutzung dieser Plätze eingeräumt wurde. Nach einigen Jahren stellte G fest, dass B über keine angemieteten Stellplätze mehr verfügte. Sie verlangte daher die vereinbarte Ablösesumme. – Nach BVerwG NJW 1980, 1294.

Fall (10): Die klagende E beantragte, ihr Grundstück in den Geltungsbereich eines Bebauungsplanes einzu beziehen. An der Abrechnung der Erschließungskosten hatte sie nicht teilgenommen. Sie traf mit der beklagten Gemeinde eine schriftliche Vereinbarung, nach der die Gemeinde die Bebauungsplanänderung beschließt, aber erst in Kraft setzt, wenn E einen Betrag von 7.500 EUR zahlt, den die Gemeinde zur Instandsetzung von Kinderspielflächen verwendet. E zahlte den Betrag, dessen Höhe den Erschließungskosten entsprochen hatte. Nachdem E ihr Haus errichtet und bezogen hatte, verlangte sie jedoch den gezahlten Betrag zurück, da die Absprache nichtig gewesen sei. – Nach BVerwGE 111, 162 = NVwZ 2000, 1285.

Fall (11): Der A studierte als Ausländer in Deutschland und erhielt Ausbildungsförderung vom DAAD. Nach 10 Jahren Aufenthalt, während der er eine Deutsche heiratete und mit ihr zwei Kinder bekam, beantragte er die Einbürgerung. Die Einbürgerungsbehörde teilte ihm mit, dass seinem Antrag stattgegeben werden könne, sofern er mit dem Bundesverwaltungsamt eine Vereinbarung treffe, die Ausbildungsbeihilfe zurückzuzahlen. Der A gab vor einem Notar die Anerkenntniserklärung ab, die betreffende Summe zu schulden. Daraufhin wurde er eingebürgert und zahlte in den folgenden Jahren einen Teil zurück. Der A kam dann aber zu der Auffassung, dass er nicht zur Zahlung verpflichtet sei, und verlangte die Herausgabe der Schuldanerkenntniserkunde. – Nach BVerwGE 96, 326 = NJW 1995, 1104.

Fall (12): Der F ist Eigentümer eines weit außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile der Stadt W gelegenen 5000 qm großen Waldgrundstücks. Als seinerzeit auf dem Nachbargrundstück eine Schreinerei genehmigt wurde, sah F darin eine Gefährdung seines Waldes. Die gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen dem F und der beklagten Stadt W wurden durch einen »Vergleichsvertrag« beendet. Darin verpflichtete sich zum einen die Stadt, dem F die Errichtung eines Wohnhauses auf seinem Waldgrundstück zu gestatten. Zum anderen erklärte sich F mit der Genehmigung der Schreinerei einverstanden und verzichtete ferner auf mögliche Schadensersatzforderungen gegen die Stadt W wegen der Genehmigung der Schreinerei. Der F versucht nun, die verweigerte Baugenehmigung für sein geplantes Wohnhaus zu erstreiten. – BVerwGE 49, 359 = NJW 1976, 686.

a) Bedeutung und Beispiele

- 180 Die Verwaltung kann eine Einzelfallregelung nicht nur durch VA etc., sondern auch durch **vertragliche Vereinbarungen** herbeiführen: »Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgeschoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen« (§ 54 S. 1 VwVfG). Im Unterschied zu den einseitig von der Verwaltung zu erlassenden Handlungsformen wie zB dem VA setzt der Verwaltungsvertrag – wie jeder Vertrag – als Entstehungsgrund **zweiseitige, übereinstimmende Willenserklärungen** voraus. Seit dieser Regelung sind in der juristischen Diskussion vorrangig nur noch Fragen nach den gesetzlichen Grenzen des Verwaltungshandelns in Vertragsform umstritten.

Die Verwaltungsverträge lassen sich zunächst anhand des **Verhältnisses** der vertrags-schließenden **Parteien** unterteilen. Unproblematisch erscheint dabei der **koordinationsrechtliche** Vertrag, dh Vereinbarungen zwischen mehreren Trägern öffentlicher Verwaltung.²⁴⁵ Vielmehr dreht sich die Diskussion idR um den **subordinationsrechtlichen** Vertrag, dh Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger.²⁴⁶ Der Begriff der Subordination besagt, dass sich Bürger und Behörde in einem »Über-Unterordnungsverhältnis« gegenüberstehen, das durch ein rechtlich festgeschriebenes Machtgefälle gekennzeichnet ist. Diese Subordination kommt in der Berechtigung der Verwaltung zum Ausdruck, auf der Grundlage der gesetzlichen Normen ebenfalls durch einseitige Regelungen (VA) Rechte und Pflichten der Bürger festzulegen. Das hebt § 54 S. 2 VwVfG hervor, wenn er darauf hinweist, dass die Behörde einen Verwaltungsvertrag insbesondere mit demjenigen schließen kann, an den sie sonst einen VA richten würde. Nach Ansicht des BVerwG ist diese Formulierung weit zu verstehen und bedeutet nicht, dass der konkrete Vertragsinhalt zulässigerweise durch einen VA hätte geregelt werden können.²⁴⁷ Die Behörde muss also nicht eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass eines inhaltsgleichen VA nachweisen. Vielmehr reicht aus, dass das Verhältnis grundsätzlich durch eine hoheitliche Überordnung der Verwaltung, etwa auch durch Gestaltungs- und Mitwirkungserfordernisse, gekennzeichnet ist.²⁴⁸

Inzwischen erfreut sich der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis großer, weiter zunehmender Beliebtheit in fast allen Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts. Wichtige Bereiche sind das öffentliche Baurecht,²⁴⁹ Subventionsrecht, Kommunalabgabenrecht sowie Ausbildungsförderungsrecht.²⁵⁰ Geradezu einen Durchbruch hat der verwaltungsrechtliche Vertrag als Gestaltungsmittel im Bauplanungsrecht erzielt. Bereits in der Novelle des BauGB zum 1.1.1998 hat ihm der Gesetzgeber Raum und rechtlichen Rahmen gegeben (§ 11 BauGB).²⁵¹ Die dortige Regelung über den **städtebaulichen Vertrag** illustriert beispielhaft den entscheidenden Vorzug dieser Handlungsform. Sie liegt in der **Vielfalt** der zulässigen vertraglichen Gestaltungsweisen und der damit möglichen »Zielgenauigkeit« staatlichen Handelns. Beide wären über eine Erweiterung der Möglichkeiten zur inhaltlichen Gestaltung des Bebauungsplanes in § 9 BauGB nur schwerlich erreichbar. Offenkundig ist das zB für die in § 11 I Nr. 2 BauGB vorgesehene Förderung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung, die sich kaum mit den Mitteln der Bauleitplanung nach § 9 BauGB erreichen lässt. In der Praxis haben sich Vertragsgestaltungen nach dem sog. »Weilheimer Modell« herausgebildet, nach dem der Gemeinde eine Art Vorkaufsrecht eingeräumt wird, wenn der

245 Ein Bsp. dafür bietet die Vereinbarung der Bundesländer über die Vergabe von Studienplätzen: BVerfGE 42, 103 = NJW 1976, 1084; BVerfGE 50, 124 = NJW 1979, 533. Weitere Bsp. bei Kopp/Ramsauer/Tegethoff VwVfG § 54 Rn. 47.

246 Püttner DVBl 1982, 122; dagegen Heberlein DVBl 1982, 763; diff. und historisch instruktiv Maurer DVBl 1989, 798; vgl. auch BVerwGE 111, 162 (165ff.) = NVwZ 2000, 1285.

247 BVerwGE 111, 163 (165).

248 BVerwGE 111, 163 (166). Damit aber fehle es – so die früheren vertragskeptischen Positionen – an der für einen Vertragsschluss vorauszusetzenden rechtlichen Gleichordnung, so noch Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. 1973, S. 278; Püttner DVBl 1982, 122 (124).

249 Instruktiv, Brohm, Öffentliches Baurecht, 2002, § 7 Rn. 23ff.; Mehde BauR 2002, 876ff.

250 Überblick bei Scherzberg JuS 1992, 205f.; s. auch den Klausurfall zum Ansiedlungsvertrag von Butzer/Clever JURA 1995, 325ff. Zur Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrages Burmeister VVDStRL 52 (1993), 190 (222ff.).

251 Grdl. zur Rechtsentwicklung Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 1988.

Verkauf eines Grundstückes an Ortsfremde beabsichtigt ist (näher → Rn. 227 und Fall [19]).²⁵² Die Chancen und Grenzen gerade städtebaulicher Verträge werden allerdings zwiespältig eingeschätzt. Die Befürworter verweisen darauf, dass erfolgreiche Stadtplanung nicht ohne das Gespräch mit potenziellen Investoren möglich sei. Die Skeptiker hingegen argwöhnen, dass bei Verträgen das Machtgefälle zwischen Staat und Bürger ausgenutzt werden könne. Ferner werde die Bindung an Gesetz und Recht gelockert und die Gleichheit vor dem Gesetz gefährdet, denn wer nichts anzubieten habe, erhalte auch nichts.²⁵³

- 183 Aus dem Blickwinkel der Durchsetzung der öffentlichen Interessen, wie sie insbesondere mit der Verwaltungsvollstreckung eines VA ermöglicht werden, stellt das Instrument des Verwaltungsvertrags keine unüberwindbaren Hindernisse auf. Wie in Fall (10) können für den Fall einer Zuwiderhandlung Vertragsstrafen vereinbart werden²⁵⁴ und der Bürger kann die sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nach § 61 I 1 VwVfG erklären. Damit wird deutlich, wie sich eine überlegene Position der Verwaltung auch in der Vertragsgestaltung niederschlagen kann.
- 184 Eine gesetzliche Aufwertung hat auch der sog. »**Vertragsnaturschutz**« gefunden, nunmehr in § 3 III BNatSchG.²⁵⁵ Die gesetzliche Regelung normiert lediglich eine behördliche Prüfpflicht bezüglich einer vertraglichen Gestaltungsmöglichkeit, ohne daran explizit Rechtsfolgen zu knüpfen, und lässt zahlreiche Zweifelsfragen offen.²⁵⁶

b) Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

- 185 Aufgabe der Exekutive ist es, die abstrakt-generellen Entscheidungen (Gesetze) des Parlaments zu vollziehen, nicht jedoch, gemeinsam mit dem Bürger über die gesetzlichen Regelungen vertraglich zu verfügen. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG) gilt auch für das vertragliche Handeln der Verwaltung strikt. Vom Regelungsbereich her ist somit ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nur – bzw. überall – dort zulässig, wo das Gesetz die Wahl der Handlungsform »Verwaltungsvertrag« nicht ausschließt (aa). Vom Regelungsinhalt her kommt ein rechtmäßiger öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Staat und Bürger wiederum sinnvoll nur dort in Betracht, wo das Gesetz selbst einen **Dispositionsspielraum** eröffnet (bb).²⁵⁷

aa) Vertragsformverbote

- 186 Einerseits haben die erwähnten Bedenken in Bezug auf den subordinationsrechtlichen Vertrag zwar nicht dazu geführt, dass eine besondere Zulassung der Vertragsform nötig wäre. Die Verwaltung genießt immer noch eine (gewisse bzw. beschränkte) **For-**

252 BVerwGE 92, 56ff. = NJW 1993, 2695 betrifft einen solchen Vertrag, der allerdings vor der Novelle des § 11 BauGB dem Privatrecht zugeordnet wurde.

253 BVerwGE 42, 331ff. = NJW 1973, 1895; Burmeister VVDStRL 52 (1993), 190ff.

254 S. Junge NVwZ 2021, 198ff.

255 S. Proelß/Blanke-Kießling NVwZ 2010, 985ff. Zur alten Rechtslage Reh binder DVBl 2000, 859ff.; Zeibig, Vertragsnaturschutz als Problem konsensualen Verwaltungshandelns, 1998; vgl. auch VGH München BayVbl. 2000, 595ff. In Übereinstimmung mit der Fauna-Flora-Habitat (FFH)-Richtlinie der EG kann nach § 32 IV BNatSchG eine Unterschutzstellung eines Gebietes auch durch vertragliche Vereinbarung erfolgen, wenn ein gleichwertiger Schutz gewährleistet ist.

256 Koch NuR 2001, 542 (550).

257 Vgl. Ossenbühl JuS 1979, 682 (684); Püttner DVBl 1982, 122 (125).

menwahlfreiheit der Verwaltung. Auch die Wesentlichkeitstheorie kann man nur schwer gegen den Verwaltungsvertrag in Stellung bringen. Zwar erlaubt der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt zwar nicht den Schluss von den Aufgaben der Verwaltung auf den Einsatz von Instrumenten, die zu Grundrechtseingriffen führen können (§ 2 Rn. 107). Jedoch wird in der Zustimmung des Einzelnen zum Vertrag regelmäßig der Verzicht auf den Schutz des betroffenen Grundrechts zu sehen sein.

Andererseits jedoch kann man auf eine **Ermächtigungsgrundlage** nicht schon immer dann verzichten, wenn das einschlägige Gesetz die Zustimmung des Betroffenen verlangt. Auch lässt sich die Befugnis zum Vertragsabschluss nicht schlicht aus der Rechtspersönlichkeit des Staates herleiten,²⁵⁸ denn grundsätzlich bedarf die Verwaltung eines gesetzlichen Kompetenztitels für ihr Handeln. 187

Entscheidend ist vielmehr die Regelung des § 54 S. 1 VwVfG. Diese bestimmt ausdrücklich, dass ein Rechtsverhältnis durch Verwaltungsvertrag begründet werden »kann«, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Somit ist ein Verwaltungsvertrag zulässig, sofern ihm kein besonderes **Vertragsformverbot** entgegensteht. So ordnet der Gesetzgeber teilweise die Unwirksamkeit von vertraglichen Vereinbarungen an, zB bei der Beamtenbesoldung (vgl. § 2 II BBesG) und Beamtenversorgung (vgl. § 3 II BeamtVG). Hingegen folgt ein Vertragsformverbot nicht schon konkludent daraus, dass der Gesetzgeber eine andere Handlungsform bereitgestellt hat.²⁵⁹ Vertragliche Regelungen sind erst dann unzulässig, wenn der Gesetzgeber die Nutzung dieser anderen Handlungsform verbindlich vorschreibt, zB bei der Beamtenernennung (vgl. § 8 II BeamStG) (sowie nochmals bei der Beamtenbesoldung, vgl. § 2 I BBesG, und Beamtenversorgung, vgl. § 3 I BeamtVG).²⁶⁰ Des Weiteren kann der sonstige **Zweck** der gesetzlichen Regelung die Nutzung der Vertragsform ausschließen. So ergibt sich laut der Literatur bereits »aus der Natur der Sache«, dass Prüfungsentscheidungen (va Leistungs- und Eignungsprüfungen) nicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag getroffen werden dürfen. Dies »beträufte« nochmals § 2 III Nr. 2 VwVfG, laut dem auf Prüfungsentscheidungen die §§ 54 ff. nicht anwendbar sind.²⁶¹ 188

Weil ein solches Verbot also die Ausnahme bleibt, steht dem Verwaltungsvertrag grundsätzlich ein großer Anwendungsbereich offen. In der Praxis wird er schon seit langem zB im Bereich der staatlichen **Subventionen** eingesetzt. Die Vertragsform tritt dabei in Konkurrenz zum Handeln durch VA und zur klassischen **Zweistufen-Lehre**, der zufolge die Verwaltung über das »Ob« einer Subvention durch VA entscheidet, die Modalitäten (»Wie«) aber durch privatrechtlichen (!) Vertrag regelt.²⁶² Der Verwaltungsvertrag kann diese Theorie insofern »aushebeln«, indem beide Stufen durch einen Vertrag geregelt werden – und zwar einen Vertrag öffentlich-rechtlicher Natur (→ Rn. 253 ff.). 189

Im Stellplatz-Fall (9) folgt die Zulässigkeit des Verwaltungsvertrages nicht bereits aus der Erwähnung dieser Handlungsform in § 11 BauGB, denn dieser ist auf bundes- 190

258 So aber wohl Ipsen AllgVerwR Rn. 791.

259 Meyer/Borgs/Meyer VwVfG § 54 Rn. 70.

260 Näher dazu Kopp/Ramsauer/Tegethoff VwVfG § 54 Rn. 43.

261 So BeckOK/Kämmerer VwVfG § 54 Rn. 69 mit Zitaten.

262 Einen Vergleich dieser Instrumente im Subventionsbereich bieten: Ehlers VerwArch 74 (1983), 112; Braun JZ 1983, 841. Zur aktuellen Kritik an der Zweistufen-Lehre Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens VwVfG § 35 Rn. 106 ff.

rechtliche, **bauplanerische** Inhalte zugeschnitten. Die hier infrage stehende Pflicht, ausreichend Stellplätze bereit zu halten, ergibt sich nämlich vielmehr aus dem landesrechtlich geregelten **Bauordnungsrecht**. Insofern bleibt es bei den allgemeinen Vorgaben der §§ 54ff. VwVfG. Keine Landesbauordnung enthält ein Vertragsformverbot; auch läuft dieses Instrument den bauordnungsrechtlichen Bestimmungen genauso wenig entgegen wie den bauplanerischen. Daher konnte die Verwaltung zulässiger Weise auf die Handlungsform des Vertrages zurückgreifen.

- 191 Wie weit das BVerwG mittlerweile den Anwendungsbereich des subordinationsrechtlichen Vertrages zieht, machen der Erschließungskosten- (10) und der Einbürgerungs-Fall (11) deutlich. In beiden Fällen handelt es sich um sog. »**hinkende**« **Austauschverträge**, dh sie sind insofern unvollständig, als der Bürger nicht direkt einen Anspruch auf eine staatliche Gegenleistung erhält.²⁶³ Die Leistung der Behörde ist vielmehr die Bedingung bzw. die Geschäftsgrundlage des Verwaltungsvertrages. Im Erschließungskosten-Fall (10) war nach Ansicht des BVerwG unerheblich, dass die Behörde die Kosten als Erschließungsbeitrag durch VA gar nicht mehr einfordern konnte. Das Subordinationsverhältnis ergab sich bereits daraus, dass die Klägerin das Planungsverfahren vorantreiben wollte, wozu sie auf die **hoheitliche Mitwirkung** der Beklagten angewiesen war.²⁶⁴ Im Einbürgerungs-Fall (11) war die vertragschließende Behörde gar nicht befugt, die spätere Einbürgerung auszusprechen. Gleichwohl hielt es das BVerwG für ausreichend, dass durch den Vertrag **Hindernisse**, die einem von einer anderen Behörde zu erlassenden VA entgegenstehen, aus dem Weg geräumt werden.²⁶⁵

bb) Inhaltliche Ausgestaltung

- 192 Für die Frage nach dem zulässigen Inhalt eines Vertrages ist entscheidend, ob der Verwaltung vom Gesetz Dispositionsspielräume eingeräumt werden. Sie werden dort gesehen, wo der Verwaltung **Ermessensentscheidungen** aufgetragen sind oder wo die Verwaltung ohne gesetzliche Grundlage zu handeln berechtigt ist.²⁶⁶
- 193 Im Stellplatz-Fall (9) konnte sich die Behörde auf eine in allen Landesbauordnungen vorfindliche Bestimmung stützen, der zufolge sie unter bestimmten Voraussetzungen von zwingenden Vorschriften – hier dem Gebot, Stellplätze zu errichten – befreien kann. Dabei besagt der Ausdruck »kann«, dass die Behörde befreien darf, aber nicht muss. Man nennt dies eine Ermächtigung zum Handeln nach **Ermessen** (→ § 5 Rn. 83ff.). Die Behörde hatte nun zugunsten des Bauherrn entschieden, weil dieser sich zum Anmieten von Stellplätzen, hilfsweise zu Ausgleichszahlungen verpflichtete. Diese Gegenleistungen des Bürgers waren für die behördliche Entscheidung deshalb relevant, weil so der Zweck der gesetzlichen Stellplatzpflicht – die Schaffung einer ausreichenden Zahl von Kraftfahrzeugstellplätzen auf Kosten desjenigen, der den Stellplatzbedarf verursacht – annähernd erfüllt wurde. Wenn eine solche Praxis in der Literatur mit dem Argument kritisiert wird, dass sich »der Bürger die ordnungsgemäße

263 Hierzu Stelkens DÖV 2009, 850ff.

264 BVerwGE 111, 163 (166).

265 BVerwGE 96, 326 (330f.) = NJW 1995, 1104.

266 Maurer/Waldhoff AllgVerwR § 14 Rn. 32. Nach BVerwGE 84, 236 = NVwZ 1990, 665 eröffnet Art. 28 II 1 GG den Gemeinden die Befugnis zum vorbeugenden Immissionsschutz im Rahmen der kommunalen Wirtschaftsförderung über den Mindeststandard des Bundesimmissionsschutzgesetzes hinaus. – Zu Verträgen im öffentlichen Baurecht: Schmidt-Aßmann/Krebs, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 1988.