

Die Veröffentlichung des Werkes

„Klagen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen –
Ihr Verhältnis zur Verwaltungsvollstreckung und ihr Rechtsweg“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

KLAGEN AUS
ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN
VERTRÄGEN

IHR VERHÄLTNIS
ZUR VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG
UND IHR RECHTSWEG

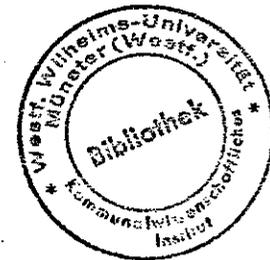
Henning STAHL



KLAGEN AUS ÖFFENTLICH - RECHTLICHEN
VERTRÄGEN

IHR VERHÄLTNIS ZUR VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG
UND IHR RECHTSWEG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster



vorgelegt von
Henning Stahl
aus Hüttental - Weidenau

1973

73 K 12/189
DISSERTATIONSDRUCK - SCHÖN - 8 München 40, Belgradstraße 11

In Dankbarkeit
meinen Eltern

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Chr.-Fr. Menger
Zweiter Berichterstatter: Priv. Doz. Dr. G. Barbey
Dekan: Prof. Dr. H. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juni 1972

	Seite
<u>Erster Teil:</u>	
<u>Unmittelbare Verwaltungsvollstreckung oder</u> <u>Klage aus öffentlich - rechtlichen Verträgen?</u>	1
I. Einleitung und Themenstellung	1
II. Zulässigkeitsgrenzen der Verwaltungsvollstreckung nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen	4
1) Verfügungsbefugnis und Vollstreckungsbefugnis	5
a) in der Erzwingungsvollstreckung	5
b) in der Geldvollstreckung	6
aa) Übereinstimmung von Verfügungs- und Voll- streckungsbefugnis auch nach dem BVwVG?	8
bb) und nach dem VwVG NW?	10
2) Keine Erweiterung bestehender Vollstreckungsbefugnisse durch die Handlungsform des öffentlich - rechtlichen Vertrags	12
3) Zwischenergebnisse	12
4) Die Bedeutung der VwVGe für die verbleibenden Fälle, in denen die Verfügungsbefugnis bestand, aber nicht aus- geübt wurde	13
a) Verbot der Verwaltungsvollstreckung?	14
b) Erlaubnis der Verwaltungsvollstreckung?	17
III. Sonstige Zulässigkeitsgrenzen der Verwaltungsvollstreckung?	19
IV. Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung auf Grund eines All- gemeinen Grundsatzes des Verwaltungsrechts oder Unzulässigkeit wegen des Wesens des Vertrags?	21
1) Die zum Vollstreckungsproblem vertretenen Meinungen	21
2) Stellungnahme und Kritik	22
a) zur älteren Meinung	23
aa) Der Grundsatz der Selbstvollstreckung als Rechtsgrundsatz	25

VI		Seite
	(1) als allgemeiner Rechtsgrundsatz	26
	(2) als besonderer Rechtsgrundsatz	26
	bb) Folgerungen daraus	28
	b) zur jüngeren Meinung	29
	c) Zusammenfassung und Folgerung	30
V.	Zulässigkeitsgrenzen und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verwaltungsvollstreckung aus öffentlich-rechtlichen Verträgen kraft Verfassungsrechts	31
	1) Vereinbarkeit einer unmittelbaren Verwaltungsvollstreckung mit Art 19 IV 1 GG	31
	a) Anwendbarkeit des Art 19 IV 1 GG auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag	32
	aa) Vertragsschluß als Verzicht auf Rechtsschutz oder als materiell-rechtliche Unterwerfung?	34
	bb) Vertragsabschlußfreiheit als Gerechtigkeitsgewähr?	37
	b) Vereinbarkeit mit Art. 19 IV 1 GG?	39
	1. Fall: Rechtswidrigkeit des Vertrags = Nichtigkeit	40
	2. Fall: Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit, keine Bestandskraft	42
	3. Fall: Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit, sofortige Bestandskraft	47
	4. Fall: Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit, Bestandskraft nach Frist	48
	c) Zwischenergebnis	50
	2) Vereinbarkeit sofortiger Verwaltungsvollstreckung mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes?	51
	3) Zwischenergebnis	54
VI.	Analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze?	55
	1) Zulässigkeit einer Analogie?	55
	2) Rechtsähnlichkeit als sachliche Voraussetzung eines Analogieschlusses	59

VII		Seite
	a) Die maßgebenden Wertungen (Maßstab für die Beurteilung der Rechtsähnlichkeit)	60
	b) Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Vollstreckung von Verwaltungsakten und öffentlich - rechtlichen Verträgen	63
	aa) bezüglich des zu vollstreckenden Anspruchs	63
	bb) hinsichtlich der materiellen Struktur der Rechtsverhältnisse	64
	(1) im Zeitpunkt ihrer Entstehung	64
	(2) bei ihrer Durchführung	67
	(3) im Falle von Leistungsstörungen	68
	cc) Auswirkungen der materiellen Unterschiede in der Vollstreckung bei Anwendung der VwVGe	69
	(1) bei Anwendung der VwVGe auf Verwaltungsakte	69
	(2) bei Anwendung der VwVGe auf öffentlich-rechtliche Verträge	71
	c) Die Bewertung der Unterschiede als wesentlich oder unwesentlich	72
	3) Exkurs: Verwaltungsvollstreckung aus gemischten privatrechtlich - öffentlich-rechtlichen Verträgen?	76
VII.	Ergebnis	78
VIII.	Ausnahmen von der Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung?	79
	1) Öffentlich-rechtliche Verträge als Vollstreckungstitel i. S. d. § 168 VwGO?	79
	2) Ausnahmen bei primär normativ begründeten Verbindlichkeiten?	80
	3) Ergebnis	82
<u>Zweiter Teil:</u>		
<u>Der Rechtsweg für Klagen aus öffentlich - rechtlichen Verträgen</u>		
I.	Die rein öffentlich - rechtlichen Verträge	84

VIII

	Seite
1) Rücktritt und Abstehen vom Vertrag	85
2) Schadensersatzansprüche	85
a) Die beiden Meinungen zur Frage des Rechtswegs und ihre Konsequenzen, dargestellt an Fallgruppen	85
1. Fallgruppe: Schadensersatzansprüche der Behörde gegen den Bürger	88
2. Fallgruppe: Schadensersatzansprüche aus koordinationsrechtlichen öffentlich - rechtlichen Verträgen	88
3. Fallgruppe: Aufrechnungsfälle und Feststellungsklagen	90
4. Fallgruppe: Schadensersatzansprüche neben Erfüllungsansprüchen	93
5. Fallgruppe: Schadensersatzanspruch oder Rücktritt vom Vertrag	94
6. Fallgruppe: Schadensersatzanspruch und Geschäftsgrundlage	96
7. Fallgruppe: Schadensersatzanspruch und Naturalrestitution	97
b) Der Meinungs- und Streitstand zu § 40 II 1 VwGO: "Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich - rechtlicher Pflichten"	98
aa) Wortlaut und systematische Stellung	99
bb) Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck	100
c) Stellungnahme und Kritik	101
aa) zu den Ergebnissen	101
bb) zu den Begründungen	102
d) Lösungsmöglichkeiten	104
II. Die gemischten Verträge	105
1) Der Grundsatz der Aufspaltung der einzelnen Vertragsbestandteile	105
2) Die Konsequenzen dieses Grundsatzes	106
3) Stellungnahme	107

IX

	Seite
III. Lösungsvorschlag	107
1) Entscheidungskompetenz kraft Sachzusammenhangs	108
2) Zulässigkeit und Ausmaß der Berücksichtigung des Sachzusammenhangs bei der Rechtswegzuständigkeit	110
a) bei "qualifiziertem" Sachzusammenhang	111
b) bei "einfachem" Sachzusammenhang	116
3) Die verbleibenden, nicht aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs zu lösenden Fälle	119
a) Schadensersatzansprüche neben Erfüllungsansprüchen	119
b) Aufrechnungsfälle	123
4) Zusammenfassung der Ergebnisse	125
5) Änderungsvorschlag	126
Schlußbemerkung	128

Literaturverzeichnis

- ALTMeyer - LAHM Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland-Pfalz vom 8. Juli 1957; Siegburg 1958
- ANSCHÜTZ, Gerhard Das Recht des Verwaltungszwangs in Preußen, VerwArch. Bd. 1 (1893), S. 389 - 470
- Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, VerwArch. Bd. 14 (1906), S. 315 - 340
- APELT, Willibald Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Leipzig 1920
- ARNDT, Gottfried Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung,
Köln, Berlin, Bonn, München 1967
- ASPER, Rolf-Dieter Die Aufrechnung im Zivilprozeß,
Diss. jur. Köln 1970
- BACHOF, Otto Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme,
DÖV 1953, 417 - 423
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
Band I, Tübingen 1963
Band II, Tübingen 1967
(zitiert: Bachof, VerfR I, II)
- Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung,
Tübingen 1968
(zitiert: Bachof, Vornahmeklage)
- BADURA, Peter Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage
- BVerwGE 11, 18 -
JuS 1964, 103 ff

XII

- BAROCKA, Egon Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme-Gestattungsverträgen zur Bewässerung,
VerwArch. Bd. 51 (1960), S. 1 - 36
- BAUER, Ernst Die Bestandskraft von Verträgen zwischen Bund und Ländern,
Berlin 1971
- BAUMBACH-LAUTERBACH Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen,
30. Auflage, München 1970
- BAUR, Fritz Zuständigkeit aus dem Sachzusammenhang? Ein Beitrag zur Rechtswegzuständigkeit bei mehrfacher Klagebegründung,
Festschrift für Fritz von Hippel,
hergg. v. J. Esser und H. Thieme,
Tübingen 1967; Seite 1 - 25
(zitiert; Baur, Festschr. v. Hippel)
- Stellungnahme zum Aufsatz von Jürgen Ziegler über "Die Anwendung des § 313 BGB auf den Erschließungsvertrag nach § 123 III BBauG als öffentlich-rechtlichen Vertrag" in DVBl 1970, 825-827; DVBl 1970, 824
- Anmerkung zu BGH Urt. v. 30. 9. 1970 - III ZR 87/69 - in JZ 1971, 94 - 96;
JZ 1971, 96
- BEINHARDT, Gerd Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht;
VerwArch. Bd. 55 (1964), S. 151 ff, 210 ff
- BENDER, Bernd Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts;
JZ 1959, 593 ff
- BERNER, D. Erläuterungen zum "Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung" vom 30. 7. 1883,
in: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, neu hergg. von Bill Drews und Gerhard Lassar, Band I, 24. Aufl., Berlin 1930

XIII

- BETTERMANN, Karl August Mieterschutz des Untermieters und Unterpächters, SJZ 1949, 461 ff
- Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerechtlichen Anfechtungsklage
DVBl 1953, 163 ff
- Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit,
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Die Grundrechte, Band III/2, S. 779 - 909,
Berlin 1959
- Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung?
JZ 1960, 335 - 342
- BETTI, Emilio Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften,
deutsche Ausgabe Tübingen 1967
- BISEK, Nikolaus-Zeno Der öffentlich-rechtliche Vertrag nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der "Münchener Fassung" von 1966 und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsverfahrensgesetz, Diss. jur. Münster 1970
- BLOMEYER, Arwed Zivilprozeßrecht Erkenntnisverfahren
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
(zitiert: Blomeyer)
- Einzelanspruch und gemeinschaftlicher Anspruch von Miterben und Miteigentümern - zur Frage der notwendigen Streitgenossenschaft,
AcP Bd. 159 (1960/61), S. 385 ff
(zitiert: Blomeyer AcP)
- BONNER KOMMENTAR Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
bearb. von Abraham u. a., Loseblatt,
Hamburg 1950
(zitiert mit Angabe des Bearbeiters)

XIV

- DE BOOR, Hans Otto Der Begriff der actio im deutschen und italienischen Prozeßrecht, in: Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, Seite 99 - 110
- BRÜCKLER, Karl Otto Der Rechtsweg bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Verträge
DRiZ 1964, 372 f
- BRÜGGEMANN, Thomas Der Verzicht von Zivilpersonen im Verwaltungsrecht
Diss. jur. Münster 1966
- BRUNS, Rudolf Zivilprozeßrecht
Berlin und Frankfurt/M. 1968
- BULLINGER, Martin Vertrag und Verwaltungsakt
Stuttgart 1962
- Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen,
in: Gedächtnisschrift für Hans Peters,
hergg. v. H. Conrad, H. Jahrreiss u. a.,
Berlin, Heidelberg, New York 1967
(zit. : Bullinger, Ged. schr. H. Peters)
- CANARIS, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz,
Berlin 1964
- CLASEN, Heinrich Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis,
DÖV 1959, 281 - 289
- DIETLEIN, Max Josef Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen im besonderen Gewaltverhältnis,
NJW 1962, 1946 - 1949
- ECKERT, Lutz Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen,
DVBl 1962, 11 - 21
- ENGELHARDT, Hanns Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vom 27. April 1953, Kommentar,
Frankfurt/M. 1970

XV

- ENGISCH, Karl Einführung in das juristische Denken
4. Aufl., Berlin, Köln, Mainz 1968
- ENNECCERUS - NIPPERDEY Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
15. Aufl., Tübingen 1959
- Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (Regierungsentwurf mit amtlicher Begründung und Stellungnahme des Bundesrats)
1970, BT-Drucksache Nr. VI/1173 -6. Wahlp. -
- ERICHSEN, Hans-Uwe Zur Haftung der Bundespost
DÖV 1965, 158
- ERMAN, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
bearb. v. Erman u. a.,
4. Aufl., Münster 1967
- ESSER, Josef Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil
4. Aufl., Karlsruhe 1970
- EYERMANN - FRÖHLER Verwaltungsgerichtsgesetz Kommentar,
München und Berlin 1950
(zitiert: Eyermann-Fröhler, VGG)
- Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar,
5. Aufl., München 1971
(zitiert: Eyermann-Fröhler)
- FACHINGER, Josef Die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Auflagen,
DV 1949, 118 - 121
- FELIX, Günther Zur Frage der Erweiterung eines Rechtswegs durch bindende, aber unrichtige Verweisung an ein Gericht der Verwaltungsgerichtsbarkeit,
JZ 1959, 656
- FISCHER, Amdt Der unter die Zuständigkeit verschiedener Gerichtsbarkeiten fallende Klaggrund,
Diss. jur. Münster 1970
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Erster Band, Allgemeiner Teil,
9. Aufl., München und Berlin 1966

XVI

- GAUL, Hans Friedhelm Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses
AcP Bd. 168 (1968), S. 27 - 62
- GIACOMETTI, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Ver-
waltungsrechts (Allgemeines Verwaltungsrecht
des Rechtsstaats)
1. Band, Zürich 1960
- GIESE-SCHUNCK-WINKLER Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepu-
blik, Entscheidungssammlung, Loseblatt,
Frankfurt/M.
- GITZINGER, Hans-Lutwin Verwaltungsakt auf Unterwerfung,
Antragsbedingter Verwaltungsakt oder
Öffentlichrechtlicher Vertrag,
Diss. jur. Saarbrücken 1963
- GÖTZ, Volkmar Hauptprobleme des verwaltungsrechtlichen
Vertrages, JuS 1970, 1 - 6
- von der GROEBEN - KNACK Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land
Schleswig-Holstein, Kommentar,
Köln, Berlin, Bonn, München 1968
- GROMMEK-HERRGESELL Der unmittelbare Zwang - Möglichkeiten und
Grenzen der Anwendung,
Berlin 1970
- GRUNSKY, Wolfgang Die unzulässige Prozeßaufrechnung
JZ 1965, 391 - 399
- Grundlagen des Verfahrensrechts
Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG,
VwGO, FGO, SGG.
Bielefeld 1970
- HAMANN-LENZ Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland vom 23. Mai 1949
3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970
- HAUEISEN, Fritz Der Verwaltungsakt im Lichte neuerer Überle-
gungen; DÖV 1961, 121 ff
- Verwaltungsakt und Vollstreckungsgegenklage;
NJW 1965, 2285 f

XVII

- HAUEISEN, Fritz Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom
4. 2. 66 -IV C 64/65- BVerwGE 23, 213
- Garagenbauablösungsverträge -
NJW 1967, 519 ff
- Die Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher
Vergleiche; DÖV 1968, 285
- Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtig-
keit des öffentlich-rechtlichen Vertrages;
NJW 1969, 122 - 125
- HENCKEL, Wolfram Materielle rechtliche Folgen der unzulässigen
Prozeßaufrechnung
ZZP Bd. 74 (1961), S. 165 - 186
- Prozeßrecht und materielles Recht
Göttingen 1970
- HENKE, Wilhelm Das subjektive öffentliche Recht
Tübingen 1968
- HERRMANN, Helmut Öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten
vor den Zivilgerichten
ZZP Bd. 78 (1965), S. 346 - 383
- HESSE, Konrad Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des
Grundgesetzes
in: Staatsverfassung und Kirchenordnung,
Festgabe für Rudolf Smend,
hergg. v. K. Hesse, S. Reicke, U. Scheuner
Tübingen 1962, Seite 71 - 95
- HÖNIG, Wolfgang Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen
bei Verwaltungsakten
Diss. jur. München 1968
- HUBER, Ernst-Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl.,
Band I, Tübingen 1953
Band II, Tübingen 1954
(zitiert: Huber)
- HUBER, Hans Rudolf Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingun-
gen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptin-
halt günstiger Verwaltungsakte; Diss. jur.
Zürich 1955 (zitiert: Hans Rudolf Huber)

XVIII

- IMBODEN, Max
Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Basel 1958
- JAENICKE, Günther
Haftung des Staates für rechtswidriges Verhalten seiner Organe,
in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 44,
hergg. v. Hermann Mosler,
Köln - Berlin 1967
- JANKNECHT, Hans
Rechtsformen von Subventionierungen
Diss. jur. Münster 1964
- JANSSEN, Günter
Entschädigungsrechtlicher Adhaesionsprozeß
in der Verwaltungsgerichtsbarkeit?
DVBl 1967, 190 - 194
- JELLINEK, Walter
Verwaltungsrecht
3. Aufl., Neudruck Offenburg 1948
- JESCH, Dietrich
Gesetz und Verwaltung
Tübingen 1961
- KAUFMANN, Arthur
Zur Rechtsmittelbeschränkung in Jugendstrafsachen; JZ 1958, 9 ff
- KAUTZ - RIEWALD
Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen, Kommentar,
8. Aufl. unter Mitwirkung von Max Leisner,
Berlin, Köln 1955;
Ergänzungsband, hergg. v. Max Leisner,
Köln, Berlin 1959
- KLEIN, Friedrich
Tragweite der Generalklausel in Art. 19
Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes,
VVDS_{St}RL 8, 67 - 123
- KLEIN, Karl Heinz
Die öffentlichrechtliche Assessorarbeit;
JuS 1963, 277 ff
- Gutachten und Urteil im Verwaltungsprozeß
Berlin und Frankfurt/M. 1967
(zit. : K. H. Klein, Gutachten und Urteil)

XIX

- KLINGER, Hans
Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar,
2. Aufl., Göttingen 1964
- KNIESCH, Hans-Joachim
Zum Vergleich im Verwaltungsprozeß;
in: Staatsbürger und Staatsgewalt,
hergg. v. H. Külz und R. Naumann, Bd. II,
Karlsruhe 1963, Seite 497 - 526
- KOEHLER, Alexander
Verwaltungsgerichtsordnung
Berlin und Frankfurt 1960
- KOPP, Ferdinand
Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971
- KORMANN, Karl
System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte;
Berlin 1910
- KOTTKE, Joachim
System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages
Diss. jur. Hamburg 1966
- KREFT, Friedrich
Die Abgrenzung des Verwaltungsrechtsweges;
in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung
- Bewährung und Reform; Schriftenreihe der
Hochschule Speyer, Bd. 45;
Berlin 1970, Seite 241 - 260
- KREILING, Harald
Hessisches Verwaltungsvollstreckungsrecht,
Kommentar, Wiesbaden 1967
- KRÖLLER, Hans-Rainer
Vollstreckungsschutz im Verwaltungszwangsverfahren,
Köln, Berlin, Bonn, München 1970
- KRÜGER, Herbert
Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung,
DVBl 1955, 380 ff, 450 ff, 518 ff
- KRÜSSELMANN, Bernard
Der Rechtsschutz im Verwaltungszwangsverfahren; Diss. jur. Würzburg 1967
- KUHN, Gustav
Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein,
Kommentar, Flensburg 1968

XX

- LARENZ, Karl
Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1969
(zit.: Larenz, Methodenlehre)
- Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band,
Allgemeiner Teil
10. Aufl. München 1970
(zit.: Larenz, SchuldR AT)
- LENT - JAUERNIG
Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht
15. Aufl. München 1970
- LENZ, Karl-Heinz
Das Mißverständnis vom öffentlich-rechtlichen
Vertrag oder
Eine kleine Rechtslehre
JR 1971, 52 - 59
- LERCHE, Peter
Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungs-
rechtsweg
Berlin, Köln 1953
(zit.: Lerche, Ordentl. Rechtsweg)
- Die verwaltungsgerichtliche Klage aus
öffentlich-rechtlichen Verträgen;
in: Staatsbürger und Staatsgewalt,
hergg. v. H. R. Külz und R. Naumann,
Karlsruhe 1963
Bd. II S. 59 - 90 (zit.: Lerche, Staatsbürger
und Staatsgewalt)
- LÖWENBERG, Bernward
Die Geltendmachung von Geldforderungen
im Verwaltungsrecht; Berlin 1967
- LÖWER, Kurt
Der verwaltungsgerichtliche Prozeßvergleich
als materielles Rechtsgeschäft;
VerwArch Bd. 56 (1965), 142 ff, 236 ff
- LÜKE, Gerhard
Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß;
JuS 1967, 1 - 8
- MAETZEL, Wolf Bogumil
Rechtswegfragen zur Folgenbeseitigung
DÖV 1968, 515 - 520

XXI

- von MANGOLDT, Hermann
Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden
Verwaltungsakten
VerwArch Bd. 37 (1932), 101 ff
- von MANGOLDT-KLEIN
Das Bonner Grundgesetz
2. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1957
- MARTENS, Joachim
Normenvollzug durch Verwaltungsakt und
Verwaltungsvertrag
AöR Bd. 89 (1964), 429 - 471
- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG
Grundgesetz Kommentar
Loseblatt, München 1970
- MAYER, Franz
Das verfassungsrechtliche Gebot der gesetz-
lichen Ermächtigung;
in: Festschrift für Hermann Nottarp,
Karlsruhe 1961, Seite 187 - 196
- MAYER - ULE
Staats- und Verwaltungsrecht in Rheinland-
Pfalz; Stuttgart 1969
- MEISS, Wilhelm
Die gesetzliche Abgrenzung der Zivil- und
Verwaltungsgerichtsbarkeit
Karlsruhe 1953
- MENGER, Christian-Friedrich
System des verwaltungsgerichtlichen Rechts-
schutzes; Tübingen 1954
(zit.: Menger, System)
- Der Schutz der Grundrechte in der Verwal-
tungsgerichtsbarkeit;
in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner,
Die Grundrechte, Bd. III/2 S. 717 - 779
Berlin 1959 (zit.: Schutz d. Grundrechte)
- Rechtsstaat; in HdSW Bd. 8, S. 768 - 772
- Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungs-
rechts als Rechtsquellen;
in: Sozialenquete und Sozialrecht,
Festschrift für Walter Bogs,
Wiesbaden, Berlin 1967; S. 89 - 101
(zit.: Menger Festschr. f. Bogs)

XXII

- MENGER, Christian-Friedrich Zwanzig Jahre Oberverwaltungsgericht Münster. Versuch einer Würdigung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in Nordrhein-Westfalen. In: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Land Nordrhein-Westfalen 1945 - 1969, Dokumentation, S. 89 - 109 Münster 1970 (zit. : Menger, 20 Jahre OVG)
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwArch Bd. 52 (1961), 99 ff, 210 ff
VerwArch Bd. 55 (1964), 80 ff
- MENGER / ERICHSEN Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwArch Bd. 56 (1965), 278 ff
VerwArch Bd. 57 (1966), 73 ff, 188 ff, 378 ff
VerwArch Bd. 58 (1967), 79 f, 171 ff
- MENGER und ERICHSEN Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
VerwArch Bd. 60 (1969), 179
VerwArch Bd. 61 (1970), 91 ff
- MERCK, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht
Band I Berlin 1962
Band II Berlin 1970
- MITTENZWEI, Ingo Die Aussetzung des Prozesses zur Klärung von Vorfragen
Berlin 1971
- MOLITOR, Erich Über öffentliches Recht und Privatrecht;
Karlsruhe 1949
- Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 und "Münchener Fassung" 1966
2. Aufl., Köln und Berlin 1968
(zit. : EVwVerfG 1963)
- von MUTIUS, Albert Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung;
Berlin 1969

XXIII

- NAUMANN, Richard Streitigkeiten des öffentlichen Rechts in: Staatsbürger und Staatsgewalt, hergg. v. H. R. Külz und R. Naumann, Karlsruhe 1963
Band II S. 365 - 385 (zit. : Naumann, Staatsbürger und Staatsgewalt)
- Grenzen des öffentlichrechtlichen Haftungsvertrags im Wasserrecht
BB 1967, 780
- Die Abgrenzung des Verwaltungsrechtswegs; in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung - Bewährung und Reform - Schriftenreihe der Hochschule Speyer Band 45; Berlin 1970 (zit. : Naumann, 10 Jahre VwGO)
- NAWIASKY, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe
2. Aufl., Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
- NEBINGER, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil
2. Aufl., Stuttgart 1949
- NIESE, Werner Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß;
JZ 1952, 353 - 358
- OPPENHOFF, Theodor Gesetz über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preußen
2. Aufl., Berlin 1904
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch,
bearb. v. Danckelmann u. a.
30. Aufl., München 1971
- PETERS, Hans Lehrbuch der Verwaltung
Berlin Göttingen Heidelberg 1949
(zit. : H. Peters, Lehrbuch)

XXIV

- PETERS, Hans
Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung?
in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber; Bern 1961
(zit.: H. Peters, Festschr. f. H. Huber)
- PETERS-SAUTTER-WOLFF
Kommentar zur Sozialgerichtsordnung
4. Aufl., Stuttgart Berlin Köln Mainz 1958
(Loseblatt)
- PFANDER, Nikolaus
Die Zusage im öffentlichen Recht.
Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom vorbeugenden Rechtsschutz und Vertrag.
Berlin 1970
- PIEPER, Goswin
Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts
DVBl 1967, 11 - 19
- PÖTTER, Wilhelm
Gegenwartsfragen der Verwaltungsgerichtsbarkeit;
in: Der Staat Bd. 3 (1964), 183 - 199
- RASCH, Ernst
Besprechung von "Kröllner, Vollstreckungsschutz im Verwaltungszwangsverfahren"
DVBl 1971, 195 f
- REDEKER, Konrad
Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf
DÖV 1966, 543 - 549
- REDEKER - von OERTZEN
Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar
4. Aufl., Stuttgart Berlin Köln Mainz 1971
- REINICKE, G. und D.
Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs;
NJW 1952, 1153 ff
- RENCK, Ludwig
Die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines Rechtsschutzes bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften
DÖV 1964, 651 - 658

XXV

- RENCK, Ludwig
Verwaltungsakt und Gesetzesvorbehalt
- BVerwGE 18, 283 -
JuS 1965, 129 - 134
- Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen -BVerwG DÖV 1965, 169-
JuS 1966, 273 - 279
- Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge?
NJW 1970, 737 - 741
- Zur Reform des Amtshaftungsrechts
JZ 1970, 407 - 409
- Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag -BVerwG NJW 1969, 809-
JuS 1971, 77 - 83
- RIETDORF, Fritz
Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
2. Aufl., Siegburg 1963
- RIMMELSPACHER, Bruno
Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß
Göttingen 1966
- RÖNNEBECK, Georg
Klageformen im Bereich der verwaltungsgewärtlichen Leistungsklagen,
Diss. jur. München 1968
- von ROSEN - von HOEWEL
Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz
Kommentar
Berlin und Frankfurt/M. 1953
- ROSENBERG - SCHWAB
Zivilprozeßrecht
10. Aufl., München 1969
- RÜFNER, Wolfgang
Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft - Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung; Berlin 1967
- RUPP, Hans Heinrich
Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: gelöste und ungelöste Probleme
AöR Bd. 85 (1960), 149 ff, 301 ff

XXVI

- RUPP, Hans Heinrich Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages - OVG Münster, Urt. v. 21. 6. 60 - JuS 1961, 59 - 62
- Der Schadensersatz- und Regressanspruch des Dienstherrn im "besonderen Gewaltverhältnis" und seine Durchsetzung - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt DVBl 1963, 577 - 581
- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre Tübingen 1965 (zit. : Rupp, Grundfragen)
- SALZWEDEL, Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages Berlin 1958
- SAUER, Hubert Die Bestandskraft von Verwaltungsakten; DÖV 1971, 150 - 158
- SAURE, Heinrich Die Rechtswegverweisung (§ 17 Abs. 3 GVG) Bielefeld 1971
- SCHACK, Friedrich "Analogie" und "Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts; in: Festschrift für Rudolf Laun Hamburg 1948, Seite 275 - 294
- SCHEERBARTH, Walter Das allgemeine Bauordnungsrecht 2. Aufl., Köln 1966
- SCHENKE, Wolf Rüdiger Vollstreckungsschutz gegen Verwaltungsakte bei nach Bestandskraft entstandenen Einwendungen gegen den zu vollstreckenden Anspruch VerwArch Bd. 61 (1970), 260 ff, 342 ff
- SCHEUERLE, Wilhelm Anmerkung zu BAG Urt. v. 13.3.64 - 5 AZR 144/63 - JZ 1965, 63 ff JZ 1965, 65 f

XXVII

- SCHICK, Walter Vergleiche und sonstige Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger im Steuerrecht; München 1967
- SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 2. Aufl., Neuwied und Berlin 1969
- SCHMIDT-RIMPLER, Walter Zum Problem der Geschäftsgrundlage; in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, hergg. v. R. Dietz, A. Hueck, R. Reinhardt München und Berlin 1955
- SCHMIDT-SALZER, Joachim Tatsächlich ausgehandelter Verwaltungsakt, zweiseitiger Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag VerwArch Bd. 62 (1971), 135 - 152
- Grundfragen des Vertragsrechts im Zivil- und Verwaltungsrecht NJW 1971, 5 - 11
- SCHMITT, Lothar Der Rechtsweg bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten BayVBl 1966, 304 - 308
- SCHMITT-LERMANN, Hans Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG) vom 30. Mai 1961 München 1961
- SCHNEIDER, Egon Logik für Juristen Berlin und Frankfurt/M. 1965
- SCHÖNKE, Adolf Das Rechtsschutzbedürfnis. Ein zivilprozessualer Grundbegriff AcP Bd. 150 (1949), 216 - 234
- Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff Detmold, Frankfurt/M., Berlin 1950
- SCHÖNKE - KUCHINKE Zivilprozeßrecht 9. Aufl., Karlsruhe 1969

XXVIII

- SCHRÖDER, Jörg
Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten
Berlin 1971
- SCHÜTZ, Erwin
Der verwaltungsrechtliche Vertrag
DÖD, 1969, 61 - 66
- SCHULZE, Elmar
Baudispensverträge
Stuttgart 1964
- SCHUNCK - DE CLERCK
Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar
2. Aufl., Siegburg 1967
- SCHWAB, Karl Heinz
Bemerkungen zur Prozeßaufrechnung;
in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum
70. Geburtstag
München und Berlin 1965
Band I Seite 939 - 956
- SCHWERTFEGER, Günther
Die öffentlich-rechtliche Klausur.
Eine Anleitung zur Lösung öffentlich-rechtlicher Fälle.
JuS 1970, 119 ff, 175 ff
- SELMER, Peter
Der Vorbehalt des Gesetzes
JuS 1968, 489 - 499
- SIMONS, Lothar
Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher
Schuldverhältnisse
Berlin 1967
- SOERGEL-SIEBERT
Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, Band 3, 10. Aufl.,
Stuttgart Berlin Köln Mainz 1969
- SPANNER, Hans
Der Regierungsentwurf eines Bundes-Verwaltungs-
verfahrensgesetzes
JZ 1970, 671 - 675
- STEIN, Ekkehart
Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit
der Verwaltung
AöR Bd. 86 (1961), 320 - 331

XXIX

- STEIN, Walter
Die Anfechtung von verwaltungsrechtlichen
Vollstreckungsmaßnahmen
NJW 1963, 185 ff
- STEIN-JONAS-SCHÖNKE-
POHLE
Kommentar zur Zivilprozeßordnung
18. Aufl., Tübingen 1953 (1. Band)
- STERN, Klaus
Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-
rechtlichen Vertrages
VerwArch Bd. 49 (1958), 106 - 157
- Zur Problematik des energiewirtschaftlichen
Konzessionsvertrages
AöR Bd. 84 (1959), 137 ff, 273 ff
- STICH, Rudolf
Die öffentlich-rechtlichen Zuständigkeiten
der Zivilgerichte;
in: Staatsbürger und Staatsgewalt,
hergg. v. H. R. Külz und R. Naumann,
Karlsruhe 1963
Band II S. 387 - 425 (zit.: Stich, Staats-
bürger und Staatsgewalt)
- Diskussionsbeitrag in der Aussprache zu den
Referaten von R. Naumann und Fr. Kreft bei
der 38. staatswissenschaftlichen Fortbildungs-
tagung der Hochschule Speyer;
in: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung
- Bewährung und Reform -, Schriftenreihe der
Hochschule Speyer
Bd. 45, Berlin 1970, Seite 261
(zit.: Stich, 10 Jahre VwGO)
- SULSER, Karl
Bedingung und Auflage
Diss. jur. Zürich 1919
- THOMAS - PUTZO
Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungs-
gesetz und Einführungsgesetzen
3. Aufl., München 1968
- TOBER, Dieter Erich
Wegfall der "Geschäftsgrundlagen" im
Verwaltungsrecht
BayVBl 1970, 357 f

XXX

- TRAULSEN, Hans-Dietrich Die Rechtsbehelfe im Verwaltungsvollstreckungsverfahren
Berlin 1971
- TSCHIRA-SCHMITT-GLAESER Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts
Stuttgart München Hannover 1970
- von TUREGG - KRAUS Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Berlin 1962
- ULE, Carl Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit
2. Aufl., Köln Berlin München Bonn 1962
(M. v. Brauchitsch: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I, 2. Halbband)
(zit.: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit)
- Verwaltungsprozeßrecht
4. Aufl., München und Berlin 1966
(zit.: Ule, Verwaltungsprozeß)
- VOGEL, Karl Friedrich Zur Zulässigkeit des Finanzrechtswegs in
Abgrenzung zu den anderen Verwaltungsrechtswegen
Berlin 1969
- VOGEL, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater
Hand
Hamburg 1959
- WACKE, Gerhard Vollstreckbare "Leistungsbescheide" wegen
"Eigenschäden" gegen Beamte?
DÖV 1966, 311 - 317
- WANNAGAT, Georg Der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen
Vertrages im Sozialversicherungsrecht
NJW 1961, 1191 - 1196
- WEINSHEIMER, Willi Auslegung von Ausnahmenvorschriften und
Vorschriften mit "eindeutigem Wortlaut"
NJW 1959, 566
- WEITEMEYER, Klaus Der verwaltungsprozessuale Vergleich
Diss. jur. Frankfurt/M. 1966

XXXI

- WEYREUTER, Felix Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen
hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich
zu regeln?
Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags,
Bd. I Teil B, München 1968
- WIECZOREK, Bernhard Zivilprozeßordnung und Nebengesetze
Band I Teil 1, Berlin 1957
- WINTERSTETTER, Alfred Der Verwaltungsakt als Vollstreckungstitel
Diss. jur. München 1967
- WITTERN, Andreas Grundriß des Verwaltungsrechts
6. Aufl. Köln 1970
- WOLF, Ernst Zur Methode der Bestimmung von privatem
und öffentlichem Recht;
in: Festschrift für Erich Molitor,
hergg. v. Hans Carl Nipperdey,
München und Berlin 1962, Seite 1 - 15
- WOLFF, Hans J. Über die Gerechtigkeit als principium iuris;
in: Festschrift für Wilhelm Sauer,
Berlin 1949, Seite 103 - 120
(zit.: Wolff, Festschr. f. Sauer)
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende
Grundentscheidungen als Rechtsquellen;
in: Forschungen und Berichte aus dem öffentli-
chen Recht. Gedächtnisschrift für Walter
Jellinek
München 1955, Seite 33 - 52
(zit.: Wolff, Ged. schrift W. Jellinek)
- Verwaltungsrecht
Band I, 8. Aufl. München 1971
Band III, 2. Aufl. München und Berlin 1967
- ZEUNER, Albrecht Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im
Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge
Tübingen 1959
- ZIEMER - BIRKHOLZ Finanzgerichtsordnung Kommentar
2. Aufl., München 1970

ERSTER TEIL:

UNMITTELBARE VERWALTUNGSVOLLSTRECKUNG ODER
KLAGE AUS ÖFFENTLICH - RECHTLICHEN VERTRÄGEN?

I. Einleitung und Themenstellung

Der öffentlich-rechtliche Vertrag (öffr. Vertrag) ist zwar in der Praxis und der wissenschaftlichen Erörterung noch eine relativ junge Erscheinung, hat aber als mögliche Form des Verwaltungshandelns inzwischen Anerkennung gefunden. FORSTHOFF ¹⁾ spricht sogar vom öffr. Vertrag als einem Institut, das "fest in Brauch und Übung" stehe.

Tatsächlich kommen öffr. Verträge in der Praxis in einer Vielzahl der verschiedensten Rechtsgebiete des öffentlichen Rechts vor. Eine gute Übersicht bietet hier WOLFF ²⁾. Die Rechtsprechung und das Schrifttum haben inzwischen die Fragen der Zulässigkeit des öffr. Vertrags als Handlungsform der Verwaltung und des zulässigen Inhalts solcher Verträge erörtert. Dazu liegt bereits eine recht umfangreiche Literatur ³⁾ vor. Auch zu dem Fragenkreis der Vertragsdurchführung und der Leistungsstörungen sind einige grundlegende Schriften erschienen ⁴⁾.

Doch trifft für die Klage und Vollstreckung aus öffr. Verträgen noch immer die Bemerkung BEINHARDT's aus dem Jahre 1964 zu, daß dieser Problembereich stiefmütterlich behandelt und weitgehend unerwähnt geblieben ist ⁵⁾. Zu zwei Fragen aus diesem Bereich will die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten.

Wenn ein öffr. Vertrag auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ⁶⁾ von einem Vertragspartner nicht erfüllt wird oder sonst Streit über seine Wirksamkeit oder sei-

1) Lehrbuch § 14, 1

2) Wolff I § 44 II

3) Übersichten dazu bei Wolff I § 44; Forsthoff S. 262 f; Bisek S. 39 ff

4) z. B. Simons: Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse; Kottke: System des subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages, Wolff § 44 III mit weit. Nachw.

5) Beinhardt VerwArch Bd. 55 (1964), 210 f

6) Der Begriff des öffr. Vertrages wird im folgenden als "verwaltungsrechtlicher Vertrag" verstanden, da sich diese Bezeichnung eingebürgert hat und üblicherweise darunter auch ein verwaltungsrechtlicher Vertrag verstanden

nen Inhalt entsteht und die eine Partei ihre Rechte zwangsweise durchsetzen will, so muß sie sich zuerst über zwei Fragen klar werden:

- (1) Wenn es sich bei dieser Vertragspartei um einen Träger öffentlicher Verwaltung handelt, muß er sich zunächst fragen, ob er seine Vertragsansprüche selbst im Wege des Verwaltungszwangs durchsetzen kann oder ob er erst vor Gericht klagen muß.
- (2) Im letzteren Fall schließt sich dann die Frage an, vor welchem Gericht diese Klage zu erheben ist.

Die zweite Frage und alle weiteren Probleme einer gerichtlichen Klage (Erkenntnisverfahren) aus einem öff. Vertrag werden jedoch nur in dem Umfang relevant, in dem aus einem öff. Vertrag überhaupt erst geklagt werden muß. Wenn aus einem öff. Vertrag zumindest eine Verwaltungsbehörde gegen einen Bürger unmittelbar ohne vorherige Klage im Wege des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens vollstrecken kann¹⁾, so werden, zumindest so weit diese Möglichkeit besteht, Probleme eines gerichtlichen Erkenntnisverfahrens geringe praktische Bedeutung haben. Denn bei unmittelbarer Vollstreckungsmöglichkeit dürfte einer gleichwohl erhobenen Klage das Rechtsschutzbedürfnis fehlen²⁾.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts³⁾ entfällt das Rechtsschutzinteresse allerdings nicht schon dann, wenn die Behörde befugt ist, einen

Fortsetzung der Fn. 6) von S. 1:

wird, obwohl der Begriff des öff. Vertrags an sich weiter ist und auch staats-, völker- und kirchenrechtliche Verträge umfaßt.

- 1) OVG Hamburg Urt. v. 6.8.54 - Bf II 269/53 - VerRspr 8, 230; OVG Münster Urt. v. 21.6.60 - VII A 1138/58 - OVGE 16, 12/18 = DÖV 1960, 798 = DVBl 1960, 344 (Nr. 103) = JZ 1961, 62 = Mitteilungen des deutschen Städtetages 1960, 619; bespr. v. Rupp JuS 1961, 59 ff und Menger Verw Arch 52 (1961), 210 f (zustimmend); Eckert DVBl 1962, 11/21; Scheerbarth S. 138; Wolff I § 44 I b 2 bis zur 5. Auflage; Barocka VerwArch 51 (1960), 1/19; Schütz DÖD 1969, 61/64; Löwer VerwArch 56 (1965), 236/262 f; Janknecht S. 95; Gitzinger S. 79 mit Ausnahme von Geldforderungen wegen § 1 II BVwVG; Beinhardt a. a. O. S. 260, der dies für h. M., aber bedenklich hält.
- 2) Tschira-Schmitt-Glaeser S. 62; Ule Verw.prozeß S. 139; Wolff I § 44 I b 7 alpha
- 3) BVerwG Urt. v. 17.9.64 - II C 147/61 - BVerwGE 19, 243/245 mit Nachw. auf ältere Rspr. = NJW 1965, 458 m. Anm. v. Henrichs = DÖV 1965, 53; BVerwG Urt. v. 24.6.66 - VI C 183/62 - BVerwGE 24, 225/227 = DVBl 1966, 931; BVerwG Urt. v. 24.11.66 - II C 27/64 - BVerwGE 25, 280/283;

Sachverhalt einseitig durch Verwaltungsakt (VA) zu regeln und diesen dann selbst zu vollstrecken. Das Bundesverwaltungsgericht räumt hier der Behörde eine Wahlmöglichkeit ein, ob sie einen VA erlassen und dann im Verwaltungsvollstreckungsverfahren vorgehen oder ob sie den Anspruch gerichtlich einklagen will.

Immerhin muß sich die Behörde auch dann zuallererst darüber klar werden, ob sie den Vertragspartner verklagen oder im Wege des Verwaltungszwangs gegen ihn vorgehen will und darf. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer unmittelbaren Verwaltungsvollstreckung aus dem öff. Vertrag ohne vorherige Klage ist daher zuerst zu untersuchen. Von ihr handelt der erste Teil der Untersuchung.

Jede Überlegung in dieser Hinsicht setzt natürlich voraus, daß der öff. Vertrag überhaupt einen vollziehbaren und vollstreckbaren Inhalt hat. Deshalb bleiben hier alle die Verträge unberücksichtigt, die bereits durch den Vertragsschluß selbst den beabsichtigten Rechtserfolg unmittelbar herbeiführen; also Verträge mit verfügendem, gestaltendem und feststellendem Inhalt. Nur soweit ein öff. Vertrag eine Partei - oder beide Parteien - zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet (Verpflichtungsverträge), entsteht die Frage, ob, wie und wann dieses Verhalten erzwungen werden kann¹⁾.

Hierfür kommen folgende Möglichkeiten in Betracht:

- entweder kann aus dem öff. Vertrag selbst unmittelbar vollstreckt werden zur Erzwingung des geschuldeten Verhaltens, sei es durch jede Vertragspartei, sei es im subordinationsrechtlichen öff. Vertrag wenigstens.

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 2:

- BVerwG Urt. v. 28.9.67 - II C 37/67 - BVerwGE 28, 1 = DÖV 1968, 425 = JuS 1968, 435 = ZBR 1968, 47 = Giese-Schunck-Winkler Nr. 105 zu Art. 20 III GG "Rechtsstaat"; BVerwG Urt. v. 25.10.67 - IV C 19/67 - BVerwGE 28, 153/155 = DÖV 1968, 705; BVerwG Urt. v. 5.3.68 - I C 35/65 - BVerwGE 29, 166/171; BVerwG Urt. v. 26.4.68 - VI C 113/65 - BVerwGE 29, 310/312 = DÖV 1968, 729 = DRspr V (520) 73 c; kritisch zu dieser Rspr. Bachof VerfR II Nr. 20 (S. 26 f); BVerwG Urt. v. 28.6.68 - VII C 118/66 - NJW 1969, 809 = JuS 1969, 190 Nr. 9 = DVBl 1969, 665 = DÖV 1969, 394 = JZ 1969, 69 = MDR 1968, 1034 = Betrieb 1968, 2073 = VerwRspr 20, 212 = DRspr V (520) 76 b, krit. bespr. v. Renck JuS 1971, 77 ff und Menger und Ericksen VerwArch 61 (1970), 174 ff
- 1) Lerche, Staatsbürger u. Staatsgewalt Bd. II S. 82; entsprechend für die VA-Vollstreckung Arndt S. 7 f

von der Behörde gegen den Bürger 1),
 - oder eine sofortige Vollstreckung ist nicht möglich; dem Vollstreckungsverfahren muß ein Erkenntnisverfahren vorausgehen, eine verwaltungsgerichtliche Klage, in der das Bestehen des Anspruchs festgestellt und titulierte wird 2).

II. Zulässigkeitsgrenzen der Verwaltungsvollstreckung nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen

Eine Entscheidung für die letztere Möglichkeit kann jedenfalls nicht, wie es zuweilen geschieht, allein mit dem Hinweis auf das "Wesen des Vertrages" erfolgen ohne nähere Begründung, was darunter verstanden wird 3). Ebenso wenig kann die Zulässigkeit unmittelbarer Verwaltungsvollstreckung aus dem öff. Vertrag seitens der Verwaltung mit einem kurzen Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur des geforderten Verhaltens begründet werden 4). Da es um die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung geht, sind zunächst die einschlägigen gesetz-

1) So die Seite 2 Fußn. 1 Genannten

2) OVG Münster Urt. v. 19. 4. 67 - III A 1/67 - DÖV 1967, 722 = NJW 1967, 2328; VGH Kassel Urt. v. 18. 11. 68 - II OE 26/68 - VerwRspr 20, 872 = JuS 1970, 143 (Weber); § 47 EVwVerfG 1963 und "Münchener Fassung" v. 1967; §§ 128, 194 schlhLVwG; Wolff I § 44 II f und III § 160 III a; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 82 ff; Redeker DÖV 1966, 546; van der Groeben-Knack § 128 Anm. 1; Kuhn § 128 Anm. 3, 5; Engelhardt § 1 Rdnr. 15; K.H. Klein, Gutachten und Urteil, S. 97 f; Kreiling § 1 Anm. 4; Löwenberg S. 61 f; Merk Bd. I S. 954; Stern VerwArch 49 (1958), 106/152; Bullinger Ged. schrift f. H. Peters S. 667/681; Pfander S. 253; Schick S. 40, der aber eine Ausnahme machen will für Verpflichtungen des Bürgers, die sich unmittelbar auf eine Steuerschuld beziehen, da die AO ergebe, daß Steuerforderungen einseitig durchsetzbar sein sollen; im Ergebnis auch Renck JuS 1971, 77/82; wohl auch Rössler VerwPrax 1956, 275/277; Bisek S. 161 f; § 68 I lit b hessVwVG; unentschieden Wittern S. 104

3) So aber z. B. die Einzelbegründung zu § 47 EVwVerfG (S. 204)

4) So früher OVG Münster Urt. v. 21. 6. 60 - VII A 1138/58 - OVGE 16, 12/18 (Konkord. S. 2 Fußn. 1)

lichen Vorschriften der Verwaltungsvollstreckungsgesetze zu untersuchen 1) und zu prüfen, welche Grenzen sie im Verwaltungszwang setzen und was daraus für die öff. Verträge gefolgert werden kann.

1) Verfügungsbefugnis und Vollstreckungsbefugnis

Wie eine erste Übersicht zeigt, setzt die Verwaltungsvollstreckung einen VA voraus, der das geschuldete Verhalten verbindlich festlegt 2).

a) in der Erzwingungsvollstreckung

Für die Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen setzen alle VwVGe ausdrücklich einen VA als Vollstreckungsgrundlage voraus. Nur in eng

1) Für Geldforderungen:

§§ 1, 3 II lit a BVwVG; §§ 18, 23 I bayVwZVG;

§ 35 I hambgVwVG; §§ 1, 18 hessVwVG;

§ 1 I rhpfVwVG; § 246 I Ziff. 1 schlhLVwG;

§ 6 I VwVG NW

Zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen und Unterlassungen (soweit nicht in Ausnahmefällen eine zwangsweise Durchsetzung ohne vorausgehenden VA möglich ist):

§ 6 I BVwVG; § 18 I bayVwZVG; § 11 I bremVwVerfG;

§ 18 I hambgVwVG; §§ 1, 2, 69 I hessVwVG;

§ 55 I VwVG NW; §§ 1 I, 2, 62 I rhpfVwVG;

§§ 194 I, 195 I 1 schlhVwG

Soweit die VwVGe nicht besonders von einem Leistungsbescheid sprechen (so im Bund und in NW), gelten die Gesetze von vornherein nur für die Vollstreckung von VAen (so in Rheinland-Pfalz, Bayern, Hessen, Schleswig-Holstein).

2) Winterstetter S. 48, 50, 72 f; Arndt S. 3, 49; Wolff III § 160 II c 1 und III c 1; Merk Bd. I S. 955; Forsthoff S. 281 f, auch S. 278; Mayer-Ule S. 234; Engelhardt § 6 Rdnr. 2 und § 1 Rdnr. 15; Krüselmann S. 32, 33; Wolff I § 44 I b gamma; Traulsen S. 49 hält das zwar nicht für begrifflich notwendig, nennt aber als Ausnahmen davon nur gesetzlich besonders geregelte Fälle: den sofortigen Zwang, die Selbstveranlagung, die Vollstreckung wegen Nebenforderungen, die Beitragsnachweisung in der gesetzl. Krankenversicherung und die spezialgesetzlich zugelassene Verwaltungsvollstreckung wegen privatrechtlicher Forderungen der öffentlichen Hand.

begrenzten Ausnahmefällen kann ohne vorherigen VA vollstreckt werden: zur Verhinderung strafbarer Handlungen oder zur Abwendung einer unmittelbar drohenden Gefahr ¹⁾.

b) in der Geldvollstreckung

Auch die Vollstreckung wegen Geldforderungen setzt das Vorliegen eines VA voraus, sei es, daß ein Leistungsbescheid als Vollstreckungsvoraussetzung gefordert wird (so BVwVG und VwVG NW), sei es, daß die VwVGe von vornherein nur für die Vollstreckung von VAen gelten (so Bayern, Rheinland-Pfalz, Hessen, Schleswig-Holstein).

Danach scheint eine Verwaltungsvollstreckung nur insoweit möglich zu sein, als das durchzusetzende Verhalten in einem VA auferlegt oder festgestellt worden ist oder zumindest werden kann (= darf) ²⁾.

Da ein VA der hier interessierenden Art immer einen einseitig-hoheitlichen Befehl enthält, scheint die Befugnis zur einseitig-hoheitlichen Durchsetzung (Verwaltungsvollstreckung) nur insoweit zu bestehen, als auch die Befugnis zur einseitig-hoheitlichen Regelung durch VA gegeben ist.

Das ist aber für Geldforderungen, die nach dem BVwVG oder dem VwVG NW vollstreckt werden, noch kurz zu überprüfen. Denn beide Gesetze sagen in § 1 nur ³⁾, daß öffentlich-rechtliche Geldforderungen nach diesen Gesetzen im Ver-

- 1) Diese Möglichkeiten können als Ausnahmen zu dem allgemeinen Grundsatz hier zunächst außer Betracht bleiben.
- 2) So die h. M.: Übersicht und Nachweise bei Arndt S. 26 f; Löwenberg S. 63: "Die Vollstreckungsbefähigung folgt aus der Befähigung zur einseitigen Regelung und nicht umgekehrt." Ebenso schon für das alte preußische Recht; Anschütz VerwArch 1 (1893), 389/446, für den dieser Satz im absolutistischen wie im konstitutionellen Preußen ein Grundprinzip war (Anschütz a. a. O. S. 447), da nach preußischer Auffassung "die Befugnis, obrigkeitliche Anordnungen zu erlassen, ... das Recht (einschloß), dieselben - nöthigenfalls unter Anwendung von Zwang - in Vollzug zu setzen" (Anschütz a. a. O. S. 389, ebenso Oppenhoff S. 155 f und Berner Anm. 2 zu § 132 des preußischen "Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung" vom 30. 7. 1883.)
- 3) Diese Vorschriften lauten:
§ 1 BVwVG: (1) Die öffentlich-rechtlichen Geldforderungen des Bundes

waltungswege vollstreckt werden. Sie sagen aber nicht, daß diese Geldforderungen in einem VA auferlegt oder festgestellt worden sein müssen. Beide Gesetze haben zwar den sog. Leistungsbescheid als Vollstreckungsvoraussetzung (§ 3 II BVwVG und § 6 I VwVG NW). Dieser ist VA. Doch ist streitig, ob er identisch ist mit dem VA, der das nach materiellem Recht geschuldete Verhalten auferlegt oder feststellt (sog. Heranziehungsbefehl), oder ob er ein selbständiger VA ist, der ein davon zu unterscheidendes selbständiges Leistungsgebot enthält.

Hält man den Leistungsbescheid für identisch mit dem VA, der das Verwaltungsverfahren, in dem die geschuldete Leistung begründet oder festgestellt wird, abschließt ¹⁾, so hat das zur Folge, daß auch nach dem BVwVG und dem VwVG NW Voraussetzung jeder Vollstreckung das Vorliegen eines VA ist ²⁾. Dessen

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 6:

und der bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts werden nach den Bestimmungen dieses Gesetzes im Verwaltungswege vollstreckt.

(2) Ausgenommen sind solche öffentlich-rechtlichen Geldforderungen, die im Wege des Parteistrites vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden oder für die ein anderer Rechtsweg als der Verwaltungsrechtsweg begründet ist

(3)

§ 1 VwVG NW: Geldforderungen des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen unter Landesaufsicht stehenden Körperschaften sowie Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die öffentlich-rechtlicher Natur sind oder deren Beitreibung im Verwaltungszwangsverfahren durch gesetzliche Vorschriften ausdrücklich zugelassen ist, werden nach den Bestimmungen dieses Gesetzes im Verwaltungswege vollstreckt.

- 1) So Rietdorf § 6 Anm. 3 zum VwVG NW; Schmitt-Lermann § 23 Anm. 2 zum bayVwZVG; § 2 der Ausführungsanweisung vom 2. 1. 58 zum rhpf VwVG und dementsprechend Altmeyer-Lahm Anm. I a zu § 22 rhpfVwVG; Krüselmann S. 32, 33; weitere Nachw. bei Arndt S. 70 Fußn. 2; Löwenberg S. 35 f hält den Leistungsbescheid für einen komplexen VA, der sowohl die hoheitliche Festsetzung der Leistungspflicht wie auch den Leistungsbefehl enthält. Er behandelt ihn aber dann praktisch so, als ob es zwei VAe wären: die Geltendmachung der materiellen Forderung ordnet er dem Forderungsverhältnis, den hoheitlichen Leistungsbefehl dem Gewaltverhältnis zu, für die er je besondere Ermächtigungsgrundlagen verlangt.
- 2) Die nach § 6 II VwVG NW dem Leistungsbescheid gleichgestellte Selbstberechnungserklärung und die Beitragsnachweisung sind gesetzlich besonders normierte Ausnahmefälle und können hier außer Betracht bleiben.

Erlaß setzt seinerseits wieder die in den VwVGn nicht geregelte, sondern vorausgesetzte ¹⁾ Befugnis der Behörde zum Erlaß dieses VA und damit die einseitig-hoheitliche Anordnungsbefugnis voraus.

Hält man den Leistungsbescheid für einen selbständigen VA, der zwischen dem Verwaltungsverfahren steht, in dem die Leistung festgestellt bzw. auferlegt wird, und dem eigentlichen Vollstreckungsverfahren ²⁾, so ist es denkbar, daß die Feststellung bzw. Begründung des materiell-rechtlichen Leistungsanspruchs auch anders als durch VA erfolgen kann, etwa unmittelbar durch eine Rechtsnorm oder auch durch einen öff. Vertrag, und daß dann auch auf Grund dessen ein hoheitlicher Leistungsbefehl (Leistungsbescheid) erlassen und im Verwaltungswege vollstreckt werden kann. In diesem Zusammenhang soll hier allerdings zunächst nur die Frage untersucht werden, ob Leistungsbescheid und Verwaltungsvollstreckung auch da zulässig sind, wo die Feststellung oder Begründung der Leistungspflicht nicht hoheitlich durch VA möglich ist ³⁾.

aa) Übereinstimmung von Verfügungs- und Vollstreckungsbefugnis auch nach dem BVwVG?

Für den Geltungsbereich des BVwVG kann sich aus § 1 II dieses Gesetzes ⁴⁾ etwas dafür ergeben. Zwar sagt diese Vorschrift unmittelbar nichts darüber aus, wann eine Behörde einen Geldanspruch durch VA festsetzen darf. Darüber könnte jedoch der hier verwandte Begriff des Parteistrits eine Aussage enthalten.

- 1) Arndt S. 46 ff; Dietlein NJW 1962, 1946 / 1947; Renck JuS 1965, 129/133 und JuS 1971, 77/78; Löwenberg S. 60/65; Menger und Erichsen VerwArch 61 (1970), 177; BVerwG Urt. v. 28.6.68 - VII C 118/66 - NJW 1969, 809/810 (Konkord. S. 2 Fußn. 3)
- 2) So v. Rosen - v. Hoewel Anm. III 1 a zu § 3 BVwVG und Arndt S. 74 f m. w. N. auf S. 70 Fußn. 3. Arndt sieht im Leistungsbescheid der VwVG eine Entsprechung zu dem Leistungsgebot des Steuervollstreckungsrechts und hält die dann außerdem erforderliche Begründung bzw. Feststellung des Anspruchs im vorausgehenden Verwaltungsverfahren ebenfalls nur durch VA für möglich. Ähnlich Löwenberg S. 35 ff.
- 3) Die Prüfung der Frage, ob und wie sich die Befugnis zum Verwaltungszwang auswirkt, wenn die Behörde einen öff. Vertrag geschlossen hat, obwohl sie einen VA hätte erlassen können, erfolgt dann im Anschluß daran (S. 13 ff)
- 4) Im Wortlaut oben Seite 6 Fußn. 3

Zur Klarstellung dieses im geltenden Recht nirgend definierten Begriffs kann nicht auf § 85 I des früheren VGG ¹⁾ zurückgegriffen werden. Dort wurde die für das Vorliegen einer Parteistreitigkeit erforderliche Gleichordnung der Parteien rein faktisch-prozessual verstanden. Sie war gegeben, wenn seitens des Hoheitsträgers eine potentiell verbindliche Entscheidung, ein VA, tatsächlich nicht ergangen war ²⁾.

Daß der Begriff des Parteistrits in § 1 II BVwVG diese Bedeutung nicht haben kann (trotz der Formulierung des Gesetzes: "... die im Wege des Parteistrits verfolgt werden."), ergibt sich aus der von RUPP ³⁾ zuerst angestellten Überlegung, daß die Behörde sich sonst den Weg der Verwaltungsvollstreckung einfach dadurch eröffnen könnte, daß sie - ob zulässig oder nicht - einen VA erläßt. § 1 II BVwVG wäre damit ohne Sinn.

Daraus ergibt sich, daß der Begriff der Parteistreitigkeit hier nicht faktisch-prozessual aufgefaßt werden darf, wenn die Vorschrift überhaupt einen Sinn haben soll. Der Begriff ist vielmehr in einem normativen Sinne zu verstehen dahin, daß ein Parteistrit immer dann vorliegt, wenn keine Partei, auch nicht eine beteiligte Behörde, einen VA setzen, also einseitig-hoheitlich regeln darf ⁴⁾. Das wird bestätigt durch die amtliche Begründung zum Entwurf des BVwVG ⁵⁾,

- 1) § 85 I VGG lautet:
Parteistreitigkeiten sind Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern. Gleichgeordnet sind zwei Rechtsträger dann, wenn weder die Geltendmachung noch die Ablehnung des Anspruchs durch einen der beiden Rechtsträger eine verbindliche Entscheidung über den Anspruch enthält.
- 2) Menger System, S. 220, ders. in VerwArch 55 (1964), 80/81 f; Rupp DVBl 1963, 577; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 71; Engelhardt § 1 Rdnr. 11; a. A. Eyermann-Fröhler VGG § 85 Anm. 1: Parteistrit, soweit die Behörde nicht durch VA handeln kann (= darf).
- 3) Rupp DVBl 1963, 577
- 4) Menger VerwArch 55 (1964), 80/81 f; Rupp a. a. O.; Arndt S. 48 mit Fußn. 40; Engelhardt a. a. O.; BVerwG Urt. v. 21.9.66 - V C 155/65 - BVerwGE 25, 72/78 = DÖV 1967, 268 = DVBl 1967, 486 und Urt. v. 28.6.68 - VII C 118/66 - NJW 1969, 809/810 (Konkord. S. 2 Fußn. 3) mit in diesem Punkt zustimmender Besprechung von Renck JuS 1971, 77/78
- 5) Bundestags-Drucksache Nr. 3981 - 1. Wahlperiode - S. 7 (Einzelbegründung zu § 1)

in der es heißt: "In die Regelung des § 1 konnten nicht alle öffentlich-rechtlichen Geldforderungen einbezogen werden, es mußten vielmehr diejenigen ... ausgenommen werden, die als Parteistreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten verfolgt werden müssen ..."

Damit sagt auch § 1 II BVwVG, daß die Behörde im Anwendungsbereich dieses Gesetzes nur insoweit hoheitlich vollstrecken kann, soweit sie die materiellrechtliche Regelung auch durch hoheitlichen Befehl, durch VA treffen darf. Die hoheitliche Vollstreckungsbefugnis reicht so weit, wie hoheitliche Verfügungsbefugnis gegeben ist.

bb) Übereinstimmung von Verfügungs- und Vollstreckungsbefugnis nach dem VwVG NW?

Für den Bereich des VwVG NW kann die Übereinstimmung von Verfügungs- und Vollstreckungsbefugnis fraglich sein, wenn man den Leistungsbescheid für verschieden hält von der zugrunde liegenden, das Verwaltungsverfahren abschließenden Entscheidung. Denn das VwVG NW ergibt dazu nichts; auch die dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften geben keinen Anhalt. Insbesondere fehlt im VwVG NW eine dem § 1 II BVwVG entsprechende Regelung.

Aus dem Schrifttum zum VwVG NW äußert sich über das Verhältnis des Leistungsbescheids zu dem zugrunde liegenden VA - soweit ersichtlich - nur RIETDORF ¹⁾, der beide für identisch hält. Auch soweit den Leistungsbescheiden der VwVGe grundsätzlich eine selbständige Bedeutung beigemessen wird ²⁾, wird die materiellrechtliche Begründung bzw. Feststellung der Forderung durch einen weiteren VA für erforderlich gehalten ³⁾.

Die Möglichkeit des Leistungsbescheids und der Verwaltungsvollstreckung auf anderer Grundlage als auf Grund eines VA wird also für das VwVG NW und auch sonst gegenwärtig nicht vertreten.

Zwar fehlt dem VwVG NW eine dem § 1 II BVwVG entsprechende Regelung, obwohl dem nordrhein-westfälischen Gesetzgeber bei Erlass des VwVG/NW im Jahre 1957 der § 1 II BVwVG bekannt war. Doch ergibt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß aus dem Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im VwVG NW nicht auf einen Willen des Gesetzgebers zu einer abwei-

1) Rietdorf § 6 Anm. 1

2) Arndt S. 70 f; v. Rosen-v. Hoewel Anm. III 1 a zu § 3 des BVwVG

3) Arndt S. 49, 70 mit Fußn. 3, S. 71

chenden Regelung geschlossen werden kann. Denn in den Beratungen des Landtags ¹⁾ wurde von dem Berichterstatter des zuständigen Ausschusses ausgeführt ²⁾, daß "ein umfassendes Gesetz von 75 Paragraphen gegenüber 4 Paragraphen der Regierungsvorlage deshalb vorgelegt (werde), um eine Verweisung auf das BVwVG und die AO zu vermeiden. Die in Betracht kommenden Vorschriften dieser Gesetze (seien) aber zum größten Teil in unseren Gesetzentwurf übernommen worden. ... Abweichungen vom Wortlaut des Bundesgesetzes und der Abgabenordnung (weise der) Gesetzentwurf nur insoweit auf, als dies im Hinblick auf die Anwendung durch Kommunalbehörden erforderlich (sei)" ³⁾. Damit steht fest, daß der Gesetzgeber des VwVG NW keine Abweichung des Anwendungsbereichs und der Vollstreckungsvoraussetzungen vom BVwVG wollte, sondern seine Regelung lediglich für Nordrhein-Westfalen wiederholen wollte ⁴⁾. Deshalb ist auch im VwVG NW die Befugnis zu einseitig-hoheitlicher Regelung der durchzusetzen materiellen Pflichten durch VA Voraussetzung für einen Leistungsbescheid und die Verwaltungsvollstreckung: ⁵⁾ die hoheitliche Vollstreckungsbefugnis setzt auch hier die hoheitliche Verfügungsbefugnis voraus, womit sich die oben ⁶⁾ geäußerte Vermutung bestätigt.

- 1) Zum Entwurf des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes, 2. Lesung, in der Sitzung vom 22. 5. 1957 (3. Wahlperiode, 62. Sitzung des Landtags), abgedruckt in den Stenographischen Berichten des Landtags 1954 - 58 Band III S. 2111 ff, hier S. 2117 B und 2117 C
- 2) Von dem Abgeordneten Dr. Flehinghaus, dem Berichterstatter des Ausschusses für Innere Verwaltung, dem die zunächst aus nur 4 Paragraphen bestehende Regierungsvorlage in der 1. Lesung zur Beratung überwiesen worden war und der den in 2. Lesung vorgelegten Entwurf praktisch erst erarbeitet hatte.
- 3) Dem schlossen sich die Vertreter aller Parteien an. In der 3. Lesung vom 16. 6. 57 erfolgte keine Sachdiskussion mehr (3. Wahlperiode, 64. Sitzung; Stenograph. Berichte Bd. III S. 2141 ff.)
- 4) Deshalb wäre zu überlegen, ob nicht § 1 II BVwVG analog auch im VwVG NW angewandt werden sollte.
- 5) Auch Rietdorf § 1 Anm. 4 meint, der Sache nach bestünden keine Unterschiede bei der Vollstreckung von Geldforderungen nach den VwVGen des Bundes und des Landes NRW.
- 6) Seite 5/6

2) Keine Erweiterung bestehender Vollstreckungsbefugnisse durch die Handlungsform des öff. Vertrags

Die Diskussion um die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus einem öff. Vertrag geht nun immer um die Frage, ob die Behörde sich durch den Vertragsschluß die Möglichkeit hoheitlicher Vollstreckung "nimmt" ¹⁾, ob sie "auf die sofortige Exekutive verzichtet" ²⁾, also ob der Vertrag eine Beschränkung sonst gegebener Vollstreckungsmöglichkeiten bewirkt. Die Meinungsverschiedenheiten bestehen also lediglich darin, ob aus dem "Verzicht" der Behörde, hoheitlich anzuordnen, obwohl sie es gedurft hätte, auch auf einen Verzicht auf die hoheitliche Verwaltungsvollstreckung geschlossen werden kann.

Dieser Art der Fragestellung liegt damit unausgesprochen der Gedanke zugrunde, daß der öff. Vertrag jedenfalls nicht dazu dienen könne, die bestehenden hoheitlichen Vollstreckungsmöglichkeiten eines Vertragspartners zu erweitern oder neue zu begründen. Das wäre auch gar nicht möglich, da - wie gezeigt - die Zulässigkeitsgrenzen der Verwaltungsvollstreckung gesetzlich festgelegt sind, zumindest insoweit, als Voraussetzung der Vollstreckungsbefugnis die Verfügungsbefugnis ist. Der Umstand, daß die Parteien die Handlungsform des öff. Vertrages gewählt haben, kann aber nicht zur hoheitlichen Geltendmachung und damit zur Verwaltungsvollstreckung ermächtigen, wo eine solche Befugnis der Behörde sonst nicht gegeben ist.

3) Zwischenergebnisse

Daraus ergibt sich als erstes Ergebnis, daß auch aus dem öff. Vertrag insoweit nicht unmittelbar hoheitlich vollstreckt werden kann, soweit eine Regelung nicht durch VA hoheitlich hätte auferlegt werden können. Das hat zur Folge, daß die Verwaltungsvollstreckung aus dem öff. Vertrag ausgeschlossen ist in folgenden Fällen:

- soweit eine Partei überhaupt nicht durch VA handeln kann; ein Privatmann kann gegen niemanden VAe erlassen und gegen niemanden selbst vollstrecken.
- soweit eine Vertragspartei gerade gegenüber der anderen VAe nicht erlassen kann, also

1) Z. B. OVG Münster Ur. v. 19. 4. 67 - III A 1/67 - DÖV 1967, 722/723 = NJW 1967, 2328; zustimmend Bisek S. 162

2) Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 86, ähnlich K. H. Klein S. 97 unter Berufung auf Lerche a. a. O.

- zwischen gleichgeordneten Trägern öffentlicher Verwaltung (z. B. zwei Gemeinden untereinander),
- zwischen Behörden ganz verschiedener Verwaltungszweige, die gegeneinander keine Hoheitsbefugnisse haben ¹⁾,
- wenn die andere Partei ihr sogar übergeordnet ist (Aufsichtsbehörde), soweit die materielle Regelung, um deren Durchsetzung es geht, nicht einseitig-hoheitlich durch VA hätte getroffen werden können, z. B. weil die andere Vertragspartei sich im öff. Vertrag wirksam zu etwas verpflichtet hat, wozu sie sich zwar verpflichten konnte und durfte, was ihr aber nicht hoheitlich durch VA auferlegt werden konnte, (was etwa nur als Auflage zu einem VA möglich gewesen wäre).

Das läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Aus koordinationsrechtlichen öff. Verträgen ²⁾, also solchen, die zwischen Rechtssubjekten geschlossen werden, die auch außerhalb des Vertrages einander gleichgeordnet sind, kann nicht unmittelbar im Verwaltungsvollstreckungsverfahren vollstreckt werden.

Aus subordinationsrechtlichen öff. Verträgen ³⁾, also solchen, deren Parteien außerhalb des Vertrages in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen, kann die Partei, die sonst der anderen untergeordnet ist, nicht unmittelbar im Verwaltungswege vollstrecken.

Damit verengt sich das Problem auf subordinationsrechtliche öff. Verträge und dort wieder auf die Frage, ob die - sonst außerhalb des Vertrages - übergeordnete Partei gegenüber der anderen - sonst untergeordneten - unmittelbar vollstrecken kann. Auch insoweit ist hier die Antwort bereits gegeben, als es sich materiell um Ansprüche handelt, zu denen sich die sonst untergeordnete Partei zwar verpflichten kann, die ihr aber nicht hoheitlich auferlegt werden können.

4) Die Bedeutung der VwVGe für die Fälle, in denen die Verfügungsbefugnis bestand, aber nicht ausgeübt wurde

Übrig bleiben danach die Fälle, in denen die - sonst - übergeordnete Partei die gleiche materielle Regelung auch durch VA hätte treffen können, es aber nicht getan hat, wo sie statt zu befehlen, einen Vertrag geschlossen hat.

1) Wolff I § 44 II b

2) Wolff a. a. O. sub b, c; Bisek S. 5 f; Stern VerwArch 49 (1958), 143 f

3) Wolff a. a. O. sub b, c; Bisek S. 5 f; Stern VerwArch 49 (1958), 143 f

Für diesen Bereich ist zunächst zu prüfen, welche Aussagen die VwVGe insoweit enthalten. Es war bereits oben ¹⁾ festgestellt worden, daß die VwVGe in weitem Umfang über die Verfügungsbefugnis hinaus das tatsächliche Vorliegen eines VA als Vollstreckungsvoraussetzung erfordern; für die Erzwingungsvollstreckung ²⁾ gilt das überall ³⁾, für die Geldvollstreckung ebenfalls in den Ländern, deren VwVGe ausdrücklich nur für die Vollstreckung von VAen gelten ⁴⁾. Im Bereich des Bundes und des Landes Nordrhein-Westfalen gilt dasselbe, wenn der Leistungsbescheid identisch ist mit dem VA, der die geschuldete Leistung feststellt bzw. auferlegt. Ist er davon verschieden, so sind auch andere Handlungsformen denkbar, durch die die materielle Leistungspflicht konkretisiert und aktualisiert wird. Die VwVGe setzen also nach der einen Ansicht immer, nach der anderen in den weitaus meisten Fällen nicht nur die Befugnis zum Erlaß eines VA, sondern das wirkliche Vorliegen eines zu vollstreckenden VA voraus.

a) Verbot der Verwaltungsvollstreckung?

Angesichts dieses Umstands liegt es nahe, zu fragen, ob die VwVGe damit in "beredtem Schweigen" eine Grenze festlegen wollten derart, daß die Verwaltungsvollstreckung ausgeschlossen sein soll, wenn andere Handlungsformen, z. B. ein öff. Vertrag, zugrunde liegen.

Eine solche Folgerung läßt sich aber nicht ziehen. Denn es findet sich nirgend, weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte dieser Gesetze, ein Anhalt dafür, daß die Gesetzgeber der VwVGe diese Frage als ein zu lösendes Problem erkannt hätten ⁵⁾. Die Frage der Vollstreckbarkeit von Verwaltungshandlungen anderer Rechtsformen, besonders von öff. Verträgen, haben sie nicht gesehen ⁶⁾.

1) Seite 5/6

2) d. h. die Vollstreckung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen mit Ausnahme der Vollstreckung wegen Geldforderungen.

3) Von den oben S. 5 unter a) erwähnten Eilfällen abgesehen

4) So in Bayern, Rheinland-Pfalz, Hessen, Schleswig-Holstein

5) Wiederum müssen die Eilfälle, § 6 II BVwVG, § 55 II VwVG NW und die entsprechenden Regelungen der übrigen VwVGe ausgenommen werden.

6) Mit Ausnahme von Schleswig-Holstein (§§ 128, 220, S. 1 und 295, S. 1 schlhLVwVG), Hamburg (§ 2 II lit c hambgVwVG) und Rheinland-Pfalz (§ 68 I lit b rhpfVwVG), wo diese Frage gesetzlich geregelt ist. Ferner im § 47 EVwVerfG 1963 und der "Münchener Fassung" 1966 sowie im § 48 I 1 des Regierungsentwurfs 1970, die aber nicht geltendes Recht sind.

Bei Erlaß der VwVGe ¹⁾ ging man allgemein und die ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht noch davon aus, daß die Verwaltung ohne besondere gesetzliche Ermächtigung VAe setzen dürfe, wo immer sie nach materiellem Recht Befugnisse und Aufgaben wahrzunehmen habe ²⁾.

Auch wo Pflichten des Bürgers unmittelbar auf Grund Gesetzes entstehen, wird nach allgemeiner Auffassung und Praxis (vgl. z. B. im Steuerrecht) zunächst ein VA erlassen, der das Bestehen der Verpflichtung noch einmal konkretisiert und aktualisiert. Bei dieser Sachlage bestand daher für die Gesetzgeber gar kein Anlaß oder Bedürfnis, Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung auch für solche Fälle zu regeln, in denen nicht ein VA, sondern eine andere Handlungsform vorausgegangen ist. In den maßgeblichen Materialien des VwVG NW ³⁾ und des BVwVG ⁴⁾ taucht diese Frage daher auch nicht auf.

Allerdings tritt die auch im Wortlaut des BVwVG zum Ausdruck gekommene Unterschiedlichkeit der Anknüpfungspunkte für die Geldvollstreckung und die Erzwingungsvollstreckung hier klarer hervor. Während bezüglich der Geldvollstreckung an die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur der Forderung angeknüpft

- 1) Mit Ausnahme der VwVGe von Hessen (1966) und Schleswig-Holstein (1967) sind die übrigen VwVGe in der Zeit von 1952 bis 1961 entstanden.
- 2) So zuletzt noch BVerwG Urt. v. 28.9.67 - II C 37/67 - BVerwGE 28, 1 (Konkordanzen S. 2 Fußn. 3) und Urt. v. 22.4.70 - V C 11/68 - BVerwGE 35, 170 = DÖV 70, 820; Übersicht über den Meinungsstand m. w. N. bei Arndt S. 40 - 42; Renck JuS 1965, 129 ff; Menger und Erichsen VerwArch 61 (1970), 177 f mit Fußn. 30
- 3) oben Seite 9, 10
- 4) Diese sind enthalten in der BTDrucks. Nr. 3981 - 1. Wahlperiode - (Entwurf, amtli. Begründung und Stellungnahme des Bundesrats). In der 1. Lesung im Bundestag (246. Sitzung vom 22. 1. 53, Stenogr. Berichte S. 11737) wurde die Regierungsvorlage ohne Beratung dem zuständigen Ausschuß überwiesen; dessen Bericht (BTDrucks. Nr. 4130 - 1. Wahlp. -) enthält keine Begründung der gemachten Änderungsvorschläge. In der 2. und 3. Lesung (256. Sitzung vom 20. 3. 53, Stenogr. Berichte S. 12385 ff) wurde das Gesetz einstimmig ohne Sachdiskussion angenommen. Die vom Bundesrat in seiner 93. Sitzung vom 10. 10. 52 beschlossene Stellungnahme zum Regierungsentwurf (Bundesratsdrucksache Nr. 379/1/52) ist in der Anlage 2 zur BTDrucks. Nr. 3981 - 1. Wahlp. - abgedruckt.

wird 1), knüpft die Zulässigkeit der Erzwingungsvollstreckung an die Handlungsform des VA an 2).

Dieser Unterschied wird nirgendwo erklärt oder begründet. Er dürfte historischen Ursprungs sein, da auch das ältere preußische Recht bei der Geldvollstreckung an den materiellrechtlichen Entstehungsgrund der Forderung anknüpfte 3). Dort waren die einzelnen Forderungen, die im Verwaltungswege vollstreckt werden konnten, allerdings enumerativ aufgezählt. Das BVwVG wollte nun insoweit eine Generalklausel schaffen und stellte ebenso auf die rechtliche Qualifikation der materiellen Forderung ab 4).

Wenn der Gesetzgeber des BVwVG aber die Handlungsform des VA als generelles Zulässigkeits- und Abgrenzungskriterium für die Verwaltungsvollstreckung angesehen hätte, hätte er sich auch bei der Geldvollstreckung in irgendeiner Weise dazu äußern müssen.

Somit deuten weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte der Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes oder des Landes Nordrhein-Westfalen darauf hin, daß die Gesetzgeber eine solche generelle Grenzziehung beabsichtigt hätten, wonach die Verwaltungsvollstreckung unzulässig sein soll, wenn eine andere Handlungsform als ein VA vorausgegangen ist. Vielmehr war damit lediglich eine Regelung der Vollstreckung von VAen bezweckt. Ein Gegenschluß auf die Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen kann daraus nicht gezogen werden 5).

- 1) Vgl. Wortlaut des § 1 BVwVG (oben Seite 6 Fußn. 3) und Einzelbegründung zu § 1 (BTDrucks. Nr. 3981 - 1. Wahlp. -)
- 2) Einzelbegründung zu § 6 a. a. O. : "Der Verwaltungszwang zur Durchsetzung von Handlungen, Duldungen, Unterlassungen soll grundsätzlich nur zulässig sein, soweit es sich um den Vollzug von VAen handelt." (Unterstreichungen vom Verf.)
- 3) § 1 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Verwaltungszwangsverfahrens und über sonstige finanzielle Zwangsbefugnisse vom 1. 7. 1933; preuß. Gesetzessammlung S. 252; Traulsen S. 53
- 4) Einzelbegründung zu § 1 BVwVG a. a. O. unter Ziff. 2
- 5) Das könnte lediglich für die VwVGe von Bayern und Hessen angenommen werden, da diese ausdrücklich nur für die Vollstreckung von VAen gelten.

b) Erlaubnis der Verwaltungsvollstreckung?

Wenn also eine unmittelbare Verwaltungsvollstreckung aus dem öff. Vertrag durch die VwVGe nicht verboten wird, ist nun zu fragen, ob man diesen Gesetzen entnehmen kann, daß die Vollstreckungsbefugnis auch dann gegeben sein soll, wenn zwar die Verfügungsbefugnis gegeben ist 1), von ihr aber kein Gebrauch gemacht wurde, ob also für die Verwaltungsvollstreckung allein das Vorliegen der Verfügungsbefugnis ausreichend ist.

Es war festgestellt worden, daß die Vollstreckungsbefugnis jedenfalls nicht weiter geht als die hoheitliche Verfügungsbefugnis, die Befugnis zum Erlaß von VAen 2). Ferner steht fest, daß die Behörde, wenn sie von ihrer Verfügungsbefugnis Gebrauch gemacht und einen VA erlassen hat, diesen auch im Wege des Verwaltungszwangs vollstrecken kann.

Ohne vorausgehenden VA kann eine Behörde Verwaltungszwang in besonderen Eilfällen ausnahmsweise anwenden (§ 6 II BVwVG, § 55 II VwVG NW, entsprechende Regelungen finden sich auch in den übrigen VwVGen). Dabei muß die Behörde "innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse handeln" 3); "sie müßte kraft gesetzlicher Vorschrift berechtigt sein, einen entsprechenden VA zu erlassen, wenn sie unter normalen Umständen dazu Zeit und Gelegenheit hätte" 4). Verfügungsbefugnis muß also auch hier bestehen; unter den hier gesetzlich normierten Voraussetzungen kann aber vollstreckt werden, ohne daß wirklich eine vorherige Verfügung ergangen ist.

In dieser Ausnahmeregel kann aber weder eine Ähnlichkeit zur Situation beim öff. Vertrag gesehen werden, da hier Eilbedürftigkeit in aller Regel nicht vorliegt, noch kann wegen der genannten engen tatbestandsmäßigen Umgrenzung der Ausnahmvorschriften angenommen werden, das Gesetz knüpfe allein oder primär an die Verfügungsbefugnis an. Die strikte Beschränkung auf Fälle, in denen ein vorheriger Erlaß eines VA praktisch nicht mehr möglich ist, spricht eher dagegen, zumal wenn man noch berücksichtigt, daß dem vorherigen Erlaß

- 1) Daß diese in jedem Fall Voraussetzung der Vollstreckungsbefugnis ist, wurde oben Seite 5 - 12 festgestellt.
- 2) oben Seite 5 - 12
- 3) So die beiden angeführten Gesetze
- 4) So wörtlich die Verwaltungsvorschriften (Ziff. 55. 31) zu § 55 VwVG NW; ebenso Engelhardt Rdnr. 37 zu § 6 BVwVG; Rietdorf § 55 Anm. 6 weist darauf hin, daß man hier früher einen "an sich vorhandenen" VA angenommen habe.

eines VA auch eine rechtsstaatliche Schutzfunktion zukommt¹⁾. Auch sonst liefern die VwVGe keinen Anhaltspunkt für die Annahme, die Vollstreckungsbefugnis sei allein oder primär an die Verfügungsbefugnis geknüpft. Vielmehr spricht - ohne daß dies einer Entscheidung bedürfte - mehr dafür, daß nach den VwVGen das wirkliche Vorliegen eines VA Vollstreckungsvoraussetzung ist²⁾. Andererseits schließen diese Gesetze die Möglichkeit weiterer Ausnahmen aber nicht aus.

Man kann auch nicht im Wege erweiternder Auslegung zu einer Anwendung der VwVGe auf öff. Verträge dadurch kommen, daß man unter den Begriff des VA als Vollstreckungsvoraussetzung auch den öff. Vertrag subsumiert. Denn äußerste Grenze jeder Auslegung ist der mögliche Wortsinn eines Begriffes³⁾. Der VA ist immer ein einseitiger hoheitlicher Ausspruch eines Trägers öffentlicher Verwaltung; auch wenn der Bürger an dem VA beteiligt ist, bei antrags-, zustimmungs- oder sonst mitwirkungsbedürftigen VAen, kommt allein dem Ausspruch der Behörde das rechtliche Übergewicht zu. Die Mitwirkungshandlung des Bürgers ist nicht konstitutiv für den Eintritt der Rechtsfolgen⁴⁾. Im Vertrag dagegen muß den Erklärungen beider Parteien rechtlich (nicht auch faktisch und wirtschaftlich) dieselbe Bedeutung zukommen, sonst ist es kein Vertrag. Geltungsgrund des Vertrags ist der übereinstimmende Wille beider Parteien⁵⁾.

Daher können die VwVGe, soweit sie das Vorliegen eines VA als Vollstreckungsvoraussetzung fordern, nicht Ermächtigungsgrundlage für die Vollstreckung aus öff. Verträgen sein, jedenfalls nicht im Wege direkter Anwendung. Eine etwaige analoge Anwendung ist hier jedoch noch nicht zu untersuchen, weil Analogie Rechtsfortbildung ist und eine Gesetzeslücke voraussetzt⁶⁾, von der aber erst gesprochen werden kann, wenn das gesamte positive Recht keine Regelung enthält⁷⁾.

1) OVG Münster Bescheid v. 27. 1. 53 - VII A 1579/52 - OVG 7, 27/33; Rietdorf § 55 Anm. 7

2) So z. B. auch OVG Münster a. a. O.

3) Larenz Methodenlehre S. 321; Canaris S. 198; Engisch S. 146, 149; v. Mutius S. 34 m. w. N. Fußn. 4

4) Schmidt-Salzer VerwArch 62 (1971), 135/142; Wolff I § 48 I

5) Wolff I § 48 I, IV; wegen dieser Verschiedenheit kann man den öff. Vertrag auch nicht als "Verwaltungsakt mit höchstintensiver Beteiligung des Betroffenen" ansehen, wie Schmidt-Salzer a. a. O. S. 152 und NJW 1971, 5/7 das tut.

6) Larenz Methodenlehre S. 341, 359

7) Canaris S. 198

Das Ergebnis der Untersuchung der VwVGe für die hier noch zu prüfenden subordinationsrechtlichen öff. Verträge ist somit negativ; die VwVGe enthalten weder eine Ermächtigung noch ein Verbot unmittelbarer Verwaltungsvollstreckung für öff. Verträge. Sie enthalten auch keine Hinweise darauf, ob und wann sie zulässig sein könnte.

III. Sonstige Zulässigkeitsgrenzen der Verwaltungsvollstreckung

Bevor von einer Gesetzeslücke gesprochen werden kann, ist zu prüfen, ob nicht sonstiges Recht eine Regelung enthält.

Hier ist zunächst auf das geschriebene und ungeschriebene allgemeine Verwaltungsrecht abzustellen. Dieses enthält außer den §§ 106, 168 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO, die für den gerichtlichen Vergleich gelten, ausdrückliche gesetzliche Regelungen in Schleswig-Holstein (§§ 128, 220 S. 1, 295 S. 1 schlhLVwG), Hamburg (§ 2 II lit c hambgVwVG) und Rheinland-Pfalz (§ 68 I lit b rhpfVwVG), die eine unmittelbare Vollstreckung aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag für unzulässig erklären, es sei denn, der Vollstreckungsschuldner habe sich ausdrücklich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Diese Regelungen gelten aber nur in diesen drei Ländern. Der Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963 und seine "Münchener Fassung" von 1966 sowie der Regierungsentwurf von 1970, die eine gleiche Regelung vorschlagen, sind - noch - nicht geltendes Recht.

Ansonsten gibt es im Bereich des Bundes und der übrigen Länder, soweit ersichtlich, im geschriebenen allgemeinen Verwaltungsrecht keinen Satz, der eine Aussage über das hier untersuchte Problem ermöglichte.

Es gibt auch keinen gewohnheitsrechtlichen Satz, wonach es der Verwaltung erlaubt wäre, ihre Ansprüche aus einem öff. Vertrag gegenüber dem Bürger im Wege des Verwaltungszwangs durchzusetzen. Denn Gewohnheitsrecht setzt eine lange Zeit hindurch andauernde gleichmäßige und allgemeine Übung voraus, wobei die Beteiligten von der rechtlichen Gebotenheit oder Erlaubtheit ausgehen, ohne daß dieses Verhalten ausdrücklich hoheitlich geboten bzw. erlaubt ist¹⁾. Die Frage, wie öff. Verträge zu vollstrecken sind, ist aber einer-

1) Wolff I § 25 III a; Löwenberg S. 98; Forsthoff S. 139; Jellinek S. 123; H. Peters Lehrbuch S. 133; Enneccerus-Nipperdey § 38 I; BGH Urt. v.

seits zu neu, als daß sich eine langdauernde Übung hätte entwickeln können, andererseits zu umstritten ¹⁾, als daß die eine oder die andere Lösungsmöglichkeit eine allgemeine Anerkennung hätte erlangen können ²⁾.

Das gleiche gilt auch für die allgemeinere Frage, ob generell aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen seitens eines Trägers öffentlicher Gewalt im Verwaltungszwangsverfahren vollstreckt werden kann. Wäre das zu bejahen, würde das unter Umständen auch für öffentlich-rechtliche Verträge gelten, die zu den verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen gehören ³⁾.

Doch auch insoweit läßt sich weder ein geschriebener noch ein gewohnheitsrechtlicher Rechtssatz feststellen ⁴⁾. Schließlich läßt sich die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung in den hier zu untersuchenden Fällen auch nicht mit einem allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Satz begründen, wonach die Verwaltung allgemein im Bereich des öffentlichen Rechts gegenüber dem Bürger zur Verwaltungsvollstreckung ermächtigt wäre ⁵⁾. Denn auch wenn ein solches Gewohnheitsrecht einmal bestanden haben sollte, so kann es nach Erlaß der Verwaltungsvollstreckungsgesetze keine Geltung mehr haben. Es ist durch diese Gesetze abgelöst. Denn die Gesetzgeber der VwVGe haben durch den Gebrauch der Generalklauseln deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sich die Verwaltungsvollstreckung nunmehr allein nach diesen Gesetzen richten und etwaiges Gewohnheitsrecht daneben keine Gültigkeit mehr haben sollte.

Dazu kommt noch folgende Überlegung: selbst wenn ein solches allgemeines Gewohnheitsrecht bestünde, dann müßte sich die allgemeine Rechtsüberzeugung, von der das Gewohnheitsrecht getragen sein muß, auch auf solche Fälle erstrecken, wie die Vollstreckung von öffr. Verträgen. Ein solches Gewohnheitsrecht

Fortsetzung der Fn. 1) von S. 19:

30.1.58 - III ZR 174/56 - NJW 1958, 709 = MDR 1958, 411 = VerwRspr. 10, 522/523; OVG Münster Urt. v. 22.12.58 - III A 326/58 - OVG 14, 276/285 f

- 1) oben S. 2 Fußn. 1 und S. 4 Fußn. 2
- 2) Ebenso Renck JuS 1965, 129/132 f; Löwenberg S. 98 f für die Frage der Zulässigkeit von Leistungsbescheiden; vgl. auch oben S. 3/4
- 3) Wolff I § 44 I
- 4) Löwenberg a. a. O.. Wie sehr es auch hinsichtlich dieser allgemeineren Frage an der allgemeinen Anerkennung, der Voraussetzung jeden Gewohnheitsrechts, fehlt, zeigen die Übersichten über den Streitstand bei Löwenberg a. a. O. Fußn. 9 und Wolff I § 44 III f 1
- 5) BVerwG Urt. v. 17.9.64 - II C 147/61 - BVerwGE 19, 243/245 (Konkordanzen S. 2 Fußn. 3)

kann sich aber nur zu einer Zeit gebildet haben, als der VA noch die allgemeine Handlungsform der Verwaltung gegenüber dem Bürger war. Die allgemeine Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung im Bereich des öffentlichen Rechts wurde aber immer stärker angezweifelt, je mehr sich der öffr. Vertrag durchsetzte und anerkannt wurde. Auch das zeigt, daß die allgemeine Rechtsüberzeugung, von der ein solches Gewohnheitsrecht getragen sein muß, sich auf andersartige Fälle (VAe) bezog und nicht ohne weiteres auf öffr. Verträge übertragen werden kann.

Demnach kann die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung für diese Fälle auch nicht aus Gewohnheitsrecht abgeleitet werden.

IV. Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung auf Grund eines "Allgemeinen Grundsatzes des Verwaltungsrechts" oder Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung wegen des Wesens des Vertrages?

Da weder die VwVGe noch das sonstige geschriebene oder ungeschriebene allgemeine Verwaltungsrecht eine Regelung der hier noch zu untersuchenden Fallgruppe enthalten, soll nunmehr gefragt werden, ob sich die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung seitens der Verwaltung gegen den Bürger aus öffr. Verträgen aus einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts herleiten läßt; oder ob etwa das Wesen des Vertrages, der vollstreckt werden soll, dem entgegensteht.

Da die Begründungen der zu dieser Frage vorgetragenen Meinungen sämtlich auf dieser Ebene argumentieren, sollen diese Meinungen und ihre Begründungen zunächst dargestellt und erörtert werden.

1) Die zum Vollstreckungsproblem vertretenen Meinungen

Für die Vollstreckung der Behörde gegen den Bürger aus dem öffr. Vertrag wurde früher allgemein die Auffassung vertreten, die Behörde könne ihre Ansprüche aus dem Vertrag einseitig durch Verwaltungszwang durchsetzen, der öffr. Vertrag sei also ebenso vollziehbar wie ein VA ¹⁾. Zur Begründung wurde meist

1) Die oben Seite 2 Fußn. 1 Genannten

die öffentlich-rechtliche Natur des durchzusetzenden Anspruchs angeführt, das zwischen Behörde und Bürger bestehende Subordinationsverhältnis¹⁾. Außerdem wird darauf hingewiesen²⁾, daß es die Tauglichkeit des Vertrags für Verwaltungszwecke ganz erheblich einschränken würde, wenn der Vertrag nicht mit seinem Abschluß vollziehbar würde.

Demgegenüber ist die jüngere, heute wohl leicht überwiegende Meinung³⁾ der Ansicht, wenn die Behörde einmal auf die einseitig-hoheitliche Regelungsmöglichkeit durch VA verzichtet und einen Vertrag geschlossen habe, könne sie sich nicht bei der Durchsetzung des Vertrages plötzlich wieder auf ihre hoheitliche Stellung besinnen und so verfahren, als hätte sie einen VA erlassen. Das widerspricht der Vertragsnatur als einvernehmlicher Regelung zweier Vertragspartner. Wenn die Verwaltung sich schon auf den Boden der vertraglichen Koordination begeben habe, so habe sie damit die prozessualen Folgen in Kauf genommen und in Kauf zu nehmen. Auf die Möglichkeit der "sofortigen Exekutive" habe sie damit verzichtet⁴⁾.

2) Kritik der Meinungen und Stellungnahme

Zu beiden Meinungen ist zu bemerken, daß sie bisher wenig überzeugend begründet worden sind. Eine Untersuchung oder auch ein kurzer Hinweis auf die Verwaltungsvollstreckungsgesetze fehlt in diesem Zusammenhang völlig. Weder ein Hinweis der jüngeren Meinung auf das Wesen des Vertrages noch die Berufung der älteren Meinung auf die Öffentlichrechlichkeit des geltend gemachten Anspruchs sind als Begründung hinreichend.

- 1) Eckert DVBl 1962, 11/21; früher auch Wolff I (4. Aufl. 1961) § 44 I b 2; OVG Münster Urt. v. 21.6.60 - VII A 1138/58 - DÖV 1960, 798/800
- 2) Von Menger VerwArch 51 (1960), 210 f
- 3) Nachw. oben S. 4 FuBn. 2
- 4) Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 86, der a. a. O. fortfährt, daß die Frage, ob die Verwaltung darauf habe verzichten dürfen, mit der Vorfrage nach der Zulässigkeit des Vertrags zusammenfalle. Ähnlich argumentieren auch: OVG Münster Urt. v. 19.4.67 - III A 1/67 - DÖV 1967, 722 = NJW 1967, 2328; VGH Kassel Urt. v. 18.11.68 - II OE 26/68 - VerwRspr. 20, 827 = JuS 1970, 143 f; Wolff I § 44 III f 1

a) zur älteren Meinung

Wenn die Vertreter der älteren Meinung, die die unmittelbare Verwaltungsvollstreckung aus dem öffr. Vertrag für zulässig halten, sich lediglich - wie es in der Regel geschieht - auf die Öffentlichrechlichkeit der Rechtsbeziehung zwischen Verwaltung und Bürger berufen, und daraus folgern, "deshalb" könne die Behörde Vertragsansprüche ebenso wie VAe durchsetzen, so steht dahinter mehr oder weniger bewußt der Gedanke von der generellen Zulässigkeit des Verwaltungszwangs zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche des Staates gegenüber dem Bürger. Dieser sog. Grundsatz der Selbstvollstreckung besagt, daß der Staat einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Bürger grundsätzlich selbst im Wege des Verwaltungszwangs durchsetzen kann ohne Zuhilfenahme der Gerichte.

Mit ähnlichen Gedankengängen und nicht etwa mit den VwVGen wird auch sonst häufig¹⁾ die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus VAen oder sonstigen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen begründet²⁾. Zwar ist die Frage der Vollstreckung von Verwaltungsakten durch die Generalklauseln der Verwaltungsvollstreckungsgesetze entschieden³⁾, doch liegen gleichartige Auffassungen auch der hier als ältere Meinung bezeichneten Ansicht zugrunde. Deshalb sind sie kurz zu skizzieren.

Gemeinsamer Ausgangspunkt ist in beiden Fällen der Umstand, daß die Verwaltung gegen den Bürger einen Anspruch hat, der materiell dem öffentlichen Recht angehört. Mehr oder weniger direkt wird dann von dieser materiellrechtlichen Berechtigung auf eine verfahrensrechtliche Handlungsbefugnis der Verwaltung zur Geltendmachung durch VA geschlossen⁴⁾. Als Begründung für diese verfahrens-

- 1) Z. B. vom BVerwG im Urt. v. 17.9.64 - II C 147/61 - BVerwGE 19, 243/245 f m. w. N. auf frühere gleichartige Rspr. = DÖV 1965, 53 = NJW 1965, 458 m. Anm. v. Henrichs krit. bespr. v. Bachof VerfR II Nr. 20 (S. 26 f); BVerwG Urt. v. 21.9.66 - V C 155/65 - BVerwGE 25, 72/75 f = DÖV 1967, 268 = DVBl 1967, 486; Urt. v. 28.9.67 - II C 37/67 - BVerwGE 28, 1/2 f = DÖV 1968, 425 = DÖD 1968, 35 = JuS 1968, 435 = ZBR 1968, 47 = Giese-Schunck-Winkler Nr. 105 zu Art. 20 III GG "Rechtsstaat"; jüngst noch bestätigt im Urt. v. 11.3.70 - IV C 15/65 - DÖV 1971, 62 f und im Urt. v. 22.4.70 - V C 11/68 - BVerwGE 35, 170 = DÖV 1970, 820; bes. deutlich auch Wittern S. 127
- 2) Ebenso wird auch die Zulässigkeit der Handlungsform des VA begründet.
- 3) Wolff III § 160 I a
- 4) Löwenberg S. 29 - 31 für die Begründungen zur Zulässigkeit des Leistungsbescheids

rensrechtliche Handlungsbefugnis werden u. a. ¹⁾ genannt; das zwischen Staat und Bürger bestehende Über- und Unterordnungsverhältnis, ein "allgemeiner Rechtsgrundsatz des deutschen Verwaltungsrechts" ²⁾, Gewohnheitsrecht ³⁾, das Wesen der obrigkeitlichen Gewalt ⁴⁾ oder die "verfassungsrechtlich gegebene Einrichtung der Exekutive" ⁵⁾. Aus der Befugnis zur hoheitlichen Geltendmachung des Anspruchs durch VA (Verfügungsbefugnis) folgt dann die Vollstreckungsbefugnis im Verwaltungszwangsverfahren.

Diese Begründungen wurden teils für die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus anderen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, teils für die Zulässigkeit der Geltendmachung eines materiellen Anspruchs durch VA gegeben. Doch auch wenn man sie mitberücksichtigt, wird das Bild nicht klarer. Soweit Gewohnheitsrecht als Begründung angeführt wird, kann auf das oben ⁶⁾ dazu Gesagte verwiesen werden.

Die übrigen Begründungen, soweit sie sich auf die Öffentlichrechlichkeit, das Über- und Unterordnungsverhältnis, das Wesen der obrigkeitlichen Gewalt und die verfassungsrechtlich gegebene Einrichtung der Exekutive berufen, haben eines gemeinsam: alle diese Begriffe sind viel zu weit und allgemein, als daß man daraus mit einiger Sicherheit Schlüsse ziehen könnte für die Frage, wie eine Behörde einen Anspruch aus einem öff. Vertrag zu vollstrecken hat.

Vielmehr wird hieraus zunächst der erwähnte Grundsatz der Selbstvollstreckung abgeleitet und folgendermaßen geschlossen:

1. Obersatz: Der Staat kann öffentlichrechtliche Ansprüche gegen den Bürger grundsätzlich selbst im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens vollstrecken, wenn ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht.

2. Obersatz: Im subordinationsrechtlichen öff. Vertrag besteht dieses Über- und Unterordnungsverhältnis.

Folgerung: Deshalb ist die Verwaltungsvollstreckung hier möglich.

Zum zweiten Obersatz ist nur kurz zu bemerken, daß es wohl einer näheren Begründung bedürfte, warum hinsichtlich der Vollstreckung des Vertrages auf das

1) Weitere Stimmen bei Löwenberg S. 31 f zitiert.

2) So BVerwG Urt. v. 17. 9. 64 und Urt. v. 28. 9. 67 a. a. O.

3) So BVerwG Urt. v. 17. 9. 64 a. a. O.

4) So BVerwG Urt. v. 6. 5. 64 - VII C 394/63 - BVerwGE 18, 283 = DVBl 1964, 921 = NJW 1964, 2030 m. abl. Anm. v. Wilhelm Henrichs jun. a. a. O. S. 2366; Kopp S. 213 f; Krüsselmann S. 13

5) BVerwG Urt. v. 21. 9. 66 a. a. O. S. 76

6) oben S. 19 - 21

allgemeine, außerhalb des Vertrages bestehende Subordinationsverhältnis abzustellen ist und nicht auf die durch den Vertragsschluß gegebene Gleichordnung. Insoweit fehlt jede Begründung.

Die hauptsächlichlichen Bedenken sind aber gegenüber dem ersten Obersatz angebracht. Da die Öffentlichrechlichkeit nach der wohl immer noch überwiegenen Subordinationstheorie das Bestehen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses voraussetzt, erweist sich der 1. Obersatz teilweise als Leerformel und er besagt nur noch, daß die Behörde öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen den Bürger selbst vollstrecken könne. Voraussetzung für den Verwaltungszwang ist damit lediglich die Öffentlichrechlichkeit der Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger. Damit erweist sich der 1. Obersatz als eine nur scheinbare Konkretisierung der zitierten Allgemeinformeln.

aa) Der Grundsatz der Selbstvollstreckung als Rechtsgrundsatz

Der Grundsatz der Selbstvollstreckung wird daher auch als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts bezeichnet ¹⁾. Da aus ihm Rechtsfolgen abgeleitet werden, muß er entweder selbst Rechtssatz oder als Rechtsgrundsatz Rechtsquelle sein. Beide unterscheiden sich u. a. durch den Grad ihrer inhaltlichen Bestimmtheit; während mittels eines Rechtssatzes durch Subsumtion ein konkreter Rechtsfall entschieden werden kann, sind Rechtsgrundsätze dazu unbestimmt. Sie bedürfen ihrerseits erst wieder der Konkretisierung zu inhaltsgewissen Rechtsätzen, unter die dann subsumiert werden kann ²⁾. Sie sind erst Erkenntnisgrund für positives Recht ³⁾. Wegen der Unbestimmtheit des Grundsatzes der Selbstvollstreckung liegt die Annahme eines Rechtsgrundsatzes hier nahe. Rechtsgrundsätze, allgemeine wie besondere, sind Fundamentalnormen, die sich aus der Anwendung des Rechtsprinzips auf deutliche, überschaubare Interessenlagen ergeben ^{4) 5)}.

1) BVerwG Urt. v. 17. 9. 64 und Urt. v. 28. 9. 67 a. a. O.

2) Wolff Gedächtnisschr. f. W. Jellinek S. 33/34

3) Wolff a. a. O. S. 33/34

4) Wolff a. a. O. S. 33/36 und 38

5) Terminologie nach H. J. Wolff a. a. O. und VerwR I § 25 I a; Die "Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts" sind nach Menger (Festschr. f. W. Bogs S. 89/94) solche Besonderen Rechtsgrundsätze i. S. Wolff's.

(1) Der Grundsatz der Selbstvollstreckung als allgemeiner Rechtsgrundsatz

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind unmittelbare Ableitungen aus dem Rechtsprinzip hinsichtlich solcher allgemeinen und typischen Interessenlagen, die lediglich bedingt sind durch die Existenz einer Vielheit von Menschen¹⁾. Das Rechtsprinzip verlangt, dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse den Vortzug zu geben und auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt würde²⁾. Das Rechtsprinzip wertet also die menschlichen Interessen nach ihrem Inhalt. Es sagt nichts darüber, wie die wertvolleren menschlichen Interessen gegenüber den weniger wertvollen durchzusetzen sind. Unmittelbare Ableitungen aus dem Rechtsprinzip müssen daher einen unmittelbar einsichtigen materiellen Gerechtigkeitsgehalt haben³⁾. Die Befugnis zum Verwaltungszwang hat aber keinen solchen Inhalt, sondern ist verfahrenstechnischer und formaler Art. Sie sagt nur, wie materielle öffentliche Rechte durchzusetzen sind, hat keinen unbezweifelbaren Gerechtigkeitsgehalt und ist aus dem Rechtsprinzip auch nicht mit objektiver Erkenntnisgewißheit ableitbar⁴⁾. Demgemäß kann es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich über den Verwaltungszwang verhielte, nicht geben. Außerdem sind allgemeine Rechtsgrundsätze allgemeingültig und unwandelbar⁵⁾; das Verfahrensrecht, zu dem die Befugnis zum Verwaltungszwang gehört, ist dagegen nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten veränderlich.

(2) Der Grundsatz der Selbstvollstreckung als Besonderer Rechtsgrundsatz
(= Allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts)

Demgegenüber sind die Besonderen Rechtsgrundsätze "Fundamentalnormen, die sich ergeben aus der Anwendung des Rechtsprinzips auf deutliche Interessenlagen innerhalb raum-zeitlicher besonderer sozialer Lebensverhältnisse und Rechtsordnungen oder Rechtsordnungsteile. Sie sind nicht unabänderlich, sondern mit den zugrundeliegenden Ordnungen und besonderen Interessenlagen wandelbar."⁶⁾

- 1) Wolff Ged. schr. f. W. Jellinek S. 33/39 und VerwR I § 25 I a 1; zustimmend Menger System S. 70 f und Festschr. f. W. Bogs S. 89/93 f
- 2) Wolff Festschr. f. W. Sauer S. 103/113 und VerwR I § 24 II a 1; Menger Festschr. f. W. Bogs S. 89/93
- 3) Vgl. die Beispiele bei Wolff I § 24 I a 1
- 4) Vgl. Wolff I § 24 I a
- 5) Wolff Gedächtnisschr. f. W. Jellinek S. 33/39 f
- 6) Wolff a. a. O. S. 33/40 - 42 und VerwR I § 25 I a 2; Menger Festschr. f. W. Bogs S. 89/94, 98

Aus der Charakterisierung der Besonderen Rechtsgrundsätze als Fundamentalnormen ergibt sich, daß als Rechtsgrundsätze nur solche Ableitungen in Betracht kommen, die nur wenige eindeutige und allgemein einsichtige Voraussetzungen haben¹⁾. Daher wäre ein Satz, daß aus öff. Verträgen von der Verwaltung gegen den Bürger im Verwaltungszwangsverfahren vollstreckt werden kann, viel zu speziell, um Rechtsgrundsatz sein zu können; ein solcher Satz wäre Rechtssatz, nicht Rechtsgrundsatz. Gleiches muß auch gelten für die Verwaltungsvollstreckung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen. Auch ein solcher Satz wäre nicht mehr Rechtsgrundsatz, Fundamentalnorm, sondern bereits die Anwendung eines Rechtsgrundsatzes auf einen besonderen typischen Sachverhalt - die verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse - und somit ein Rechtssatz²⁾.

Ein Besonderer Rechtsgrundsatz oder Allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts kann daher nur das Privileg der Selbstvollstreckung sein, wonach der Staat seine öffentlich-rechtlichen Ansprüche gegenüber dem Bürger ohne Zuhilfenahme der Gerichte selbst im Verwaltungszwangsverfahren durchsetzen kann.

Denn er bezieht sich auf eine besondere und deutliche Interessenlage des Verwaltungsverfahrensrechts, enthält aber noch keine Anwendung auf einen besonderen typischen Sachverhalt, sondern bedarf noch weiterer inhaltlicher Präzisierung; bezüglich der Art und Weise der Vollstreckung, bezüglich der Frage, von welchen Organen die Vollstreckung durchzuführen ist, bezüglich der Vollstreckungsvoraussetzungen und bezüglich der Frage, ob in allen Fällen die bloße Existenz des materiellen öffentlich-rechtlichen Anspruchs ausreicht zur Vollstreckung oder ob der Anspruch vorher "geltend gemacht" werden muß und, wenn ja, wie. Daß eine derartige Präzisierung erforderlich ist und auch allgemein als erforderlich empfunden wurde³⁾, beweist die Tatsache, daß diese Fragen größtenteils in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen geregelt worden sind, geregelt allerdings für die Vollstreckung von Verwaltungsakten, nicht von öff. Verträgen.

Daher kann es sich bei dem 1. Obersatz⁴⁾ nur um einen Besonderen Rechtsgrundsatz (im Sinne H. J. WOLFF's) oder einen Allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts (nach MENER) handeln.

- 1) Wolff Gedächtnisschr. f. W. Jellinek S. 33/41
- 2) Wolff a. a. O. S. 44; Menger a. a. O. S. 89/98
- 3) So ausdrücklich die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs des VwVG des Bundes - BTDrucks. Nr. 3981, 1. Wp., S. 5 - 7
- 4) Seite 24

bb) Folgerung daraus

Die Existenz solcher Rechtsgrundsätze versteht sich aber nicht von selbst, sondern sie ist nachzuweisen. Das wird an keiner Stelle auch nur versucht. Insbesondere wird von keinem Vertreter der älteren Meinung geprüft, ob ein solcher Grundsatz nach der gegebenen verfassungsrechtlichen Lage überhaupt Geltung haben kann.

Das zweite Versäumnis ist die Nichtbeachtung seiner Qualität als Rechtsgrundsatz. Als solcher ist er selbst noch kein Rechtssatz, sondern ermöglicht erst in Verbindung mit einem besonderen typischen Tatbestand die Ableitung eines inhaltsgewissen Rechtssatzes¹⁾. Deshalb wäre, wenn man einmal die Existenz eines solchen Rechtsgrundsatzes annimmt, zu prüfen gewesen, ob die in dem Rechtsgrundsatz zum Ausdruck gekommene Interessenbewertung auf die typische konkrete Interessenlage des Sachverhalts, an dem der Rechtsgrundsatz konkretisiert werden soll, überhaupt angewandt werden kann. Ferner wäre zu untersuchen gewesen, ob hier nicht noch andere als die in diesem Rechtsgrundsatz bewerteten Interessen zu berücksichtigen sind.

Schließlich wird die Subsidiarität der Rechtsgrundsätze gegenüber anderen Rechtsquellen nicht beachtet; eine Rechtsfrage ist zunächst nach den übrigen Rechtsquellen, formellen Gesetzen, Rechtsverordnungen usw. zu entscheiden²⁾. Auch die Frage, ob eine geschriebene Norm analog angewandt werden kann, ist vorher zu untersuchen³⁾. Deshalb hätten vor einem Rückgriff auf einen Allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts, auf das Wesen des Vertrages u. ä. zumindest die Verwaltungsvollstreckungsgesetze und die verfassungsrechtliche Lage erörtert werden müssen.

Hinsichtlich des ersten Obersatzes ergibt sich somit, daß weder seine Existenz noch seine Anwendbarkeit auf öff. Verträge noch seine Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht geprüft sind. Da die Bedenken gegenüber einem Obersatz eines Schlusses auch gegenüber der Richtigkeit der Schlußfolgerung bestehen müssen, kann die Begründung der älteren Meinung weder für sich allein als hinrei-

- 1) oben S. 24 f mit Nachw.; ferner Menger, Zwanzig Jahre OVG Münster, S. 98
- 2) Wolff Festschr. f. W. Jellinek S. 33/47 und VerwR I § 25 I c; Schack Festschr. f. R. Laun S. 275/293
- 3) Schack a. a. O. S. 293; Menger System S. 72 f bezeichnet es als "Mißbrauch, mit dem Institut der Allgemeinen Rechtsgrundsätze zu arbeiten, wo die Rechtsfolge einem Rechtssatz mit gleicher Interessenlage entnommen werden kann" (d. h. wo Analogie möglich ist).

chend oder zutreffend angesehen werden noch bei "unterstützender" Zuhilfenahme der Argumente, die sonst für die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen geltend gemacht werden.

b) zur jüngeren Meinung

Die jüngere Meinung, die die Verwaltungsvollstreckung aus dem öff. Vertrag grundsätzlich für unzulässig hält, beruft sich zur Begründung auf das Wesen des Vertrages als einer einvernehmlichen Regelung zweier gleichgeordneter Vertragspartner. Doch lassen sich aus dem Wesen des Vertrages keine zwingenden Schlüsse ziehen über die Art und Weise, wie er zwangsweise durchzusetzen ist. Insbesondere kann aus der Gleichordnung der Parteien bei Vertragsabschluß noch nicht zwingend geschlossen werden, daß sie auch bei der Abwicklung des Vertrages erhalten bleiben müsse, daß sich also aus dem Wesen des Vertrages ein Ausschluß der Verwaltungsvollstreckung ergebe¹⁾. Denn dagegen könnte man durchaus auch argumentieren²⁾, aus dem Vertragsbegriff folge für die Abwicklung und Durchsetzung gar nichts. Beim privatrechtlichen Vertrag folge der Ausschluß unmittelbarer Vollstreckung nicht aus der Natur des Vertrages als Handlungsform, sondern aus der Zugehörigkeit des Vertragsinhalts zum Privatrecht, wo die Rechtssubjekte einander gleichgeordnet und grundsätzlich ohne eigene Zwangsbefugnisse gegenüberstehen und wo die sofortige Zwangsvollstreckung ohne vorherige Klage nur bei ausdrücklicher Unterwerfung des Vertragspartners möglich ist (§ 794 I Ziff. 5 ZPO). Dagegen, so könnte man weiter argumentieren, könne beim öff. Vertrag wegen der Zugehörigkeit des Vertragsinhalts zum öffentlichen Recht unmittelbar vollstreckt werden, weil die Rechtsträger im öffentlichen Recht - jedenfalls in den hier zu untersuchenden Fällen - einander gerade nicht gleichgeordnet gegenüberstehen, sondern im Verhältnis der Über- und Unterordnung und weil die danach übergeordnete Partei grundsätzlich selbst vollstrecken könne ohne Anrufung der Gerichte.

- 1) Die Möglichkeit einer ausdrücklichen Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung muß hier noch außer Betracht bleiben. Denn in solchem Falle werden der zur Zwangsvollstreckung berechtigten Partei diese Befugnisse ausdrücklich durch Vertrag eingeräumt.
- 2) Das wird - soweit ersichtlich - zwar nicht vertreten, ist auch nicht die Meinung des Verfassers; es wäre aber ein mögliches Gegenargument, welches hier nur zeigen soll, daß die Berufung auf das "Wesen" des Vertrages keine schlüssige Begründung ist.

Eine solche Argumentation könnte auch nicht mit einem Hinweis auf § 47 EVwVerfG 1963 und § 47 der "Münchener Fassung", auf § 48 des Regierungsentwurfs 1970, § 128 schlhLVwG oder § 2 II lit c hambgVwVG widerlegt werden. Zwar liegt dort eine andere Auffassung zugrunde, jedoch kann ein Rückschluß auf das Wesen des Vertrages daraus nicht gezogen werden, da der Gesetzgeber frei wäre, eine solche Regelung selbst dann zu treffen, wenn sie dem Wesen des Vertrages, was das auch sein mag, eindeutig widerspräche.

Eine Begründung der Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen mit der Vertragsnatur der Regelung vermag daher nicht zu überzeugen. Keine Begründung ist auch der Satz, daß die Verwaltung, wenn sie sich schon auf den Boden der vertraglichen Koordination begeben habe, damit die prozessualen Folgen in Kauf genommen habe ¹⁾. Denn welches die "prozessualen" Folgen des öff. Vertrags sind, soll ja gerade untersucht werden.

c) Zusammenfassung und Folgerung

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß weder die ältere noch die jüngere Meinung bisher eine tragfähige Begründung für ihre Ansicht geliefert haben. Insbesondere ist jede Erörterung zu den eigentlichen sachlichen Hintergründen zu vermissen, warum die ältere Meinung den öff. Vertrag ebenso vollstrecken will wie einen VA und warum die jüngere Meinung den Umstand, daß das durchzusetzende Verhalten in einem Vertrag vereinbart wurde, für so gravierend erachtet, daß sie eine Verwaltungsvollstreckung ablehnt.

Vor einer Untersuchung, ob der von der älteren Meinung postulierte Allgemeine Grundsatz des Verwaltungsrechts wirklich Gültigkeit hat und vor einer Prüfung, was denn das Wesen des Vertrags ausmacht, sind aber zunächst die Schranken festzulegen, innerhalb deren sich solche Erörterungen und Lösungsmöglichkeiten überhaupt nur bewegen können. Diese Schranken werden vom Verfassungsrecht gezogen. Die Vorrangigkeit einer solchen Prüfung ergibt sich darüberhinaus aus der Subsidiarität der Allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquelle.

1) Lerche u. a., s. o. S. 22 mit Fußn. 4

V. Zulässigkeitsvoraussetzungen und Zulässigkeitsgrenzen der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen kraft Verfassungsrechts

Das Verfassungsrecht könnte Schranken für die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen insbesondere in Art. 19 IV 1 GG enthalten.

Andere Zulässigkeitsanforderungen könnten sich außerdem aus dem u. a. in Art. 20 GG zum Ausdruck gekommenen Rechtsstaatsprinzip ergeben.

1) Vereinbarkeit einer unmittelbaren Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen mit Art. 19 IV 1 GG

Die Zulässigkeit einer unmittelbaren Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn sie gegen Art. 19 IV 1 GG verstößt ¹⁾. Das ist dann der Fall, wenn die Zulassung der Verwaltungsvollstreckung den betroffenen Bürger in eine Situation bringen kann, in der er ohne den von Art. 19 IV 1 GG garantierten Rechtsschutz ist, etwa so, daß er Rechtsverletzungen seitens der Verwaltung nicht geltend machen kann. Denn Art. 19 IV 1 GG garantiert einen lückenlosen und umfassenden ²⁾, effektiven ³⁾ Individualrechtsschutz. Die Vorschrift verlangt daher, daß es eine verfahrensrechtliche Möglichkeit geben muß, das streitige Rechtsverhältnis, also den öff. Vertrag, einer in

- 1) Daß die Gegenmeinung, die grundsätzlich eine Klage für erforderlich hält, mit Art. 19 IV 1 GG vereinbar ist, liegt auf der Hand und braucht nicht weiter begründet zu werden.
- 2) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 1, 9; Schmidt-Bleibtreu in Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 19 Rdnr. 16; Lenz in Hamann-Lenz Art. 19 Anm. 12; v. Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. VII (S. 568); Wernicke in Bonner Kommentar Art. 19 Anm. II 4 g, h, k; Menger VerwArch 55 (1964), 283 Fußn. 38; BVerfG Urt. v. 12. 11. 58 - 2 BvL 4, 26, 40/56; 1, 7/57 - BVerfGE 8, 274/326 = NJW 1959, 475 = DVBl 1959, 171 = JZ 1959, 355 = VerwRspr. 11, 769; BVerfG Beschluß v. 12. 1. 60 - 1 BvL 17/59 - BVerfGE 10, 264/267 f = NJW 1960, 331 = DVBl 1960, 203 = DÖV 1960, 185 = MDR 1960, 199 = JZ 1960, 172 = BayVBl 1960, 83 = VerwRspr 12, 521
- 3) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 12; Schmidt-Bleibtreu in Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 19 Rdnr. 18; Menger a. a. O.; v. Mangoldt-Klein a. a. O.; BVerfG Urt. v. 2. 9. 63 - I C 142/59 - BVerfGE 16, 289/293 = NJW 1964, 314 = DVBl 1964, 370 = DÖV 1964, 168

tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständigen gerichtlichen Kontrolle zu unterbreiten ¹⁾).

Andererseits kann die Beschreitung des Rechtswegs durch die Verfahrensordnungen von der Erfüllung bestimmter formaler Voraussetzungen abhängig gemacht werden, wie z. B. der Einhaltung von Fristen ²⁾. Art. 19 IV 1 GG ist nur dann verletzt, wenn durch solche Normen der Weg zu den Gerichten in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert würde ³⁾. So sind z. B. die Anfechtungs- und Klagefristen der §§ 68 ff VwGO gegen Verwaltungsakte verfassungsmäßig ²⁾.

a) Anwendbarkeit des Art. 19 IV 1 GG auf öff. Verträge

Bevor aber die Vereinbarkeit der unmittelbaren Verwaltungsvollstreckung aus dem öff. Vertrag mit Art. 19 IV 1 GG im einzelnen geprüft werden kann, ist vorab zu klären, ob Art. 19 IV 1 GG überhaupt auf öff. Verträge anwendbar ist, d. h., ob ein Bürger, der mit einer Behörde einen öff. Vertrag geschlossen hat, durch den Vertrag selbst oder seine Vollstreckung in seinen Rechten verletzt sein kann, und zwar "durch die öffentliche Gewalt". Das könnte deshalb zweifelhaft sein, weil der öff. Vertrag ja eine einvernehmliche Regelung ist und durch ihn daher keine Vertragspflichten einseitig-hoheitlich auferlegt werden. Denn die Vertragspflichten entstehen in gleichem Maße durch seine eige-

- 1) Schmidt-Bleibtreu a. a. O.; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 47; Leibholz-Rinck Art. 19 Anm. 9; BVerfG Beschl. v. 5.2.63 - 2 BvR 21/60 - BVerfGE 15, 275/282 = NJW 1963, 803 = DVBl 1963, 362 = DÖV 1963, 627 (mit unrichtiger Datumsangabe) = VerwRspr. 15, 897 = JZ 63, 443; BVerfG Beschl. v. 10.11.64 - 2 BvL 14/61 - BVerfGE 18, 203/212
- 2) Bejahend zur Verfassungsmäßigkeit der Anfechtungsfristen der VwGO und ihrer Rechtsfolge, der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts: BVerfG in ständiger Rspr.; BVerfG Beschl. v. 17.3.59 - 1 BvL 5/57 - BVerfGE 9, 194/199 f = NJW 1959, 1123 = DVBl 1959, 361 = DÖV 1959, 301 = VerwRspr. 12, 19 = JZ 1960, 170; BVerfG Beschl. v. 12.1.60 - 1 BvL 17/59 - BVerfGE 10, 264/267 f = NJW 1960, 331 = DVBl 1960, 203 = DÖV 1960, 185 = MDR 1960, 199 = JZ 1960, 172 = VerwRspr. 12, 521 = Bay VBl 1960, 83; BVerwG Urte. v. 10.11.66 - II C 99/64 - DVBl 1967, 856/857; Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 15; Schmidt-Bleibtreu in Schmidt-Bleibtreu-Klein Art. 19 Rdnr. 18; Leibholz-Rinck Art. 19 Rdnr. 9
- 3) Leibholz-Rinck a. a. O. und BVerfG Beschl. v. 12.1.60 a. a. O.

ne Willenserklärung wie durch die der Behörde. Dahin scheinen auch etliche Äußerungen ¹⁾ zu deuten, wonach Art. 19 IV 1 GG nicht für Parteistreitigkeiten gelten soll, also für Streitigkeiten zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern ²⁾.

Diese Stimmen haben zwar nicht die besondere Situation des subordinationsrechtlichen öff. Vertrages im Auge gehabt, bei dem die Parteien den Vertrag als Gleichberechtigte schließen, ansonsten aber - außerhalb des Vertrags - in einem Subordinationsverhältnis stehen. Man hat vielmehr an die typischen Koordinationsverhältnisse gedacht, etwa zwischen zwei Trägern öffentlicher Verwaltung, die keinerlei Hoheitsbefugnisse gegeneinander haben.

Lediglich RÖNNEBECK behandelt auch den subordinationsrechtlichen öff. Vertrag und ist der Ansicht ³⁾, daß Art. 19 IV GG nur für subordinationsrechtliche Streitsachen gelte und daß Streitigkeiten aus öff. Verträgen gerade koordinationsrechtlicher Natur seien. Das gelte allerdings nur so lange, als keine Partei die Ebene der Koordination verlasse ⁴⁾. Auch eine unbefugt vorgenommene subordinationsrechtliche Maßnahme, von ihm verstanden als hoheitlicher Einzelakt mit unmittelbarer Rechtswirkung gegenüber dem Vertragspartner, begründe ein Subordinationsverhältnis ⁵⁾.

RÖNNEBECK geht allerdings davon aus, daß beim subordinationsrechtlichen öff. Vertrag die sonst gegebene Befugnis der Behörde zu einseitig-hoheitlichen Maßnahmen durch den Vertragsschluß selbst ausgeschlossen ist ⁶⁾.

Die Richtigkeit dieser Prämisse ist in zweifacher Hinsicht aber zweifelhaft:

- 1) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 22; v. Mangoldt-Klein Art. 19 Anm. VII 4; Klein VVDStRL 8, 116; Lerche Ordentlicher Rechtsweg ... S. 29; Wernicke in Bonner Kommentar Art. 19 Anm. 4 d gamma; Bachof Vornahmeklage S. 13 f; Bettermann Grundrechte Bd. III/2 S. 786; Rönnebeck S. 80
- 2) Dürig a. a. O. nimmt hier allerdings auf § 85 VGG Bezug, ohne zu sagen, ob die Vorschrift normativ oder rein faktisch-prozessual verstanden wird (vgl. oben S. 8 - 10). Daher wird nicht klar, ob er damit eine nach materiellem Recht bestehende oder eine verfahrensrechtliche Gleichordnung meint. Ähnlich auch die übrigen Stimmen dazu.
- 3) S. 80, 155, 169/170, aber mit anderer Begründung als die übrigen in Fußn. 1 Genannten.
- 4) S. 82
- 5) S. 155
- 6) Rönnebeck S. 155, 161, 170

- einmal ob die Behörde nicht trotz eines bestehenden öff. Vertrages die nach materiellem öffentlichem Recht zulässige Regelung dennoch weiterhin durch VA treffen kann (was hier nicht weiter zu untersuchen ist),
- zum anderen, ob die Behörde nicht den öff. Vertrag hoheitlich im Wege des Verwaltungszwangs durchsetzen kann, ob also eine Koordination des Vertragsschlusses auch eine Koordination bei der Vollstreckung bedingt, (was gerade Gegenstand dieser Untersuchung ist).

Demnach kann der Ansicht RÖNNEBECK's für die hier zu untersuchende Frage nichts entnommen werden, da er sie bereits als entschieden voraussetzt.

Dieser Frage kann man auch nicht dadurch entgehen, daß man auf die auf Grund des öff. Vertrags ergangenen Vollstreckungsakte abstellt und sagt, die Vollstreckung erfolge jedenfalls einseitig "durch die öffentliche Gewalt" und die Vollstreckung eines materiell rechtswidrigen öff. Vertrages sei eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt, auf die Art. 19 IV 1 GG jedenfalls anwendbar sei. Zwar liegt in diesem Fall - auch nach RÖNNEBECK - ein Subordinationsverhältnis vor, doch ist zwischen Rechtsverletzungen durch den Vollstreckungsakt selbst und solchen durch den zu vollstreckenden Anspruch zu unterscheiden. Das zeigt ein Vergleich mit der Vollstreckung rechtswidriger unanfechtbarer Verwaltungsakte. Bei diesen ist nur noch die Rechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßnahme selbst überprüfbar; das verlangt Art. 19 IV 1 GG. Die Rechtmäßigkeit des zu vollstreckenden Verwaltungsakts war innerhalb der Anfechtungsfrist überprüfbar, aber jetzt ist sie es nicht mehr. Entsprechend kann auch beim öff. Vertrag die Vollstreckungsmaßnahme, die zwar unzweifelhaft "durch die öffentliche Gewalt" im Sinne des Art. 19 IV 1 GG erfolgt, durchaus rechtmäßig sein, der Rechtsfehler oder die rechtlichen Bedenken aber aus der sachlichen Regelung des öff. Vertrages selbst herrühren. In solchem Falle kann man aber nicht sagen, der Bürger werde durch den Vollstreckungsakt in seinen Rechten verletzt, sondern er wird hier durch die durchzusetzende Vertragspflicht in seinen Rechten verletzt.

Indessen können aus dem Umstand, daß die Regelung in einem Vertrag getroffen worden ist, durchgreifende Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Art. 19 IV 1 GG nicht hergeleitet werden.

aa) Vertragsschluß als Verzicht auf Rechtsschutz oder als materiell-rechtliche Unterwerfung?

Zwar wäre eine Anwendung des Art. 19 IV 1 GG ausgeschlossen, wenn schon durch den Vertragsschluß in jedem Falle wirksam auf Rechtsschutz, auf die Gel-

tendmachung der inhaltlichen Rechtswidrigkeit des öff. Vertrages, verzichtet worden wäre ¹⁾. Überflüssig wäre eine Anwendung des Art. 19 IV 1 GG, wenn eine materielle Rechtswidrigkeit des Vertragsinhalts durch die vertragliche Zustimmungserklärung des Bürgers immer schon "geheilt" (untechnisch) worden wäre, etwa im Sinne einer Unterwerfung unter nach materiellem öffentlichem Recht dem Bürger nicht obliegende Pflichten oder im Sinne eines Verzichts auf materiell bestehende Rechte.

Ein solcher Verzicht müßte, um Art. 19 IV 1 GG generell ausschließen oder überflüssig machen zu können, ausnahmslos in allen Fällen des Vertragsschlusses vorliegen und wirksam sein. Sonst kann eine generelle Unanwendbarkeit des Art. 19 IV 1 GG auf öff. Verträge auf diesem Wege nicht begründet werden.

Ein wirksamer Verzicht auf materiell öffentlich-rechtliche Befugnisse setzt Verzichtbarkeit des Rechts, eine Verzichtserklärung ²⁾ und Freiwilligkeit des Verzichts voraus ³⁾. Viele öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten sind aber nicht verzichtbar ⁴⁾, so daß insoweit auch nicht im Vertrag verzichtet werden kann.

Durch solchen Verzicht würde die Behörde auch keine rechtlichen Sonderbefugnisse bekommen können ⁵⁾. Eine freiwillige Verzichtserklärung wäre, wo Verzicht möglich ist, nur dann zu bejahen, wenn der Bürger weiß, daß er auf Befugnisse verzichtet, und weiß, auf welche Befugnisse er mit dem Vertragsschluß verzichtet.

Dazu müßte er aber die genauen Grenzen der ihm jeweils nach materiellem Recht obliegenden Rechte und Pflichten sowie deren Verzichtbarkeit und die Konsequenzen eines solchen Verzichts kennen ⁶⁾. Einen solchen Verzicht allein in

1) So Scheerbarth S. 139; E. Stein AöR 86 (1961), 320/330; Bisek S. 137 - 141 und jetzt auch Wolff I § 44 II e 3

2) Forsthoff S. 275 f; Brüggemann S. 8 f

3) Renck JuS 1971, 77/79; nur dann könnte man sagen: "volenti non fit iniuria".

4) Wolff I § 43 IV, § 48 III a 2; § 54 I c 2; Forsthoff S. 275 - 277; Schulze S. 72; Brüggemann S. 88 f und passim; BVerwG Ur. v. 26. 6. 57 - V C 109/56 - BVerwGE 5, 128/135 = NJW 1957, 1610 = DVBl 1957, 276 - DÖV 1957; 721, bespr. v. Bachof VerfR I Nr. A 10 (S. 105); nur verzichtbar, soweit das Gesetz dem Bürger im Einzelfall dazu eine entsprechende Verfügungsmacht einräumt.

5) Schulze S. 72

6) BVerwG Ur. v. 30. 6. 64 - IV C 105/63 - DVBl 1964, 874/875; OVG Koblenz Ur. v. 14. 4. 65 - 2 A 4/65 - DVBl 1965, 771/773

der Tatsache des Vertragsschlusses zu sehen, ist aber m. E. reine Unterstellung.

Auch eine konkludente Verzichtserklärung, die zwar möglich ist, würde einen dahingehenden aktuellen Willen des Verzichtenden und eine konkludente Äußerung dieses Willens voraussetzen ¹⁾. Beides wäre im Einzelfall festzustellen. Allein im Vertragsschluß kann ein solcher Verzicht jedoch nicht gesehen werden ²⁾.

Die Unverzichtbarkeit etlicher materiell-öffentlich-rechtlicher Rechte steht allerdings nicht entgegen, wenn man den Verzicht des Bürgers nicht auf materiell-rechtlichem sondern auf verfahrensrechtlichem Gebiet sieht, nämlich als Verzicht auf die Geltendmachung der inhaltlichen Rechtswidrigkeit der durch den öff. Vertrag getroffenen Regelung ³⁾, ähnlich dem Klage- und Rechtsmittelverzicht. Der Annahme einer freiwilligen Verzichtserklärung stehen aber auch hier dieselben Bedenken entgegen; in dem materiellen Vertragsschluß zugleich eine verfahrensrechtliche Verzichtserklärung zu sehen, erscheint mir Fiktion ⁴⁾.

Ein gleiches gilt für eine Unterwerfung des Bürgers durch den Vertrag unter Pflichten, die ihm nach materiellem Recht nicht obliegen - das Korrelat des Verzichts auf Befugnisse - . Auch hier müßte man, um eine wirksame Unterwerfungserklärung annehmen zu können, feststellen, daß der Erklärende sich der Bedeutung, des Inhalts und der Konsequenz der Erklärung bewußt ist, daß er also seine Rechte und Pflichten kennt und sich dem darüber Hinausgehenden bewußt unterwirft. Das gilt sowohl für eine Unterwerfung unter materielle Pflichten wie es auch für eine verfahrensrechtliche Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gelten muß. Beides kann für den Normalfall des Abschlusses eines öff. Vertrages nicht angenommen werden.

Sowohl Verzicht ⁵⁾ wie Unterwerfungserklärung ⁶⁾ können darüberhinaus angefochten werden, wenn der Erklärende sich geirrt hat über Inhalt, Tragweite und Konsequenzen der Erklärung oder wenn er eine solche Erklärung überhaupt nicht abgeben wollte, ein Fall, der aus den aufgezeigten Gründen beim öff. Vertrag

- 1) Forsthoff S. 276; BVerwG und OVG Koblenz a. a. O.
- 2) So auch Schmidt-Salzer NJW 1971, 5/10; E. Stein AöR 86 (1961), 320/321 f; Götz JuS 1970, 1/5
- 3) Scheerbarth S. 139; E. Stein a. a. O. S. 330; Bisek S. 137 - 141 und jetzt auch Wolff I § 44 II e 3 und § 48 III a 2
- 4) Ebenso Götz JuS 1971, 1/5; Schröder S. 154 Fußn. 7
- 5) Wolff I § 45 II b 2 B 30; Forsthoff S. 277; Brüggemann S. 15
- 6) Wolff I § 48 III b

nicht eben selten sein dürfte; wie wäre aber nach erfolgter Anfechtung eines Verzichts oder einer Unterwerfung die Unangreifbarkeit des öff. Vertrags durch den Bürger zu begründen?

Demnach kann eine generelle Unanwendbarkeit des Art. 19 IV 1 GG auf öff. Verträge nicht mit Hilfe eines Verzichts- oder Unterwerfungsgedankens, der allein schon im Vertragsschluß liegen soll, begründet werden.

bb) Vertragsabschlußfreiheit als Gerechtigkeitsgewähr?

Daß das "freiwillige Eingehen der vertraglichen Bindung" ¹⁾, die freie Vereinbarung zwischen Staat und Bürger, ein Regulativ sein könnte, das den Anforderungen des Rechtsstaats und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung genügen könnte, kann ebenfalls nicht ernsthaft vertreten werden. Schon der Vergleich mit dem Privatrecht zeigt, daß - mit Schmidt-Salzer zu sprechen - "die dort in der Abschlußfreiheit bestehende 'Richtigkeitsgewähr' im Sinne von Gerechtigkeitsgewähr" ²⁾ nicht mehr gegeben ist, wo die Vertragspartner wirtschaftlich nicht gleich stark sind (z. B. im Mietrecht, im Arbeitsrecht und bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Um wieviel weniger kann der Abschlußfreiheit diese Bedeutung im Verhältnis zwischen Staat und Bürger beigemessen werden, da der Staat nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch und wirtschaftlich noch viel überlegener, der Bürger von ihm noch viel abhängiger ist und da er auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, auf dem der Vertrag ja geschlossen wird, ohnehin eine Monopolstellung hat: nur an ihn kann der Bürger sich wenden. Man braucht nicht viel Phantasie, um sich vorzustellen, wie "freiwillig" sich ein Bauherr z. B. vertraglich zur Zahlung eines Kulturbeitrags o. ä. verpflichtet, wenn die Finanzierungsmittel beschafft sind und Zinsen kosten und er vor der Wahl steht, den Kulturbeitrag - oder was sonst gerade gefordert wird - zu zahlen oder um die Erteilung der Bauerlaubnis jahrelang zu prozessieren ³⁾. Deshalb ist im Rahmen des subordinationsrechtlichen Vertrags jedes Argumentieren

- 1) Wolff I § 44 II e 3; ähnlich Scheerbarth S. 139: "das freiwillige vertragliche Einverständnis der Vertragspartner, ein ganz auf Freiwilligkeit gegründetes Rechtsbild".
- 2) Schmidt-Salzer NJW 1971, 5/8 - 10; J. Martens AöR 89 (1964) S. 447/452 spricht im Anschluß an Schmidt-Rimpler (S. 1/4 m. w. N.) vom Vertrag als "Mittel zum Richtigen".
- 3) Die Entscheidung ist für den Bürger eine Rechenfrage: ob der Kulturbeitrag oder der Schaden durch den verzögerten Baubeginn höher sind. Naumann BB 1967, 780/781

mit dem Satz "volenti non fit iniuria" derart fragwürdig ¹⁾, daß man besser ganz darauf verzichten sollte ²⁾.

Im Verwaltungsrecht besteht die Richtigkeits- und Gerechtigkeitsergewähr in der Gesetzesbindung ³⁾. Dieser an die Verwaltung gerichtete Gesetzesbefehl wäre aber ohne Sanktion, wenn die Beachtung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes nicht überprüfbar und erzwingbar wäre. Zweck, Aufgabe und Funktion des Art. 19 IV 1 GG ist es gerade, dem Einzelnen die verfahrensrechtliche Möglichkeit zu geben, die Einhaltung dieses Gesetzesbefehls in allen ihn selbst betreffenden Fällen gerichtlich überprüfen zu lassen. Deshalb muß überall da, wo diese Gesetzesbindung der Verwaltung besteht, auch Art. 19 IV 1 GG anwendbar sein. Daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch im Bereich des öff. Vertrags gilt ⁴⁾, ist aber nie bezweifelt worden; andererseits wird häufig gerade das als Hauptgefahr des öff. Vertrags angesehen, daß die Verwaltung im öff. Vertrag materiell rechtswidrige Regelungen vereinbaren kann ⁵⁾.

Dem entspricht es, daß es nach h. M. für die Anwendung des Art. 19 IV GG auf die rechtliche Qualifikation, die gewählte Rechtsform der Maßnahme, nicht entscheidend ankommt ⁶⁾, sondern Art. 19 IV GG auf Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakt ebenso wie durch schlichtes Verwaltungshandeln, Gesetz und sogar auch dann anwendbar ist, wenn der Sache nach öffentliche Gewalt in privatrechtlichen Formen ausgeübt wird und die Verwaltung dabei in geschützte Rechte eingreift ⁷⁾. Ebenso ist Art. 19 IV 1 GG auch auf alle öff. Verträge anwendbar.

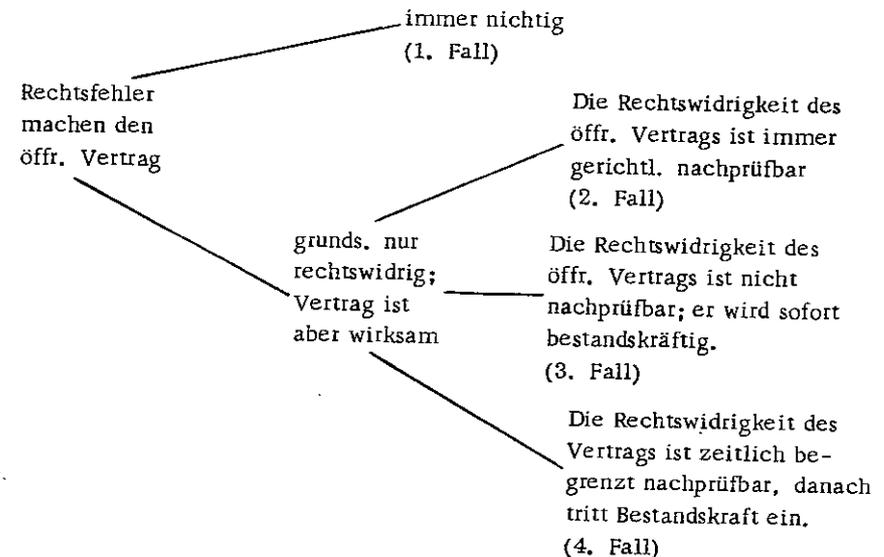
- 1) Darauf weisen besonders hin: Menger und Erichsen VerwArch 61 (1970), 177; Renck JuS 1971, 77/79; Schulze S. 72f; E. Stein AöR 86 (1961), 321 f; Pötter S. 183/184; Forsthoff S. 209 für die belastenden Auflagen zum begünstigenden VA
- 2) So bes. Menger und Erichsen a. a. O.
- 3) Schmidt-Salzer NJW 1971, 5/10
- 4) Allg. Meinung: Wolff I § 44 II c 3 i. V. m. § 30 II, III; § 121 Satz 2 schllhLVwG; Kühn § 121 Anm. 20 ff
- 5) Bullinger S. 17, 255, 256; Bisek S. 41 - 43; Kottke S. 37; Menger Verw Arch 52 (1961), 208 ff; Kühn § 121 Anm. 2 a, b, 4, 21, § 126 Anm. 17; Wolff I § 44 II c 3; zu § 45 EVwVerfG Einzelbegründung S. 199 f
- 6) Lenz in Hamann-Lenz Art. 19 Anm. 14 (S. 330)
- 7) Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rdnr. 19; Menger Schutz der Grundrechte S. 770 f; Bachof DÖV 1953, 417/423

b) Vereinbarkeit mit Art. 19 IV 1 GG

Art. 19 IV 1 GG erfordert, daß es eine verfahrensrechtliche Möglichkeit geben muß, das streitige Rechtsverhältnis, also den öff. Vertrag, einer in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständigen gerichtlichen Überprüfung zu unterbreiten ¹⁾. Ob eine sofortige Vollziehung des öff. Vertrages, d. h. die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung ohne vorherige Klage, mit diesem Erfordernis vereinbar ist, ist nun zu prüfen. Dabei ist jedoch zu differenzieren

- einmal danach, welche Folge man einem Verstoß gegen materielles öffentliches Recht beim Vertragsschluß beimißt; immer Nichtigkeit des Vertrags oder grundsätzlich nur Rechtswidrigkeit, die aber die Wirksamkeit des Vertrags nicht berührt,
- zum anderen danach, ob und gegebenenfalls wann man einem öff. Vertrag Bestandskraft beilegt.

Diese Fragen sind streitig und es ergeben sich daraus folgende Kombinationsmöglichkeiten, die fast alle vertreten werden, die aber im Hinblick auf Art. 19 IV 1 GG gesondert zu untersuchen sind:



1) Nachw. oben S. 32 Fußn. 1

1. Fall:

Wenn man der Ansicht ist, daß jede Rechtswidrigkeit des öff. Vertrags, sei es bezüglich seiner Zulässigkeit als Handlungsform, sei es bezüglich seines Inhalts, immer zur Nichtigkeit des Vertrags führt ¹⁾, so ist gegen eine unmittelbare Ver-

1) So in der Rechtsprechung:

BVerwG Urt. v. 24.10.56 - V C 236/54 - BVerwGE 4, 111 = NJW 1957, 555 = DVBl 1957, 721 mit Anm. Forsthoff = DÖV 1957, 294, bespr. v. Bachof VerfR I Nr. A 10 (S. 105); BVerwG Urt. v. 26.6.57 - V C 109/56 - BVerwGE 5, 128/129 f = NJW 1957, 1610 = DVBl 1957, 726 = DÖV 1957, 721, bespr. v. Bachof a. a. O.; BVerwG Urt. v. 5.6.59 - VII C 83/57 - BVerwGE 8, 329/331 f = NJW 1959, 1937 = DÖV 1960, 26 = DVBl 1959, 710 = MDR 1959, 1037 = VerwRspr. 12, 411 = Giese-Schunck-Winkler Nr. 14 zu Art. 20 III GG "Rechtsstaat", zust. Bachof a. a. O. S. 106; BVerwG Urt. v. 12.7.63 - VII C 27/62 - DVBl 1964, 122 = MDR 1964, 84 = VerwRspr. 16, 154; BVerwG Urt. v. 5.10.65 - IV C 26/65 - BVerwGE 22, 138 = NJW 1966, 219 = DVBl 1967, 40, bespr. v. Menger/Erichsen VerwArch 58 (1967), 173; BVerwG Urt. v. 4.2.66 - IV C 64/65 - BVerwGE 23, 213 = DVBl 1967, 43 = DÖV 1966, 756 = JuS 1967, 91 (Nr. 9), (bespr. von Menger/Erichsen VerwArch 58 (1967) S. 171) meint das wohl auch, wenn es heißt, die "Rechtsgültigkeit des Vertrags sei zu überprüfen auf ihre Verträglichkeit mit den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Vorbehalts des Gesetzes und des Gleichheitssatzes"; ebenso dürften zu verstehen sein; BVerwG Urt. v. 23.4.1969 - IV C 69/67 - BayVBl 1970, 176 f und OVG Koblenz Urt. v. 1.12.69 - 6 A 13/69 - DVBl 1970, 749 (Nr. 268) = KStZ 1970, 96; BGH Urt. v. 14.7.66 - III ZR 190/64 - DÖV 1966, 759 = DVBl 1967, 36 mit Anm. v. Tittel = JZ 1966, 791, bespr. v. Menger/Erichsen VerwArch 58 (1967), 174.

Im Schrifttum:

Apelt S. 216; Bachof VerfR I Nr. A 10 (S. 105); Beinhardt S. 252 - 254; Bullinger Vertrag und VA S. 247 f; Imboden S. 96 - 99; Menger/Erichsen VerwArch 58 (1967), S. 177, ebenso ist wohl auch VerwArch 52 (1961), S. 101 mit Fußn. 29 zu verstehen; Rupp JuS 1961, 59/62; Salzwedel S. 107 - 109; Fehlerhaftigkeit bei Vertragsschluß macht nichtig, nachher eintretende Fehlerhaftigkeit macht vernichtbar; Schwerdtfeger JuS 1970, 119/120; Wannagat NJW 1961, 1191/1193 - 1195; Götz JuS 1970, 1/5 hält es zwar für eine allgemeine Grundregel, daß rechtswidrige Verwaltungsverträge nichtig sind. Er will die Nichtigkeit aber nur für rechtswidrige vertragliche Belastungen des Bürgers annehmen. Wird

waltungsvollstreckung durch die Behörde aus dem Gesichtspunkt des Art. 19 IV 1 GG nichts einzuwenden. Denn die Nichtigkeit des öff. Vertrags kann der Bürger immer und zu jeder Zeit durch gerichtliche Klage geltend machen ¹⁾. Das Gericht kann den öff. Vertrag, da Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit zusammenfallen, jederzeit in vollem Umfang überprüfen.

Hierfür sind auch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen gegeben, da Feststellungsklagen nach den Verfahrensordnungen (§ 43 I VwVO, § 41 I FGO, § 55 Nr. 1 SGG) "zur Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses" zulässig sind, und zwar ohne Fristen und Vorverfahren. Rechtsverhältnisse sind die rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander ergeben ²⁾. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Parteien in einem Über- und Unterordnungsverhältnis oder in einem Gleichordnungsverhältnis stehen ³⁾; es ist auch gleichgültig, ob das Rechtsverhältnis unmittelbar auf dem Gesetz ⁴⁾, auf einem Verwaltungsakt oder einem öff. Vertrag beruht ⁵⁾.

Fortsetzung der Fn. 1) von S. 40:

der Bürger durch den öff. Vertrag rechtswidrig begünstigt, sollen die Grundsätze über die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte gelten;

Wolff I § 44 II d bis 7. Aufl., jetzt a. A.; nicht ganz klar Schmidt-Salzer NJW 1971, 5/10: "Das Unangemessene ist unwirksam".

- 1) Aus der Lit. zum öff. Vertrag bejahend; Menger VerwArch 52 (1961), 210 f; Scheerbarth S. 139; Ernst-Rudolf Huber Bd. II S. 619; Kuhn § 126 Anm. 7; Götz JuS 1971, 1/4 für den Bürger rechtswidrig belastende Verpflichtungen. Aus der Lit. zum VA z. B.: Wolff I § 51 III d; Forsthoff S. 219 f. Auch beim privatrechtlichen Vertrag kann sich jeder Teil jederzeit auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen.
- 2) Redeker-v. Oertzen § 43 Rdnr. 2; Klinger § 43 C I 1a; Schunck-/De Clerk § 43 Anm. 2; Wolff III § 172 III a 1; Ziemer-Birkholz § 41 Rdnr. 14; Menger Schutz der Grundrechte S. 772; Eyermann-Fröhler § 43 Rdnr. 4
- 3) Redeker-v. Oertzen § 43 Rdnr. 7; Schunck/De Clerk § 43 Anm. 2; Ziemer-Birkholz § 41 Rdnr. 20; Peters/Sautter/Wolff § 53 Anm. 2 a (S. 185/13-6-f); Eyermann-Fröhler a. a. O.
- 4) OVG Münster Urt. v. 21.10.53 - III A 1223/53 - OVGE 8, 45/46; Eyermann-Fröhler a. a. O.
- 5) Wolff III § 172 III a 1 beta; Eyermann-Fröhler a. a. O.; OVG Hamburg Urt. v. 29.6.1965 - Bf I 46/64 - MDR 1966, 360

2. Fall:

Ist man der Meinung, daß nicht jede Rechtswidrigkeit den öff. Vertrag nichtig macht ¹⁾, sondern daß sie seine Wirksamkeit grundsätzlich - ausgenommen die

1) Rüfner S. 341 f; J. Martens AöR 89 (1964), S. 429/448, 459 f; Pieper DVBl 1967, 11/17; Kottke S. 76, 81, 104 f; E. Stein AöR 86 (1961), 320/331; Schick S. 39; Bisek S. 130 ff; v. d. Groeben-Knack § 126 Anm. 1 - 1.2, 3.3, 5; § 126 III schl. hLVwG; vgl. Kuhn § 126 Anm. 9; Wolff I § 44 II e; § 45 EVwVerfG 1963 und "Münchener Fassung" 1966 sowie S. 199, 200 der Einzelbegründung dazu; § 46 des Regierungsentwurfs mit Einzelbegründung zu § 46 (BTDrucks. Nr. VI/1173 - 6. Wahlp. - S. 15, 65); Haueisen NJW 1967, 519; ders. DVBl 1968, 285/287 und NJW 1969, 122/124.

Fraglich ist, ob, wie Haueisen (NJW 1969, 122/123) meint, die folgenden Entscheidungen für diese Meinung angeführt werden können und ob aus ihnen überhaupt Schlüsse auf die öff. Verträge allgemein gezogen werden können:

BVerwG Urt. v. 28.3.62 - V C 100/61 - BVerwGE 14, 103 = NJW 1962, 1636 = DVBl 1962, 600 mit Anm. v. Mellwitz = DÖV 1962, 466 = MDR 1962, 676 = VerwRspr. 15, 102 = BayVBl 1962, 278; BVerwG Urt. v. 29.10.63 - VI C 198/61 BVerwGE 17, 87 = DÖV 1965, 778 = DVBl 1964, 273; BSG Urt. v. 25.4.67 - 11 RA 138/66 - BSGE 26, 210 = NJW 1967, 1822 = JuS 1968, 47 = MDR 1967, 713; BSG Urt. v. 22.8.67 - 2 RU 260/66 - NJW 1968, 176 = MDR 1968, 88 = Breithaupt 1968, 790 = Sozialrecht Nr. 9 zu § 101 SGG.

Diese Entscheidungen, die die Wirksamkeit verwaltungsgerichtlicher Prozeßvergleiche behandeln, stellen zwar immer nur auf die Wirksamkeit, nicht auf die Rechtmäßigkeit eines inhaltsgleichen VA ab. Das beruht aber ausschließlich auf den Besonderheiten des Vergleichsvertrags.

Denn beim Vergleich über die gesetzlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen eines VA wird von beiden Seiten immer und bewußt das Risiko eingegangen, daß der VA daher rechtswidrig wäre. Der Vergleich soll aber den Streit und die Ungewißheit beenden zwischen den Parteien, gerade deshalb ist er gesetzlich zugelassen worden (Kuhn § 122 Anm. 4). Damit er diese besondere und nur ihm eigene Funktion aber sinnvoll erfüllen kann, muß er wenigstens insoweit unüberprüfbar wirksam werden, soweit die Parteien die Möglichkeit der inhaltlichen Rechtswidrigkeit des Vergleichsvertrags bewußt in Kauf genommen haben, m. a. W., soweit der Streit und die Ungewißheit reichten, die Anlaß des Vergleichs waren. Insoweit kann

Nichtigkeitsfälle ¹⁾ - unberührt läßt, sind wiederum verschiedene Möglichkeiten gegeben, je nachdem, wie man zu der Frage der Bestandskraft steht.

Die Bestandskraft ist zu unterscheiden von der materiellen Bindungswirkung des Vertrags, der Frage, inwieweit der öff. Vertrag die Parteien bindet (Stichwort: *pacta sunt servanda*) und unter welchen Voraussetzungen sie sich eventuell vom Vertrag wieder lösen können ²⁾.

Unter Bestandskraft ist beim öff. Vertrag dasselbe zu verstehen wie beim Verwaltungsakt: daß der wirksame, nicht nichtige öff. Vertrag grundsätzlich der gerichtlichen Überprüfung entzogen sein soll, daß eine eventuelle Rechtswidrigkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann ³⁾. Lehnt man eine solche Bestandskraft des öff. Vertrags ab ⁴⁾ und ist der Ansicht, daß der öff. Vertrag jederzeit in vollem Umfang auf seine Rechtmäßigkeit überprüfbar ist, so ist das Gebot des Art. 19 IV 1 GG gewahrt, wenn man Verfahrensgestaltungen hat, die eine solche Rechtmäßigkeitsprüfung erlauben. Denn das Erfordernis eines effektiven Rechtsschutzes verlangt auch, daß entsprechende Rechtsbehelfe gegeben sind, die eine solche Überprüfung ermöglichen.

Dafür kommen verschiedene Wege in Betracht. Am nächsten läge es, wenn man von der unmittelbaren Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung ausgeht,

Fortsetzung der Fn. 1) von S. 42:

man auch von einem wirklichen, bewußten (teilweisen) Verzicht der Parteien sprechen.

Der Grund und die innere Berechtigung der rechtlichen Anerkennung der so geschaffenen möglicherweise materiell rechtswidrigen Regelung liegt in der Ungewißheit über die Sach- oder Rechtslage, die mit zumutbaren Mitteln nicht zu beseitigen war.

Wegen dieser Besonderheit des Vergleichsvertrags kann aus diesen Entscheidungen nicht allgemein auf das Verhältnis von Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit aller öff. Verträge geschlossen werden.

- 1) Bei diesen ist eine eben solche gerichtliche Überprüfung wie im ersten Fall möglich.
- 2) Diese Unterscheidung wird freilich nicht immer gemacht. So behandelt Redeker DÖV 1966, 543/546 ff Fragen der Bindungswirkung unter der Überschrift "Bestandskraft"; ebenso Kottke S. 111; Gitzinger S. 70; Baur, S. 16 f
- 3) So ausdrücklich Menger VerwArch 52 (1961), 210 f; Scheerbarth S. 138 f; Kuhn § 126 Anm. 9, § 127 Anm. 2; zur Bestandskraft des VA: Wolff I § 52 II a; Sauer DÖV 1971, 150/152 f; J. Martens AöR 89(1964), 450, 456
- 4) Am entschiedensten Renck NJW 1970, 737 - 741

Rechtsbehelfe im Vollstreckungsverfahren zur Verfügung zu stellen, mit denen auch die materielle Rechtswidrigkeit des öff. Vertrags geltend gemacht werden kann.

Hierfür kämen, da die meisten Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung nach nunmehr wohl einhelliger Ansicht ¹⁾ Verwaltungsakte sind, zunächst eine Anfechtung der einzelnen Vollstreckungsmaßnahme in Betracht, die auch mit der Begründung zulässig sein könnte, der zu vollstreckende öff. Vertrag sei rechtswidrig.

Da eine Anfechtung der einzelnen Vollstreckungsmaßnahme aber auf den öff. Vertrag als Vollstreckungsgrundlage keinen Einfluß hat ²⁾, wäre es besser, eine Möglichkeit zu geben, die Vollstreckbarkeit des ganzen öff. Vertrags zu beseitigen ³⁾. Dazu könnte die zivilprozessuale Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) analog angewandt werden, eventuell verbunden mit § 797 IV ZPO analog, da ein durch die Behörde sofort vollstreckbarer öff. Vertrag einer vollstreckbaren Urkunde insoweit ähnlich ist. Damit wäre die Beschränkung des § 767 ZPO auf nachträglich entstandene Einwendungen beseitigt. Oder man könnte eine verwaltungsgerichtliche Rücknahmeklage geben, in der die Rechtmäßigkeit des öff. Vertrags überprüfbar ist ⁴⁾.

- 1) Krölller S. 54 f; Wolff III § 160 II h; Hauelsen NJW 1965, 2285/2286 mit Fußn. 38; W. Stein NJW 1963, 185 ff; BVerwG Urt. v. 18.11.60 - VII C 184/57 - DVBl 1961, 134 und 345 = DÖV 1961, 182 = NJW 1961, 332 = VerwRspr 13, 362; BVerwG Urt. v. 26.5.67 - VII C 69/65 - BVerwGE 27, 141 = NJW 1967, 1976 = JZ 1967, 701 = MDR 1967, 864 = DVBl 1968, 89 (Leitsatz) = DÖV 1967, 756 = Giese-Schunck-Winkler Nr. 96 zu Art. 20 III GG "Rechtsstaat"; Traulsen S. 77 - 110
- 2) Das muß bei der Vollstreckung eines öff. Vertrags ebenso gelten, wie es bei der Vollstreckung eines Verwaltungsakts oder eines Urteils gilt. Krölller S. 52, 55 f; Arndt S. 99 m. w. N. in Fußn. 1 für den VA; § 766 ZPO für das Zivilurteil und § 167 I VwGO i. V. m. § 766 ZPO für das verwaltungsgerichtliche Urteil.
- 3) An dieser Stelle sollen nur mögliche Verfahrensgestaltungen aufgezeigt werden, die dem Art. 19 IV 1 GG genügen; eine Entscheidung braucht hier nicht getroffen zu werden.
- 4) Bei der Vollstreckung von VAen werden diese beiden Meinungen vertreten (zum Meinungsstand Krölller S. 20 - 24). Soweit der zu vollstreckende VA bestandskräftig ist, kann nach überwiegender Meinung (vgl. Krölller S. 93 f, 95, Arndt S. 99 f) die anfängliche Rechtswidrigkeit des VA grundsätzlich nicht mehr eingewandt werden. Denn gerade das sollte ja durch

Es wäre aber noch ein anderer Weg denkbar, wie dem Bürger ein dem Art. 19 IV 1 GG genügender Rechtsschutz gewährt werden kann, wenn ein öff. Vertrag gegen ihn vollstreckt wird, den er für rechtswidrig hält: gerade wenn man eine Bestandskraft des öff. Vertrages verneint und eine zeitlich unbeschränkt zulässige gerichtliche Rechtmäßigkeitsprüfung bejaht, liegt es nahe, den Rechtsschutz ähnlich auszugestalten, wie er beim Verwaltungsakt vor Unanfechtbarkeit gegeben ist. Auch der Verwaltungsakt ist als solcher grundsätzlich sofort mit Erlaß wirksam und auch vollstreckbar ¹⁾, wenn auch die sofortige Vollstreckbarkeit in vielen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen gesetzlich ausgeschlossen und - mit Ausnahmen - Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts als Vollstreckungsvoraussetzung gefordert wird ²⁾. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt haben - wiederum mit Ausnahmen - gemäß § 80 VwGO aufschiebende Wirkung, wodurch die Vollziehung des Verwaltungsakts gehemmt ist. Eine gleiche Wirkung könnte auch beim öff. Vertrag dann eintreten, wenn sich der Betroffene mit einer Klage gegen den öff. Vertrag wendet. Er könnte z. B. Aufhebung, Abänderung, Feststellung der Rechtswidrigkeit des öff. Vertrags, Unzulässigerklärung der Vollstreckung aus dem Vertrag ... beantragen. Mit der Klageerhebung entfielen dann die grundsätzlich sofort gegebene Vollstreckbarkeit des öff. Vertrags, sei es kraft Gesetzes in analoger Anwendung des § 80 VwGO ³⁾, sei es nach § 123 VwGO analog auf Antrag des Klägers, wenn man § 80 VwGO strikt auf Anfechtungsklagen beschränken will und die Klage aus dem öff. Vertrag für eine koordinationsrechtliche Leistungsklage hält ⁴⁾.

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 44:

- die Bestandskraft des VA ausgeschlossen werden. Wird ein öff. Vertrag, wie hier vorausgesetzt, aber nicht bestandskräftig, so besteht für ihn kein Grund für eine solche Einschränkung.
- 1) Wolff I § 50 I a; Eyermann-Fröhler § 80 Rdnr. 1, 5; Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit § 80 Anm. I 1 a und Verwaltungsprozeßrecht § 66 I 1; Klinger § 80 Anm. B 1 d; Arndt S. 76; Hauelsen DÖV 1961, 121/125
 - 2) z. B. § 6 I BVwVG; § 55 I VwVG NW; § 18 I hambgVwVG; § 2 hessVwVG; Art. 19 bayVwZVG; Wolff III § 160 II c 1
 - 3) Für eine Analogie spräche die in beiden Fällen gegebene Verteidigungssituation des Klägers, der sich gegen eine ihm drohende Vollstreckung zur Wehr setzen muß. Hier besteht eine Ähnlichkeit zwischen dem vollstreckbaren VA und dem vollstreckbaren öff. Vertrag.
 - 4) Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt S. 77 ff/78; Wolff I § 44 II e

Diese Ausführungen haben gezeigt, daß es eine Reihe von verfahrensrechtlichen Möglichkeiten gibt, der Forderung des Art. 19 IV 1 GG genüge zu tun, wenn man den öffr. Vertrag durch die Behörde für sofort vollstreckbar hält, eine Bestandskraft des öffr. Vertrags aber ablehnt.

Für welche dieser Möglichkeiten man sich entscheiden sollte, bedarf hier keiner Erörterung. Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze, nach denen die Verwaltungsvollstreckung dann durchzuführen wäre, (falls sie zulässig sein sollte) gewähren zwar keine dieser Möglichkeiten ausdrücklich. Hinsichtlich der Geldvollstreckung enthalten sie z. B. in § 5 BVwVG i. V. m. § 327 AO und in § 7 VwVG NW zum Teil sogar Vorschriften, die den Rechtsschutz stark einschränken. Solche Vorschriften können aber den durch Art. 19 IV 1 GG garantierten Rechtsschutz nicht ausschließen, da sie nichtig wären, soweit sie im Widerspruch zu Art. 19 IV 1 GG stehen sollten¹⁾. Andererseits gebietet diese Vorschrift die Entwicklung neuer oder die entsprechende Anwendung bestehender verfahrensrechtlicher Rechtsbehelfe, damit ein ihr entsprechender Rechtsschutz erreicht wird²⁾. So ist auch hinsichtlich des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens zur Durchsetzung von Verwaltungsakten zwar im einzelnen streitig, mit welchen Rechtsbehelfen dort ein dem Art. 19 IV 1 GG entsprechender Rechtsschutz ausgestaltet werden soll³⁾. Einigkeit besteht aber darin, daß es ihn geben muß, auch ohne vorherige gesetzliche Normierung.

- 1) OVG Münster Ur. v. 30.9.64 - III A 651/62 - DVBl 1966, 604 = DÖV 1965, 425 = NJW 1965, 1346 (Leitsatz) = JZ 1965, 366 mit zust. Anm. v. Rupp S. 370, 756; Lenz in Hamann-Lenz Art. 19 Anm. 14 (S. 322); Schenke VerwArch 61 (1970), 260 ff, 342 ff; Arndt S. 93 - 95 mit Fußn. 26; Kröller S. 24 und die Besprechung von Rasch DVBl 1971, 195 f; Traulsen S. 201 f, 243; Wolff III § 160 III 1
- 2) Verfehlt ist dagegen der umgekehrte Ansatz von Schröder (S. 155), der inhaltlich rechtswidrige öffr. Verträge hauptsächlich deshalb für nichtig hält, weil gegen sie kein den Klagemöglichkeiten gegen Verwaltungsakte entsprechender Rechtsbehelf gegeben sei. Das materielle Recht kann aber nicht auf seine Vereinbarkeit mit dem Verfahrensrecht abgestimmt werden, sondern umgekehrt. So Schröder selbst S. 116 f, ferner dazu unten S. 73 ff
- 3) Es ist dort streitig, ob dazu die Rechtsbehelfe des 8. Buchs der ZPO, besonders die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO, analog angewandt werden können oder ob die verwaltungsprozessualen Rechtsbehelfe (Widerspruch und Klage) anwendbar und ausreichend effektiv sind. Zum Meinungsstand ausführlich Kröller S. 20 ff; Arndt S. 90 ff/93 - 95/97 f;

Eine solche Lösung, die von der Zulässigkeit sofortiger Verwaltungsvollstreckung ausgeht, aber keine Bestandskraft des öffr. Vertrags annimmt, wäre daher mit Art. 19 IV 1 GG vereinbar.

3. Fall:

Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit Art. 19 IV 1 GG bestehen jedoch gegen die Zulässigkeit sofortiger Verwaltungsvollstreckung des öffr. Vertrags¹⁾ seitens der Behörde, wenn man der Ansicht ist, daß

- auch inhaltlich rechtswidrige öffr. Verträge grundsätzlich wirksam sind und
- die Verträge sofort mit Vertragsschluß bestandskräftig werden, d. h. durch die Gerichte nicht mehr auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern nur noch auf ihre Wirksamkeit (= Fehlen von Nichtigkeitsgründen) überprüft werden können²⁾.

Denn durch eine solche Regelung wäre der Verwaltung ein Weg eröffnet, auf dem sie sich in weitem Umfang von der Gesetzesbindung befreien könnte. Die Verwaltung brauchte nur dazu überzugehen, möglichst oft öffr. Verträge zu schließen statt Verwaltungsakte zu erlassen. Daran wäre sie nicht gehindert, da nach heute überwiegender Meinung die Handlungsform des öffr. Vertrags ohne besondere gesetzliche Ermächtigung allgemein zulässig ist. Alle so getroffenen

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 46:

- Schenke VerwArch 61 (1970), 260/342 ff. Ferner Wolff III § 160 II h und § 160 III 1; BVerwG Ur. v. 2.9.63 - I C 142/59 - BVerwGE 16, 289 = NJW 1964, 314 = DVBl 1964, 370 = DÖV 1964, 168; OVG Münster Ur. v. 30.9.64 - III A 651/62 - DVBl 1966, 604 (Konkordanz oben Fußn. 1) S. 46) und OVG Münster Beschl. v. 30.6.70 - X B 946/69 - DÖV 1970, 718 gegen OVG Lüneburg Ur. v. 18.6.70 - IV A 143/69 - DÖV 1970, 717; Traulsen passim
- 1) Von diesen Überlegungen sind die öffr. Vergleichsverträge auszunehmen wegen der ihnen stets innewohnenden Möglichkeit der (objektiv gesehen) inhaltlichen Rechtswidrigkeit, die sich gerade aus der Ungewißheit der Sach- oder Rechtslage ergibt (vgl. oben S. 42 Fußn. 1).
 - 2) So Scheerbarth S. 138 f unter Berufung auf Jellinek S. 253. Auch Menger VerwArch 52 (1961), 210 f weist auf diese Konsequenz einer aus verwaltungspraktischen Gründen wünschenswerten sofortigen Bestandskraft und sofortigen Vollziehbarkeit des öffr. Vertrags hin. Schick S. 39 geht ebenfalls davon aus, daß der wirksame öffr. Vertrag Parteien und Gericht gleichermaßen binde.

materiellrechtlichen Regelungen wären auf diese einfache Art und Weise der gerichtlichen Kontrolle entzogen (mit Ausnahme der krassen Fälle, in denen auch ein öffr. Vertrag nichtig ist).

Die Garantie des Art. 19 IV 1 GG wäre damit ausgehöhlt. Der Bürger könnte die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des öffr. Vertrags zu keinem Zeitpunkt gerichtlich überprüfen lassen, auch nicht im Rahmen der Vollstreckung. Eine Bestandskraft des öffr. Vertrags vom Vertragsschluß an ist daher mit Art. 19 IV 1 GG nicht vereinbar. Wenn der öffr. Vertrag dadurch an "Attraktivität" für die Verwaltung verliert¹⁾, so ist das aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zu vermeiden.

4. Fall:

Schließlich ist als letzte Möglichkeit zu untersuchen, ob eine Lösung mit Art. 19 IV 1 GG vereinbar ist, die zwar von einer sofortigen Vollstreckbarkeit des öffr. Vertrags ausgeht, ihm aber nicht vom Vertragsschluß an Bestandskraft beimißt, sondern erst nach einer gewissen Zeit, etwa wie beim Verwaltungsakt nach 1 Monat oder einer anderen Frist²⁾.

Vor Eintritt der Bestandskraft wäre die Situation dann ähnlich wie im Falle 2; ein dem Art. 19 IV 1 GG entsprechender Rechtsschutz wäre durchaus gegeben bzw. zu erreichen.

Es ist hier nur zu fragen, ob es mit Art. 19 IV 1 GG vereinbar ist, daß die Rechtswidrigkeit des öffr. Vertrags nur befristet geltend gemacht werden kann.

Diese Vorschrift verbietet es nicht, die gerichtliche Geltendmachung eines Rechts von bestimmten formalen Voraussetzungen wie Fristen abhängig zu machen, sondern ist erst dann verletzt, wenn die Geltendmachung dadurch "in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wird."³⁾ Danach wäre gegen eine Frist für die Geltendmachung der Rechtswidrigkeit des öffr. Vertrags ebensowenig einzuwenden wie gegen die Anfechtungs-

1) Menger VerwArch 52 (1961), 210 f: "ein völlig untaugliches Mittel"

2) So § 126 III schhLVwG, das aber grundsätzlich keine Verwaltungsvollstreckung durch die Behörde zuläßt, außer wenn sich der Bürger ausdrücklich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat (§ 128); Haueisen NJW 1969, 122, der den öffr. Vertrag und den Verwaltungsakt hinsichtlich Wirksamkeit und Bestandskraft gleichbehandeln will; dazu a. A. Renck NJW 1970, 737 ff

3) Nachw. oben S. 32 Fußn. 2

und Klagefristen beim Verwaltungsakt, die verfassungsmäßig sind¹⁾.

Doch wird der Bürger, der ja selbst den Vertrag mit geschlossen hat, sich in der Praxis wahrscheinlich kaum sorgfältigere Gedanken machen über den Vertrag innerhalb der Frist als beim Vertragsschluß selbst. Daher wird er sich kaum je innerhalb der Frist auf die Rechtswidrigkeit des Vertrags berufen²⁾. Das wird er in der Regel nur dann tun, wenn der Vertragsschluß ihn aus irgendwelchen Gründen plötzlich reut. Deshalb wird er in den meisten Fällen entweder den rechtswidrigen öffr. Vertrag nicht abschließen, weil er ihm nicht vorteilhaft erscheint, oder aber, wenn ihm der rechtswidrige Vertrag günstig erscheint, den Rechtsmangel nicht rügen, sondern den öffr. Vertrag bestandskräftig werden lassen. Deshalb kommt dies, wie KUHN (a. a. O.) feststellt, einer völligen Rechtsbeständigkeit des öffr. Vertrags nahe; aber es kommt ihr nur faktisch nahe und nicht deshalb, weil die Geltendmachung der Rechtswidrigkeit unzumutbar erschwert worden wäre, sondern weil die Parteien den Vertrag absichtlich oder aus Nachlässigkeit bestandskräftig werden lassen. Das kann aber für Art. 19 IV 1 GG nicht entscheidend sein; auch der Verwaltungsakt wird bestandskräftig, wenn die Fristen absichtlich oder unabsichtlich versäumt werden.

Vor Eintritt der Bestandskraft müssen die Vertragspartner aber die verfahrensrechtliche Möglichkeit haben, die Rechtswidrigkeit geltend zu machen. Sonst wäre der öffr. Vertrag in Wahrheit doch unüberprüfbar und Art. 19 IV 1 GG wäre verletzt³⁾. Deshalb müssen geeignete Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen. Hier könnte man an eine Aufhebbarkeit oder Anfechtbarkeit⁴⁾ des Ver-

1) Nachw. oben S. 32 Fußn. 2

2) Darauf weist Kuhn § 126 Anm. 17 hin; ähnlich Schröder S. 154 Fußn. 4

3) BVerwG Urt. v. 2.9.63 - I C 142/59 - BVerwGE 16, 289/293 (Konkordanzen S. 31 Fußn. 3)

4) J. Martens AöR 89 (1964), 463 ff geht von einer Anfechtbarkeit des öffr. Vertrags aus, wenn er sagt, die Unterlassung der Anfechtung bedeute beim VA einen (durch die gegenwärtig erkannten Möglichkeiten der richtigen Rechtsanwendung bedingten) Verzicht auf die Feststellung einer anderen Rechtsfolge. Darin sieht er eine Zustimmung zu dem VA (S. 463 f). Diesen Gedanken des Verzichts auf Feststellung einer anderen Rechtsfolge durch Unterlassen der Anfechtung hält er ohne Einschränkung für übertragbar auf den öffr. Vertrag (S. 465 f). Deshalb sei ein öffr. Vertrag später ex nunc anzupassen wie ein VA (S. 466 für die Fälle einer fehlerhaften rechtlichen Beurteilung, S. 456 für die Fälle fehlerhafter Tatsachenfeststellung).

trages, ein Rücktrittsrecht ¹⁾, oder ein Kündigungsrecht ²⁾ der Vertragspartner denken. § 126 III schlLVwV sieht eine nur binnen Monatsfrist geltend zu machende Unwirksamkeit des Vertrags vor ³⁾. Jedenfalls wären Rechtsbehelfe im Vollstreckungsverfahren, wie sie oben zu Fall 2 erörtert wurden, hier allein nicht ausreichend, da hier - anders als im Fall 2 - nicht bis zur Vollstreckung abgewartet werden kann, weil der Eintritt der Bestandskraft droht. Denn mit Rechtsbehelfen im Vollstreckungsverfahren könnte die Rechtswidrigkeit des öffr. Vertrags nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Verwaltung mit dem Beginn der Vollstreckungsmaßnahmen wartet, bis die Bestandskraft eingetreten ist. Die Verwaltung könnte so durch bloßes Zuwarten eine gerichtliche Rechtmäßigkeitsprüfung verhindern.

Andererseits ist aber nicht zu verkennen, daß ein solches Anfechtungs-, Aufhebungs- oder Rücktrittsrecht ⁴⁾ nicht zu einem Reurecht jedes Vertragspartners werden soll ⁵⁾, mit dessen Hilfe er sich vom Vertrag lösen kann, weil er sich die Sache inzwischen anders überlegt hat.

c) Zwischenergebnis

Die Erörterung dieser vier Kombinationsmöglichkeiten hat gezeigt, daß nicht so sehr die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit sofortiger Verwaltungsvollstreckung das Rechtsschutzgebot des Art. 19 IV 1 GG berühren wie vielmehr die Frage der Bestandskraft des öffr. Vertrags. Eine sofortige Bestandskraft auch inhaltlich rechtswidriger öffr. Verträge vom Vertragsschluß an ist also mit Art. 19 IV 1 GG unvereinbar, gleichgültig, wie man die Frage der Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung beantwortet ⁶⁾.

- 1) Rüfner S. 341 f
- 2) Haueisen NJW 1969, 122/124 nimmt ein auf die Rechtswidrigkeit des Vertrags gestütztes Kündigungsrecht der Verwaltung an, äußert sich aber nicht dazu, ob dem Bürger ein gleiches zusteht; Pieper DVBl 1967, 11/16 f
- 3) Gegen solche Aufhebungsmöglichkeiten Wolff I § 44 II e; Bisek S. 137 - 141; § 45 EVwVerfG und § 46 Regierungsentwurf 1970; E. Stein AöR 86 (1961), 320/330
- 4) Wie man es bezeichnen und im einzelnen ausgestalten will, mag hier dahinstehen. § 126 III schlLVwG spricht vom "Geltendmachen der Unwirksamkeit" des Vertrags.
- 5) J. Martens AöR 89 (1964), 450
- 6) Eine Ausnahme muß allerdings wieder für die verwaltungsgerichtlichen Vergleiche gelten wegen der dem Vergleich immer innewohnenden Mög-

Die Zulässigkeit sofortiger Verwaltungsvollstreckung ist im Hinblick auf Art. 19 IV 1 GG nur dann unbedenklich, wenn sie zum einen nicht mit sofortiger Bestandskraft gekoppelt ist, und zum andern verfahrensrechtlich Rechtsbehelfe gegeben sind, mit denen die Parteien die Rechtswidrigkeit des öffr. Vertrags geltend machen und den Vertrag gerichtlich überprüfen lassen können.

2) Vereinbarkeit sofortiger Verwaltungsvollstreckung mit dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes

Bei der Untersuchung, welchen Einfluß das Verfassungsrecht auf die Zulässigkeit unmittelbarer hoheitlicher Verwaltungsvollstreckung aus dem öffr. Vertrag hat, ist weiter zu fragen, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes zukommt.

Der Vorbehalt des Gesetzes ist ein Teilprinzip der in Art. 20 GG verankerten Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit des Rechtsstaatsgrundsatzes ¹⁾. Er gehört daher selbst zum Verfassungsrecht und besagt in seiner "klassischen" Form als Eingriffsvorbehalt ²⁾, daß "die öffentliche Gewalt in Rechte des Bürgers nur auf Grund von Rechtsnormen eingreifen darf" ³⁾, daß solche Eingriffe "durch ein

Fortsetzung der Fn. 6) von S. 50:

- lichkeit der inhaltlichen Rechtswidrigkeit (dazu oben S. 42 Fußn. 1). Auf die dadurch gegebene Sonderstellung des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs hat insbesondere Löwer VerwArch 56 (1965), S. 146 f hingewiesen.
- 1) Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdnr. 125 ff; Hamann in Hamann-Lenz Art. 20 Anm. 9 b; Wolff I § 11 II b 1 - 3, § 30 III a, b 2; Menger HdSW 8, 768 f; Jesch S. 30 f, 108 ff; Peters Lehrbuch S. 71 und in Festschrift f. Hans Huber S. 206/208; Löwenberg S. 75 - 77
 - 2) Insoweit nicht umstritten; zur Problematik im übrigen Rupp Grundfragen S. 113 - 146; Jesch passim, bes. S. 29 ff, 171 ff; Selmer Jus 1968, 489 - 499
 - 3) BayVerfGH Urt. v. 27. 11. 54 - Vf 50-V-53 - VGHE nF. Bd. 7 II, S. 113; BayVerfGH Urt. v. 28. 12. 56 - Vf 102-VII-55 - VGHE nF Bd. 9 II S. 158/176; BVerwG Urt. v. 20. 5. 55 - V C 14/55 - BVerwGE 2, 114 = NJW 1955, 1693 = DVBl 1955, 770 = DÖV 1955, 635 = VerwRspr 8, 157 = Giese-Schunck-Winkler Nr. 6 zu Art. 20 III GG "Rechtsstaat"; BVerwG Urt. v. 28. 11. 63 - I C 74/61 - BVerwGE 17, 192 = NJW 1964, 512 = DVBl 1964, 147 mit Anm. v. Henrichs S. 155 und Maury S. 344 = DÖV 1964, 419; BVerfG Urt. v. 16. 1. 57 - 1 BvR 253/56 - BVerfGE 6, 32 ff = NJW 1957,

gültiges Gesetz derart zugelassen sein müssen, daß die Voraussetzungen für den eingreifenden Akt tatbestandsmäßig normiert sein müssen 1) 2). "

Die Befugnis der Verwaltung zur zwangsweisen Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber dem Bürger im Wege der Verwaltungsvollstreckung ist eine Befugnis zu Eingriffen in Rechte des Bürgers, die über die bloße hoheitliche Auferlegung der materiellen Verpflichtung im Verwaltungsakt hinausgeht, da sie zur Anwendung von Zwangsmitteln ermächtigt, denen eine selbständige Eingriffswirkung zukommt 3). Das ergibt sich schon daraus, daß Androhung, Festsetzung und Anwendung von Zwangsmitteln sowie Sachpfändungen im Rahmen der Geldvollstreckung nunmehr anerkanntermaßen selbständige belastende Verwaltungsakte sind 4); die Ermächtigung zum Erlass solcher Verwaltungsakte liegt letztlich aber in der Befugnis zur Verwaltungsvollstreckung. Daher unterfällt die Verwaltungsvollstreckung dem Vorbehalt des Gesetzes und bedarf gesetzlicher Ermächtigung 5).

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 51:

297 = DÖV 1957, 116 = JZ 1957, 167 = VerwRspr 9, 261; BVerfG Urt. v. 12. 11. 58 - 2 BvL 4, 26, 40/56; 1, 7/57 - BVerfGE 8, 274/325 (Konkordanzen S. 31 Fußn. 2); BVerfG Beschl. v. 3. 2. 59 - 2 BvL 10/56 -

BVerfGE 9, 137/147 = NJW 1959, 931 = DVBl 1959, 326 = DÖV 1959, 302

- 1) BVerfG vom 16. 1. 57 und vom 12. 11. 58 a. a. O.; BVerwG vom 20. 5. 55 a. a. O.; BayVerfGH vom 27. 11. 54 und 28. 12. 56 a. a. O.
- 2) und daß die Ermächtigungen nicht so unbestimmt sein dürfen, daß die Bestimmung der Grenzen der Eingriffsbefugnis praktisch dem Ermessen der Verwaltung überlassen wäre: BVerfG v. 16. 1. 57 und v. 12. 11. 58 a. a. O.; BVerwG v. 20. 5. 55 a. a. O. und BVerwG Urt. v. 2. 7. 69 - IV C 68/67 - JZ 1970, 183 = DVBl 1970, 467 (Leitsatz) = Giese-Schunck-Winkler Nr. 138 zu Art. 20 III GG "Rechtsstaat"; Leibholz-Rinck Art. 20 Anm. 29; Franz Mayer Festschr. f. H. Nottarp S. 187/196 und in DÖV 1966, 733 f
- 3) Ausführlich und m. w. N. hierzu Arndt S. 33 - 37 und Kröller S. 54 f
- 4) Außer Arndt und Kröller a. a. O.: BVerwG Urt. v. 9. 7. 56 - V C 93/54 - NJW 1956, 1652 = DVBl 1957, 58 = DÖV 1956, 728; BVerwG Urt. v. 20. 2. 59 - VII C 50/57 - DÖV 1959, 949 = MDR 1959, 604 = KomStZ 1959, 84; BVerwG Urt. v. 18. 11. 60 - VII C 184/57 - DÖV 1961, 182 (Konkordanzen S. 44 Fußn. 1); VGH Kassel Urt. v. 10. 10. 59 - B IV 48/58 - KomStZ 1960, 122
- 5) Hamann in Hamann-Lenz Art. 20 Anm. B 9 c (S. 347); Maunz-Dürig in Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdnr. 130; Wolff I § 44 III f 1; Menger und Erichsen VerwArch 61 (1970), S. 177 f; Renck JuS 1965, 129/132; Arndt

Soweit es um die Vollstreckung von Verwaltungsakten geht, ist diesem Erfordernis durch die Generalermächtigung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze genügt 1). Diese Gesetze regeln aber nicht die Frage der Vollstreckung aus öff. Verträgen, weder positiv im Sinne einer Ermächtigung noch negativ im Sinne eines Verbots 2).

Die erforderliche gesetzliche Ermächtigung zu unmittelbarer Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen vermögen die Verwaltungsvollstreckungsgesetze jedenfalls bei direkter Anwendung nicht zu liefern 3). Denn auch bei weitester Auslegung kann der Begriff des Verwaltungsaktes, zu dessen Vollstreckung die Verwaltungsvollstreckungsgesetze ermächtigen, den Begriff des öff. Vertrages nicht mehr einschließen 4). Auch aus sonstigem allgemeinem Verwaltungsrecht oder aus allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts ist, wie erörtert 5), eine ausdrückliche Ermächtigung nicht herzuleiten. Ebenso wie es an einer Ermächtigung fehlt, fehlt es andererseits aber auch an einem ausdrücklichen Verbot unmittelbarer Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen 6). Auch aus Art. 19 IV 1 GG ist ein solches Verbot nicht herzuleiten.

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 52:

S. 33/37 und S. 46/50 f; Löwenberg S. 96 f; Bachof VerfR II Nr. 18-20; Wacke DÖV 1966, 311/313; Forsthoff S. 236 mit Fußn. 4 und S. 279; Grommek-Hergesell Blatt 34; a. A.: Wittem S. 127 und BVerwG Urt. v. 21. 9. 66, 28. 9. 67, 11. 3. 70 (Fundstellen oben S. 23 Fußn. 1)

- 1) Wolff III § 160 I a; Arndt S. 48 (bezügl. der Geldvollstreckung). Daß es sich um eine generalklauselartige Ermächtigung handelt, schadet nicht, da ihre Grenzen - Vollstreckung von Verwaltungsakten - klar bestimmt sind; vgl. BVerfG v. 12. 11. 58 a. a. O. S. 326
- 2) s. o. S. 13 - 19
- 3) oben S. 17 - 19
- 4) oben S. 18; a. A.: Schmidt-Salzer VerwArch Bd. 62 (1971), 135/152, der den öff. Vertrag als einen Verwaltungsakt mit höchstintensiver Beteiligung des Adressaten ansieht. Ähnlich anscheinend auch Lenz JR 1971, 52 ff, der keinen Unterschied zwischen einem begünstigenden Verwaltungsakt und der vertraglichen Willenserklärung der Behörde machen will.
- 5) oben unter III. und IV. (S. 19 - 30)
- 6) außer in den Ländern Schleswig-Holstein, Hamburg und Rheinland-Pfalz (s. o. S. 18 f). Ein solches Verbot ergibt sich ebenfalls mittelbar aus der geplanten Regelung des § 48 des Regierungsentwurfs von 1970 und aus § 47 EVwVerfG.

Doch greift hier der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ein. Da es an einer ausdrücklichen Ermächtigung fehlt, eine solche nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes aber erforderlich ist, so müßte die Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen unzulässig sein.

Zwar haben die Gesetzgeber der Verwaltungsvollstreckungsgesetze umfassende Regelungen der Zulässigkeit und des Verfahrens des Verwaltungszwangs erlassen wollen, was die generalklauselartigen Ermächtigungen in allen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen beweisen. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung für die öff. Verträge ist daher eine sogenannte "planwidrige Unvollständigkeit" ¹⁾. Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung tut sich hier jedoch keine Lücke auf, da der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes nun eingreift.

Ob das von den Gesetzgebern der Verwaltungsvollstreckungsgesetze so beabsichtigt war, erscheint allerdings fraglich. Denn die Frage der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen war bei Erlass der meisten Verwaltungsvollstreckungsgesetze weder in der Wissenschaft noch in der Rechtsprechung aufgetaucht und wurde - soweit ersichtlich - von den Gesetzgebern ebenfalls nicht gesehen ²⁾. Deshalb erscheint es nicht angängig, das Schweigen der Gesetzgeber so zu verstehen, als hätten sie es ganz bewußt unterlassen, die erforderliche Ermächtigungsgrundlage zu schaffen, um so in "beredtem Schweigen" ³⁾ die Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen für unzulässig zu erklären.

Wegen der Intention der Gesetzgeber der Verwaltungsvollstreckungsgesetze, umfassende Regelungen der Zulässigkeit des Verwaltungszwangs zu schaffen, ist vielmehr zu fragen, ob eine solche umfassende Ermächtigung auch für die Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen im Wege analoger Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze gewonnen werden kann.

3) Zwischenergebnis

Es kann somit als Zwischenergebnis festgehalten werden, daß die Frage, ob eine Behörde gegen einen Bürger aus einem öff. Vertrag unmittelbar im Verwaltungsvollstreckungsverfahren vollstrecken kann, im geltenden Recht unmittelbar nicht geregelt ist. Art. 19 IV 1 GG schließt eine solche Möglichkeit nicht aus. Der Grund-

1) dazu Engisch S. 137 ff; Canaris S. 31 ff/39 und 197 f; Larenz Methodenlehre S. 351 ff

2) oben S. 14 ff

3) Larenz a. a. O. S. 357

satz vom Vorbehalt des Gesetzes verlangt jedoch eine rechtssatzmäßige Ermächtigung dazu.

Ob eine solche Ermächtigungsgrundlage im Wege analoger Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze gewonnen werden kann, ist daher im folgenden zu untersuchen.

VI. Analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze?

Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze können in analoger Anwendung dann nur als Ermächtigungsgrundlage für die Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen dienen, wenn

- ihre analoge Anwendung überhaupt zulässig ist und
- Rechtsähnlichkeit der in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen geregelten Fälle mit den hier zu prüfenden besteht.

Da der Analogieschluß ein Schluß "vom Besonderen auf das Besondere" ist ¹⁾, bedeutet dies, "daß das Besondere, für das eine rechtliche Regelung zu vermissen ist (hier also die Regelung der Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen), mit dem Besonderen, für das die rechtliche Regelung vorhanden ist (die Verwaltungsvollstreckung aus Verwaltungsakten), diejenigen Momente gemeinsam hat, auf denen die rechtliche Regelung (der Verwaltungsvollstreckungsgesetze) beruht" ¹⁾.

1) Zulässigkeit der Analogie?

Ob im Geltungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes, zu dem die Verwaltungsvollstreckung gehört ²⁾, eine Lückenausfüllung im Wege der Analogie zulässig ist, ob es dem Staat hier erlaubt ist, "sich im Wege der Analogie Eingriffsrechte zuzusprechen, die das Gesetz nicht ausdrücklich gewährt" ³⁾, ist streitig.

1) Engisch S. 143 f (Klammerzusätze vom Verf.); ebenso Wolff I § 28 III d 1, 2

2) s. o. S. 50 ff

3) Anschütz VerwArch 14 (1906), 315/329

Die Meinungen reichen von grundsätzlicher Bejahung ¹⁾ über die Ansicht, nur spezielle, von der allgemeinen Regel abweichende Eingriffsrechte dürften nicht durch Analogie erweitert werden, weil Ausnahmenvorschriften nicht analogiefähig seien ²⁾, bis zur strikten Ablehnung jeder Analogie im Bereich des Gesetzesvorbehalts ³⁾.

Von diesen Meinungen soll zunächst die "Mittelmeinung" überprüft werden, wonach zwar allgemeine, nicht aber spezielle Eingriffsrechte analogiefähig sein sollen, da Ausnahmenvorschriften nicht durch Analogie erweitert werden dürfen ²⁾.

Der Analogieschluß ist zunächst einmal lediglich ein logisches Schlußverfahren, ebenso wie der deduktive, der induktive und der Umkehrschluß ⁴⁾. Er setzt Rechtsähnlichkeit voraus. Das bedeutet, daß die gesetzgeberischen Wertungen, Erwägungen, Ziele und Zwecke ... die zu der Normierung eines Rechtssatzes geführt haben, auf andere, unregelte Fälle ebenso zutreffen müssen. Ob das der Fall ist, ist aber nicht mehr eine Frage logischen Schließens, sondern rechtlichen Wertens ⁵⁾. Liegt eine solche Übereinstimmung der Wertungen und Ziele vor, kann eine Norm analog angewandt werden. Ob diese Norm eine Ausnahmenvorschrift oder eine Regelvorschrift ist, ist dabei gleichgültig ⁶⁾. Weder das eine noch das andere ist Voraussetzung des Analogieschlusses. Auch eine Ausnahmenvorschrift kann analog auf unregelte Fälle angewandt werden, wenn bei ihnen die gleiche Ausnahmesituation ebenso gegeben ist wie bei den von der Norm erfaßten Fällen ⁷⁾. Lediglich eine Ausdehnung auf Fälle, in denen die Ausnahme-

1) Jellinek S. 151, der lediglich "im Rechtsstaat gewisse Hemmungen gegen freigibige Analogien zuungunsten des Bürgers" empfindet; Peters Lehrbuch S. 94

2) Forsthoff S. 161; Nebinger S. 51

3) Anschtz VerwArch 14 (1906), 315/329; Merk S. 360 f; Jesch S. 33 m. w. N. auf ältere Lit. in Fußn. 113; Giacometti S. 211 f; Hamann in Hamann-Lenz Art. 20 Anm. 9 c (S. 347); v. Turegg-Kraus S. 76 f mit Fußn. 8 wollen Analogie nur sehr vorsichtig anwenden.

4) Engisch S. 142 f; Wolff I § 28 III d 1

5) Engisch S. 145; Nawiasky S. 147 f

6) Engisch S. 147 f; G. und D. Reinicke NJW 1952, S. 1153 f; Bernd Bender JZ 1959, 593/595

7) Engisch S. 146, 148; Reinicke und Bender a. a. O.; Arthur Kaufmann JZ 1958, 9 f; BAG Beschl. v. 6. 4. 55 - 1 ABR 25/54 - BAGE 1, 328/329 = NJW 1955, 886 f, zustimmend Bender a. a. O.; Weinsheimer NJW 1959,

situation nicht vorliegt, ist unzulässig. Doch dann ist keine Rechtsähnlichkeit gegeben; und es gilt auch für allgemeine Vorschriften, daß sie nicht auf Fälle ausgedehnt werden dürfen, in denen die der Norm zugrundeliegenden Wertungen nicht zutreffen. Der Satz "singularia non sunt extenda", auf den diese Meinung sich stützt, ist daher unzutreffend ¹⁾, ein sachlicher Grund für diese Differenzierung mithin nicht gegeben. Deshalb wird man die Analogie in diesem Bereich entweder generell bejahen oder verneinen, zulassen oder ablehnen müssen.

Zwar ist Jellinek ²⁾, der Analogien auch zuungunsten des Bürgers grundsätzlich bejaht, zuzugeben, daß "aus dem Analogieverbot für Straftatbestände noch nicht auf ein Analogieverbot für die minder schweren Eingriffe des Verwaltungsrechts geschlossen werden" kann, ferner, daß ein praktisches Bedürfnis nach solchen Analogien bestehen kann ³⁾.

Es ist aber die Frage, ob im Rechtsstaat des Grundgesetzes im Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts neue Eingriffsermächtigungen durch Analogie geschaffen werden können. Der strafrechtliche Satz vom "nullum crimen, nulla poena sine lege" ist zwar vom Gesetzesvorbehalt verschieden. Beides sind aber Unterfälle des umfassenden Gesetzmäßigkeitsprinzips ⁴⁾, das seinerseits einen wesentlichen Teil des Rechtsstaats ausmacht. Aber auch ganz unabhängig von der von Jesch ⁴⁾ aufgezeigten Ähnlichkeit in den Auswirkungen dieser beider Teilprinzipien ist folgendes festzuhalten:

- Es war oben festgestellt worden, daß es für die Anwendung von Verwaltungszwang in den hier zu untersuchenden Fällen keinen ermächtigenden Rechtssatz gibt.
- Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gilt aber auch für den Verwaltungszwang und besagt, daß in Rechte des Bürgers nicht eingegriffen werden darf, es sei denn, ein Rechtssatz ermächtigt die Verwaltung dazu.

Fortsetzung der Fn. 7) von S. 56:

566 mit Nachw. auf Rspr. und Lit. zum Steuerrecht; Nawiasky S. 135 f; Larenz Methodenlehre S. 329; Enneccerus-Nipperdey § 48 Fußn. 6 (S. 297)

- 1) So außer den Fußn. 6 und 7 der vorherigen Seite Genannten noch Bachof VerfR II Nr. 9; Bettermann SJZ 1949, 461/468; Canaris S. 181 f
- 2) S. 151 f
- 3) Jellinek S. 151 f; auch Wolff I § 28 IV b 6 hält eine Analogie zuungunsten des Betroffenen nur im Verwaltungsrecht für unzulässig; ebenso Forsthoff S. 161
- 4) Jesch S. 33

Damit entfällt die Möglichkeit, Eingriffsrechte wie das Recht zum Verwaltungszwang allein aus verwaltungspraktischen Bedürfnissen zu begründen ¹⁾ oder aus der Natur der Sache, der gestellten Aufgabe, dem Wesen staatlicher Gewalt oder ähnlichen Erwägungen ²⁾. Wenn nur ein Rechtssatz zu Eingriffen ermächtigen kann, so bedeutet das weiter, daß solche Eingriffsrechte nur begründen kann, wer den entsprechenden Rechtssatz auch erlassen kann: das zuständige Gesetzgebungsorgan ³⁾. Wenn man aber, wie hier, unter Analogie mit der h. M. die Anwendung eines Rechtssatzes oder Gesetzes auf Fälle versteht, die zwar ähnlich sind, die aber auch bei weitester Auslegung nicht mehr von dem Gesetz oder Rechtssatz erfaßt werden, so bedeutet Analogie nichts anderes als die Aufstellung eines neuen Rechtssatzes, den es bislang nicht gab. "Gesetzgeber" des neuen Rechtssatzes wäre die jeweilige Verwaltungsbehörde, der jeweilige Richter oder wer immer den Analogieschluß zieht und den so neu gewonnenen Rechtssatz anwenden will. Rechtssätze zu erlassen, ist aber im gewaltenteilenden Rechtsstaat Aufgabe der verfassungsmäßig vorgesehenen Organe, die dabei das besondere Gesetzgebungsverfahren zu beachten haben. Zu diesem mehr formalen Argument kommt aber als entscheidendes hinzu, daß auf solche Weise im Wege der Analogie die Grenze, die der Verwaltung durch den Gesetzesvorbehalt für Eingriffe in Rechte des Bürgers gezogen ist, überschritten und verwischt würde: der Gesetzgeber überließe die Normierung von Eingriffsermächtigungen teilweise der Verwaltung; diese "beschaffe" sich im Bedarfsfalle Ermächtigungen im Wege der Analogie. Dann aber wären Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß der Eingriffsbefugnisse der Verwaltung in keiner Weise mehr bestimmt oder begrenzt oder für den Bürger vorhersehbar. Das ist mit dem Gesetzesvorbehalt, dem Rechtsstaatsgrundsatz ⁴⁾ und letztlich auch mit der Gewaltenteilung unvereinbar ⁵⁾.

Darüberhinaus bestünde die Gefahr, daß die Verwaltung auf diese Weise auch - teilweise - ihre materielle Gesetzesbindung löst.

1) So Jellinek S. 152

2) So ausdrücklich Franz Mayer Festschr. f. Nottarp S. 187 und 194

3) Das kann natürlich auch einmal eine Verwaltungsbehörde sein, wenn sie zum Erlaß einer Rechtsverordnung gesetzlich ermächtigt ist und in der Verordnung Eingriffsrechte normiert. Eine solche Möglichkeit besteht jedoch ausschließlich im Rahmen und nach Maßgabe der Art. 80 GG und Art. 70 der Verfassung NW und der entspr. Vorschriften der übrigen Landesverfassungen.

4) Dazu s. o. S. 51 mit Nachw. in Fußn. 3

5) BVerfG Urt. v. 12.11.58 - 2 BvL 4, 26, 40/56; 1, 7/57 - BVerfGE 8, 274/325 (Konkordanzen S. 31 Fußn. 2)

Im Bereich des Gesetzesvorbehalts ist daher eine Ableitung von Eingriffsermächtigungen im Wege der Analogie unzulässig. Eine analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf öff. Verträge ist daher ausgeschlossen.

2) Rechtsähnlichkeit als sachliche Voraussetzung eines Analogieschlusses

Doch auch dann, wenn man eine analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf die Vollstreckung aus öff. Verträgen für grundsätzlich zulässig halten sollte, kann die Analogie dennoch nicht gezogen werden, wenn ihre Voraussetzung, die Rechtsähnlichkeit ¹⁾ oder Vergleichbarkeit der in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen geregelten Vollstreckung von Verwaltungsakten und der unregulierten Vollstreckung von öff. Verträgen nicht gegeben ist.

Rechtsähnlichkeit liegt vor, wenn sich die geregelten und die unregulierten Fälle in allen wesentlichen Beziehungen gleichen und nur in unwesentlichen Punkten unterscheiden ²⁾, wenn beide Fälle "diejenigen Momente gemeinsam haben, auf denen die rechtliche Regelung beruht" ³⁾. Daraus ergibt sich, daß die Ähnlichkeitsprüfung drei Schritte erfordert:

- Feststellung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der gesetzlich geregelten und der unregulierten Fälle sowie der Auswirkungen einer Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf die unregulierten Fälle,
- Feststellung eines Wertmaßstabs, an dem gemessen werden soll, ob die Übereinstimmungen in allen wesentlichen und die Abweichungen nur in unwesentlichen Punkten bestehen, und schließlich
- die Bewertung ⁴⁾ des Gemeinsamen und Verschiedenen als wesentlich oder unwesentlich.

1) Engisch S. 143; Enneccerus-Nipperdey § 58 II 1; Menger System S. 68; von "Ähnlichkeit" sprechen Larenz Methodenlehre S. 359 f; Betti S. 646; Schneider S. 168; von "Vergleichbarkeit" spricht Wolff I § 28 III d 1 α, 2; von "Rechtsgleichheit" im Sinne von Gleichheit der Interessenlagen spricht Schack Festschr. f. Laun S. 275/293

2) Enneccerus-Nipperdey § 58 II 3; Menger a. a. O.; Larenz Methodenlehre S. 360; "Übereinstimmung in denjenigen Hinsichten, die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind".

3) Engisch S. 144; Larenz Methodenlehre S. 361

4) Daß Analogie nicht nur ein logisches Schlußverfahren ist, sondern immer auch eine Wertung erfordert, ist allg. M. (außer den oben Fußn. 1 und 2 Genannten noch Nawiasky S. 147, 148)

- a) Die maßgeblichen Wertungen (Wertmaßstab für die Beurteilung der Rechtsähnlichkeit)

Bevor im einzelnen die Gemeinsamkeiten und Unterschiede dargestellt werden, soll aber der Wertmaßstab festgelegt werden, mit dessen Hilfe nachher die Übereinstimmung oder Abweichung als wesentlich oder unwesentlich eingestuft werden kann. Zur Feststellung dieses Wertmaßstabs ist zunächst einmal auf die Zwecke und Grundgedanken der Verwaltungsvollstreckungsgesetze abzustellen¹⁾. Doch reicht es nicht aus, festzustellen, daß die Erwägungen, aus denen heraus die konkrete gesetzliche Regelung geschaffen wurde, auch auf die unregulierten Fälle zutreffen. Vielmehr wird auch zu prüfen sein, ob diesen Erwägungen auch für die unregulierten Fälle die gleiche Bedeutung beigegeben werden kann oder ob andere Wertungen oder Zwecke allgemeinerer oder speziellerer Art für die unregulierten Fälle zusätzlich zu beachten sind, die das Bild wieder verändern könnten²⁾.

Die Regelung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze bezweckt, der Verwaltung die Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber dem Bürger unmittelbar ohne Inanspruchnahme der Gerichte zu ermöglichen. Durch dieses Privileg der Selbstvollstreckung soll für eine schnelle und einfache Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Staates und damit der Allgemeinheit gegenüber dem Einzelnen gesorgt werden. Neben der Einfachheit und Effektivität der Verwaltungsvollstreckung werden so die Zeit und die Kosten erspart, die mit einer Inanspruchnahme der Gerichte verbunden wären; ferner werden so die Gerichte und die Verwaltung von vermeidbarer Arbeitsbelastung befreit, wenn ein vorheriges gerichtliches Verfahren entbeh-

- 1) Betti S. 646 f; Larenz Methodenlehre S. 360; Engisch S. 146
 2) Aus diesem Grunde erscheint es nicht mehr erforderlich, nach Abschluß der wertenden Ähnlichkeitsfeststellung noch als weitere Voraussetzung für die Berechtigung eines Analogieschlusses die Prüfung zu verlangen, ob ein vernünftiges Ergebnis erzielt wird (so Enneccerus-Nipperdey § 58 II 3).
 Denn wenn man prüft, ob den gesetzgeberischen Wertungen auch für den unregulierten Fall dieselbe Bedeutung, dasselbe Gewicht zukommen kann, kann Maßstab für solche Überlegungen doch nur die Frage sein: "Kann der unregulierte Fall auf diese Weise und nach solchen Kriterien vernünftig, d. h. im Ergebnis vernünftig geregelt werden?" Deshalb kann diese von Enneccerus-Nipperdey vorgeschlagene Ergebniskontrolle m. E. nur noch eine Art unverbindlicher 'Probe' des fertigen gewonnenen Ergebnisses sein.

lich ist¹⁾. Die speziellen Zwecke der Verwaltungsvollstreckungsgesetze sind demnach Einfachheit, Schnelligkeit, Effektivität und Kostenersparnis bei der Verwaltungsvollstreckung.

Diese Zwecke sind jedoch nicht die einzigen, die hier zu berücksichtigen sind. Zwar haben sie zu der geltenden besonderen Regelung der Verwaltungsvollstreckung geführt im Unterschied zu der Vollstreckung nach einem gerichtlichen Erkenntnisverfahren. Darüber hinaus ist aber zu berücksichtigen, daß das Verwaltungsvollstreckungsrecht zum Verfahrensrecht gehört;

Wie jedes Verfahrensrecht soll es nur das Verfahren, den Rahmen abstecken, in dem das materielle Recht verwirklicht werden soll. Das Verfahrensrecht ist nur Mittel zur Verwirklichung des dem materiellen Recht entsprechenden Zustands²⁾, und zwar weniger im Sinne einer Bewährung der objektiven Rechtsordnung³⁾ oder der Wahrung des Rechtsfriedens⁴⁾ als vielmehr primär im Sinne der Durchsetzung des nach materiellem Recht Geschuldeten, also der Durchsetzung von

- 1) So die amtl. Begründung zum Entwurf eines Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes. BTDrucks. Nr. 3981 - I. Wahlp. - Seite 5, 6
 2) Grunsky S. 11; Renck DÖV 1964, 651/653 und JuS 1966, 275; de Boor S. 108; Blomeyer AcP 159 (1960/61), 405; Wieczorek Allg. A II b; Stein-Jonas-Schönke-Pohle S. 27; Gaul AcP 168 (1968), S. 53 und 62; Baumbach-Lauterbach Einl. III 2 A; Menger System S. 74; Löwer Verw Arch 56 (1965), 142/147; BGH Urt. v. 8.10.53 - III ZR 310/51 - BGHZ 10, 350/359 = NJW 1953, 1826 = JZ 1953, 766 = BB 1953, 931 (Leits.); Henckel S. 63, 232; Kniesch Vergleich S. 497/501; Rupp AöR 85 (1960), 149/184; Schröder S. 116 f
 3) So aber Lent-Jauernig § 1 II und § 2 IV; Schönke S. 12; de Boor S. 107, 108; Stein-Jonas-Schönke-Pohle S. 17 (Einl. C); Gaul S. 46 f; Niese JZ 1952, 353/355; Hesse S. 71/77. Zum Teil halten diese die Bewährung der obj. Rechtsordnung für gleichrangig mit dem Zweck der Durchsetzung subjektiver Rechte.
 Speziell für den Verwaltungsprozeß Meiss S. 5; Nachw. auf die ältere Lit. bei Menger System S. 18 - 20 und Rupp Grundfragen S. 156 ff. A. A.: Grunsky S. 3, 4; Rosenberg-Schwab § 1 III 2; Lüke JuS 1967, 1; Bettermann DVBl 1953, 163/164
 4) So Peters-Sautter-Wolff Vorbem. vor § 59 SGG; Schönke-Kuchinke § 1 II; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Einl. C II; BGH Urt. v. 14.12.66 - IV ZR 241/65 - BGHZ 46, 300/302 in einem obiter dictum; Rimmelspacher S. 23 nennt dies das 'ideale Ziel' des Zivilprozesses, während das 'reale Ziel' der Schutz subjektiver Rechte sei.

Ansprüchen ¹⁾. Auch wenn der Staat gegenüber dem Bürger im Verwaltungswege vollstreckt, will er materielle Ansprüche durchsetzen. Diese Zwecke sind allen Verfahrens- und Vollstreckungsgesetzen gemeinsam ²⁾, auch den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen.

Wegen dieser funktionellen Abhängigkeit des Verfahrensrechts vom materiellen Recht ³⁾ ist das Verfahrensrecht "nicht Herr des materiellen Rechts, sondern sein Diener" ⁴⁾. Deshalb muß das Verfahrensrecht die Vollstreckung so ordnen, wie es dem materiellen Recht angemessen ist ⁵⁾; insofern wäre auch ein Gesetzgeber durch das materielle Recht in der Ausgestaltung von Verfahrensnormen gebunden ⁶⁾.

Diese grundlegenden Wertungen gelten für jedes Verfahrensrecht, auch für das Verwaltungsvollstreckungsverfahren. Auch von ihm ist zu fordern, daß es seinem Gegenstand, dem zu vollstreckenden materiellen Recht, angemessen ist, seiner Verwirklichung "dient" und sich nicht zu seinem Herrn aufwirft. Die speziellen Zwecke des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens, Einfachheit, Schnellig-

- 1) Nichts anderes ist gemeint, wenn die zivilprozessuale Literatur vom Schutz subjektiver Rechte als dem Zweck des Zivilprozesses spricht: Rosenberg-Schwab § 1 III 1; Lent-Jauernig, de Boor, Rimmelspacher und Gaul a. a. O.; BGH Urt. v. 8. 10. 53 - III ZR 310/51 - BGHZ 10, 350/359. Ebenso für den Verwaltungsprozeß: Ule Verw. prozeß § 1 III 2; Menger Grundrechte, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner Bd. III/2 S. 717/727 ff; Henke passim; Bettermann DVBl 1953, 163/164; Lüke JuS 1967, 1; Nachw. zur älteren Lit. bei Menger System S. 19. Zum finanzgerichtlichen Verfahren Ziemer-Birkholz Einl. Rdnr. 39; für das Prozeßrecht allgemein Grunsky S. 2
- 2) Deshalb konnten auch vorstehend Stimmen zu allen Verfahrensordnungen zitiert werden. Auffallend dabei ist, daß auch dann häufig vom "Zweck des Prozeßrechts" gesprochen wird, wenn der jeweilige Verfasser nur ein bestimmtes Prozeß-Verfahrensgesetz behandelt (Henckel, Wieczorek, Gaul, Renck a. a. O.)
- 3) Blomeyer AcP 159 (1960/61), 385/405; Henckel S. 63 und 232; Gaul AcP 168 (1968), S. 27/62; aber auch der Sache nach alle zuvor Seite 61 Genannten
- 4) de Boor S. 99/108; ähnlich auch Stein-Jonas-Schönke-Pohle Einl. F. (S. 27); Löwer VerwArch 56 (1965), 142, 147
- 5) Henckel S. 63; Renck JuS 1966, 273/275
- 6) Henckel S. 232

keit, Effektivität und Kostenersparnis sind zu berücksichtigen, wo und soweit sie die übrigen grundlegenden Verfahrenserfordernisse ergänzen. Sie müssen aber zurückstehen, wo sie sie verdrängen ¹⁾. Keine Berücksichtigung können sie finden, wenn sie dazu führen, daß das Verfahrensrecht mit dem materiellen Recht nicht mehr übereinstimmt.

b) Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Vollstreckung von Verwaltungsakten und öff. Verträgen

Die speziellen Zwecke der Verwaltungsvollstreckungsgesetze und ihr Verhältnis zu der Aufgabe des Verfahrensrechts überhaupt sind nun aufgezeigt. Damit ist der Maßstab gewonnen, an dem die nun darzustellenden Gemeinsamkeiten und Unterschiede gemessen werden sollen, die zwischen der in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen geregelten Vollstreckung von Verwaltungsakten und der Vollstreckung einer Behörde gegen einen Bürger aus einem öff. Vertrag bestehen.

Um diese Übereinstimmungen und Abweichungen festzustellen, kann man zunächst den zu vollstreckenden Anspruch allein betrachten, sodann die materielle Struktur der Rechtsverhältnisse, aus denen der Anspruch entspringt und schließlich die Auswirkungen, die eine Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf sie hat.

aa) Gemeinsamkeiten und Unterschiede bezüglich des zu vollstreckenden Anspruchs

Hinsichtlich des zu vollstreckenden Anspruchs fällt zunächst als übereinstimmend auf, daß in beiden Fällen ein wirksamer materieller öffentlich-rechtlicher Anspruch des Trägers öffentlicher Verwaltung gegen den Bürger besteht und daß die Verwaltung grundsätzlich befugt ist, diesen Anspruch hoheitlich durch einseitigen Befehl geltend zu machen ²⁾.

Abweichend vom Verwaltungsakt, bei dem die Verwaltung auch tatsächlich im Wege einseitig-hoheitlichen Befehls gehandelt hat, liegt beim öff. Vertrag aber eine zweiseitige vertragliche Einigung der Parteien vor. Die Behörde hat von ihrer Anordnungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht.

1) Kopp S. 223

2) Worauf solche Befugnis zur Geltendmachung durch VA beruht, braucht hier nicht erörtert zu werden. Dazu oben S. 22 ff

bb) Gemeinsamkeiten und Unterschiede hinsichtlich der materiellen Struktur der Rechtsverhältnisse

Der geltend zu machende materielle Anspruch kann nicht losgelöst von dem Rechtsverhältnis gesehen werden, dem er entspringt. Denn nicht nur in der Art des Zustandekommens der Rechtsverhältnisse durch Befehl oder Vertrag, sondern auch in der typischen inhaltlichen Struktur solcher Rechtsverhältnisse bestehen Unterschiede.

(1) im Zeitpunkt ihrer Entstehung

Nach seinem typischen Inhalt ist der Verwaltungsakt - jedenfalls im Normalfall - eine einseitige Maßnahme; der belastende Verwaltungsakt enthält einen Befehl zu einem bestimmten Verhalten. Entsprechend kommt er durch einseitigen Ausspruch der Verwaltung zustande ¹⁾. Alle Rechte aus diesem Rechtsverhältnis liegen typischerweise auf Seiten der Behörde, alle Pflichten auf Seiten des Bürgers. Umgekehrt beim begünstigenden Verwaltungsakt liegen die Rechte aus dem Rechtsverhältnis normalerweise beim Bürger, die Pflichten bei der Behörde. Der Normalfall des öffr. Vertrags ist der zweiseitig verpflichtende ²⁾ und hier wieder der gegenseitige Vertrag. Gegenseitigkeit bedeutet, daß sich beide Vertragsparteien zu Leistungen verpflichten und jeder seine Leistung um der anderen willen, für die andere verspricht ³⁾. Die Gegenseitigkeit findet ihren kürzesten Ausdruck in der "do - ut - des"-Formel ⁴⁾. Diese gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Leistungspflichten besteht auch bei allen öffent-

- 1) von den mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten zunächst einmal abgesehen, ebenso von solchen mit Nebenbestimmungen
- 2) Wie im bürgerlichen Recht sind zwar auch im Verwaltungsrecht einseitig verpflichtende bzw. einseitig berechtigende Verträge denkbar. Da für sie im Verhältnis zwischen Staat und Bürger neben der Handlungsform des Verwaltungsakts aber jedes praktische Bedürfnis entfällt, kommen sie kaum vor, weshalb ein Beispiel auch nicht angeführt werden kann. Zudem wäre es nur ein terminologischer Austausch der Begriffe, wollte man "ein nur einseitiges Nehmen oder ein nur einseitiges Gewähren seitens der Verwaltung als Vertrag und nicht als Verwaltungsakt bezeichnen, denen dann ein materieller Unterschied überhaupt nicht mehr zukäme". (so Menger VerwArch 52 (1961), 209)
- 3) Palandt-Heinrichs Einf. vor § 320 Anm. 1 c
- 4) die auch für den öffr. Vertrag angewandt werden kann, Bisek S. 89

lich-rechtlichen Austauschverträgen ¹⁾ und Vergleichsverträgen ²⁾, die die ganz überwiegende Mehrzahl der öffr. Verträge darstellen.

Deshalb müssen die Folgen der Gegenseitigkeit für den öffr. Vertrag ebenso wie für den bürgerlich-rechtlichen Vertrag gelten; auch hier haben die Parteien ihre Verpflichtungen nur um der Leistungen des anderen Vertragspartners willen eingehen wollen.

Diese Gegenseitigkeit bedeutet in Bezug auf den Vertragsschluß, daß die Entstehung der einen Verpflichtung von der Entstehung der anderen Verpflichtung völlig abhängig ist (sog. genetisches Synallagma) ³⁾. Diese Abhängigkeit ist so stark, daß die Unmöglichkeit oder Sittenwidrigkeit, kurz die Nichtigkeit der einen Leistungsverpflichtung zur Nichtigkeit des ganzen Vertrags führt ⁴⁾. Ist der Vertrag aber wirksam zustande gekommen, sind die beiderseitigen Leistungspflichten gleichermaßen rechtlich voll wirksam und verbindlich.

- 1) Kuhn § 123 Anm. 7 a. E.; Kottke S. 33, 34; zu § 42 EVwVerfG Einzelbegründung S. 196; von gegenseitigen bzw. gegenseitig verpflichtenden öffr. Verträgen sprechen auch Wolff I § 44 II d 1 und Bisek S. 88
- 2) Für den bürgerlich-rechtlichen Vergleich nach § 779 BGB vgl. den Wortlaut: "im Wege gegenseitigen Nachgebens". Daß damit auch Gegenseitigkeit im Sinne der §§ 320 ff BGB gemeint ist, ist h. M.: RG Urteil v. 3. 4. 28 - 616/27 VII - JW 1928, 3036/3037; RG Urte. v. 8. 7. 18 - IV 144/18 - RGZ 93, 290; BGH Urte. v. 31. 1. 63 - III ZR 117/62 - BGHZ 39, 60/65 = NJW 1963, 637 = MDR 1963, 289 = BB 1963, 210; OLG Düsseldorf Beschl. v. 15. 12. 65 - 10 W 146/65 - MDR 1966, 424 = Rechtspfleger 1966, 346 = JVB 1966, 111 = JurBüro 1966, 220; OLG München Beschl. v. 21. 4. 69 - 11 W 1700/68 - NJW 1969, 1306; Palandt-Thomas § 779 Anm. 1a; Rosenberg-Schwab § 132 I 6; BAG Urte. v. 19. 8. 58 - 2 AZR 487/55 - BAGE 6, 251 = JZ 1959, 23 mit zust. Anm. v. Rosenberg = NJW 1958, 2085.
Der zivilrechtliche Vergleichsbegriff ist nach allg. M. auch auf den öffr. Vergleichsvertrag anzuwenden; Kuhn § 122 Anm. 6; Schunck-De Clerk § 106 Anm. 2 f; Eyermann-Fröhler § 106 Rdnr. 1; Koehler § 106 Anm. II 2; Redeker-v. Oertzen § 106 Rdnr. 1; Kniesch Vergleich S. 503, 506; Haueisen DVBl 1968, 285/286; Weitemeyer S. 71, 73, 77, 86; Schröder S. 164; ohne Rückgriff auf den zivilrechtlichen Vergleich bejaht die Gegenseitigkeit Löwer VerwArch 56 (1965), 142/147
- 3) Palandt-Heinrichs Einf. vor § 320 Anm. 2 a; auch Bisek S. 33 spricht vom genetischen und funktionellen Synallagma bei öffr. Verträgen
- 4) Palandt-Heinrichs a. a. O.

Dieser Situation beim Vertrag kommt unter den Verwaltungsakten der begünstigende Verwaltungsakt mit belastender Auflage noch am nächsten.

Auch hier werden beiderseits Leistungen erbracht. Doch bestehen deutliche Unterschiede:

Einmal ist die Verknüpfung zwischen Verwaltungsakt und Auflage weniger eng als bei vertraglicher Leistung und Gegenleistung: zwar besteht eine Abhängigkeit insofern, als die Auflage als Nebenbestimmung des zugrundeliegenden Verwaltungsakts nicht wirksam werden kann, solange dieser (Haupt-) Verwaltungsakt nicht wirksam erlassen worden ist ¹⁾. Doch ist die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Auflage grundsätzlich ohne Einfluß auf die Existenz und Wirksamkeit des Verwaltungsakts, dem sie als selbständige Maßnahme beigelegt ist ²⁾; dieser wird auch ohne sie wirksam ³⁾.

Ist also der Bestand der Auflage von dem (Haupt-) Verwaltungsakt, dieser aber nicht von der Auflage abhängig, so wird klar, daß hier nur eine einseitige Verknüpfung, nicht aber ein genetisches Synallagma besteht wie beim gegenseitigen Vertrag.

Zum anderen unterscheidet sich die rechtliche Verbindlichkeit der Auflage nach dem Erlaß des Verwaltungsakts von einer Vertragspflicht nach Vertragsschluß. Während die Vertragspflicht voll wirksam ⁴⁾ und unbedingt verbindlich ist, enthält die Auflage nur einen bedingten Befehl; sie wird erst wirksam und erzwingbar, wenn der Bürger von dem zugrundeliegenden begünstigenden Verwaltungsakt

- 1) Statt aller Merk S. 854; Wolff I § 49 I d; Apelt S. 195
- 2) Über den Grad der Selbständigkeit der Auflage gegenüber dem Verwaltungsakt besteht terminologisch und dogmatisch keine Einigkeit. Die Meinungen gehen von "Bestandteil des Haupt-Verwaltungsakts" (so Badura JuS 1964, 103) über "relative Eigenständigkeit" (so Krüger DVBl 1955, 450) bis hin zu der Annahme, die Auflage sei selbst ein Verwaltungsakt, der in seinem Bestand nur von dem Haupt-Verwaltungsakt abhängig sei (so Wolff I § 49 I d). Im Ergebnis besteht über die praktische Behandlung der Auflage im Verhältnis zum Verwaltungsakt jedoch weitgehend Einigkeit.
- 3) Merk, Wolff und Apelt a. a. O.; Krüger DVBl 1955, 450; Forsthoff S. 208; Kormann S. 138; Hönig S. 68; Einzelbegründung zum EVwVerfG S. 138; Fachinger DV 1949, 118
- 4) Sofern der Vertrag nicht bedingt geschlossen ist

Gebrauch macht ¹⁾. Der Bürger hat es daher in der Hand, durch Nichtgebrauch der Begünstigung auch die Wirksamkeit der Auflage hintanzuhalten und so die Durchführung des ganzen Rechtsverhältnisses zu verhindern. Die Durchführung des Vertrags dagegen kann jede Vertragspartei erzwingen: Auch hier zeigt sich wieder die einseitige Verknüpfung von Verwaltungsakt und Auflage im Unterschied zum gegenseitigen Vertrag ^{2) 3)}.

(2) bei ihrer Durchführung

Diese Unterschiede in der inhaltlichen Struktur von öffr. Verträgen und Verwaltungsakten mit Auflagen wirken sich auf die Durchführung - neben dem soeben aufgezeigten Umstand - folgendermaßen aus:

Die Durchführung erfolgt beim Verwaltungsakt mit Auflage in dieser Reihenfolge:

- Der Verwaltungsakt wird erlassen, damit ist die Begünstigung wirksam.
- Der Bürger macht von der Begünstigung Gebrauch, damit ist die Auflage wirksam und erzwingbar.

Das bedeutet, daß die Behörde ihre Leistung erst erbringen und tatsächlich bewirken muß, der Bürger muß sie sozusagen 'angenommen' haben, bevor sie die Erfüllung der 'Gegenleistung', der Auflage verlangen kann; diese Situation ähnelt einer Vorleistungspflicht der Behörde. Beim gegenseitigen Vertrag dagegen

- 1) Krüger DVBl 1955, 454; Merk S. 857; Rüfner S. 336 Fußn. 312; Kormann S. 144; Apelt S. 196; Hönig S. 61; Sulser S. 54; H. v. Mangoldt Verw Arch 37 (1932), 101/107; Hans Rudolf Huber S. 34; Fachinger a. a. O.; Jellinek S. 261; ProVG: Urt. v. 24. 5. 1892 - IV C 21/92 - ProVGE 23, 321/325; Urt. v. 11. 7. 1901 - IV B 42/01 - ProVGE 40, 363/366; Urt. v. 14. 3. 1929 - IV A 154/28 - ProVGE 84, 422/424; Urt. v. 25. 11. 1937 - IV C 113/36 - ProVGE 101, 224/226
- 2) Die übrigen Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, Bedingung, Befristung, Widerrufsvorbehalt brauchen hier nicht besonders erörtert und ihr Verhältnis zum Vertrag dargelegt zu werden, da es auch beim Vertrag Bedingung, Befristung und - wie man es hier nennt - Rücktrittsvorbehalt gibt und sie auf Vertrag und Verwaltungsakt jeweils entsprechende Wirkungen haben.
- 3) Deshalb ist keineswegs, wie Lenz JR 1971, 52/57 meint, "völlig gleichgültig", ob man eine konkrete Regelung zwischen Behörde und Bürger als Verwaltungsakt mit Auflagen oder als öffr. Vertrag bezeichnet. Keinesfalls "ist die am öffr. Vertrag beteiligte, den Bürger begünstigende Willenserklärung der Behörde ein und dasselbe wie ein begünstigender Verwaltungsakt". (so aber Lenz a. a. O. S. 57 und 59)

bewirkt die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Vertragspflichten in der Entstehung (genetisches Synallagma) eine entsprechende Abhängigkeit bei der Vertragsdurchführung: jeder der gegenseitigen Ansprüche kann, sobald sich der Vertragspartner darauf beruft, nicht geltend gemacht werden, ohne daß die Gegenleistung bewirkt oder doch in Annahmeverzug begründender Weise angeboten wird¹⁾: Grundsatz der Zug-um-Zug-Leistung²⁾ (sog. funktionelles Synallagma³⁾). Auch hier führen wieder die Gegenseitigkeit des Vertrags und die Einseitigkeit der Verknüpfung zwischen Verwaltungsakt und Auflage zu materiellen Unterschieden bei der Geltendmachung der Rechte aus diesen beiden Rechtsverhältnissen⁴⁾.

(3) im Falle von Leistungsstörungen

Außer bei der Entstehung, der inhaltlichen Struktur und der Durchführung des Rechtsverhältnisses führt dieser Unterschied darüberhinaus zu verschiedenen materiellen Konsequenzen im Falle von Leistungsstörungen. Im gegenseitigen Vertrag haben Störungen der einen Leistungsverpflichtung Folgen in der Regel nicht nur für diese, sondern auch für die jeweils andere und damit für das ganze Vertragsverhältnis (sog. konditionelles Synallagma⁵⁾). So hält KUHN eine Anwendung der Bestimmungen der §§ 320 - 327 BGB über das Synallagma bei Leistungsstörungen auch im Bereich des öff. Vertrags für wesentlich⁶⁾. Die §§ 323 - 327 BGB, die nicht nur bei Unmöglichkeit und Verzug, sondern entsprechend auch bei positiver Vertragsverletzung angewandt werden⁷⁾, betreffen gerade die Auswirkungen der Leistungsstörung auf die Gegenleistung.

- 1) Es sei denn, daß ausdrücklich eine Vorleistungspflicht eines Vertragspartners vereinbart worden ist. Eine solche konstruktiv bedingte Vorleistungspflicht einer Seite wie beim Verwaltungsakt mit Auflage besteht beim Vertrag jedenfalls nicht.
- 2) Vgl. §§ 320, 322 BGB für den privatrechtlichen Vertrag
- 3) Palandt-Heinrichs Einf. vor § 320 Anm. 2 a
- 4) Auch soweit im (privatrechtlichen) Vertrag Leistungspflichten nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, kann die Zug-um-Zug-Verknüpfung durch Erklärung des jeweiligen Schuldners gem. § 273 BGB ebenso hergestellt werden wie bei Leistungspflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis nach § 320 BGB.
- 5) Palandt-Heinrichs a. a. O. Anm. 2 c
- 6) Kuhn § 129 Anm. 4
- 7) Palandt-Heinrichs § 276 Anm. 7 e bb; Larenz SchuldR Allg. Teil § 23 I

Beim Verwaltungsakt mit Auflagen können 'Leistungsstörungen' nur auf einer Seite, nämlich beim Bürger auftreten, wenn er den Auflagen nicht, schlecht oder verspätet, nachkommt. Das berechtigt die Behörde dann zur Erzwingung der Auflage oder zum Widerruf des ganzen Verwaltungsakts¹⁾. Leistungsstörungen auf der Seite der Behörde sind hier dagegen schwer vorstellbar. Denn die Behörde muß den begünstigenden Verwaltungsakt erst erlassen und der Bürger von der Begünstigung Gebrauch machen. Was die Verpflichtung der Behörde angeht, begründet und erfüllt sie ihre Leistungspflicht damit zu gleicher Zeit, Leistungsstörungen im Sinne einer Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder Verzögerung einer aus einem solchen Verwaltungsakt von der Verwaltung geschuldeten Leistung kann es daher regelmäßig nicht geben²⁾. Der Bürger kann hier nur vor der Frage stehen, ob er den Erlaß des begünstigenden Verwaltungsakts überhaupt verlangen kann und, wenn ja, mit oder ohne oder mit anderen Auflagen. Das sind aber Fragen, die die Begründung und den möglichen Inhalt des Rechtsverhältnisses betreffen, nicht aber Leistungsstörungen.

cc) Auswirkungen der materiellen Unterschiede in der Vollstreckung bei Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze

Nachdem die materiellen Unterschiede der beiden Arten von Rechtsverhältnissen im wesentlichen dargelegt sind, soll nunmehr festgestellt werden, welche Konsequenzen die Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf diese Rechtsverhältnisse hat.

(1) Auswirkungen bei der Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf Verwaltungsakte

Die Auswirkungen der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf Verwaltungsakte sind hier problemlos; sie sollen nur kurz skizziert werden.

- 1) Wolff I § 49 I d; Hönig S. 71 - 74; Kormann S. 138, 412 ff; Forsthoff S. 210; Eyerermann-Fröhler Anh. zu § 42 Rdnr. 28, 42, 46; v. Turegg-Kraus S. 151; Merk S. 856; Badura JuS 1964, 103; Jellinek S. 285; Fachinger DV 1949, 118; BVerwG Urt. v. 22.3.66 - I C 21/65 - DÖV 1966, 761/762 = VerwRspr 18, 93/97; § 38 II Ziff. 2 EVwVerfG und S. 138 der Einzelbegründung.
- 2) Leistungsstörungen auf Seiten der Behörde können hier allenfalls bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung auftreten, auf Grund deren die Behörde zu widerkehrenden Mitwirkungshandlungen verpflichtet ist, etwa zu regelmäßigen Geldleistungen.

Wird ein belastender ¹⁾ Verwaltungsakt, der einen Befehl (oder mehrere) zu einem bestimmten Verhalten ausspricht, nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz vollstreckt, so sind danach alle aus diesem konkreten Rechtsverhältnis entspringenden Ansprüche erfüllt. Das Rechtsverhältnis - so die Ausdrucksweise im Zivilrecht - erlischt und ist nur noch Rechtsgrund für die erbrachte Leistung, es rechtfertigt sie ²⁾. Entsprechendes muß auch für Verwaltungsakte gelten; wenn der Befehl erfüllt ist, bleibt der Verwaltungsakt der Rechtsgrund für die Leistung; diese kann nicht zurückgefordert werden.

Beim belastenden Verwaltungsakt, dem eine Bedingung, Befristung oder ein Widerrufsvorbehalt beigefügt ist ³⁾, ist vor der Vollstreckung zwar noch die Wirksamkeit des Verwaltungsakts festzustellen, ansonsten gilt das gleiche für ihn.

Unter den begünstigenden Verwaltungsakten kommt eine Vollstreckung nur bei Hinzufügung einer belastenden Auflage hinsichtlich dieser Auflage ⁴⁾ in Betracht. Da die Auflage erst erzwingbar ist, wenn die Begünstigung, die Leistung der Behörde, wirklich erbracht und in Anspruch genommen ist, kann auch hier nur noch die Auflage vollstreckt werden. Auch hier bestehen aus diesem Rechtsverhältnis dann nur noch einseitige Leistungspflichten des Bürgers gegenüber der Behörde.

Somit zeigt sich, daß bei der Vollstreckung von Verwaltungsakten in aller Regel nur eine Vollstreckung der Verwaltung gegen den Bürger in Betracht kommt. Sind aus einem Verwaltungsakt außer von dem Bürger auch von der Verwaltung Leistungen zu erbringen, ist die Verwaltung vorleistungspflichtig. Eine eventuell noch nicht erbrachte Gegenleistung braucht bei der Vollstreckung eines Verwaltungsakts also nicht berücksichtigt zu werden.

Dem entspricht es, daß die Verwaltungsvollstreckungsgesetze über die Berücksichtigung von Gegenleistungen keinerlei Bestimmungen enthalten.

- 1) Rein begünstigende Verwaltungsakte bedürfen keiner Vollstreckung und können daher unberücksichtigt bleiben.
- 2) Larenz SchuldR Allg. Teil S. 24 f (§ 2 V)
- 3) Auflagen zu belastenden Verwaltungsakten gibt es nicht; Hönig S. 60 f; Karl Heinz Klein S. 277, 279
- 4) Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Befristungen oder Widerrufsvorbehalten sind seitens der Behörde ebensowenig vollstreckungsbedürftig wie rein begünstigende Verwaltungsakte ohne Nebenbestimmungen.

(2) Auswirkungen bei Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf öff. Verträge

Bei öff. Verträgen, die - wie gezeigt - in aller Regel gegenseitige Verträge sind, wäre jedoch eine Vollstreckung nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen auch dann möglich, wenn die Behörde die ihr obliegende Leistung noch nicht erbracht hat. Denn die beiderseitigen Vertragspflichten werden mit Vertragsschluß wirksam und durchsetzbar. Die Behörde könnte sich daher zur zwangsweisen Durchsetzung ihrer Ansprüche des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens bedienen, wenn man seine Zulässigkeit einmal unterstellt.

Dieses ist aber ein Verfahren zur Erzwingung einseitiger Ansprüche. In den Fällen, für die es geschaffen wurde, kommt eine Berücksichtigung von Gegenleistungen nicht in Frage. Eine Anwendung des Verwaltungsvollstreckungsverfahrens auf die Vertragsansprüche der Behörde würde zur Durchsetzung dieser Ansprüche ohne Berücksichtigung der von der Behörde zu erbringenden Gegenleistung führen. Denn nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen ¹⁾ ist eine Hemmung der Vollstreckung mit der Begründung, die Leistung sei nur Zug-um-Zug gegen eine von der vollstreckenden Behörde noch zu erbringende Gegenleistung geschuldet, nicht möglich. Daher könnte die Behörde mit Hilfe der Verwaltungsvollstreckungsgesetze ihre Vertragsansprüche auch dann ohne Rücksicht auf die Gegenleistung vollstrecken, wenn nach materiellem Recht der Anspruch nur Zug um Zug gegen die Gegenleistung besteht. Die Behörde hätte es daher in der Hand, durch Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze ein nach materiellem Recht bestehendes Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung faktisch aufzulösen und aus der materiell-rechtlich bestehenden Zug-um-Zug-Verknüpfung faktisch eine Vorleistungspflicht des Bürgers zu machen, die im öff. Vertrag gar nicht vereinbart war. Der Bürger muß dann u. U. seinen Anspruch erst vor dem Verwaltungsgericht einklagen.

War der Vertrag rechtmäßig und wirksam, wird er die ihm zustehende Leistung zwar bekommen, wenn auch erst nach großem Aufwand und sehr verspätet; war der Vertrag dagegen rechtswidrig oder gar nichtig, wird er u. U. mit seiner Klage abgewiesen ²⁾, hat Ärger und Kosten gehabt und muß nun sehen, die von der Behörde von ihm schon beigetriebene Leistung zurück zu bekommen, soweit eine Rückgewähr überhaupt noch möglich ist. Der alte Zustand vor Vertragsschluß wird häufig überhaupt nicht wieder herzustellen sein.

- 1) Vgl. z. B. § 5 BVwVG i. V. m. § 327 A; § 7 VwVG NW
- 2) Je nachdem, welche Ansicht man zur Wirksamkeit und Bestandskraft des öff. Vertrags vertritt. Dazu oben S. 39 - 50

Nach materiellem Recht kann eine Zug-um-Zug-Leistungspflicht jedoch nicht nur bei den beiderseitigen auf Erfüllung gerichteten (Haupt-)Leistungspflichten bestehen, sondern auch bei Sekundäransprüchen ¹⁾, etwa wenn eine Vertragspartei statt Erfüllung Schadenersatz oder teils Erfüllung, teils Schadenersatz verlangen kann; ferner dann, wenn nach einem Rücktritt vom Vertrag beiderseits Leistungen zurückzugewähren sind ^{2) 3)}. Auch in diesen Fällen könnte die Behörde die ihr zustehenden Sekundäransprüche einseitig durchsetzen ohne Rücksicht auf die Ansprüche des Bürgers. Diesem würde eine Berufung auf die materielle Rechtslage, nach der er nur zur Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet ist, nicht nützen.

Die Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze in öff. Verträgen würde somit faktisch zu einer nach materiellem Recht nicht bestehenden Vorleistungspflicht des Bürgers führen und das Gegenseitigkeitsverhältnis zerstören. Der inhaltlichen Struktur des vertraglichen Rechtsverhältnisses würde somit nur unvollkommen Rechnung getragen. Die Ansprüche des Staates und des Bürgers aus dem öff. Vertrag würden hinsichtlich ihrer Vollstreckung so verschieden behandelt, daß der nach materiellem Recht bei der Durchführung des Vertrags zu berücksichtigende Zusammenhang zwischen den Ansprüchen der beiden Parteien keine Beachtung finden könnte. Ein Anspruch im Gegenseitigkeitsverhältnis kann aus dem Zusammenhang mit seinem Gegenanspruch aber nicht gelöst werden, ohne daß sein Sinngehalt beeinträchtigt wird ⁴⁾.

c) Die Bewertung der Unterschiede als wesentlich oder unwesentlich

Bei der Feststellung der maßgebenden Wertungen war als grundlegende Aufgabe und Funktion der Verwaltungsvollstreckungsgesetze und überhaupt allen Verfahrensrechts die Verwirklichung des dem materiellen Recht entsprechenden Zustands festgestellt worden ⁵⁾. Die vorstehenden Ausführungen haben aber gezeigt,

- 1) Esser SchuldR Bd. I S. 141 für den zivilrechtlichen Vertrag
- 2) Hier besteht zwischen den Rückgewähransprüchen zwar - so die zivilrechtliche Lehre - kein echtes Gegenseitigkeitsverhältnis, aber es soll doch eine unbillige Vorleistungspflicht eines Teils vermieden werden (vgl. § 348 BGB und die Erläuterungen dazu von Palandt-Heinrichs und Erman-Westermann zu § 348 BGB).
- 3) Zu dem Fragenkreis der Leistungsstörungen im öff. Vertrag ausführlich Simons S. 129 ff und passim; bes. S. 141 ff
- 4) Zeuner S. 75 ff.
- 5) oben S. 61 - 63

daß bei einer Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf die Vollstreckung aus öff. Verträgen ein nach materiellem Recht bestehendes Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen den Vertragsansprüchen unberücksichtigt bliebe und so die gegenseitigen Ansprüche in ihrem Sinngehalt beeinträchtigt würden.

Das bedeutet, daß die Verwaltungsvollstreckungsgesetze bei einer Anwendung auf öff. Verträge ihrer Hauptaufgabe und eigentlichen Funktion nicht mehr gerecht zu werden vermögen. Die Verwaltungsvollstreckungsgesetze als Verfahrensregelungen würden den Sinngehalt der materiellen Vertragsregelung verändern, sich anpassen und 'zurechtbiegen'. Damit würden sie ihre Grenze überschritten haben und von einer "Dienerin" des materiellen Rechts zu seiner "Herrin" werden ¹⁾. Bei der Anwendung auf Verwaltungsakte dagegen werden die Verwaltungsvollstreckungsgesetze ihrer Aufgabe, den vom materiellen Recht geforderten Zustand herzustellen, in vollem Umfang gerecht ²⁾.

Das bedeutet, daß sich Verwaltungsakt und öff. Verträge in einem für die Anwendbarkeit der Verwaltungsvollstreckungsgesetze ganz entscheidenden Punkt unterscheiden, den man keinesfalls als unwesentlich ansehen kann. Deshalb ist hier keine Rechtsähnlichkeit gegeben, die eine analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze gestattete.

Auf Übereinstimmungen und Ähnlichkeiten der Vollstreckung von Verwaltungsakten und öff. Verträgen in anderen Beziehungen ³⁾ kommt es nicht mehr an, nachdem sich die gesetzlich geregelten und die unregelmäßig in diesem einen für die Vollstreckung wesentlichen Punkt unterscheiden. Zwar mag auch für öff. Verträge eine einfache, schnelle, effektive und kostensparende Vollstreckungsregelung ⁴⁾ wichtig und wünschenswert sein, insbesondere deshalb, weil es um öffentlich-rechtliche Materien und damit um Belange der Allgemeinheit geht. Doch können solche Gesichtspunkte nur insoweit berücksichtigt werden, als sie die Hauptaufgabe der Verwaltungsvollstreckungsgesetze, die Durchsetzung des vom materiellen Recht geforderten Zustands, nicht beeinträchtigen. Das wäre aber hier der Fall.

Die Folge der Unzulässigkeit einer analogen Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf die Vollstreckung von öff. Verträgen ist, daß auch der Träger öffentlicher Verwaltung, der aus dem Vertrag gegen den Bürger vollstrecken

- 1) de Boor S. 99/108
- 2) Vgl. oben S. 69 f
- 3) Etwa was den zu vollstreckenden einzelnen Anspruch angeht; vgl. oben S. 63
- 4) Vgl. oben S. 60 f

will, sich zunächst einen Vollstreckungstitel i. S. d. § 168 VwGO beschaffen muß.

Gegen ein solches Ergebnis kann auch nicht eingewandt werden, daß es der Verwaltung zu stark die Hände binde und ihr die Erfüllung ihrer Aufgaben übermäßig erschwere. Das wird klar, wenn man sich folgende Umstände vergegenwärtigt:

Der öffr- Vertrag als Handlungsform ist ohne besondere gesetzliche Ermächtigung zulässig neben dem Verwaltungsakt ¹⁾. Die Behörde entscheidet, ob sie im konkreten Fall einen Verwaltungsakt erlassen oder einen Vertrag schließen will. Wann sie diese oder jene Handlungsform wählt, steht in ihrem Ermessen. Dieses Ermessen ist im weitesten Umfang Zweckmäßigkeitserwägungen dahingehend zugänglich, welche Handlungsform für die Erfüllung der jeweils wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben und Interessen am besten geeignet ist. Diese Form wird die Verwaltung dann wählen.

Darin besteht gerade die Kunst der Verwaltungsführung ²⁾.

Bei der Auswahl der im konkreten Fall geeigneten Handlungsform muß die Verwaltung natürlich berücksichtigen, ob die jeweils maßgebenden öffentlichen Interessen erforderlichenfalls eine schnelle Durchsetzung der Verbindlichkeiten des Bürgers erfordern ³⁾. Für solche Fälle steht der Verwaltung einmal die Handlungsform des Verwaltungsaktes zur Verfügung; darüberhinaus kann die Behörde, wenn

1) h. M.: Wolff I § 44 II c 2; Kuhn § 121 Anm. 8; Bisek S. 44 f mit zahlr. Nachw. in Fußn. 186 und 187 und S. 50 ff/54; BVerwG Ur. v. 4. 2. 66 - IV C 64/65 - BVerwGE 23, 213 und Ur. v. 5. 10. 65 - IV C 26/65 - BVerwGE 22, 138; BGH Ur. v. 14. 7. 66 - III ZR 190/64 - DVBl 67, 36 (Konkordanzen zu allen Urteilen S. 40 Fußn. 1); Regierungsentwurf zum VwVerfG 1970, amtl. Begründung BTDrucks. Nr. 1173 - 6. Wahlp. - S. 62 f

2) Wolff I § 23 III b 1

3) Die Fälle, in denen die Behörde nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen ein Verhalten des Bürgers erzwingen kann ohne vorausgehenden Verwaltungsakt, (zur Verhinderung strafbarer Handlungen oder zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung), können hier außer Betracht bleiben. Denn in einem solchen Fall ist die Verwaltung jeder Entscheidung enthoben, in welcher Handlungsform sie das Notwendige anordnen soll; sie kann das Erforderliche ohne vorherige Anordnung erzwingen. Tritt aber ein solcher Eilfall nach Vertragsschluß oder nach Erlass eines Verwaltungsaktes ein, muß die Verwaltung auch dann die Möglichkeit zur sofortigen Durchsetzung des unaufschiebbar Notwendigen haben. Das Bestehen eines Verwaltungsaktes oder eines öffr. Vertrages kann in solchen Fällen kein Hindernis werden.

sie die Handlungsform des öffr. Vertrags für geeigneter und zweckmäßiger hält, einen Vertrag schließen, in dem sich der Bürger der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft ¹⁾.

Das hat den weiteren Vorteil, daß dem Bürger die Vollstreckungsmöglichkeit klar wird und er sich nicht von der Verwaltungsvollstreckung 'überfahren' fühlt, was leicht geschähe, wenn die Verwaltung allein aus der Öffentlichrehtlichkeit des Vertragsinhalts, worunter der Bürger sich in der Regel wenig oder nichts vorstellen kann, das Privileg der Verwaltungsvollstreckung ableitete, während der Bürger erst klagen müßte.

Damit stehen der Verwaltung Handlungsformen zur Verfügung, mit denen die sofortige Durchsetzbarkeit der Regelung im konkreten Fall gewährleistet werden kann. Legt sie auf diese Durchsetzbarkeit Wert, so mag sie eine solche Handlungsform wählen. Ein verwaltungspraktisches Bedürfnis nach genereller Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öffr. Verträgen besteht daneben nicht mehr.

Vielmehr erscheint es rechtspolitisch gesehen gerade wünschenswert ²⁾, den öffr. Vertrag, der ja ganz besonders im Spannungsfeld zwischen den Grundsätzen der Vertragsfreiheit und -verbindlichkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung steht ³⁾, wenigstens in den Fällen einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen, in denen er von einer Partei nicht freiwillig erfüllt wird. Denn wenn auch der öffr. Vertrag grundsätzlich allgemein neben dem Verwaltungsakt als Handlungsform zulässig ist ⁴⁾, so findet er in der Praxis jedoch überwiegend Anwendung nicht in typischen Sachlagen, die weiterhin durch Verwaltungsakt geregelt werden, sondern in atypischen und besonderen Fällen, Grenzfällen und

1) § 128 schlhLVwG; § 47 EVwVerfG 1963 und "Münchener Fassung" 1966; § 48 Regierungsentwurf 1970; Wolff I § 44 II f; Bisek S. 159 - 162; Kuhn § 128; v. d. Groeben-Knack § 128

2) Dem Verf. ist allerdings bewußt, daß einem rechtspolitischen Argument im Rahmen dieser Untersuchung, ob eine analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze möglich ist, nur die Bedeutung einer Bestätigung des vorher schon gefundenen Ergebnisses zukommen kann.

3) Vgl. Kuhn § 121 Anm. 19 ff/23, § 122 Anm. 4, § 123 Anm. 5, 7, § 126 Anm. 17; Wolff I § 44 II c 3; Bisek S. 88 ff; Menger VerwArch 52 (1961), 99/101 Fußn. 29 und S. 206/209 f; Spanner JZ 1970, 761/764; Baring DVBl 1965, 180/184

4) S. o. S. 74 Fußn. 1

gesetzlich unvollkommen geregelten Fällen ¹⁾. In solchen Zweifelsfällen ist eine gerichtliche Kontrolle aber am notwendigsten.

Eine analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze auf die Vollstreckung aus öff. Verträgen ist daher nicht möglich.

3) Exkurs: Verwaltungsvollstreckung aus gemischten privatrechtlich - öffentlich-rechtlichen Verträgen?

Die bisherigen Erörterungen gingen davon aus, daß die beiderseitigen Vertragspflichten gleichermaßen dem öffentlichen Recht, genauer dem Verwaltungsrecht, angehören. Im Anschluß daran soll nun kurz die Zulässigkeit einer Verwaltungsvollstreckung erörtert werden für Verträge, die nur zum Teil öffentlich-rechtlichen, zum andern Teil aber privatrechtlichen Inhalt haben.

Da die Möglichkeit solcher Verträge teilweise verneint wird ²⁾, ist vorab ein Wort zu ihrer Existenzmöglichkeit zu sagen. Soweit feststellbar, ist allgemein anerkannt, daß in demselben Vertrag Gegenstände geregelt werden können, die dem öffentlichen, und andere, die dem Privatrecht angehören. Dieser Vertrag, so heißt es aber dann, sei dennoch "kraft Zusammenhangs" (der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Teile) ein einheitlich öffentlich-rechtlicher Vertrag ³⁾. Nirgendwo wird allerdings begründet oder zu begründen versucht, wieso ein solcher Zusammenhang bislang privatrechtliche Rechte und Pflichten in öffentlich-rechtliche verwandeln kann.

Indessen ist ein Grund für eine solche Metamorphose nicht recht ersichtlich. Möglicherweise will man so den Schwierigkeiten aus dem Wege gehen, die sich bei Anerkennung der gemischten Verträge für Klagen aus solchen Verträgen ergeben; welcher Rechtsweg wäre gegeben, welches Verfahrensrecht wäre anzu-

- 1) Einzelbegründung zum EVwVerfG 1963 S. 192 f; amtl. Begründung zum Regierungsentwurf 1970 - BTDrucks. Nr. 1173 - 6. Wahlp. - S. 63; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 11, 12
- 2) Wolff I § 22 III g; Bisek S. 33 f; Kuhn § 121 Anm. 5 a. E.; Zuleeg S. 36 f; Jellinek S. 50; Salzwedel S. 225; Kottke S. 16; Obermayer S. 36; v. d. Groeben-Knack § 121 Anm. 3.2 und § 128 Anm. 1 a. E.; Ernst Wolf S. 10 - 12, bes. S. 12
- 3) Jellinek a. a. O.; Wolff a. a. O. verlangt "unmittelbaren Zusammenhang" und Bisek a. a. O. das Bestehen eines genetischen oder funktionellen Synalagmas.

wenden, was geschieht, wenn gegenseitige Ansprüche streitig sind, die zu verschiedenen Rechtswegen gehören usw. ? Da ein einleuchtender Grund für eine solche Verwandlung privatrechtlicher Ansprüche in öffentlich-rechtliche nicht ersichtlich ist, soll hier mit der wohl überwiegenden Meinung davon ausgegangen werden ¹⁾, daß es solche gemischten Rechtsverhältnisse gibt und ihre einzelnen Teile auch die Eigenschaft, bürgerlich-rechtlich oder öffentlich-rechtlich zu sein, beibehalten ²⁾.

Eine Verwaltungsvollstreckung kommt auch im Rahmen solcher gemischter Verträge immer nur durch die Verwaltung gegenüber dem Bürger in Betracht ³⁾. Daher ist hier auch nur auf die Vollstreckung der Vertragspflichten des Bürgers abzustellen. Dabei ergeben sich drei Möglichkeiten:

- 1) Die Frage bedarf im Rahmen der Thematik dieser Arbeit keiner näheren Erörterung.
 - 2) Baur DVBl 70, 824; Clasen DÖV 1959, 281; Baumbach-Lauterbach § 13 GVG Anm. 3 a. E.; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 30 ff; Ernst Rudolf Huber Bd. I, S. 572; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 59/66 ff; Löwer VerwArch 56 (1965), 142/147 f; Menger/Erichsen VerwArch 56 (1965), 280 ff; Molitor S. 52 ff/ bes. 54 und S. 66 ff/ bes. 66, 68, 75; Stern VerwArch 49 (1958), 106/153 und AöR 84 (1959), S. 273/323 -325; Klaus Vogel S. 144; Weitemeyer S. 86; BGH Urte. v. 25.4.60 - III ZR 81/59 - BGHZ 32, 214/216 = NJW 1960, 1457 = DÖV 1960, 598 = DVBl 1960, 561; BGH Urte. v. 21.12.64 - III ZR 70/63 - BGHZ 43, 34 = NJW 1965, 442 = JZ 1966, 443 mit Anm. v. Bettermann = MDR 1965, 275 = BB 1965, 142 = Betrieb 1965, 287 = DÖV 1965, 170 = DVBl 1965, 276 = LM Nr. 13 zu § 40 VwGO = DRspr IV (480), 33 a, zust. Anm. v. Gäthgens DRiZ 1965, 130 und bespr. v. Menger/Erichsen VerwArch 56 (1965), 278 ff; WürttVGH Urte. v. 13.12.61 - I 234/61 - ESVG 12, 1/5; OVG Münster Urte. v. 29.10.68 - VII B 568/68 - OVGE 24, 183 = NJW 1969, 524 = DRspr V (559), 81 b, zust. bespr. v. Menger und Erichsen VerwArch 61 (1970), 91; BayVGH Beschl. v. 31.3.70 - 27 I 69 - BayVBl 1970, 221.
- Die beiden letzten Entscheidungen betreffen verwaltungsgerichtliche Vergleiche. Daß dort auch Gegenstände einbezogen werden können, hinsichtlich derer der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben ist, ist h. M. (vgl. Menger und Erichsen VerwArch 61 (1970), 92; Löwer VerwArch 56 (1965), 144 mwN in Fußn. 18), also auch zivilrechtliche Elemente; a. A. Eyermann-Fröhler § 106 Rdnr. 2 und § 168 Rdnr. 6 m. w. N. Gleichwohl wird, wie Löwer a. a. O. S. 147 f bemerkt, ohne Vorbehalt gesagt, der Vergleich im Verwaltungsprozeß sei öffentlich-rechtlicher Vertrag.
- 3) Dazu oben S. 12 f

- a) Die Verpflichtungen des Bürgers sind öffentlich-rechtlicher, die der Verwaltung - ganz oder teilweise - privatrechtlicher Natur. Hier gilt das zuvor zu den rein öffentlich-rechtlichen Verträgen Gesagte entsprechend. Auch hier verlangt der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes eine gesetzliche Ermächtigung zur Verwaltungsvollstreckung. Auch hier kann diese weder aus dem geltenden Recht noch in analoger Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze gewonnen werden, und zwar aus den gleichen Gründen, die auch für die rein öffentlich-rechtlichen Verträge gelten.
- b) Die nächste Möglichkeit, daß die Verpflichtung des Bürgers privatrechtlich und die der Behörde ganz oder teilweise öffentlich-rechtlich ist, beantwortet sich danach fast von selbst; auch hier würde eine analoge Anwendung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze das vertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis mißachten. Doch kommt noch ein weiteres hinzu; die von den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen vorausgesetzte hoheitliche Verfügungsbefugnis der Verwaltung, die bei den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Bürgers noch gegeben war, entfällt hier auch. Damit fehlt auch diese Voraussetzung jeder Verwaltungsvollstreckung.
- c) Hinsichtlich der dritten Möglichkeit, daß die Verpflichtungen des Bürgers teils privatrechtlich, teils öffentlich-rechtlich sind, gilt das zu a) und b) Gesagte ebenso. Auch hier ist eine Verwaltungsvollstreckung nicht möglich.

VII. Ergebnis

Es kann daher als Ergebnis festgestellt werden, daß die Verwaltungsvollstreckungsgesetze auch nicht analog als Ermächtigungsgrundlage für eine Verwaltungsvollstreckung einer Behörde gegen einen Bürger aus einem subordinationsrechtlichen öff. Vertrag angewandt werden können. Eine solche Analogie ist weder zulässig noch möglich.

Nachdem sich bereits oben ¹⁾ ergeben hatte, daß die Verwaltungsvollstreckungsgesetze auch in direkter Anwendung nicht Ermächtigungsgrundlage sein können und auch sonst ²⁾ keine Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist, andererseits aber

1) S. 17 - 19

2) S. 19 - 21

der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes eine solche Ermächtigung erfordert ¹⁾, steht nunmehr fest, daß eine Verwaltungsvollstreckung auch im Verhältnis der Verwaltung gegenüber dem Bürger aus subordinationsrechtlichen öff. Verträgen nicht zulässig ist. Das gilt sowohl, wenn der Vertrag rein öffentlich-rechtlicher Natur ist, als auch dann, wenn es sich um einen gemischten privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt.

Bereits eingangs ²⁾ wurde festgestellt, daß eine Verwaltungsvollstreckung aus koordinationsrechtlichen öff. Verträgen überhaupt nicht, sowie bei subordinationsrechtlichen öff. Verträgen nicht durch die sonst - außerhalb des Vertrags - untergeordnete Partei möglich ist.

Es muß sich also jede Vertragspartei zunächst im verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisverfahren einen Vollstreckungstitel beschaffen, wenn sie aus einem öff. Vertrag vollstrecken will ³⁾.

VIII. Ausnahmen von der Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen?

Zum Schluß ist nun noch zu prüfen, ob es von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öff. Verträgen Ausnahmen gibt.

1) Öff. Verträge als Vollstreckungstitel i. S. d. § 168 VwGO?

Dabei sind zunächst zwei Fälle auszuschneiden, die als 'unechte Ausnahmen' bezeichnet werden können, weil die Verwaltungsvollstreckungsgesetze nicht direkt, sondern nur über § 169 VwGO anwendbar sind. Es sind dies die verwaltungsgerichtlichen Vergleichsverträge (§§ 106, 168 Ziff. 3 VwGO) und solche öff. Verträge, in denen der Bürger sich zulässigerweise und wirksam der sofortigen Zwangsvoll-

1) S. 50 - 55

2) S. 12 f

3) Außer bei einer zulässigerweise und wirksam vertraglich vereinbarten Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung

streckung unterworfen hat 1) 2). Denn der verwaltungsgerichtliche Vergleich ist Vollstreckungstitel gem. § 168 I Ziff. 3 VwGO. Der öffr. Vertrag mit Unterwerfungserklärung ist praktisch ein neuer, in Anlehnung an § 794 I Ziff. 5 ZPO geschaffener Vollstreckungstitel i. S. d. § 168 VwGO³⁾. Aus beiden wird gem. §§ 167 ff VwGO ohne vorheriges Erkenntnisverfahren vollstreckt.

2) Ausnahmen bei primär normativ begründeten Ansprüchen?

Nach LERCHE⁴⁾ soll jedoch eine vorherige Klage aus dem öffr. Vertrag auch dann nicht erforderlich und damit die Verwaltungsvollstreckung zulässig sein, wenn die betreffende Pflicht des Bürgers "primär normativ begründet" sei. Das sei denkbar in folgenden Fällen:

- einmal, wenn der Vertrag die früheren (erg. : normativen) Rechtsgrundlagen nicht aufgehoben habe, sondern diese weiterhin fortwirkten. Dann könnten die in ihnen normativ begründeten Verhaltenspflichten ebenso vollstreckt werden, wie wenn der Vertrag nicht hinzugetreten sei.
- zum andern, wenn der Vertragsschluß nur Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm sei, die bei Eintritt dieses Merkmals von sich aus dem einen Vertragspartner öffentlich-rechtliche Pflichten aufbürde.

Für den letzten Fall ist LERCHE im Ergebnis zuzustimmen⁵⁾. Doch sind die Rechtsfolgen nicht solche aus dem Vertrag, wenn die Tatsache des Vertragsschlusses nur

- 1) Soweit eine Behörde sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, kommen nicht die Verwaltungsvollstreckungsgesetze, sondern nur die §§ 170 - 172 VwGO in Betracht.
- 2) Dazu Bisek S. 160 - 163; Wolff I § 44 II f; § 47 EVwVerfG 1963 und "Münchener Fassung" 1966; § 48 Regierungsentwurf 1970; § 128 schlhLVwG; § 2 II lit c hambgVwVG; § 68 I lit b rhpf VwVG
- 3) Bisek S. 160
- 4) Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 59/84 f
- 5) Beispiele für solche Fälle nennt Lerche nicht. Das von ihm angeführte Urteil des OVG Hamburg vom 6. 8. 54 - Bf II 269/53 - VerwRspr 8, 230 gibt m. E. keinen Anhaltspunkt dafür, daß ein solcher Fall vorgelegen habe. Beispiele finden sich jedoch bei Salzwedel S. 207: Abgabenvereinbarungen zwischen einem (staatlichen oder kommunalen) Hoheitsträger und einem Bürger können z. B. als Vergleichsvertrag geschlossen werden, der die Bestimmung der konkreten Leistungspflicht selbst zum Inhalt hat oder der erst eine Berechnungsgrundlage zum Inhalt hat (etwa eine Wertveranlagung im

Tatbestandsmerkmal der Rechtsnorm ist. Gleiches gilt, wenn der Vertrag nur über ein Tatbestandsmerkmal einer Norm geschlossen wurde und die Rechtsfolge erst im Zusammenwirken mit den übrigen Tatbestandsmerkmalen der Norm eintritt. In beiden Formen beruhen die Rechtsfolgen nicht auf dem Vertrag, sondern auf der Norm; und diese kann wie jede öffr. Norm gegenüber dem Bürger durch Verwaltungsakt geltend gemacht und nach den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen vollstreckt werden. Auch hier handelt es sich demnach nicht um eine wirkliche Ausnahme von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öffr. Verträgen.

So bleibt als letzte Möglichkeit der Fall zu untersuchen, daß über eine gesetzlich bereits bestehende Verpflichtung ein öffr. Vertrag gleichen oder abweichenden Inhalts geschlossen worden ist. Hierzu meint LERCHE (a. a. O.), wenn der Vertrag die normativen Grundlagen nicht 'aufgehoben' habe, könne vollstreckt werden, wie wenn kein Vertrag geschlossen worden wäre. "Aufgehoben" werden kann eine Norm durch einen Vertrag aber nur inter partes in dem Sinne, daß die Parteien vereinbaren, daß für die Rechtsbeziehungen zwischen ihnen nicht die Norm, sondern der Vertragsinhalt maßgeblich sein soll. Ob das der Fall ist, ist somit nach dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen zu entscheiden. Wenn die Parteien aber einen Vertrag schließen, ist grundsätzlich davon auszugehen, daß sie dann ihre Rechtsbeziehungen (soweit im Vertrag behandelt) auf diese Rechtsgrundlage stellen wollen, auch dann, wenn der Vertrag inhaltlich mit der von der Rechtsnorm angeordneten Rechtsfolge übereinstimmt.

Denn einmal kann man fragen, wozu die Parteien sonst einen Vertrag schließen. Zum anderen bestehen, wenn die Parteien diesen Willen nicht haben, m. E. erhebliche Zweifel, ob man überhaupt noch von einem Vertrag sprechen kann. Vieles spricht dann für die Annahme einer unverbindlichen Absprache. Denn wenn die Parteien mit dem "Vertrag" keinerlei Rechtsfolgen herbeiführen wollen, so haben sie keinen Rechtsfolgewillen, keinen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen und geben daher keine Willenserklärungen ab: ein Vertrag kommt dann überhaupt nicht zustande.

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 80:

Steuerrecht oder die Einstufung in eine Gefahrklasse im Berufsgenossenschaftsrecht). Im letzteren Falle hat der öffr. Vertrag zum Inhalt nur ein Tatbestandsmerkmal einer Rechtsnorm, die ihrerseits selbst die Leistungspflicht anordnet. Die Leistungspflicht entsteht aus der Norm unmittelbar.

Haben die Parteien über bereits bestehende gesetzliche Verpflichtungen einen Vertrag geschlossen, so können die vertragliche und die gesetzliche Verpflichtung allenfalls nebeneinander bestehen ¹⁾. Die Verwaltungsvollstreckung könnte dann aber nur zulässig sein zur Vollstreckung der gesetzlichen Verpflichtung. Wenn die Behörde aber über eine ohnehin bereits gesetzlich bestehende Verpflichtung einen Vertrag schließt, bringt sie dadurch zum Ausdruck, daß der Vertrag jetzt die maßgebliche Grundlage sein soll. Wollte sie nunmehr unter Außerachtlassung des Vertrags aus dem gesetzlichen Anspruch vorgehen, so verstieße das gegen Treu und Glauben.

Doch auch dies ist keine Frage der Verwaltungsvollstreckung aus einem öff. Vertrag, sondern eine Frage der Geltendmachung und Vollstreckung normativer Ansprüche neben einem öff. Vertrag.

Der einzige Fall, in dem das von LERCHE skizzierte Fortwirken der früheren normativen Rechtsgrundlagen neben dem öff. Vertrag wirklich zu Zweifeln führen kann, ob für die Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung auf den Vertrag oder auf die durch ihn gestaltete Norm abzustellen ist, ist der außergerichtliche sog. deklaratorische Vergleichsvertrag. Hier kann ein Vertrag geschlossen werden, neben dem die alte Rechtsgrundlage, auf die die im Vertrag behandelten Rechte und Pflichten ursprünglich gestützt waren, noch weiter fortbesteht, auch 'inter partes'. Hier wird dann nicht vollstreckt "der Vergleichsvertrag", sondern die auf der alten Rechtsgrundlage weiterhin beruhenden Rechte und Pflichten in der Form, die sie durch den Vergleich gefunden haben ¹⁾. Dies ist aber eine Besonderheit speziell des Vergleichsvertrags. Sie kann nicht allgemein auf alle öff. Verträge angewandt werden. Wenn den zu vollstreckenden Ansprüchen die Eigenschaft, vertraglich zu sein, in solchen Vergleichsverträgen letztlich fehlen sollte, so bestünde allerdings auch die Möglichkeit, diese Ansprüche so zu vollstrecken, wie sie zu vollstrecken gewesen wären ohne den Abschluß des deklaratorischen Vergleichsvertrags, unter Umständen also auch im Wege des Verwaltungszwangs.

3) Ergebnis

Diese Überlegungen haben gezeigt, daß es bei den Ausnahmen von der Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung gar nicht um wirkliche Ausnahmen geht, sondern vielmehr um die Frage, wenn ein zu vollstreckender Anspruch wirklich ein

vertraglicher Anspruch ist, ferner um die Frage des Verhältnisses des Vertragsanspruchs zu dem zugrunde liegenden gesetzlich normierten Anspruch. Es hat sich also ergeben, daß die Unzulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung vertraglicher Ansprüche aus öff. Verträgen ohne Ausnahme gilt. Das oben gewonnene Ergebnis ¹⁾ ist damit bestätigt.

1) Löwer VerwArch 56 (1965), 236/262 f

1) Seite 78/79

ZWEITER TEIL:
DER RECHTSWEG FÜR KLAGEN AUS ÖFFENTLICH -
RECHTLICHEN VERTRÄGEN

Nachdem der erste Teil der Arbeit ergeben hat, daß zur zwangsweisen Durchsetzung der Vertragsansprüche eine vorherige gerichtliche Klage erforderlich ist, stellt sich für den Gläubiger des Vertragsanspruchs zwangsläufig als nächstes die Frage, vor welchem Gericht er eine solche Klage erheben muß.

Die geltende gesetzliche Abgrenzung des Zivilrechtswegs vom Verwaltungsrechtsweg bereitet ihm jedoch mancherlei Schwierigkeiten dabei, den für sein Klagebegehren zuständigen Rechtsweg zu finden, und zwar nicht nur bei gemischten privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Verträgen, sondern auch bei den rein öffentlich-rechtlichen Verträgen. Mit diesem Problem befaßt sich der zweite Teil der vorliegenden Untersuchung.

I. Die rein öffentlich-rechtlichen Verträge

Aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts entstehen für beide Parteien klagbare Erfüllungsansprüche. Für diese Klagen ist nach § 40 I VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

Werden von den Vertragsparteien die ihnen aus dem öff. Vertrag obliegenden Verpflichtungen nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht in der rechten Weise erfüllt, mit anderen Worten: treten Leistungsstörungen ein, so können neben die primären Erfüllungsansprüche oder an ihre Stelle Sekundäransprüche treten. Denn auch im Verwaltungsrecht gilt der allgemeine Grundsatz, daß jede zu vertretende Forderungsverletzung den dafür Verantwortlichen mit einer Haftungsfolge belastet 1).

Als Rechtsfolgen dieser Haftung kommen insbesondere in Betracht: Rücktritt vom Vertrag oder einfaches Abstehen von der weiteren Erfüllung des Vertrags sowie

1) Wolff I § 44 III b 2; v. d. Groeben-Knack § 129 Anm. 3; BVerwG Urt. v. 20.3.63 - VI C 196/60 - DVBl 1963, 677/678 = VerwRspr 16, 427 und Urt. v. 24.8.61 - II C 165/59 - BVerwGE 13, 17/21 f = NJW 1961, 2364 = DVBl 1962, 151, 181 = DÖV 1961, 870 = VerwRspr 14, 277 = JZ 1962, 31; OVG Koblenz Urt. v. 19.2.64 - II A 62/63 - DVBl 1964, 773 ff = ZBR 1964, 242 = DRspr V (556) 71 a

Schadensersatzansprüche neben oder an Stelle der Erfüllungsansprüche 1). Diese Sekundäransprüche sind wie die Erfüllungsansprüche, neben oder an deren Stelle sie treten, öffentlich-rechtlicher Natur und fallen deshalb grundsätzlich ebenfalls unter die Generalklausel des § 40 I VwGO.

1) Rücktritt und Abstehen vom Vertrag

Die danach gegebene Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte wird - soweit ersichtlich - für Rücktrittsansprüche nicht in Zweifel gezogen. Denn durch die Rücktrittserklärung werden öff. Rechtsbeziehungen gestaltet, und bei der danach erforderlichen Rückgewähr schon erbrachter Leistungen wird nicht selten der Fall eintreten, daß die beteiligte Behörde zu diesem Zweck eine Amtshandlung vornehmen muß. Dazu kann aber im Streitfalle nur ein Verwaltungsgericht verurteilen 2). Deshalb muß über das Rücktrittsrecht von den Verwaltungsgerichten entschieden werden.

Dasselbe gilt für ein Abstehen vom Verträge in der Weise, daß die bereits erbrachten Leistungen beim Vertragspartner verbleiben bzw. nach Bereicherungsrecht zurückgewährt werden und daß im übrigen der Vertrag nicht weiter erfüllt wird 3).

2) Schadensersatzansprüche

- a) Die beiden Meinungen zur Frage des Rechtswegs und ihre Konsequenzen, dargestellt an Fallgruppen

Fraglich ist jedoch, welcher Rechtsweg für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öff. Verträge gegeben ist. Nach § 40 II 1 VwGO ist der ordentliche

1) Wolff a. a. O.; Simons S. 141 ff

2) Vgl. etwa die allg. M. zu § 839 BGB, wonach das Zivilgericht eine Behörde nicht zur Vornahme einer Amtshandlung verurteilen kann. BGH Urt. v. 25.6.64 - KZR 4/63 - NJW 1964, 2208/2209 f = MDR 1964, 909 = JZ 1964, 771 (Leits.) = BB 1964, 1098 = LM Nr. 1 zu § 368 n RVO; OLG Hamm Urt. v. 4.11.69 - 9 U 223/69 - NJW 1970, 518

3) Simons S. 143

Rechtsweg gegeben für "Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten". Da die in einem öff. Vertrag beiderseits entstehenden Rechte und Pflichten öffentlich-rechtlicher Natur sind, sind die daraus entstehenden Schadensersatzansprüche solche "aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten". Sie werden daher zweifellos vom Wortlaut dieser Vorschrift erfaßt.

Die einhellige Meinung der Rechtsprechung ¹⁾ und die überwiegende Meinung im Schrifttum ²⁾ hält daher den Zivilrechtsweg für gegeben.

- 1) BGH Urt. v. 21. 12. 64 - III ZR 70/63 - BGHZ 43, 34 ff (Konkordanzen S. 8 Fußn. 4); Urt. v. 25. 2. 65 - VII ZR 79/63 - BGHZ 43, 269 = NJW 1965, 1179 = DÖV 1965, 642 = MDR 1965, 473 = BB 1965, 438 = LM Nr. 15/16 zu § 40 VwGO mit Anm. v. Rietschel = DRspr V (556) 76 a; zuletzt Urt. v. 27. 4. 70 - III ZR 114/68 - DVBl 1970, 681; BVerwG Urt. v. 19. 6. 68 - V C 23. 62 - DVBl 1968, 654; OVG Münster Urt. v. 15. 4. 64 - III A 871/62 - MDR 1964, 955 = DRspr V (556) 70 a; sinngemäß auch LG Köln Urt. v. 18. 12. 64 - 12 S 259/64 - NJW 1965, 1440 = DRspr V (556) 75 a, krit. bespr. v. Menger/Erichsen VerwArch Bd. 57 (1966), 73 ff. Für Ersatzansprüche aus öff. Benutzungsverhältnissen auch: BVerwG Urt. v. 14. 2. 62 - V C 11 und 16. 61 - BVerwGE 14, 1 ff = DVBl 1962, 413 = DÖV 1962, 464 = MDR 1962, 600 = NJW 1962 1412; BGH Urt. v. 7. 2. 63 - III ZR 170/61 - DVBl 1963, 438 = DÖV 1963, 516 = VerwRspr 15, 882 = MDR 1963, 481 = VersR 1963, 477 = LM Nr. 9 zu § 40 VwGO; Urt. v. 30. 9. 63 - III ZR 83/62 - NJW 1964, 41 ff, 402 = MDR 1964, 33 = BB 1963, 1357 = LM Nr. 4 zur FernsprechO, dazu Erichsen in DÖV 1965, 158, Urt. v. 30. 9. 70 - III ZR 87/69 - NJW 1970, 2208 = JZ 1971, 94 (mit zust. Anm. v. Baur), das die Zulässigkeit des Zivilrechtswegs stillschweigend ohne besondere Prüfung bejaht; BayObLG Urt. v. 22. 2. 68 - 1 a Z 237/67 - DÖV 1968, 808 = BayVBl 1968, 286 = Der Bayerische Bürgermeister 1968, 271 = BayObLGZE 1968, 34, bespr. v. Menger/Erichsen VerwArch Bd. 60 (1969), 180; zweifelnd OVG Lüneburg Urt. v. 29. 3. 68 - I A 54/66 - DÖV 1968, 803 ff = DRspr V (556) 112 a/b, bespr. v. Menger/Erichsen VerwArch Bd. 60 (1969), 179 ff
- 2) Eckert DVBl 1962, 11/20; Lerche in Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II, S. 69 f; Brückler DRiZ 1964, 372 f; Menger/Erichsen VerwArch Bd. 56 (1965), 278/283 ff; Bd. 60 (1969), 179 ff; Jaenicke S. 85 und 121 mit Fußn. 193; Peters/Sautter/Wolff Anm. 9 b zu § 51 SGG; Soergel-Siebert-Glaser § 839 Rdnr. 18, 158, 166; Baumbach-Lauterbach Anm. 6 B zu § 13 GVG; Schwerdtfeger JuS 1970, 175/176.

Diese Ansicht hat außer dem Wortlaut des § 40 II 1 VwGO auch gewichtige sachliche Gründe für sich, deren bedeutendster der enge Sachzusammenhang der vertraglichen Schadensersatzansprüche mit solchen aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) ist. Für die Amtshaftungsansprüche darf nach Art. 34 Satz 3 GG der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden - oder positiv gesagt: muß der ordentliche Rechtsweg zulässig sein.

Beispiel:

Ein Bürger hat mit einer Behörde einen öff. Vertrag geschlossen. Die Behörde verletzt die ihr daraus obliegenden Pflichten und dem Bürger entsteht daraus ein Schaden.

Als Anspruchsgrundlage kommt hier zunächst einmal ein vertraglicher Schadensersatzanspruch in Betracht. Doch wird in den meisten Fällen zugleich ein Amtshaftungsanspruch möglich sein, denn bei dem herrschenden weiten Begriff der Amtspflicht i. S. d. § 839 BGB wird bei einer schuldhaften Verletzung öff. Pflichten in den allermeisten Fällen auch eine Amtspflichtverletzung i. S. d. § 839 BGB vorliegen ¹⁾. Da für diese der Zivilrechtsweg gegeben ist, spricht neben dem Wortlaut des § 40 II 1 VwGO dieser Sachzusammenhang für die h. M. .

Der vertragliche Schadensersatzanspruch kann aber nur dann in einem Verfahren zusammen mit dem Amtshaftungsanspruch entschieden werden, wenn er auf Geldersatz gerichtet ist, nicht aber, wenn mit dem vertraglichen Schadensersatzanspruch Naturalrestitution verlangt wird ²⁾.

Demgegenüber ist die Gegenmeinung der Ansicht, alle Ansprüche aus dem einheitlichen öff. Vertrag müßten von den Verwaltungsgerichten entschieden werden ³⁾, da der Sachzusammenhang zwischen den Erfüllungs- und Schadensersatzansprüchen aus dem einheitlichen Verträge enger sei und Vorrang haben müsse.

Bevor auf diesen Meinungsstreit eingegangen werden kann, sollen zunächst einmal an einigen Fallgruppen die Konsequenzen der h. M. aufgezeigt und notwendige Einschränkungen gemacht werden. Dabei wird dann auch deutlich werden, für welche Fälle dieser Streit praktische Bedeutung hat.

- 1) Menger/Erichsen VerwArch Bd. 56 (1965), S. 278/285 und Bd. 60 (1969), 180 ff.
- 2) Dazu unten 7. Fallgruppe
- 3) Wolff I § 44 III f 2; Simons S. 199 f; Schmitt BayVBl 1966, 304/307; Redeker DÖV 1966, 543/546; Redeker-von Oertzen § 40 Rdnr. 26; Beinhardt VerwArch Bd. 55 (1964), 260; ähnlich auch OVG Lüneburg Urt. v. 29. 3. 68 - I A 54/66 - DÖV 1968, 803/806.

1. Fallgruppe: Schadensersatzansprüche der Behörde gegen den Bürger

Auch die h. M. ¹⁾ wendet den § 40 II 1 VwGO nicht auf alle Schadensersatzansprüche aus öff. Verträgen an, sondern nur auf solche, die der Bürger gegen den Staat erhebt, nicht aber auf Schadensersatzansprüche des Staates gegen den Bürger. Denn hier besteht kein Sachzusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen, da der Bürger ja nicht aus § 839 BGB, Art. 34 GG haften kann. Deshalb soll es hier, obwohl der Wortlaut des § 40 II 1 VwGO auch diese Ansprüche mitumfaßt, bei der Grundregel des § 40 I VwGO bleiben. Die Konsequenz davon ist, daß verschiedene Rechtswege gegeben sind, wenn aus einem subordinationsrechtlichen öff. Vertrag beide Seiten Schadensersatzansprüche gegeneinander haben ²⁾.

2. Fallgruppe: Schadensersatzansprüche aus koordinationsrechtlichen öff. Verträgen.

Beschränkt man die Anwendbarkeit des § 40 II 1 VwGO mit der h. M. auf solche Schadensersatzansprüche, bei denen ein Sachzusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen bestehen kann ³⁾, so muß man auch Schadensersatzansprüche aus koordinationsrechtlichen öff. Verträgen von § 40 II 1 ausnehmen; sie sind nach § 40 I VwGO vor den Verwaltungsgerichten zu verhandeln.

Denn wenn an dem Vertrag auf beiden Seiten Private beteiligt sind, können diese keine Amtspflichtverletzungen gegeneinander begehen.

Sind dagegen an dem öff. Vertrag zwei Träger öffentlicher Verwaltung beteiligt, so ist auf beiden Seiten eine Amtspflichtverletzung möglich. Einem Träger öffent-

- 1) BGH Urt. v. 25.2.65 - VII ZR 79/63 - BGHZ 43, 269; OVG Lüneburg Urt. v. 29.3.68 - I A 54/66 - DÖV 1968, 803; Redeker/von Oertzen § 40 Rdnr. 26; Menger/Ericksen VerwArch Bd. 60 (1969), 179 f; Wolff I § 44 III f 2; Saure S. 131; BVerwG Urt. v. 21.2.64 - VI C 8/61 - BVerwGE 18, 72/78 = DVBl 1964, 761; dagegen wollen Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 80, 95 sämtliche vertraglichen Schadensersatzansprüche dem Zivilrechtsweg zuweisen.
- 2) Das wird auch vom BVerwG Urt. v. 26.5.67 - IV C 95.65 - BVerwGE 27, 131/132 in einem obiter dictum als Nachteil der einschränkenden Auslegung des § 40 II 1 VwGO angemerkt; allerdings ohne zu berücksichtigen, daß für Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche ohnehin verschiedene Rechtswege gegeben sind.
- 3) Menger/Ericksen VerwArch Bd. 56 (1965), 278/284; auch der BGH a. a. O. scheint sich dafür auszusprechen.

licher Verwaltung kann grundsätzlich auch ein Amtshaftungsanspruch zustehen ¹⁾, jedoch müßte er dann zu dem anderen Träger öffentlicher Verwaltung, von dem er Ersatz verlangt, in Bezug auf den Gegenstand der jeweiligen Regelung in einem Subordinationsverhältnis stehen ²⁾. Denn nach der Ratio des § 839 BGB stehen Amtshaftungsansprüche nur dem Gewaltunterworfenen gegen den Gewalthaber zu ³⁾, und es ist kein Grund ersichtlich, davon Ausnahmen zu machen. Stehen die beteiligten Träger öffentlicher Verwaltung sonst in Bezug auf den Gegenstand des Vertrages in einem Subordinationsverhältnis zueinander, so handelt es sich um einen subordinationsrechtlichen öff. Vertrag und nicht um einen koordinationsrechtlichen. Daraus folgt, daß in diesen Verträgen die beteiligten Träger öffentlicher Verwaltung - ebensowenig wie Privatleute untereinander - Amtshaftungsansprüche haben können. Ein Sachzusammenhang mit vertraglichen Schadensersatzansprüchen ist daher nicht möglich. Die Schadensersatzansprüche aus koordinationsrechtlichen öff. Verträgen sind daher, wenn man den Gedanken der h. M. und Rechtsprechung konsequent weiterverfolgt, insgesamt nach § 40 I VwGO vor den Verwaltungsgerichten zu verhandeln ⁴⁾.

Da die Gegenmeinung ohnehin alle Ansprüche aus öff. Verträgen den Verwaltungsgerichten zuweisen will, herrscht insoweit noch Übereinstimmung. Der Streit hat sich vornehmlich an den beiden folgenden Fallgruppen entzündet.

- 1) BGH Urt. v. 27.5.57 - III ZR 7/56 - BGHZ 24, 302 ff = NJW 1957, 1235 = BB 1957, 1039 = JZ 1958, 162 mit abl. Anm. v. Bettermann; BGH Urt. v. 9.1.58 - III ZR 95/56 - BGHZ 26, 232/234 = NJW 1958, 629 = MDR 1958, 311; BGH Urt. v. 5.5.58 - III ZR 125/57 - BGHZ 27, 210 = NJW 1958, 1392 = MDR 1958, 587; BGH Urt. v. 31.3.60 - III ZR 43/59 - BGHZ 32, 145/146 = NJW 1960, 1005 = MDR 1960, 475 = LM Nr. 61 zu § 839 (C) BGB und Nr. 25 zu § 839 (Fe) BGB; OLG Düsseldorf Urt. v. 19.4.56 - 1 U 249/55 - NJW 1956, 1112; Soergel-Siebert-Glaser § 839 Rdnr. 189
- 2) Bettermann JZ 1966, 445/447 zu BGH Urt. v. 21.12.64 - III ZR 70/63 - BGHZ 43, 34 (Konkordanzen oben S. 77 Fußn. 2). Darauf laufen auch die Formulierungen des BGH (vorige Anm., BGHZ 32, 147) hinaus, wenn er sagt, die Beteiligten müßten "gleichsam als Gegner" auftreten und bei den vorzunehmenden Amtspflichten müßten widerstreitende Interessen der Beteiligten vorliegen. Die in Anm. 1 zitierten Entscheidungen haben auch sämtlich Fälle zum Gegenstand, in denen eine Behörde gegen eine ihr übergeordnete, ihr gegenüber weisungsbefugte Körperschaft klagt.
- 3) Bettermann a. a. O. S. 447
- 4) Bettermann a. a. O. S. 447

3. Fallgruppe: Aufrechnungsfälle und Feststellungsklagen.

Beispiel:

Eine Behörde klagt gegen einen Bürger einen auf Zahlung eines Geldbetrages gerichteten Erfüllungsanspruch aus einem öff. Vertrag ein. Der Bürger erklärt im Prozeß die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch, den er aus diesem Vertrag gegen die Behörde hat.

Wird in diesem Beispiel der Gegenanspruch vom Kläger bestritten, so kann das Verwaltungsgericht über die Wirksamkeit der Aufrechnung nicht entscheiden. Denn nach § 173 VwGO i. V. m. § 322 II ZPO würde das verwaltungsgerichtliche Urteil auch über diesen Gegenanspruch eine rechtskräftige Entscheidung aussprechen. Da über diesen Anspruch aber gem. § 40 II 1 VwGO die Zivilgerichte zu entscheiden haben, wäre das ein Verstoß gegen die Rechtswegzuständigkeiten. Daher kann nach h. M. das Gericht nur dann über die Gegenforderung entscheiden, wenn es für eine Klage auf Erfüllung derselben Forderung zuständig wäre ¹⁾. Es müßte also ohne Berücksichtigung der Aufrechnung entscheiden und die Klage eventuell zusprechen, obwohl nach materiellem Recht der Anspruch infolge Aufrechnung bereits erloschen ist.

Andererseits könnte der beklagte Bürger nun vor dem Zivilgericht nicht mehr auf Erfüllung seines Gegenanspruchs klagen, da dieser durch die zwar vom Verwaltungsgericht nicht berücksichtigte, materiellrechtlich aber wirksame Aufrechnungserklärung bereits erloschen ist.

Zur Vermeidung eines derart unbilligen Ergebnisses sind verschiedene Lösungsvorschläge gemacht worden. Die Rechtsprechung arbeitet hier mit einer erweiternden Auslegung des § 148 ZPO und seiner Entsprechungen in § 94 VwGO, § 114 II SGG und § 74 FGO, wobei die nach diesen Vorschriften gegebene Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Gegenforderung in eine Aussetzungspflicht umgedeutet wird ²⁾.

- 1) BGH Urt. v. 30.1.58 - VII ZR 33/57 - BGHZ 26, 304/305 = NJW 1958, 543 = MDR 1958, 229 = BB 1958, 304 = LM Nr. 22 zu § 322 BGB; BSG Urt. v. 26.6.63 - 1 RA 21/60 - BSGE 19, 207/209 f = NJW 1963, 1844 = MDR 1963, 876 = SGB 1964, 19 = SozR RVO § 1299 Aa 9 Nr. 6; BayVGH Beschl. v. 27.4.59 - 69 III 58 - BayVGHE n. F. 12, 75/77; Blomeyer § 60 I 1 b; Henckel ZZP 74 (1961), 165/185; Grunsky Grundlagen S. 129 und JZ 1965, 391/392 Fußn. 8; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 38 f; Fischer S. 110; a. A. Baur Festschrift f. v. Hippel S. 1 ff.
- 2) BGH Urt. v. 11.1.55 - I ZR 106/53 - BGHZ 16, 124/138 ff = NJW 1955, 497 = LM Nr. 2 zu § 148 ZPO, Urt. v. 30.5.56 - V ZR 189/54 - BGHZ

GRUNSKY ¹⁾ und PETERS-SAUTTER-WOLFF ²⁾ weisen zudem darauf hin, daß diese Vorschriften voraussetzen, daß das andere Rechtsverhältnis, hier also das Bestehen der Gegenforderung, "den Gegenstand eines anderen anhängigen (!) Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde zu entscheiden ist" ³⁾. Daraus folgern PETERS-SAUTTER-WOLFF (a. a. O.), daß die Vorschriften, wenn kein Rechtsstreit anhängig sei, nur entsprechend anwendbar seien; GRUNSKY (a. a. O.) hält diesen Lösungsweg deshalb nicht für gangbar. Nach EYERMANN-FRÖHLER ⁴⁾ soll das Gericht dem Beklagten unter Fristsetzung aufgeben, den Rechtsstreit bei dem anderen Gericht anhängig zu machen und dann zur Aussetzung verpflichtet sein.

Ein anderer, am materiellen Recht ansetzender Lösungsversuch will die prozessual unzulässige Aufrechnung auch als materiell unwirksam ansehen ⁵⁾.

Fortsetzung der Fn. 2) von S. 90:

21, 18/29 f = NJW 1956, 1356 = LM Nr. 9 zu § 767 ZPO, Beschl. v. 12.12.63 - V BLW 12/63 - BGHZ 40, 338/339 f = NJW 1964, 863 = MDR 1964, 310 = LM Nr. 38 zu § 387 BGB; BSG a. a. O. S. 210; BayVGH a. a. O. und Urt. v. 20.7.60 - 128 IV 59 - DVBl 1960, 646; Blomeyer § 60 I 1 b; Baumbach-Lauterbach § 148 Anm. 2 A; Lent-Jauernig § 45 III; Stein-Jonas-Pohle § 145 Anm. VI 2 a, d; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 40, § 98 Rdnr. 5; Kreft S. 241/255; Peters-Sautter-Wolff § 114 Anm. 1, Anm. zu § 59 am Ende und § 141 Anm. 3 b cc; Saure S. 142; Rosenberg-Schwab § 106 III 1 e

- 1) Grundlagen S. 130
- 2) a. a. O. § 114 Anm. 1
- 3) So alle oben S. 90 genannten Vorschriften
- 4) § 94 Rdnr. 4; ebenso Baumbach-Lauterbach § 13 GVG Anm. 5 F
- 5) Henckel ZZP 74 (1961), 165 ff; ihm zustimmend Blomeyer § 60 II 4 c und Bruns § 29 IV; ferner: Thomas-Putzo § 145 Anm. II 4; Schwab Festschr. für Nipperdey (1965) Bd. I S. 939/951 ff; Asper S. 78.

Das wird, soweit man sich um eine Begründung bemüht, teils mit der Anwendung des Rechtsgedankens des § 139 BGB erreicht, indem man sagt, auf die Prozeßaufrechnung, die nach h. M. gleichzeitig materiell-rechtliche Aufrechnungserklärung und prozessuale Geltendmachung dieser Aufrechnung ist (Schwab a. a. O. mit Nachw.), sei der Rechtsgedanke des § 139 BGB anzuwenden mit der Folge, daß auch die materielle Aufrechnungserklärung wirkungslos sei, wenn die Aufrechnungseinrede prozessual unzulässig sei (Schwab a. a. O.; Rosenberg-Schwab § 106 III 2). Oder man will die materielle Aufrechnungserklärung stets als unter der Bedingung erklärt ansehen, daß über sie sachlich entschieden wird (Asper S. 78).

Schließlich wird vorgeschlagen ¹⁾, das Verfahren aufzuspalten und zunächst über den Bestand der Klageforderung durch Urteil (Vorbehalts- oder Zwischenurteil) zu entscheiden und anschließend, soweit noch erforderlich, den Prozeß vor dem Gericht weiterzuführen, das zur Entscheidung über die Gegenforderung zuständig ist ²⁾. In allen Fällen sind aber zwei Prozesse zur Klärung von Forderung und Gegenforderung erforderlich.

Entsprechend ist die Lage, wenn der Bürger vor dem Zivilgericht einen Schadensersatzanspruch aus einem öffr. Vertrag einklagt und die Behörde mit einem Erfüllungsanspruch aufrechnen möchte, den der Kläger bestreitet.

Dasselbe gilt, wenn mit dem Gegenanspruch nicht aufgerechnet, sondern Widerklage erhoben werden soll (§ 173 VwGO i. V. m. § 33 I, II ZPO) ³⁾.

Zwei Prozesse führen muß der Kläger auch in folgendem Fall; der klagende Bürger hat vor dem Zivilgericht einen Schadensersatzanspruch eingeklagt. Die Behörde bestreitet, daß überhaupt ein öffr. Vertrag zustandegekommen sei. Da der Kläger später auch noch Erfüllungsansprüche geltend machen will, möchte er das Bestehen des Vertrags rechtskräftig feststellen lassen und Zwischenfeststellungsklage erheben. Diese ist aber vor dem Verwaltungsgericht zu erheben und der Schadensersatzprozeß ist nach § 148 ZPO auszusetzen bis zur Entscheidung über den Feststellungsantrag.

1) Von Grunsky Grundlagen S. 130, 306 ff und JZ 1965, 391/398 f

2) Ähnlich Fischer S. 110; Grunsky a. a. O. und Saure S. 142 ff/154 für das Zusammentreffen von Anspruchsgrundlagen, die in verschiedenen Rechtswegen zu entscheiden sind. Konstruktiv wird das mit einer Differenzierung von Streit- und Urteilsgegenstand erreicht (Fischer S. 80 ff). Das Erstgericht soll den Rechtsstreit bezüglich des nicht erledigten Teils des Streitgegenstands an das zuständige Zweitgericht verweisen.

3) Peters-Sautter-Wolff § 100 Anm. 2; BSG Urt. v. 1. 3. 63 - 2 RU 152/60 - BSGE 18, 293 = SozR § 839 BGB Aa Nr. 2; Eyermann-Fröhler § 89 Rdnr. 4 i. V. m. Vorbem. 1 Ziff. 8 vor § 81; Schunck-DeClerk § 89 Anm. 2 a i. V. m. § 81 Anm. 3; Baumbach-Lauterbach Anhang nach § 253 Anm. 2 B

4. Fallgruppe: Schadensersatzansprüche neben Erfüllungsansprüchen

Ebenfalls sind zwei Prozesse erforderlich, wenn der Bürger aus dem öffr. Vertrag primär Erfüllung verlangt und daneben Schadensersatz, etwa wegen teilweiser Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder Verzug; er muß vor dem Verwaltungsgericht auf Erfüllung (§ 40 I VwGO) und vor dem Zivilgericht auf Schadensersatz klagen (§ 40 II 1 VwGO). Das gilt sogar, wenn er nur Verzugszinsen verlangt, denn auch sie sind Ersatz für Vermögensschaden ¹⁾, entstanden aus einer Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten.

Ein unbefriedigendes Ergebnis ergibt sich aber auch in folgender Situation: Klagt ein Bürger aus einem öffr. Vertrag vor dem Verwaltungsgericht auf Erfüllung und stellt sich dann heraus, daß die verlangte Leistung durch Verschulden des Beklagten unmöglich geworden ist, oder wird sie erst während des Prozesses unmöglich, so muß seine Erfüllungsklage kostenpflichtig als unbegründet abgewiesen werden. Wegen der Verschiedenheit der Rechtswege für die Erfüllungs- und die Schadensersatzansprüche würde der Kläger seine Klage selbst unzulässig machen, wenn er seinen Klagantrag gem. § 173 VwGO i. V. m. § 268 Ziff. 3 ZPO auf Schadensersatz umstellte, was er sonst ohne weiteres könnte, da in dieser Umstellung keine Klageänderung liegt ²⁾. Der Gläubiger müßte neu klagen und hätte die Kosten des ersten Verfahrens auch dann zu tragen ³⁾, wenn er von der Unmöglichkeit der Leistung bei Klageerhebung weder wußte noch wissen konnte, ferner wenn der Schuldner die Unmöglichkeit während des ersten Prozesses schuldhaft herbeiführt hat.

Die Fälle dieser und der vorherigen Fallgruppe werden zwar von der h. M. methodisch einwandfrei gelöst. Jedoch wären zwei Prozesse nicht erforderlich,

1) BVerwG Urt. v. 14. 2. 62 - V C 11 und 16. 61 - BVerwGE 14, 1 ff; OVG Münster Urt. v. 15. 4. 64 - III A 871/62 - MDR 1964, 955; (Konkordanzen oben S. 86 Fußn. 1). Das wird sogar von entschiedenen Anhängern der h. M. für wenig zweckmäßig gehalten: Eckert DVBl 1962, 11/20; Brückler DRiZ 1964, 372/373; jetzt vorsichtig einschränkend BVerwG Urt. v. 17. 2. 71 - IV C 86/68 - NJW 1971, 1053 f.

Zu der Frage, wann aus öffentlich-rechtlichen Geldforderungen Verzugszinsen verlangt werden können: Simons S. 144 und Wolff I § 44 III b 6. Für Verträge wird man den Anspruch auf Verzinsung wohl grundsätzlich für möglich halten müssen.

2) Redeker-v. Oertzen § 91 Rdnr. 2; Eyermann-Fröhler § 91 Rdnr. 7; Baumbach-Lauterbach § 268 Anm. 2 D, 4; Rosenberg-Schwab § 102 I 3 b

3) Jedenfalls vorläufig; ob er sie im Folgeprozeß eventuell mit als Schaden geltend machen kann, ist eine andere Frage.

wenn - wie die Gegenmeinung verlangt - die Verwaltungsgerichte über alle Ansprüche aus dem öff. Vertrag entscheiden könnten. So könnten beim Zusammentreffen von Schadensersatz- und Erfüllungsansprüchen mehrere Klageanträge (Klagehäufung, § 44 VwGO) gestellt und im zuletzt geschilderten Fall der Klageantrag auf Schadensersatz umgestellt werden (§ 173 VwGO i. V. m. § 268 Ziff. 3 ZPO).

Andererseits bleibt aber auch dann ein zweiter Prozeß wegen eines zugleich vorliegenden Amtshaftungsanspruchs möglich ¹⁾, eine Möglichkeit, von der sicher dann häufig Gebrauch gemacht wird, wenn der vertragliche Schadensersatzanspruch ganz oder teilweise abgewiesen wurde.

5. Fallgruppe: Schadensersatzanspruch oder Rücktritt vom Vertrag

Waren die Ergebnisse beider Meinungen in den bisherigen Fallgruppen aus Gründen der Prozeßökonomie und der Prozeßkosten wenig erfreulich, so besteht die Gefahr von Rechtsschutzlücken, wenn es darum geht, ob der Kläger Schadensersatz verlangen oder vom Vertrag zurücktreten kann.

Eingangs war festgestellt worden, daß über ein Rücktrittsrecht aus der Verletzung eines öff. Vertrages nur die Verwaltungsgerichte entscheiden können, weil sich innerhalb des Rückgewährschuldverhältnisses häufig die Notwendigkeit ergeben wird, eine Behörde zu einer Amtshandlung zu verurteilen. Da für Schadensersatzansprüche andererseits die Zivilgerichte zuständig sind, ergibt sich die Notwendigkeit einer klaren Trennung der beiden Rechtsfolgen der Vertragsverletzung, da sie vor verschiedenen Gerichtszweigen geltend zu machen sind. Wann eine Vertragsverletzung aber zu einem Rücktrittsrecht und wann zu einem Schadensersatzanspruch führt, ist noch wenig geklärt.

Der Meinungsstand dazu ist - kurz skizziert - folgender: Es kann nicht (wie nach § 325 BGB) dem Ermessen des Vertragspartners überlassen bleiben, ob er auf Grund einer Vertragsverletzung vom Vertrag zurücktreten will oder ob er am Vertrag festhalten und Schadensersatz verlangen will. Denn bei einem öff. Vertrag wer-

1) Zur Frage der Rechtskraft des ersten Urteils Fischer S. 76 ff m. w. N.; Baur Festschr. f. von Hippel S. 8 mit Fußn. 25: "Ist über die Klage aus einem Klagegrund wegen fehlender Zuständigkeit des Gerichts nicht entschieden worden, so ist ein anderes Gericht nicht gehindert, über diesen Klaggrund zu entscheiden". Ebenso BVerwG Ur. v. 25. 5. 60 - V C 218/58 - MDR 1960, 783 = DVBl 1960, 865; Ur. v. 15. 6. 60 - VIII C 3/60 - DVBl 1960, 854 - 856 = DÖV 1961, 273; Ur. v. 24. 8. 61 - II C 165/59 - BVerwGE 13, 17/25 ff (Konkordanzen oben S. 84 Fußn. 1)

den öffentlich-rechtliche Leistungen ausgetauscht, hinter denen jeweils bestimmte öffentliche Interessen stehen. Stünde es nun im Belieben des Vertragspartners, zurückzutreten oder Schadensersatz zu verlangen, so entschiede er zugleich nach Belieben darüber, ob die öffentlich-rechtlichen Leistungen, zu denen sich die Parteien verpflichtet haben, erbracht werden oder nicht. Da das nicht angeht, sollen nach allgemeiner Ansicht bei der Frage nach der Rechtsfolge die für das jeweilige konkrete Schuldverhältnis maßgebenden öffentlichen Interessen zu berücksichtigen sein ¹⁾. Das wird von SIMONS ²⁾ dahin konkretisiert, daß ein Rücktritt nur möglich sein soll, wenn durch die Vertragserfüllung ein den öffentlichen Interessen dienender Zustand nicht mehr herbeigeführt werden kann. Ob das der Fall ist, kann aber im Einzelfall sehr schwierig zu beurteilen sein.

Prozessual kann das folgende Konsequenz haben: Hat der Bürger wegen einer Vertragsverletzung der Behörde den Rücktritt erklärt und klagt er nun vor dem Verwaltungsgericht auf Rückgewähr der von ihm erbrachten Leistung, so muß das Verwaltungsgericht die Klage als unbegründet abweisen, wenn es zu dem Ergebnis kommt, ein Rücktritt sei nicht möglich gewesen, weil ein den öffentlichen Interessen dienender Zustand noch zu erreichen gewesen wäre.

Will der Kläger nun Schadensersatz, so muß er vor dem Zivilgericht neu klagen. Da im Vorprozeß die Frage der Zulässigkeit des Rücktritts nur Vorfrage war, ist das Zivilgericht insoweit nicht an das verwaltungsgerichtliche Urteil gebunden. Es muß die Wirksamkeit der Rücktrittserklärung selbständig prüfen, da es keine Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung mehr geben kann, wenn der Vertrag schon in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt ist ³⁾. Wenn das Zivilgericht nun zu dem Ergebnis kommt, die öffentlichen Interessen hätten doch einen Rücktritt vom Vertrag zugelassen und die Rücktrittserklärung sei wirksam geworden, so muß es die Schadensersatzklage als unbegründet abweisen. Beide Klagen können also als unbegründet abgewiesen werden, obwohl die Vertragsverletzung der Behörde feststeht.

Hier besteht die Gefahr von Rechtsschutzlücken.

1) Simons S. 142, 143; Kottke S. 140; Wolff I § 44 III b 1, 2; von der Groeben/Knack § 129 Anm. 3 am Ende; Redeker DÖV 1966, 543/549; Eckert DVBl 1962, 11/16 ff

2) S. 142

3) So die h. M. zum zivilrechtlichen Vertrag; Palandt-Heinrichs § 325 Anm. 6. Grund dafür ist die rechtsgestaltende Wirkung der Rücktrittserklärung. Beim öff. Vertrag wird gleiches gelten müssen.

6. Fallgruppe: Schadensersatz und Geschäftsgrundlage

Schließlich sind beim öff. Vertrag Fälle denkbar, in denen das Verhalten einer Partei nicht nur zu einem Schadensersatzanspruch des Vertragspartners führt, sondern daß in diesem Zusammenhang auch eine wesentliche Änderung der dem Vertrag zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse erfolgt (Wegfall der Geschäfts- bzw. Verwaltungsgrundlage) ¹⁾. Zwar mag ein solches Zusammentreffen zunächst widersprüchlich klingen für den, der sich vergegenwärtigt, daß Geschäftsgrundlage gerade solche Umstände sind, auf die die Vertragsparteien keinen Einfluß haben und deren Fehlen oder Wegfall ein typischerweise unverschuldetes Leistungshindernis bildet ²⁾, während dagegen ein Schadensersatzanspruch immer eine schuldhafte Vertragsverletzung voraussetzt. Zur Verdeutlichung, daß es bei öff. Verträgen solche Situationen geben kann, folgendes Beispiel:

Eine Gemeinde schließt mit einer Wohnungsbaugesellschaft einen Bebauungsvertrag für ein Gelände, für das bisher nur vorbereitende Bauleitpläne existieren. Die vorgesehene Bebauung wird im Vertrag genau geregelt. Die Baugesellschaft übernimmt u. a. die Erschließung des Geländes. Nachdem sie dazu bereits erhebliche Summen investiert hat, beschließt die Gemeinde einen Bebauungsplan (verbindlichen Bauleitplan), der vom Vertragsinhalt erheblich abweicht und das Vorhaben der Baugesellschaft völlig unrentabel macht. Die Gemeinde hat die Baugesellschaft auch nicht von dem in Aussicht genommenen Bebauungsplan informiert. Diese erfährt davon erst bei Offenlegung des Plans.

Durch den Vertragsschluß ist die Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Vertragspartei nach Treu und Glauben ihrem Vertragspartner gegenüber verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks vereiteln oder gefährden kann, und gehalten, das ihr Mögliche zu tun, um den Vertragspartner vor Schaden im Zusammenhang mit der Vertragsdurchführung zu bewahren.

1) Die Geltung der Grundsätze über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage (zum Teil auch als Verwaltungsgrundlage bezeichnet) ist auch für den öff. Vertrag allgemein anerkannt: Simons S. 178 ff/186; Wolff I § 44 III d; Tober BayVBl 1970, 357 f; Palandt-Heinrichs § 242 Anm. 6 c gg "öffr. Vertrag"; BayVGH Ur. v. 10. 6. 70 - 186 IV 67.- BayVBl 1970, 330 = DÖV 1970, 563 = DVBl 1970, 997

2) Esser SchuldR. Allg. Teil behandelt dies unter der Kapitelüberschrift "Unverschuldete Leistungs- oder Erfüllungshindernisse" (vgl. dort Inhaltsübersicht).

In ihrer Eigenschaft als örtlicher Gesetzgeber ist die Gemeinde zugleich in der Lage, auf die objektiven Bestandsfaktoren des Vertrags einzuwirken. Entschließt sie sich nun dazu, einen anderslautenden Bebauungsplan zu erlassen, also dieselbe Materie nunmehr anders als im Vertrag vorausgesetzt zu regeln, so ist sie daran selbstverständlich nicht durch den öffr. Vertrag gehindert. Durch Vertrag kann keine wirksame Bindung der Gemeinde dahin erfolgen, daß sie in der Ausübung ihrer Gesetzgebungsfreiheit gehindert wäre. Somit kann sie eine wirksame Satzung erlassen, auch wenn der Inhalt der Satzung dem des Vertrags widerspricht, ja ihn gegenstandslos macht.

Damit ist dem Vertrag aber die Geschäftsgrundlage entzogen worden. Denn das Nichtvorhandensein von abweichenden oder entgegenstehenden und der Fortbestand von bestehenden einschlägigen Rechtssätzen war Geschäftsgrundlage des Vertrags. Insoweit können im Vertragsverhältnis Ansprüche beider Parteien auf Aufhebung des Vertrags, auf Rücktritt oder Anpassung an die veränderten Umstände bestehen.

In diesem Zusammenhang kann die Gemeinde als Vertragspartner sich zugleich auch wegen positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig machen. Da eine Schadensersatzpflicht ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten der Gemeinde voraussetzt, wird man die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zwar nicht in dem Erlaß des Bebauungsplans selbst sehen können, da die Gemeinde trotz des Vertrags in der Ausübung ihrer Gesetzgebungsbefugnisse frei blieb und der Erlaß des Bebauungsplans deshalb nicht als rechtswidrige Handlung angesehen werden kann.

Doch kann eine rechtswidrige und schuldhafte Vertragsverletzung darin liegen, daß die Gemeinde es unterläßt, den Vertragspartner rechtzeitig, d. h. schon während der Vorüberlegungen für den Bebauungsplan, über die Möglichkeit und den möglichen Inhalt des Plans zu informieren, so daß die Gesellschaft sich darauf einrichten kann.

Zu ersetzen wäre der Schaden, der dem Vertragspartner dadurch entstanden ist, daß er auf den Bestand des Vertrags und seiner Grundlagen vertraut hat. Es können also hier Schadensersatzansprüche neben Ansprüchen auf Aufhebung oder Anpassung des Vertrags stehen.

7. Fallgruppe: Schadensersatzanspruch und Naturalrestitution

Zum Abschluß der Problemübersicht bleibt noch anzumerken, daß das Verwaltungsgericht auch dann zuständig sein muß, falls ein Schadensersatzanspruch aus einem öffr. Vertrag einmal nicht auf Geldersatz, sondern auf Naturalrestitution

gerichtet sein sollte und falls dazu ein Träger öffentlicher Verwaltung zur Vornahme einer Amtshandlung verurteilt werden müßte¹⁾, da ein solcher Anspruch sonst überhaupt nicht geltend gemacht werden könnte.

Die Möglichkeit eines auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzanspruches dürfte auch bei öffentlich-rechtlichen Schadensersatzansprüchen nicht grundsätzlich auszuschließen sein²⁾. Zu der Frage, inwieweit diese Möglichkeit bei öffr. Verträgen praktisch wird, braucht hier jedoch nicht Stellung genommen zu werden³⁾. Auch wäre in einem solchen Fall das Verhältnis des Schadensersatzanspruches zu dem ursprünglichen Erfüllungsanspruch noch zu klären.

b) Der Meinungs- und Streitstand zu § 40 II 1 VwGO: "Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten"

Mit der Darstellung aller dieser Fallgruppen sollte gezeigt werden, daß es einerseits Fälle gibt, in denen die herrschende Meinung zu besseren Ergebnissen führt, etwa wenn der Streit nur um einen auf Geldersatz gerichteten Schadensersatzanspruch geht, der sowohl aus Vertrags- wie aus Amtspflichtverletzung begründet werden kann, daß es aber andererseits auch Fälle gibt, in denen die Gegenmeinung zu besseren Lösungen führt, z. B. wenn Schadensersatz- und Erfüllungsansprüche nebeneinander geltend gemacht werden. Von diesen Ergebnissen her wird auch häufig argumentiert.

- 1) So ausdrücklich Bettermann JZ 1966, 446; BVerwG Urt. v. 24. 8. 61 - II C 165/59 - BVerwGE 13, 17/23 f (Konkordanzen oben S. 84 Fußn. 1); ähnlich Weyreuter Seite B 179 für den Folgenbeseitigungs- und Folgenersatzanspruch. Für § 839 BGB allg. M.: BGH Urt. v. 12. 3. 63 - VI ZR 218/61 - DVB1 1963, 439 = NJW 1963, 1203 = MDR 1963, 538 = LM Nr. 88 zu § 13 GVG; Baumbach-Lauterbach § 13 GVG Anm. 4 B, 6 C; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 80; Maetzel DÖV 1968, 520
- 2) BVerwG a. a. O. BVerwGE 13, 17/21 f
- 3) Simons S. 143, Wolff I § 44 III b 2, 3; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 69 und Menger/Erichsen VerwArch Bd. 56 (1965), 278/283 ff scheinen stillschweigend davon auszugehen, daß als Rechtsfolge nur Geldersatz in Betracht kommt.

aa) Wortlaut und systematische Stellung des § 40 II 1 VwGO

Denn Wortlaut und systematische Stellung des § 40 II 1 VwGO lassen einen eindeutigen Schluß nicht zu. Zwar handelt es sich bei Streitigkeiten aus öffr. Verträgen zweifellos um öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, für die durch § 40 I VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, wenn nicht die Verweisung des § 40 II 1 VwGO eingreift. Der Wortlaut des Absatzes 2 "Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten" deckt auch die Schadensersatzansprüche aus öffr. Verträgen¹⁾.

Andererseits ist § 40 II 1 VwGO eine Ausnahmvorschrift, die nicht ohne weiteres auf Fälle angewandt werden kann, die der Gesetzgeber bei Erlass der Vorschrift nicht gesehen hat²⁾.

An Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffr. Verträge hat der Gesetzgeber bei Erlass der Vorschrift aber nicht gedacht³⁾. Aus dem Wortlaut und der

- 1) Demgegenüber erscheint es nicht gerechtfertigt, mit Schunck - DeClerk S. 171 einen Unterschied zu machen zwischen "Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten" und "Verletzung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen" und deshalb § 40 II 1 VwGO nicht auf vertragliche "Verpflichtungen" anzuwenden. Wie hier: Eckert DVB1 1962, 11/20; Brückler DRiZ 1964, 372; Menger/Erichsen VerwArch Bd. 56 (1965), 278/281 ff; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 69 f; BGH Urt. v. 21. 12. 64 - III ZR 70/63 - BGHZ 43, 34 ff (Konkordanzen oben S. 77 Fußn. 2)
- 2) Vgl. dazu oben S. 55 ff zur Analogiefähigkeit von Ausnahmvorschriften. Das dort Gesagte gilt sinngemäß auch für eine erweiternde Auslegung. Von diesem Ausgangspunkt ist es zwar richtig, daß die Vorschrift grundsätzlich eng zu interpretieren ist, so Menger/Erichsen VerwArch Bd. 56 (1965), 278/284; Schmitt BayVBl 1964, 304/305; Simons S. 195; Redeker/v. Oertzen § 40 Rdnr. 10, 26; entscheidend ist aber auch hier die Übereinstimmung oder Abweichung der maßgebenden Zwecke, Werte und Ziele. Dazu sogleich unter bb)
- 3) Bevor Lerche (in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II S. 69) im Jahre 1963 den Vorschlag machte, die Schadensersatzansprüche aus öffr. Verträgen unter § 40 II 1 VwGO zu fassen ("so füllte sich die Klausel unvermutet mit Leben") wußte niemand einen nennenswerten Anwendungsbereich für diese Klausel (vgl. Stich S. 393: "Was § 40 II 1 VwGO unter Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten verstanden haben will, läßt sich nur schwer sagen".) Ähnlich Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 40 Anm. IV 2 a(S. 96).

Stellung als Ausnahme zu Abs. 1 läßt sich deshalb in keiner Richtung ein eindeutiger Schluß ziehen.

bb) Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck

Deshalb wird man nach Sinn und Zweck der Vorschrift zu fragen haben und hier zunächst einmal nach dem Willen des Gesetzgebers.

Durch die Vorschrift des § 40 II 1 VwGO wollte der Gesetzgeber hauptsächlich den vor Erlaß der VwGO bestehenden Streit um die sog. "Zivilprozefsachen kraft Tradition" beenden. Das waren öffentlich-rechtliche Streitsachen, die bisher in ständiger Rechtsprechung von den Zivilgerichten entschieden worden waren ¹⁾. Zu diesem Zwecke wollte der Gesetzgeber mit § 40 II 1 VwGO eine Vorschrift schaffen, "durch die für solche öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten der ordentliche Rechtsweg erhalten bleibt, in denen ein enger Sachzusammenhang mit der Enteignung und der Amtshaftung gegeben ist" ²⁾. Mit diesem Argument des Sachzusammenhangs ist seither hauptsächlich argumentiert worden. Dem Gesetzgeber kam es offenbar darauf an, zu vermeiden, daß innerlich mit der Amtshaftung zusammenhängende Ansprüche nach Einführung der Generalklausel des § 40 I VwGO nun vor den Verwaltungsgerichten verhandelt werden müßten. Dieses Motiv ist auch im Bereich des öff. Vertrags, wenn der Streit nur um einen auf Geldersatz gerichteten Schadensersatzanspruch geht, der sowohl auf Vertrag wie auf Amtshaftung gestützt werden kann, voll berechtigt. Darauf stützt sich daher die h. M. ³⁾.

- 1) Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags vom 12. 5. 59, BTDrucks. Nr. 1094 der 3. Wahlperiode; ebenso schon der Regierungsentwurf zur VwGO vom 12. 5. 57, BTDrucks. Nr. 55 der 3. Wahlperiode, Seite 61 zu § 169 a, der die Vorschrift des § 40 II VwGO enthielt; BGH Urt. v. 25. 2. 65 - VII ZR 79/63 - BGHZ 43, 269 (Konkordanzen oben S. 86 Fußn. 1) OVG Lüneburg Urt. v. 29. 3. 68 - I A 54/66 - DÖV 1968, 803/805 (Konkordanzen oben S. 86 Fußn. 1); BSG Urt. v. 18. 11. 69 - 3 RK 33/69 - DVBl 1970, 293; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 69; Bertermann JZ 1960, 341 und JZ 1966, 445/446; Menger/Erichsen Verw Arch Bd. 56 (1965), 278/283; Schmitt BayVBl 1966, 304/305; Kreft 10 Jahre VwGO, S. 241/249; Koehler § 40 Anm. I 5 f; Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 95
- 2) Rechtsausschuß des Bundestags und Regierungsentwurf a. a. O.
- 3) BGH Urt. v. 21. 12. 64 - III ZR 70/63 - BGHZ 43, 34 (Konkordanzen oben S. 77 Fußn. 2); BGH Urt. v. 25. 2. 65 - VII ZR 79/63 - BGHZ 43, 269; BGH Urt. v. 27. 4. 70 - III ZR 114/68 - DVBl 1970, 861; für öffentlich-

Mit dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs argumentiert jedoch auch die Gegenmeinung ¹⁾, indem sie darauf hinweist, die Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche, also Primär- und Sekundäransprüche aus demselben Vertragsverhältnis, stünden in einem mindestens ebenso engen Sachzusammenhang wie Schadensersatzansprüche und Amtshaftungsansprüche.

c) Stellungnahme und Kritik

aa) zu den Ergebnissen

Welcher Meinung man sich auch anschließt, beide können im Ergebnis nur einen Teil des Problems lösen. Die Lösung der h. M. hat für sich, daß der auf Zahlung gerichtete Schadensersatzanspruch des Bürgers vom Zivilgericht aus allen Anspruchsgrundlagen geprüft wird. Sie versagt jedoch einmal dann, wenn es um Rücktritt oder Schadensersatz geht, ferner dann, wenn der Bürger Erfüllung und Schadensersatz zugleich verlangt und schließlich, wenn er als Schadensersatz nicht Geldersatz, sondern Naturalrestitution verlangt.

Fortsetzung der Fn. 3) von S. 100:

- rechtliche Benutzungsverhältnisse vorher schon BGH Urt. v. 7. 2. 63 - III ZR 170/61 - DVBl 1963, 438 f; BGH Urt. v. 30. 9. 63 - III ZR 83/62 - NJW 1964, 41 ff mit zust. Anm. von Erichsen in DÖV 1965, 158/159; BGH Urt. v. 30. 9. 70 - III ZR 87/69 - NJW 1970, 2208; = JZ 1971, 94 ff mit zust. Anm. v. Baur; OVG Münster Urt. v. 15. 4. 64 - III A 871/62 - MDR 1964, 955; LG Köln Urt. v. 18. 12. 64 - 12 S 259/64 - NJW 1965, 1440; krit. bespr. von Menger/Erichsen VerwArch Bd. 57 (1966), 73 ff; BayObLG Urt. v. 22. 2. 68 - 1 a Z 237/67 - DÖV 1968, 808 ff; (Konkordanzen zu allen Entscheidungen oben S. 86 Fußn. 1); Brückler DRiZ 1964, 372 f; Bertermann JZ 1966, 445/446; Peters-Sautter-Wolff zu § 51 SGG; Menger/Erichsen VerwArch Bd. 56 (1965), 278/283 f und Bd. 60 (1969), 179 ff. Menger/Erichsen weisen dort - soweit ersichtlich - zuerst auf den Sachzusammenhang zwischen Erfüllungs- und Schadensersatzansprüchen hin.
- 1) Schmitt BayVBl 1966, 304/307; Simons S. 198; Wolff I § 44 III f 2; Redeker DÖV 1966, 543/546; ähnlich OVG Lüneburg Urt. v. 29. 3. 68 - I A 54/66 - DÖV 1968, 803/806; es entspreche einer Grundregel des Prozeßrechts, daß Erfüllungs- und Schadensersatzansprüche vor dem gleichen Gericht zu verfolgen seien.

Diese Fälle löst die Gegenmeinung ohne Schwierigkeiten. Sie muß auch keine Ausnahmen für Schadensersatzansprüche des Staates gegen den Bürger und für Schadensersatzansprüche aus koordinationsrechtlichen öffr. Verträgen machen, sondern kann alle Ansprüche aus dem einheitlichen Vertrag vor dem Verwaltungsgericht entscheiden. Insbesondere liegt die Entscheidung über Rücktritt oder Schadensersatz in einer Hand. Doch liegt die Crux dieser Meinung genau da, wo die Vorteile der h. M. liegen. Sie führt dazu, daß das Verwaltungsgericht einen Schadensersatzanspruch des Bürgers gegen die Behörde nur aus dem vertraglichen Gesichtspunkt prüfen kann und für den häufig mit vorliegenden Amtshaftungsanspruch ein neuer Prozeß vor dem Zivilgericht erforderlich ist ¹⁾.

bb) zu den Begründungen

Was die Begründungen der Gegenmeinung angeht, so wird der Gegenmeinung nicht zu Unrecht vorgeworfen, daß sie zu leicht über Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 40 II 1 VwGO hinweggeht ²⁾. Denn unübersehbar bleibt die Tatsache, daß die h. M. den Wortlaut der Vorschrift sowie den Umstand für sich hat, daß der Gesetzgeber den Ton gerade auf den Sachzusammenhang der verschiedenen Schadensersatzansprüche mit dem Amtshaftungsanspruch gelegt hat.

Allein dieser Umstand würde zu einer Entscheidung für die h. M. zwingen, wenn sich feststellen ließe, daß der Gesetzgeber Fälle vor Augen hatte, die den hier zu entscheidenden gleichen oder doch im wesentlichen gleichen. Denn das hier auftauchende Problem, den Sachzusammenhang der Ansprüche aus dem einheitlichen Vertrag im Konflikt mit dem Sachzusammenhang der Schadensersatzansprüche aus den verschiedenen Rechtsgründen, hat er jedenfalls nicht gesehen.

Der Gesetzgeber ging davon aus, daß eine Behörde eine rechtswidrige einseitige Amtshandlung vorgenommen hat, daß der betroffene Bürger sodann als ersten Schritt diese Maßnahme vor dem Verwaltungsgericht angefochten (untechnisch) und schließlich als zweiten Schritt vor dem Zivilgericht auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung geklagt hat. Auch hier besteht natürlich ein Zusammenhang, da beides auf demselben Rechtsverhältnis und derselben Verletzungs-

1) Der gelegentlich vorgebrachte Hinweis auf die Subsidiarität des Amtshaftungsanspruchs gegenüber vertraglichen Ansprüchen als anderweitiger Ersatzmöglichkeit geht in diesem Zusammenhang fehl. Denn abgesehen davon, daß § 839 BGB nur bei fahrlässigem Handeln subsidiär ist, entfällt die Subsidiarität dann, wenn der andere Anspruch ebenfalls gegen einen Träger öffentlicher Gewalt gerichtet ist, wie das hier immer der Fall ist.

2) Menger/Ericksen VerwArch Bd. 60 (1969), 180

handlung beruht. Die Regelung rechtswidrigen Verwaltungshandelns muß aber ohnehin in zwei getrennten Verfahren erfolgen. Denn nach § 839 III BGB besteht der Amtshaftungsanspruch nicht, wenn der Schaden noch durch Rechtsmittel abgewendet werden kann oder schuldhaft nicht abgewendet worden ist. Sind beide Verfahren einmal abgewickelt, so sind die Folgen dieser konkreten Verwaltungshandlung sämtlich und endgültig erledigt, weitere Ansprüche und Streitigkeiten aus diesem Vorgang sind nicht mehr möglich.

Dagegen gibt es beim öffr. Vertrag nicht nur einen Erfüllungs- und einen Schadensersatzanspruch, sondern vielfältige gegenseitige Abhängigkeiten und Verknüpfungsmöglichkeiten von Erfüllungsansprüchen und Schadensersatzansprüchen, nicht weniger als bei privatrechtlichen Verträgen, wo man vom "Vertrag als Gefüge und Prozeß" spricht ¹⁾. Im Unterschied zur einseitigen Amtshandlung stehen die einzelnen Rechte und Pflichten nicht isoliert voneinander, sondern jede hängt von allen übrigen ab und wird von ihnen beeinflußt ²⁾. Erst insgesamt ergeben sie eine sinnvolle Regelung. Aus dieser engen Verknüpfung der vertraglichen Rechte und Pflichten, zwischen denen häufig ein echtes Gegenseitigkeitsverhältnis (Synallagma) besteht ²⁾, ergibt sich, daß der Sachzusammenhang zwischen ihnen eine einheitliche Behandlung in einem Verfahren von einem Gericht erfordert, und zwar in weit stärkerem Maße als die Folgen einseitig-hoheitlichen Handelns ³⁾.

Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich, daß die hier zu behandelnden Fälle aus dem Bereich des öffr. Vertrages sich von denen, die der Gesetzgeber der VwGO vor Augen hatte, doch recht wesentlich unterscheiden. Deshalb erscheint es fraglich, ob der Gesetzgeber diese Fälle ebenso geregelt hätte, wenn er sie gesehen hätte. Eine Differenzierung erscheint nach alledem nicht ausgeschlossen.

Jedenfalls in den Fällen, in denen es um Schadensersatz oder Rücktritt von Vertrag bzw. Anpassung des Vertrags geht, widerspricht die wortgetreue Anwendung der Vorschrift des § 40 II 1 VwGO ihrem Sinn und Zweck. Hier wird eine einschränkende Auslegung der Vorschrift auch gegen ihren eindeutigen Wortlaut

1) Larenz SchuldR AT § 2 V (S. 19 ff); Esser SchuldR AT § 3 III (S. 13 f); im übrigen vgl. oben S. 63 ff zu den Unterschieden in den inhaltlichen Strukturen der vertraglichen und der einseitig-hoheitlich begründeten Rechtsverhältnisse.

2) Siehe oben S. 63 ff zum Gegenseitigkeitsverhältnis

3) Wolff I § 44 III f 2; Schmitt BayVBl 66, 304/307

möglich¹⁾ und nötig²⁾. Mindestens insoweit vermag ich der h. M. daher nicht zuzustimmen.

Eine Einschränkung soweit, den § 40 II 1 VwGO überhaupt nicht auf Schadensersatzansprüche aus öff. Verträgen anzuwenden, erscheint mir de lege lata ebenfalls nicht zulässig, da es wie eingangs gezeigt, nicht wenige Fälle gibt, in denen sowohl Wortlaut wie Sinn und Zweck der Vorschrift auch im Bereich des öff. Vertrages in vollem Umfang zutreffen. In diesen Fällen wird man die gesetzgeberische Entscheidung respektieren müssen, wie immer man sie auch sonst beurteilen mag³⁾. Der Gegenmeinung ist daher ebenfalls nicht in allen Fällen zu folgen.

d) Lösungsmöglichkeiten

Die Frage ist nun, in welchem Umfang man der h. M. folgen kann und wie man die notwendigen Einschränkungen des § 40 II 1 VwGO trifft. Die eine Möglichkeit, durch einen allgemeinen Satz (oder mehrere Sätze) wieder Ausnahmen von der Ausnahmenvorschrift des § 40 II zu formulieren, verspricht keinen Erfolg. Denn erst im Laufe des Prozesses wird klar, was alles im Streit ist, erst dann wird klar, ob die Anwendung des § 40 II auf die vertraglichen Schadensersatzansprüche zu sinnvollen oder zu noch vertretbaren oder zu unsinnigen Ergebnissen führt. Ein allgemeiner Satz, der die Zulässigkeit des Rechtswegs für bestimmte Ansprüche regelt, kann aber nur von der Lage vor Klageerhebung ausgehen. Die zweite Methode, die notwendigen Einschränkungen des § 40 II zu treffen, ist die, auf den konkreten Einzelfall abzustellen und zu fragen, ob es im konkreten Fall geboten ist, abweichend von § 40 II 1 VwGO einen Schadensersatzanspruch aus einem öff. Vertrag vom Verwaltungsgericht entscheiden zu lassen oder nicht.

- 1) Menger/Erichsen VerwArch Bd. 58 (1967), 79 f, Bd. 57 (1966), 175
- 2) Wenn Weyreuter (S. 183) meint, gegenüber § 40 II 1 VwGO hätten die Gesichtspunkte des Sachzusammenhangs, der Nicht-Aufspaltung zusammengehöriger Lebensvorgänge, der Prozeßökonomie nur rechtspolitische Bedeutung, eine Korrektur des § 40 II sei damit nicht möglich, so ist ihm darin für die von ihm untersuchten Fälle des Folgenbeseitigungs- und Folgenentschädigungsanspruchs durchaus zu folgen. Denn dort geht es um einseitig-hoheitliches Handeln und die besonders enge Verknüpfung und Wechselbeziehung der Vertragsansprüche besteht dort nicht.
- 3) Vgl. dazu die Kritik von Menger/Erichsen VerwArch Bd. 60 (1969), 180 f an Simons

Das würde dazu führen, daß im Einzelfall ein Gericht des einen Rechtszugs aus Gründen des Sachzusammenhangs über einen Anspruch entscheidet, für den nach der gesetzlichen Aufgabenverteilung ein anderer Rechtsweg gegeben wäre. Ob überhaupt und in welchen Grenzen solche "Übergriffe" in andere Rechtswege aus Gründen des Sachzusammenhangs zulässig sein können, soll erst untersucht werden, nachdem auch die Rechtswegproblematik der gemischten Verträge dargelegt ist, die inhaltlich teilweise zum öffentlichen Recht und teilweise zum Privatrecht gehören oder die teilweise vor die besonderen Verwaltungsgerichte¹⁾ und teilweise vor die allgemeinen Verwaltungsgerichte gehören.

II. Die gemischten Verträge

1) Der Grundsatz der Aufspaltung der einzelnen Vertragsbestandteile

In der Frage nach dem Rechtsweg für Klagen aus solchen gemischten Verträgen²⁾ wird heute allgemein der Grundsatz möglicher Aufspaltung und Vonselbständigung der einzelnen Teile des Vertrags vertreten³⁾. Man sagt, wenn sich der Streit auf einen Teil des Vertrages beziehe, so entscheide für den Rechtsweg allein der Rechtscharakter dieses Teils. Habe auch dieser Teil noch einen gemischten

- 1) Auf dem Gebiet des Finanzrechtswegs ist allerdings streitig, ob der Finanzrechtsweg überhaupt für Parteistreitigkeiten - um solche würde es sich bei Vertragsstreitigkeiten handeln - eröffnet ist oder ob Abgabenangelegenheiten, soweit sie als Parteistreitigkeiten zu verfolgen sind, nicht von den allgemeinen Verwaltungsgerichten zu entscheiden sind. Dazu Karl Friedrich Vogel S. 160 - 174.
- 2) Ich gehe bei der Erörterung aus den oben S. 76 f dargelegten Gründen davon aus, daß es solche gemischt-privatrechtlichen-öffentlich-rechtlichen Verträge überhaupt gibt und daß nicht notwendig der öffentlich-rechtliche Teil die Rechtsnatur des ganzen Vertrages bestimmt.
- 3) Stern VerwArch Bd. 49 (1958), 153 und AöR Bd. 84 (1959) 325; Barocka VerwArch Bd. 51 (1960), 27; Lerche Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 66 - 68; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 30; BGH Urt. v. 21. 12. 64 - III ZR 70/63 - BGHZ 43, 34; kritisch Menger/Erichsen VerwArch Bd. 56 (1965), 280 f

Rechtscharakter und sei eine weitere Aufspaltung nicht möglich, so sei entscheidend, wo das Schwergewicht liege; und sei auch das nicht festzustellen, so habe der Kläger die Wahl des Rechtswegs¹⁾.

2) Die Konsequenzen dieses Grundsatzes der Aufspaltung

Daß diese Meinung keine befriedigende Lösung der Rechtswegfrage bietet, zeigen schon folgende Überlegungen:

Diese Lösung stellt für den Rechtsweg auf die im konkreten Fall streitigen Rechte und Pflichten ab. Was aber im einzelnen streitig ist, kann der Kläger vor Klageerhebung noch gar nicht wissen, das ergibt sich erst daraus, wie der Beklagte sich auf die Klage einläßt. Oder soll der Beklagte mit Gegenrechten nicht gehört werden, nur weil diese dem anderen Rechtsgebiet angehören? Soll die Klage unzulässig werden, wenn sich das "Schwergewicht" des Streites nun auf das andere Rechtsgebiet verlagert hat? Wer entscheidet in Grenzfällen, wo das "Schwergewicht" liegt? Wo liegt es bei Austauschverträgen, bei denen die Leistung der einen Partei öffentlich-rechtlich, der anderen Partei privatrechtlich ist?

Wer entscheidet, wenn der ganze Vertrag im Streit ist, etwa weil zweifelhaft ist, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist? Soll das Verwaltungsgericht, wenn es den Vertrag für wirksam hält, dem Kläger seine öffentlich-rechtlichen Ansprüche zusprechen und den Beklagten wegen seiner privatrechtlichen Gegenansprüche an das Zivilgericht verweisen, das den Vertrag dann möglicherweise für unwirksam hält und den Beklagten mit seinen Gegenansprüchen abweist? Solche Differenzen sind ohne weiteres möglich, weil das Zustandekommen des Vertrages als Vorfrage nicht an der Rechtskraft des Urteils teilnimmt.

Wenn eine öffentlich-rechtliche Leistungspflicht mit einer privatrechtlichen im Gegenseitigkeitsverhältnis steht, wie das bei Austauschverträgen nicht selten der Fall sein wird, kann das angerufene Gericht die Gegenforderung nicht einfach unbeachtet lassen. Würde das Gericht ohne Rücksicht auf die Gegenleistung entscheiden, spräche es damit u. U. eine Vorleistungspflicht aus, die gar nicht vereinbart war.

Schließlich: welches Gericht soll über eine Feststellungsklage oder Zwischenfeststellungsklage entscheiden, mit der die rechtskräftige Feststellung begehrt wird, es sei ein gemischter Vertrag bestimmten Inhalts geschlossen worden? Die-

1) Lerche a. a. O.; Menger/Erichsen a. a. O.

se Feststellung ist nur einheitlich für den ganzen Vertrag möglich und nur dann für die Parteien überhaupt von Interesse, wenn das Urteil für den ganzen Vertrag rechtskräftig wird. Erläßt ein Verwaltungsgericht bei einem gemischt privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Vertrag ein solches Urteil, so verstößt es wegen der rechtskräftigen Entscheidung über privatrechtliche Rechtsbeziehungen gegen § 13 GVG, erläßt ein Zivilgericht dieses Urteil, so verstößt es gegen § 40 I VwGO.

3) Stellungnahme

Es zeigt sich, daß diese Fälle nicht mehr "sauber" ohne Verstoß gegen § 13 GVG und § 40 VwGO gelöst werden können. Bei den zuletzt erwähnten Feststellungsklagen ist das offenbar. Doch auch wenn man darauf abstellen will, wo das "Schwergewicht" des Streites liegt und über den "Rest" der Streitsache, der zu dem anderen Rechtsgebiet gehört, ebenfalls dasselbe Gericht mit Rechtskraftwirkung entscheiden lassen will, auch dann liegt schon ein Verstoß gegen § 13 GVG oder § 40 VwGO vor¹⁾. Andererseits zeigt sich hier ein Fall, in dem man aus Gründen des Sachzusammenhangs zwischen den Rechten und Pflichten aus den verschiedenen Rechtsgebieten innerhalb eines einheitlichen Vertrags von den gesetzlichen Rechtswegabgrenzungen abzuweichen genötigt ist, um überhaupt Rechtsschutz gewähren zu können.

III. Lösungsvorschlag

Der Grund für die aufgezeigten Probleme in der Behandlung der gemischten Verträge und der Schadensersatzansprüche aus öff. Verträgen liegt darin, daß die Abgrenzung und Aufgabenverteilung zwischen den einzelnen Gerichtsbarkeiten nicht nach Lebenssachverhalten, sondern nach Rechtsgebieten erfolgt ist und, wie die zahlreichen Spezialzuweisungen zeigen, oft sogar nach einzelnen Anspruchsgrundlagen. Bei jeder Abgrenzung nach Rechtsgebieten gibt es in Grenzfällen aber Überschneidungen, weil derselbe Lebenssachverhalt mehreren Rechtsgebieten angehören kann.

1) bzw. gegen die entsprechenden Vorschriften der Finanzgerichtsordnung (§ 33 FGO) oder des Sozialgerichtsgesetzes (§ 51 FGG).

Um solche Fälle handelt es sich bei den gemischten privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Verträgen. Entsprechend ist die Situation jedoch auch bei den Schadensersatzansprüchen aus rein öff. Verträgen; zwar gehören diese Ansprüche wie der ganze Vertrag zum öffentlichen Recht, jedoch ist auch hier durch § 40 II VwGO eine Zuständigkeitsverteilung angeordnet, die nicht auf Lebenssachverhalte, sondern auf Anspruchsgrundlagen abstellt.

Da die Probleme beider Fallgruppen gleichartig sind und auch auf der gleichen Ursache beruhen, sollte auch ihre Lösung dies berücksichtigen und einheitlich für beide versucht werden.

1) Entscheidungskompetenz kraft Sachzusammenhangs

Eine Lösung des Problems, möglichst in einem einzigen Verfahren eine Entscheidung über den gesamten Streitstoff aus dem einheitlichen Lebenssachverhalt, dem öff. Vertrag, zu ermöglichen, erscheint nur dann erreichbar, wenn das angerufene Gericht zu diesem Zweck wegen des besonders engen Sachzusammenhangs der beiderseitigen Rechtsbeziehungen in gewissem, noch darzulegendem Umfang auch über solche Fragen rechtskräftig mitentscheiden kann¹⁾, die eigentlich in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Gerichtsbarkeit gehören²⁾.

- 1) Über Vorfragen aus anderen Rechtsgebieten kann jedes Gericht ohnehin selbständig entscheiden.
- 2) Solche Zuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs bejahen: Baur S. 25; Rosenberg-Schwab § 11 II 2 (S. 39); Wolff III § 170 III d (für Nebenentscheidungen. Im übrigen ist er der Meinung, daß Schadensersatzansprüche aus öff. Verträgen nicht von § 40 II 1 VwGO erfaßt werden und daß Verträge mit nur teilweise öffentlich-rechtlichem Inhalt insgesamt öff. Verträge sind. Daher stellt sich diese Problematik für Wolff nicht). Ferner BSG Urt. v. 11.12.68 - 10 RV 606/65 - MDR 1969, 609 = NJW 1969, 1368; AG Garmisch-Partenkirchen Urt. v. 21.11.68 - 3 C 559/68 - NJW 1969, 666 = DRspr IV (480), 99 a; jetzt auch Kreft, 10 Jahre VwGO, S. 250 f für Schadensersatzansprüche aus öff. Verträgen. Zweifelnd Menger/Erchsen VerwArch Bd. 60 (1969), 181; nicht klar Baumbach-Lauterbach § 17 GVG Anm. 2 A: zitiert Baur a. a. O., aber auch das ablehnende Urteil des BGH v. 19.9.66 - III ZR 199/64 - BGHZ 46, 96/105 = NJW 1966, 2162.
Ablehnend: die ganze Rechtsprechung zu § 41 VwGO; BVerwG Urt. v. 9.4.64 - II C 47/63 - BVerwGE 18, 181 = DVBl 1964, 747 = MDR 1964,

Die Voraussetzungen für eine solche erweiterte Entscheidungskompetenz, die ja eine Durchbrechung der gesetzlichen Rechtswegabgrenzungen darstellt (§ 13 GVG, § 40 VwGO, § 33 SGG, § 51 FGO), müssen jedenfalls recht eng gefaßt werden:

- (1) Zunächst muß ein enger Sachzusammenhang bestehen zwischen den Fragen, die dem Gericht zulässigerweise (nach der gesetzlichen Rechtswegabgrenzung) vorgelegt worden sind und den zuständigkeitfremden Fragen, über die im selben Verfahren entschieden werden soll. Dieser Sachzusammenhang muß so eng sein, daß der eine Teil ohne den anderen überhaupt nicht oder doch nicht sinnvoll entschieden werden kann¹⁾, oder daß bei Nichtberücksichtigung der zu-

Fortsetzung der Fn. 2) von S. 108:

- 783; BVerwG Urt. v. 14.2.62 - V C 11 und 16.61 - BVerwGE 14, 1 (Konkordanzen oben S. 86 Fußn. 1) in ständiger Rechtsprechung, zuletzt Urt. v. 7.3.68 - II C 47/67 - DVBl 1968, 646 ff; BGH a. a. O. und Urt. v. 28.6.56 - III ZR 302/54 - NJW 1956, 1358 = DÖV 1956, 668 = JZ 1956, 573 = LM Nr. 8 zu § 81 BVerwGG sowie Urt. v. 8.12.70 - IV ZR 174/68 - NJW 1971, 564 beim Fehlen der örtlichen Zuständigkeit für einen von mehreren Klaggründen; OVG Münster Urt. v. 15.4.64 - III A 871/62 - MDR 1964, 955 (Konkordanzen oben S. 86 Fußn. 1) Weyreuter S. 183; Bettermann JZ 1960, 335; Scheuerle JZ 1965, 65 f; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 31. De lege ferenda wird in § 32 a des Entwurfs der Kommission des Bundesjustizministers für das Zivilprozeßrecht vom 25.6.1970 (R 3700 - 13192/70) vorgeschlagen, die Zuständigkeit eines Gerichts, das wegen mehrerer in rechtlichem Zusammenhang stehender Ansprüche angegangen ist, für alle diese Ansprüche zu begründen, wenn es für einen derselben zuständig ist und nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts entgegensteht. (zitiert nach BGH Urt. v. 8.12.70 - IV ZR 174/68 - NJW 1971, 564 f).
- 1) Mit einer ähnlichen Einschränkung hat auch der BGH (Urt. v. 21.12.64 - III ZR 70/63 - BGHZ 43, 34/41, Konkordanzen oben S. 77 Fußn. 2) seine Entscheidung versehen, mit der er den Zivilrechtsweg gem. § 40 II 1 VwGO für Schadensersatzansprüche aus öff. Verträgen für zulässig erklärte (dazu vgl. auch Kreft, 10 Jahre VwGO, S. 250):
".... der ordentliche Rechtsweg (ist) jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Problembereich der Amtspflichten mit dem der Vertragspflichten derart verbunden ist, daß eine getrennte Betrachtung dem Streitverhältnis nicht gerecht würde". Diese vorsichtige Formulierung läßt die Möglichkeit einer Berücksichtigung des Sachzusammenhangs zwischen vertraglichen Erfüllung- und Schadensersatzansprüchen jedenfalls dann offen, wenn im

ständigkeitsfremden Fragen die Möglichkeit von Rechtsschutzlücken entsteht.

(2) Weiter muß zu erwarten sein, daß durch diese Einbeziehung "zuständigkeitsfremder" Teile in die Entscheidung der Rechtsstreit aus diesem öff. Vertrag insgesamt und endgültig entschieden werden kann.

(3) Schließlich muß die Berücksichtigung zuständigkeitsfremder Teile ihre Grenze an Art. 34 S. 3 GG und an Art. 14 III 4 GG haben; die Verwaltungsgerichte dürfen nicht Amtshaftungsansprüche und Ansprüche auf Entscheidungsschädigung zusprechen. Diese kraft Verfassung den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Streitigkeiten können nicht aus Gründen des Sachzusammenhangs von anderen Gerichten entschieden werden ¹⁾.

(4) Ferner kann nicht ein Zivilgericht hoheitliche Maßnahmen einer Behörde, besonders Verwaltungsakte, aufheben.

2) Zulässigkeit und Ausmaß der Berücksichtigung des Sachzusammenhangs bei der Rechtswegzuständigkeit

Zu der Frage, ob eine solche Lösung de lege lata überhaupt möglich ist, ist vorab zu bemerken, daß vom Grundgesetz her die rechtsprechende Gewalt als Einheit gedacht (Art. 92) und jedenfalls nicht in der Weise aufgespalten ist, daß es verfassungswidrig wäre, Rechtssachen, die begrifflich in den Bereich eines Rechtzuges gehören, in einem anderen Rechtzug entscheiden zu lassen ²⁾. So werden die zahlreichen gesetzlichen Zuweisungen öffentlich-rechtlicher Streitsachen vor die Zivilgerichte ³⁾ allgemein ⁴⁾ für verfassungsmäßig gehalten. Diesen Zu-

Fortsetzung der Fn. 1) von S. 109:

konkreten Fall insoweit 'eine getrennte Betrachtung dem Streitverhältnis nicht gerecht würde', der Sachzusammenhang zu dem Amtshaftungsanspruch aber weniger eng ist. Darauf weist auch Kreft a. a. O. hin.

- 1) Wolff III § 170 III d
- 2) Herrmann ZZP 78 (1965) S. 358 - 361; Baur S. 14 f; BGH Beschl. v. 5. 11. 62 - NotZ 11/62 - BGHZ 38, 208 = DVBl 1963, 62 = NJW 1963, 446 = MDR 1963, 131 = BB 1963, 9; Kreft 10 Jahre VwGO, S. 244; Eyer-mann-Fröhler § 40 Rdnr. 93; Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit § 2 Anm. III 1 Zusammenstellungen bei Wolff III § 170 III c; Herrmann S. 349 ff; Stich S. 390 ff
- 4) Vgl. Herrmann und Stich a. a. O.; (anders Ule Verwaltungsgerichtsbarkeit § 2 Anm. III 1); Zweigert DVBl 1960, 226; BGH Beschl. v. 5. 11. 62 -

weisungen liegt auch häufig das Motiv des Sachzusammenhangs zugrunde, etwa dem § 40 II VwGO. Dennoch handelt es sich um gesetzliche Zuweisungen, um allgemeine Rechtswegabgrenzungen, nicht um solche, die im Einzelfall eine Überschreitung der Rechtswegzuständigkeiten erlauben.

Eine solche Berücksichtigung des Sachzusammenhangs im Einzelfall wird heute noch weithin für unzulässig gehalten ¹⁾.

Es zeigt sich jedoch bei näherem Hinsehen, daß unter der Bezeichnung "Sachzusammenhang" ziemlich unterschiedliche Erscheinungen zusammengefaßt werden. Da gibt es Fälle, in denen lediglich Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit und Prozeßökonomie für eine gemeinsame Entscheidung sprechen, in denen aber sachgerechte und dogmatisch saubere Lösungen möglich sind. Diese sollen als "einfacher" Sachzusammenhang bezeichnet werden. Diese Gesichtspunkte sollen zwar keineswegs gering geachtet werden, vor allem wegen der mit zwei Prozessen verbundenen Arbeits-, Zeit- und Kostenbelastung sowie dem zweimaligen Prozeßrisiko.

Doch gibt es darüberhinaus unter der Bezeichnung "Sachzusammenhang" Fälle, in denen sachgerechte und dogmatisch saubere Lösungen nach geltendem Recht überhaupt nicht möglich sind. Diese Fälle können als "qualifizierter" Sachzusammenhang bezeichnet werden.

a) bei "qualifiziertem" Sachzusammenhang

Es sollen zunächst einige Fälle betrachtet werden, in denen eine Überschreitung der gesetzlichen Rechtswegzuständigkeiten im Einzelfall aus Gründen des Sachzusammenhangs zulässig ist. Zwei Fälle davon sind sogar gesetzlich geregelt, einmal die perpetuatio fori nach § 263 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO, § 90 III VwGO, § 94 III SGG und § 66 III FGO. Danach werden nach Rechtshängigkeit einer Klage durch eine Veränderung der ihr zugrunde liegenden Umstände weder die Zuständigkeit des Gerichts noch die Zulässigkeit des zu ihm beschrittenen Rechtswegs mehr berührt.

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 110:

NotZ 11/62 - BGHZ 38, 208 = DVBl 1963, 62 = NJW 1963, 446 = MDR 1963, 131 = BB 1963, 9 = LM Nr. 1 zu § 7 und 111 BNotO; Kreft in 10 Jahre VwGO S. 241/244; ähnlich auch Janssen DVBl 1967, 190/193 f

- 1) Siehe oben S. 108 Fußn. 2, 3. Absatz

Der zweite Fall ist die Ausgestaltung der Verweisung zwischen den Gerichtsbarkeiten¹⁾. Grundsätzlich entscheidet jede Gerichtsbarkeit selbst über die Zulässigkeit des zu ihr beschrittenen Rechtswegs²⁾. Wird aber verwiesen, so ist das Gericht, an das verwiesen wurde, an den Verweisungsbeschluß gebunden³⁾, d. h., daß die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit hier nicht durch das nach der Materie dazu berufene Gericht, sondern durch ein Gericht einer anderen Gerichtsbarkeit erfolgt.

Weiterhin ergibt sich aus der Möglichkeit unrichtiger Verweisungen und dem Ausschluß einer Rückverweisung an das erste Gericht die Notwendigkeit, einen weiteren Fall der Entscheidungskompetenz kraft Sachzusammenhangs anzuerkennen:

Nach allg. M. hat das Gericht, an das verwiesen wurde, den Rechtsstreit nun insgesamt zu entscheiden, also auch die rechtlichen Gesichtspunkte zu prüfen, die in den Zuständigkeitsbereich des verweisenden Gerichts fallen, bei sachlich unrichtiger Verweisung eventuell nur solche⁴⁾.

Schließlich hatten wir schon gesehen⁵⁾, daß man bei gemischten Verträgen, wenn sich öffentlich-rechtliche und privat-rechtliche Elemente nicht weiter trennen lassen, allgemein⁶⁾ das Gericht, in dessen Kompetenz das "Schwergewicht"

1) § 17 GVG und § 48 a ArbGG; § 41 VwGO; § 52 SGG; § 34 FGO

2) Jeweils Abs. 1 Satz 1 der genannten Vorschriften

3) Ob absolut gebunden oder mit der Möglichkeit der Weiterverweisung an eine dritte Gerichtsbarkeit, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. In den meisten Fällen wird es nur darum gehen, welcher von zwei Rechtswegen gegeben ist; hier bedeutet die Verweisung aus dem einen in den anderen Rechtsweg zumindest tatsächlich auch eine endgültige Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs bei dem angewiesenen Gericht, da eine Rückverweisung unzulässig ist und eine Weiterverweisung nicht in Betracht kommt (so auch Saure S. 124).

4) BVerwG Urt. v. 6. 6. 67 - IV C 216/65 - BVerwGE 27, 170/175 = DVBl 1967, 854 = DRspr IV (480) 70 a; BGH Beschl. v. 8. 2. 63 - I b ARZ 28/63 - NJW 1964, 45 = MDR 1963, 658 = BB 1963, 577 = LM Nr. 19 zu § 276 ZPO; BAG Urt. v. 13. 3. 64 - 5 ARZ 144/63 - NJW 1964, 1435 = JZ 1965, 63 mit zust. Anm. v. Scheuerle = MDR 1964, 626 = DB 1964, 740 = AP Nr. 26 zu § 2 ArbGG mit Anm. von Böttcher = Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen 1964, S. 237 mit Anm. v. Herschel; Koehler § 41 Anm. VIII; Felix JZ 1959, 656; Eyermann-Fröhler § 41 Rdnr. 16 a; weitere Nachw. bei Fischer S. 36 Fußn. 21

5) Siehe oben S. 105

6) Siehe oben S. 105 Fußn. 3

des Streites fällt, auch den übrigen Teil mitentscheiden lassen will, auch wenn dafür eigentlich ein anderer Rechtsweg gegeben ist.

Dahinter stehen folgende Erwägungen; im Falle der perpetuatio fori soll vermieden werden, daß eine ursprünglich zulässige Klage als unzulässig abgewiesen werden muß mit allen Kostenfolgen und Konsequenzen für etwaige mit der Klage zu wahrende Fristen. Neben dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes steht also der Gedanke, einen effektiven Rechtsschutz nicht unnötig und übermäßig zu erschweren. Mit Hilfe der Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses sollen negative Kompetenzkonflikte und damit Rechtsschutzlücken vermieden werden. Dem gleichen Zweck dient es, wenn bei unrichtiger Verweisung das angewiesene Gericht die Rechtsschutzfunktion des verweisenden Gerichts übernimmt und den Rechtsstreit insgesamt entscheidet. Gleiches gilt im Falle der gemischten Verträge, wenn sich öffentlich-rechtliche und privat-rechtliche Elemente nicht völlig trennen lassen. Aus solchen schwerwiegenden Gründen, die alle über solche der Zweckmäßigkeit und Prozeßökonomie weit hinausgehen, wird die Überschreitung von Rechtsweggrenzen im Einzelfall aus Gründen des Sachzusammenhangs also für zulässig erachtet, sogar vom Gesetzgeber.

Diese Überlegung wird bestätigt durch einen kurzen Blick auf Aufgabe und Funktion aller Rechtswegabgrenzungen; nach Art. 20 und 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt eine Einheit und Aufgabe aller Normen, die die Rechtswegzuständigkeiten regeln, kann nur sein die Bestimmung des gesetzlichen Richters i. S. d. Art. 101 I 2 GG¹⁾. Sinn und Zweck dieser Vorschriften werden aber gerade ins Gegenteil verkehrt, wenn sie dazu führen, daß kein Richter entscheiden kann oder daß der gesetzliche Richter so in seiner Entscheidungskompetenz beschränkt ist, daß eine sinnvolle Entscheidung unmöglich wird, weil er gezwungen ist, inhaltlich Untrennbares zu trennen.

Nicht trennen lassen sich aber auch vertragliche Rechte und Pflichten, die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen. Auch hier muß die Möglichkeit bestehen, gegenseitige Vertragsansprüche in dem anhängigen Verfahren angemessen zu berücksichtigen, auch wenn sie an sich zu verschiedenen Rechtswegzuständigkeiten gehören. Denn sonst könnte der eine Anspruch von einem Gericht rechtskräftig zugesprochen, der Gegenanspruch von dem anderen Gericht aber rechtskräftig abgekannt werden²⁾. Zwar kann hier eine Zwischenfeststellungsklage oder Zwi-

1) Baur Festschr. f. von Hippel S. 15

2) Z. B. weil die Gerichte die Zulässigkeit des Vertrages und seine Wirksamkeit verschieden beurteilen, Fragen, die noch immer umstritten sind, vgl. etwa Bullinger Vertrag und Verwaltungsakt, Pieper DVBl 1967, 11/18 und Pfander S. 240, 247, 254 f

schenfeststellungs-Widerklage solch krasse Widersprüche verhindern. Das Gegenseitigkeitsverhältnis der beiden Ansprüche kann aber so nicht berücksichtigt werden. Auch durch den Erlaß eines Teil- oder eines Vorbehaltsurteils (soweit überhaupt zulässig) wäre es nicht zu wahren, da beide Urteilsarten in Ansehung der Vollstreckung und der Rechtsmittel als Endurteile behandelt werden¹⁾, also ohne Rücksicht auf die Gegenforderung vollstreckt werden können.

Deshalb wird man entsprechend auch in dem Bereich des öff. Vertrages im Einzelfall "Übergriffe" in andere Gerichtsbarkeiten insoweit zulassen müssen, soweit die Möglichkeit von Rechtsschutzlücken bestehen kann²⁾ und soweit die Zuständigkeitsregelung dazu führt, inhaltlich Untrennbares zu trennen, soweit also ein solcher "qualifizierter" Sachzusammenhang besteht.

Das ist der Fall:

(a) Beim gemischten Vertrag:

- (1) Feststellungsklagen können von dem jeweils angerufenen (Verwaltungs- oder Zivil-)Gericht entschieden werden.
- (2) Stehen Ansprüche, für die nach der Zuständigkeitsordnung verschiedene Rechtswege gegeben sind, im Gegenseitigkeitsverhältnis, so kann das angerufene Gericht auch über den Gegenanspruch entscheiden, der zu einem anderen Rechtsweg gehört, und "Zug um Zug" verurteilen.

1) Zum Teilurteil:

Redeker-von Oertzen § 110 Rdnr. 4; § 301 I ZPO, dazu Rosenberg-Schwab § 58 II;

zum Vorbehaltsurteil:

§ 302 III ZPO und § 173 VwGO i. V. m. § 302 III ZPO (Baumbach-Lauterbach § 302 Anm. 6; Redeker-v. Oertzen § 107 Rdnr. 7; Rosenberg-Schwab § 58 III)

- 2) Aus diesem Grunde hat das BAG (Beschl. v. 6. 1. 71 - 5 AR 282/70 - NJW 1971, 581) das Bestimmungsverfahren nach § 36 Ziff. 6 ZPO, das nur für Kompetenzkonflikte bei der örtlichen, sachlichen und funktionellen Zuständigkeit gilt, auch entsprechend auf die Rechtswegzuständigkeiten zwischen Arbeits- und Verwaltungsgerichten angewandt, und zwar unter Hinweis auf die Einheit der rechtsprechenden Gewalt und das Rechtsschutzverweigerungsverbot des Art. 19 IV 1 GG. (Dem § 36 ZPO entsprechende Regelungen finden sich in § 53 VwGO, § 58 SGG und § 39 FGO).

- (3) Wenn der ganze gemischte Vertrag im Streit ist, oder bei dem streitigen Teil ein deutliches Überwiegen des einen oder anderen Rechtsgebietes nicht offensichtlich ist, entscheidet das vom Kläger angerufene Gericht über den ganzen Streit (zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte; "Wahlrecht des Klägers")
- (4) War das angerufene Gericht bei Klageerhebung entscheidungsbefugt, weil der Streit hauptsächlich um Fragen des einen Rechtsgebiets ging, verlagert sich der Streit aber im Laufe des Prozesses auf Fragen, die zu dem anderen Rechtsgebiet gehören (Gegenansprüche, Einwendungen etc.), so bleibt das Gericht zuständig.
(Parallele zur perpetuatio fori)
- (b) Beim "rein" öffentlich-rechtlichen Vertrag:
 - (1) Wenn der Streit darum geht, ob aufgrund einer Vertragsverletzung ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch gegeben ist, kann das jeweils angerufene (Verwaltungs- oder Zivil-)Gericht über die Rechtsfolgen dieser Vertragsverletzung rechtskräftig entscheiden.
 - (2) Das gleiche gilt, wenn es darum geht, ob neben oder statt eines Schadensersatzanspruchs eine Anpassung des Vertrages verlangt werden kann. Denn beide Fälle sind von einer Bewertung der jeweils mitspielenden öffentlichen Interessen abhängig (5. und 6. Fallgruppe).
 - (3) Schließlich können auch hier für im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Ansprüche verschiedene Rechtswege gegeben sein, nämlich dann, wenn bezüglich der einen der gegenseitigen Leistungen nur noch das Interesse (Schadensersatz), bezüglich der anderen aber Erfüllung verlangt werden kann. Denn der Umstand, daß die eine Leistungsverpflichtung ihren Inhalt geändert hat, ändert an der gegenseitigen Abhängigkeit der beiden Verbindlichkeiten nichts¹⁾. Auch hier muß daher eine Zug-um-Zug-Verurteilung durch das angerufene Gericht zulässig sein.

Die Zug-um-Zug-Verurteilung stellt in diesen Fällen jedoch gar keinen wirklichen "Übergriff" in eine andere Rechtswegzuständigkeit dar, auch wenn die Gegenforderung zu einem anderen Rechtsweg als das verurteilende Gericht gehört. Denn eine Zug-um-Zug-Verurteilung erfolgt auf Grund der vom Beklagten geltend gemachten Einrede des nicht erfüllten Vertrages oder des Zurückbehaltungsrechts²⁾. Auf solche Einreden und Gegenrechte des Beklagten erstreckt sich die

1) Esser SchuldR Bd. I S. 141

2) Entsprechend §§ 320 ff BGB; zu ihrer Anwendbarkeit im öff. Vertrag Kuhn § 129 Anm. 4.

Rechtskraft des Urteils aber nicht ¹⁾. Fragen aus anderen Rechtsgebieten, auf die sich die Rechtskraft des Urteils nicht erstreckt, können alle Gerichte ohne weiteres mitbehandeln und mitentscheiden. Für Vorfragen und präjudizielle Rechtsverhältnisse ist das allgemein anerkannt ²⁾. Für Gegenrechte und Einreden muß ein gleiches gelten ³⁾. Das vertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis würde bei der Vollstreckung des Zug-um-Zug-Urteils durch die Vorschriften der §§ 726 II, 756, 765 ZPO, die über § 167 I 1 VwGO auch im Verwaltungsprozeß entsprechend anwendbar sind ⁴⁾, gewahrt ⁵⁾.

b) Bei "einfachem" Sachzusammenhang

Ob darüberhinaus de lege lata eine Berücksichtigung des Sachzusammenhangs allgemein im Bereich öff. Verträge möglich ist, etwa wenn der Bürger Erfül-

- 1) Baumbach-Lauterbach § 322 Anm. 2 C d; Rosenberg-Schwab § 154 III 3 a; Blomeyer § 89 VI; Thomas-Putzo § 322 Anm. 6 c; Erman-Erman § 322 Anm. 4; Palandt-Heinrichs § 274 Anm. 3; das gilt entsprechend auch für verwaltungsgerichtliche Leistungsklagen; Eyermann-Fröhler § 121 Rdnr. 42; Redeker-v. Oertzen § 121 Rdnr. 13
- 2) Statt aller; Rosenberg-Schwab § 16 IV 1 und § 154 III 2; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 23 ff
- 3) Die Aufrechnungsfälle sind gerade deshalb so problematisch, weil die Entscheidung über die Gegenforderung hier ausnahmsweise (§ 322 II ZPO) rechtskräftig wird.
- 4) Baumbach-Lauterbach § 726 Anm. 4, § 756 Anm. 5, § 765 Anm. 2
- 5) Der Umstand, daß weder das präjudizielle Rechtsverhältnis (der öff. Vertrag), noch die Entscheidung über die Gegenforderung in Rechtskraft erwachsen, bewirkt, daß eine spätere Klage möglich bleibt, mit der die dann erbrachte Gegenleistung zurückverlangt wird; und zwar mit der Begründung, die Gegenleistung sei damals in Wahrheit nicht geschuldet gewesen (Blomeyer § 89 V 1).

Um dieses auch beim privatrechtlichen Vertrag mögliche mißliche Ergebnis zu vermeiden, will ZEUNER (S. 75 ff/77, ihm folgend Blomeyer § 89 V 4 a; Rosenberg-Schwab § 155 III 2) "die Zerreißung des Gegenseitigkeitsverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung" mit Hilfe der materiellen Rechtskraft verhindern. Sie soll dort, wo die Ansprüche sich gegenseitig in ihrer Existenz bedingen (sog. genetisches Synallagma), auch die gemeinsame Existenzgrundlage (den Vertrag) mitumfassen.

lung und Schadensersatz zugleich geltend macht oder gegenüber dem Erfüllungsanspruch der Behörde mit einem Schadensersatzanspruch aufrechnen will (Fallgruppe 3 - 4), erscheint fraglich, da man diese Fälle auch nach geltendem Recht lösen kann, wenn auch erst nach zwei Prozessen.

Bejahen müßte man diese Frage, wenn man mit BAUR ¹⁾ der Ansicht ist, daß ein Gericht, das nach der für dieses Gericht maßgebenden Regelung der Rechtswegzuständigkeit zulässigerweise mit einer Streitsache befaßt ist, auch "zuständigkeitsfremde" tatsächliche oder rechtliche Elemente in seine Entscheidung einbeziehen kann, sofern das notwendig ist, um den Rechtsstreit abschließend zu entscheiden. BAUR stellt Regelungen, die die Rechtswegzuständigkeiten untereinander abgrenzen, den Zuständigkeitsregelungen innerhalb der einzelnen Rechtswege gleich und weist nach, daß dort auch bei ausschließlichen Zuständigkeiten der Gedanke des Sachzusammenhangs weitgehende Berücksichtigung gefunden hat; etwa in den §§ 10, 25, 28, 33, 34, 512 a, 549 ZPO, § 88 GWB, § 13 LwVG, § 3 I II ArbGG. Daraus und aus der Regelung der Verweisung und der perpetuatio fori zieht er die Analogie allgemein auf die Regelung der Rechtswegzuständigkeiten. Wenn BAUR auch darin zuzustimmen ist, daß zwischen den Rechtswegzuständigkeiten innerhalb der einzelnen Rechtswege ein Wesensunterschied nicht besteht, so handelt es sich doch jedenfalls um zwei ganz verschiedene Ebenen, bei denen ein Analogieschluß von der einen auf die andere Ebene doch recht problematisch ist ²⁾. De lege lata scheint auch BAUR selbst davon jetzt abgerückt zu sein ³⁾.

Auch de lege ferenda ist eine allgemeine Zuständigkeit kraft Sachzusammenhangs im Verhältnis der verschiedenen Rechtswege zur Zeit nicht zu erwarten, sondern nur innerhalb eines Rechtswegs und auch dort nur, soweit nicht ausschließliche Zuständigkeiten anderer Gerichte betroffen werden ⁴⁾.

Die Fälle, in denen bisher Übergriffe in andere Rechtswegzuständigkeiten im Einzelfall zugelassen wurden (bei der perpetuatio fori und der Verweisung zwischen den Gerichtsbarkeiten, besonders bei unrichtiger Verweisung), sind auch nicht solche, bei denen lediglich ein einfacher Sachzusammenhang besteht und eine gemeinsame Behandlung zweckmäßig ist. Vielmehr sind die Bindungen hier

- 1) Baur Festschr. f. von Hippel S. 1/25
- 2) Krit. dazu bes. Fischer S. 28 ff und Saure S. 140 ff
- 3) Vgl. seine Anm. zu BGH Urt. v. 30.9.70 - III ZR 87/69 - in JZ 1971, 94/96
- 4) Vgl. oben S. 108 Fußn. 2 (am Ende) den Entwurf der Kommission des Bundesjustizministers für das Zivilprozeßrecht vom 25.6.70

enger und es treten noch weitere Gesichtspunkte hinzu, die einen solchen Übergriff erfordern¹⁾; bei der perpetuatio fori der Gedanke des Vertrauensschutzes und des effektiven Rechtsschutzes, bei der Verweisungsregelung die Vermeidung von Rechtsschutzlücken und Rechtsverweigerungen durch negative Kompetenzkonflikte.

Im Bereich der Rechtswegzuständigkeiten läßt sich kein Fall nachweisen, in dem ein Abweichen von der gesetzlichen Kompetenzverteilung im Einzelfall²⁾ lediglich aus Gründen der Zweckmäßigkeit und der Prozeßökonomie, also des "einfachen" Sachzusammenhangs zulässig wäre. Man wird der Ansicht BAUR's daher in dieser Allgemeinheit nicht folgen können³⁾. Auch BAUR selbst weist darauf hin, daß eine Berufung auf die Zweckmäßigkeit solcher Regelung nicht hinreichende als Rechtfertigung einer Abweichung von gesetzlichen Regelungen⁴⁾. Der Nachweis des von ihm postulierten Prinzips des Übergriffes aus Gründen des Sachzusammenhangs schon im geltenden Recht ist jedenfalls für den Bereich der Rechtswegzuständigkeiten nicht gelungen⁵⁾, denn bei den von ihm genannten Beispielen im Bereich der Rechtswegzuständigkeiten, der perpetuatio fori und der Verweisung, sind gerade noch weitere und entscheidendere Gesichtspunkte maßgeblich. Gerade sie waren entscheidend für die Bejahung der Durchbrechung der Rechtswegzuständigkeiten in den oben genannten Fällen⁶⁾. Auch kann man nicht, wie LENT-JAUERNIG⁷⁾ vorschlagen, Übergriffe in andere Rechtswege aus Gründen des "einfachen" Sachzusammenhangs dann zulassen, wenn der zuständigkeitsfremde Teil nach der gesetzlichen Zuständigkeits- und Verfahrensordnung "in ein Verfahren gehört, das mit demjenigen des erkennenden Gerichts artverwandt ist"⁸⁾. Denn bei einer Verletzung der Rechtswegvorschriften kann man sich nicht mit dem Gedanken beruhigen, die Angelegenheit werde auch so in einem ähnlichen Verfahren entschieden, der Verstoß sei daher nicht so gravierend. Denn die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit kann nicht vom Ergebnis her bestimmt werden. Außerdem ist der Sinn der Rechtswegbestimmungen nicht allein,

1) Wie oben S. 113 bereits ausgeführt

2) Gesetzlich normierte Ausnahmeregelungen finden sich dagegen häufig, s. o. S. 110 Fußn. 3

3) So bes. auch Fischer S. 28 ff/45 - 48; Scheuerle JZ 1965, 65 f; Naumann Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 365/366

4) Baur S. 15 f; Saure S. 123 f

5) Das haben bes. Fischer a. a. O. und Saure S. 134 - 142 nachgewiesen

6) Oben S. 113 ff

7) § 45 III, für die Aufrechnungsfälle

8) Lent-Jauernig a. a. O.

die materiellen Rechte einem Gericht zuzuweisen, bei dem ein der Sache angemessenes, 'passendes' Verfahren angewandt wird; sondern sie wollen die Angelegenheit zugleich einem Gericht zuweisen, das die für diese konkrete und spezielle Frage erforderliche Sachkunde hat, die aus der häufigen und wiederkehrenden Befassung mit verwandten Fragen resultiert (Gesichtspunkte der Sachnähe und Spezialität¹⁾).

Diese werden aber nicht beachtet. Deshalb kann auch der Gesichtspunkt des "artverwandten Verfahrens" in den Fällen des einfachen Sachzusammenhangs keine Abweichung von den gesetzlichen Rechtswegzuständigkeiten rechtfertigen. Hier geht die gesetzliche Zuständigkeitsordnung vor.

3) Die verbleibenden, nicht aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs zu lösenden Fälle

Es verbleiben also die Aufrechnungsfälle und die Fälle der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen neben Erfüllungsansprüchen (3. und 4. Fallgruppe), bei denen nur der einfache Sachzusammenhang besteht.

Wenn man den einfachen Sachzusammenhang auch nicht so berücksichtigen kann, daß die Gerichte im Einzelfall unter Übergehung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung zuständigkeitsfremde Teile in ihre Entscheidung einbeziehen dürfen, so bleibt doch zu fragen, ob die Nachteile der durch die Aufspaltung der Rechtswege verursachten doppelten Prozeßbelastung auf andere Weise verringert werden können.

a) Schadensersatzansprüche neben Erfüllungsansprüchen

Soweit beim Zusammentreffen von Schadensersatz- und Erfüllungsansprüchen zwei verschiedene Klageanträge gestellt werden, liegt eine objektive Klagehäufung vor²⁾, zumal dem Erfüllungs- und dem Schadensersatzanspruch in der Regel auch zwei verschiedene Sachverhalte zugrunde liegen: der Vertragsschluß und die Vertragsverletzung. Da es sich prozessual um zwei Klagen handelt, wenn zwei verschiedene Anträge auf Grund verschiedener Sachverhalte gestellt wer-

1) Dazu auch Fischer S. 29 f m. w. N. und Saure S. 16

2) Nach allen prozessualen Streitgegenstandstheorien: Rosenberg-Schwab § 100 I 1; Baumbach-Lauterbach § 260 Anm. 2 B; Eyermann-Fröhler § 44 Rdnr. 1; Redeker-v. Oertzen § 44 Rdnr. 1

den, müssen auch die Sachurteilsvoraussetzungen für jede Klage selbständig geprüft werden: ist für eine der Klagen der Rechtsweg zu dem angerufenen Gericht nicht gegeben, wird diese Klage als unzulässig abgewiesen oder auf Antrag an das zuständige Gericht des anderen Rechtswegs verwiesen. Die andere Klage wird davon nicht berührt.

Da bei Klagehäufung für die Kostenberechnung die Streitwerte der beiden Ansprüche ohnehin addiert werden, hat die Trennung auch keine wesentliche Kostenmehrbelastung der unterliegenden Partei zur Folge. Die durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts entstandenen Mehrkosten trägt der Kläger (§ 276 III 2 ZPO)¹⁾. Im übrigen wird das Verfahren vor dem verweisenden und vor dem angewiesenen Gericht kostenrechtlich als Einheit behandelt (§§ 276 III 1 ZPO, 155 IV VwGO, 136 IV FGO, § 98 III SGG), so daß Gerichts- und Anwaltskosten grundsätzlich nur einmal entstehen (§ 33 i. V. m. § 25 I GKG und § 14 BRAGEbo)²⁾.

Ähnlich liegt es, wenn hauptsächlich Erfüllung und nur hilfsweise Schadensersatz verlangt wird (oder umgekehrt): ist das angegangene Gericht für den Hauptantrag zuständig, entscheidet es über ihn. Ist er unbegründet und muß das Gericht deshalb über den Hilfsantrag befinden, so muß es den Hauptantrag als unbegründet, den Hilfsantrag als unzulässig abweisen und ihn - auf Antrag - an das zuständige Gericht verweisen. Im umgekehrten Fall, wenn es nur für den Hauptantrag unzuständig ist, ist eine Verweisung des ganzen Rechtsstreits insgesamt erforderlich mit der Möglichkeit der Rückverweisung wegen des Hilfsanspruchs, wenn der Hauptanspruch unbegründet war³⁾.

1) Ebenso über § 173 VwGO im Verwaltungsgerichtsverfahren. Falls hier jedoch § 155 V VwGO als abschließende Sonderregelung anzusehen sein sollte, trägt der Kläger die Mehrkosten jedenfalls dann, wenn ihn ein Verschulden an der Beschreitung des falschen Rechtswegs trifft. Doch erscheint angesichts der einheitlichen Verweisungsregelung auch eine einheitliche Regelung der Kostenfolgen angebracht, und zwar in entsprechender Anwendung des § 276 III 2 ZPO, da eine Überbürdung der Mehrkosten auf den unterliegenden Beklagten auch bei Schuldlosigkeit des Klägers als unbillig erscheint.

2) Dazu im einzelnen Fischer S. 100 ff

3) BGH Urt. v. 28. 5. 56 - III ZR 326/54 - DÖV 1956, 667 = NJW 1956, 1357 (Leits.) = LM Nr. 2 zu § 51 SGG = LM Nr. 5 zu § 260 ZPO; BGH Urt. v. 19. 9. 66 - III ZR 199/64 - BGHZ 46, 96/105 = NJW 1966, 2162; krit. dazu Saure S. 132 f und Baumbach-Lauterbach § 276 Anm. 1 A, unentschieden in Anm. 2 A zu § 17 GVG; Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 31 ff

In kostenmäßiger Hinsicht sind die Folgen der Verweisung dieselben wie in der vorigen Fallgruppe: das Verfahren vor dem verweisenden Gericht wird kostenmäßig als Teil des Verfahrens vor dem angewiesenen Gericht angesehen. Nur werden die Streitwerte von Haupt- und Hilfsantrag hier nicht addiert, sondern der höhere der beiden Werte ist allein maßgeblich¹⁾.

Schließlich kann man mit Hilfe der Verweisung auch im folgenden Fall zu einem Ergebnis kommen, das nicht mehr so unbefriedigend ist, wie es bei der Problemübersicht²⁾ erschien:

Wenn ein Bürger aus einem öff. Vertrag vor dem Verwaltungsgericht auf Erfüllung klagt, und sich nun herausstellt, daß die Erfüllung unmöglich ist, oder wenn die Unmöglichkeit nach Klageerhebung eintritt, so kann er seinen Klageantrag auf Schadensersatz umstellen (§ 268 Ziff. 3 ZPO i. V. m. § 173 VwGO)³⁾. Verbindet der Kläger seine Umstellung des Klageantrags nun mit dem Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits vor das Zivilgericht (§ 41 VwGO), so wird auch hier das sich nun anschließende Verfahren kostenrechtlich als einheitliches (Gesamt-)Verfahren angesehen. Doch ist in diesem Beispielfall eine Verweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs nur dann möglich, wenn der Rechtsweg zu dem angerufenen Verwaltungsgericht nicht nach den Grundsätzen der perpetuatio fori (§ 90 III VwGO, entspr. § 66 II FGO, § 94 II SGG und § 263 Ziff. 3 ZPO) bestehen bleibt. Für ein Eingreifen dieser Regelung könnte hier der Umstand sprechen, daß die Umstellung des Klageantrags nicht als Klageänderung angesehen wird⁴⁾. Doch ist die perpetuatio fori nur innerhalb desselben Streitgegenstands anwendbar und wirksam⁵⁾. Für diesen gilt bei der verwaltungsgerichtli-

1) Baumbach-Lauterbach § 5 Anm. 2 B b

2) Oben S. 93 ff (4. Fallgruppe)

3) Allg. Meinung: Redeker-v. Oertzen § 91 Rdnr. 2; Eyermann-Fröhler § 91 Rdnr. 7; Baumbach-Lauterbach § 268 Anm. 2 D, 4; Rosenberg-Schwab § 102 I 3 b; Ziemer-Birkholz § 67 Rdnr. 7; über den Wortlaut des § 268 Ziff. 3 ZPO hinaus liegt auch dann noch keine Klageänderung vor, wenn die Umstellung des Klageantrags erfolgt wegen eines vor Klageerhebung eintretenden Umstands, der aber dem Kläger unverschuldet erst nachher bekannt geworden ist (allg. M., Nachw. wie vor).

4) Nachweise wie Fußn. 3

5) Eyermann-Fröhler § 90 Rdnr. 12; Redeker-v. Oertzen § 90 Rdnr. 7; Rosenberg-Schwab § 101 III 2 a; Baumbach-Lauterbach § 263 Anm. 5; Ziemer-Birkholz § 66 Rdnr. 30

chen sog. schlichten Leistungsklage ¹⁾ dasselbe wie für die zivilprozessuale Leistungsklage ²⁾. Nach allen Streitgegenstandslehren liegt aber eine Änderung des Streitgegenstands vor, wenn sich sowohl Klageantrag wie zugrunde liegender Sachverhalt ändern. Das ist aber der Fall, wenn statt Erfüllung des Vertrages Schadensersatz wegen Verletzung des Vertrags verlangt wird. Daß die Umstellung des Klageantrags von Erfüllung auf Schadensersatz keine Klageänderung sei, bedurfte deshalb ausdrücklicher gesetzlicher Normierung in § 268 Ziff. 3 ZPO. Für die perpetuatio fori ist aber nicht das Vorliegen einer Klageänderung, sondern die Beibehaltung oder Änderung des Streitgegenstands entscheidend. Daher erfaßt die perpetuatio fori diese Fallgruppe nicht mehr. Es muß nach Umstellung des Klageantrags also der Verweisungsantrag gestellt werden, sonst wird die Klage als unzulässig kostenpflichtig abgewiesen.

Die Fälle des Nebeneinanders von Schadensersatz- und Erfüllungsansprüchen lassen sich also, wenn schon nicht immer in einem einheitlichen Verfahren, so aber doch mit Hilfe der Verweisung in zwei unmittelbar aufeinander folgenden Verfahren lösen, die hinsichtlich der Gerichts- und Anwaltskosten als eine einheitliche Instanz angesehen werden. Darüberhinaus bewirkt die Verweisung, daß sich die im ersten Verfahren eingetretene Wirkung der Rechtshängigkeit im zweiten Verfahren fortsetzt und es auf den Zeitpunkt der Erhebung der ersten Klage ankommt, soweit durch die Klage Fristen gewahrt werden sollen ³⁾. Auch die bisherigen Prozeßhandlungen der Parteien und des Gerichts behalten vor dem angewiesenen Gericht ihre Wirkung, als wären sie vor ihm vorgenommen ⁴⁾. Dadurch wird trotz der verschiedenen Rechtswege eine gewisse Einheitlichkeit des Verfahrens gewahrt.

- 1) Zur verwaltungsgerichtlichen Klageart aus öff. Verträgen grundlegend Lerche, Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. II S. 59 ff; danach handelt es sich um eine koordinationsrechtliche Leistungsklage.
- 2) Eyermann-Fröhler § 121 Rdnr. 10 c
- 3) §§ 41 VwGO, 17 GVG, 52 SGG, 34 FGO, jeweils Abs. 3 Satz 4; Fischer S. 107 - 109; Saure S. 125 - 128; Eyermann-Fröhler § 41 Rdnr. 18; Redeker-v. Oertzen § 41 Rdnr. 8; Rosenberg-Schwab § 39 II 2 g; Baumbach-Lauterbach § 276 Anm. 3 D; Zierner-Birkholz § 34 Rdnr. 25 f; Peters-Sautter-Wolff § 52 Anm. 3c
- 4) Nachweise siehe vorige Fußn.; nur Zierner-Birkholz a. a. O. wollen es in das Ermessen des angewiesenen Gerichts stellen, inwieweit die früheren Prozeßhandlungen ihre Wirksamkeit behalten.

b) Aufrechnungsfälle

Die Fälle, in denen im Prozeß gegen die Klageforderung mit einer Gegenforderung aufgerechnet wird, für deren Entscheidung das Prozeßgericht nicht zuständig ist ¹⁾, sind bereits Gegenstand eingehender Erörterung in der Literatur gewesen ²⁾; der hier interessierende Fall der fehlenden Rechtswegzuständigkeit ist nur einer davon.

Unter den zahlreichen Lösungsvorschlägen, die hierfür gemacht wurden, ist der Weg, die prozessual unzulässige Aufrechnungserklärung auch als materiell unwirksam anzusehen ³⁾, abzulehnen. Denn er führt dazu, dem Beklagten die ihm nach materiellem Recht zustehende Aufrechnungsbefugnis praktisch für einen Teil der Fälle wieder zu nehmen; das materielle Recht würde so den Gegebenheiten des Verfahrensrechts angepaßt. Das verkennt die Rolle und Aufgabe des Verfahrensrechts, die in der Verwirklichung des materiellen Rechts besteht ⁴⁾.

Die übrigen Lösungsvorschläge, die alle mit einer Aussetzung des Verfahrens vor dem Prozeßgericht bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Gegenforderung vor dem zuständigen anderen Gericht arbeiten ⁵⁾, haben den Nachteil, daß beide Forderungen in völlig separaten Verfahren entschieden werden. Ein weiterer Nachteil besteht darin, daß der Beklagte den zweiten Prozeß wegen seiner Gegenforderung verzögerlich betreiben kann ⁶⁾, und so die Durchsetzung des möglicherweise bestehenden Anspruchs des Klägers bewußt verzögern wird.

Schließlich kommt auch die von der Rechtsprechung verlangte Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Gegenforderung erst dann in Betracht,

- 1) Siehe oben S. 90 (3. Fallgruppe)
- 2) Nachw. oben S. 90 ff mit Fußnoten
- 3) Nachw. oben S. 91 Fußn. 5
- 4) Dazu oben S. 60 - 63
- 5) Dazu oben S. 90 mit Fußn. 2
- 6) Das gilt auch dann, wenn das erste Gericht ihm eine Frist zur Klageerhebung gesetzt hat, da auch eine erhobene Klage noch verzögernd geführt werden kann. Nicht ersichtlich ist allerdings, woher das Gericht die Befugnis zu einer Androhung nimmt, es werde anderenfalls ohne Berücksichtigung der Aufrechnung entscheiden. Eine solche Androhung wird vom BGH Urt. v. 11. 1. 55 - I ZR 106/53 - BGHZ 16, 124 = NJW 1955, 497 = LM Nr. 2 zu § 148 ZPO; Baumbach-Lauterbach § 13 GVG Anm. 5 F und Eyermann-Fröhler § 40 Rdnr. 40 gefordert. Denn das hieße, den Beklagten bewußt zu einer möglicherweise nicht geschuldeten Leistung zu verurteilen.

wenn es auf die Gegenforderung ankommt, d. h. wenn die Klageforderung besteht und entscheidungsreif ist, die Gegenforderung aber nicht.

Das ist aber genau die Prozeßsituation, in der auch ein Vorbehaltsurteil ergehen kann ¹⁾, gemäß oder entsprechend § 302 ZPO ²⁾ ³⁾. Nach § 304 IV 1 ZPO bleibt der Rechtsstreit bezüglich der vorbehaltenen Entscheidung über die Aufrechnung anhängig. Dieser Rechtsstreit, der nur noch wegen einer vor einem anderen Rechtsweg zu entscheidenden Forderung anhängig ist, kann nun auf Antrag des Klägers an das zuständige Gericht dieses Rechtswegs verwiesen werden ⁴⁾. Gegenüber der Aussetzung des Verfahrens hat diese Lösung folgende Vorteile:

- der Prozeß wird ohne Verzögerung fortgesetzt;
- der bisherige Kläger bleibt Kläger und ist einer verzögerlichen Prozeßführung des Beklagten nicht so stark ausgesetzt;
- Prozeßhandlungen der Parteien und des ersten Gerichts bleiben wirksam (z. B. können erhobene Beweise verwertet werden);
- die materiellrechtlichen und prozessualen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben erhalten;
- kostenrechtlich wird das gesamte Verfahren als eine Instanz angesehen, Anwalts- und Gerichtsgebühren entstehen nur einmal.

Auf diese Weise wird der rechtliche Zusammenhang zwischen der Klageforderung und der Gegenforderung, die ja in den hier untersuchten Fällen aus demselben Vertrag stammen, wenigstens teilweise berücksichtigt. In dem Verfahrenabschnitt, der vor dem Zivilgericht geführt wird, könnte auch ein möglicherweise bestehender Amtshaftungsanspruch mit entschieden werden.

- 1) Rosenberg-Schwab § 106 IV 4 i. V. m. § 58 V 1 a; Baumbach-Lauterbach § 302 Anm. 2 B
- 2) Daß § 302 ZPO über § 173 VwGO auch im Verwaltungsprozeß anwendbar ist, ist anerkannt: Eyermann-Fröhler § 107 Rdnr. 5; Redeker-v. Oertzen § 107 Rdnr. 8; Ule Verwaltungsprozeß § 41 III; Baumbach-Lauterbach § 302 Anm. 6
- 3) Die Einschränkung des § 302 I ZPO, daß die Aufrechnungsforderung nicht konnex sein darf, kann hier nicht entgegenstehen: wäre sie konnex und das Gericht zuständig, müßte eine einheitliche Entscheidung über das gesamte Streitverhältnis ergehen. Da das Gericht aber für die Entscheidung der Gegenforderung unzuständig ist und daher ihrem rechtlichen Zusammenhang durch eine einheitliche Entscheidung gar nicht Rechnung tragen kann, kann eine materiell-rechtlich doch bestehende Konnexität hier den Erlaß eines Vorbehaltsurteils nicht hindern.
- 4) Ähnlich Grunsky Grundlagen S. 130 und JZ 1965, 391/398 f

4) Zusammenfassung der Ergebnisse

Die Spaltung des Rechtswegs für Klagen aus öff. Verträgen führt also zu diesen Ergebnissen:

a) rein öffentlich-rechtliche Verträge:

- (1) der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben für:
 - (a) Erfüllungsansprüche
 - (b) Rückgewähransprüche nach Rücktritt vom Vertrag
 - (c) Schadensersatzansprüche des Trägers öffentlicher Verwaltung gegen den beteiligten Bürger im subordinationsrechtlichen öff. Vertrag (1. Fallgruppe)
 - (d) Schadensersatzansprüche aus koordinationsrechtlichen öff. Verträgen (2. Fallgruppe)
 - (e) Schadensersatzansprüche, mit denen als "Naturalrestitution" die Vornahme einer Amtshandlung verlangt werden kann (7. Fallgruppe)
- (2) Der Zivilrechtsweg ist gegeben für Schadensersatzansprüche des Bürgers gegen einen Träger öffentlicher Verwaltung aus dem öff. Vertrag (§ 40 II 1 VwGO).
- (3) Das angegangene Zivil- oder Verwaltungsgericht kann "zuständigkeitsfremde" Teile, für die der Rechtsweg zu diesem Gericht nicht gegeben ist, mitentscheiden, soweit die Vermeidung von Rechtsschutzlücken es erfordert, nämlich:
 - (a) wenn der Streit darum geht, ob auf Grund einer Vertragsverletzung ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch gegeben ist (5. Fallgruppe),
 - (b) wenn Schadensersatz und/oder Anpassung des Vertrags verlangt werden (6. Fallgruppe).
- (4) In den übrigen Fällen können die Nachteile des gespaltenen Rechtswegs mit Hilfe der Verweisung wenigstens teilweise gemildert werden. Das gilt für das Zusammentreffen von Schadensersatz- neben Erfüllungsansprüchen und für die Aufrechnungsfälle (3. und 4. Fallgruppe).
- (5) Die prozessuale Berücksichtigung eines vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses durch Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug gegen Erbringung der Gegenleistung ist ohne Verstoß gegen die Rechtswegzuständigkeiten möglich, da die Entscheidung über die Gegenleistung nicht in Rechtskraft erwächst.

b) Gemischte privatrechtlich-öffentlichrechtliche Verträge:

- (1) Feststellungsklagen können von dem jeweils angerufenen (Verwaltungs- oder Zivil-)Gericht entschieden werden.
- (2) Wenn der ganze gemischte Vertrag im Streit ist oder bei dem streitigen Teil ein deutliches Überwiegen des einen oder anderen Rechtsgebiets nicht offensichtlich ist, entscheidet das vom Kläger angerufene Gericht über den ganzen Streit.
- (3) War das angerufene Gericht bei Klageerhebung entscheidungsbefugt, weil der Streit hauptsächlich um eines der beiden Rechtsgebiete ging und verlagert sich der Streit - bei gleichbleibendem Streitgegenstand - auf Fragen, die zu dem anderen Rechtsgebiet gehören, so bleibt das Gericht zuständig (Parallele zur perpetuatio fori).
- (4) Das vertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis kann auch hier ohne Verstoß gegen die Rechtswegvorschriften durch eine Verurteilung zur Leistung Zug-um-Zug gegen Erbringung der Gegenleistung berücksichtigt werden.

5) Änderungsvorschlag

Daß diese Konsequenzen der geltenden gesetzlichen Abgrenzung der Rechtswegzuständigkeiten letztlich nicht befriedigen können, bedarf nach dem Gesagten keiner weiteren Begründung. Doch ist de lege lata eine umfassende Entscheidungsbefugnis der Verwaltungsgerichte für alle Streitigkeiten aus öffr. Verträgen nicht gegeben.

De lege ferenda wäre eine solche Regelung aber wünschenswert.

Die Rechtswegproblematik des rein öffr. Vertrages ließe sich durch einen Zusatz zu § 40 II 1 VwGO beseitigen. Die Vorschrift könnte dann etwa so lauten:

"Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag herrühren, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben." ¹⁾

- 1) Eine ähnliche Fassung schlägt jetzt auch § 83 Ziff. 1 des Entwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1970 vor.

Zwar bleibt auch bei einer solchen Regelung noch immer die Möglichkeit, daß nach einer umfassenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidung über den öffr. Vertrag das Zivilgericht wegen eines zugleich vorliegenden Amtshaftungsanspruchs angerufen wird. Doch erscheint es wichtiger, eine Möglichkeit zur einheitlichen und umfassenden Entscheidung der Streitigkeiten aus einem öffr. Vertrag zu schaffen, als aus Rücksicht auf die Verweisung des Art. 34 Satz 3 GG die oben dargestellten Schwierigkeiten in Kauf zu nehmen.

Vielmehr wäre es auch aus diesem Gesichtspunkt wünschenswert, die in Art. 34 Satz 3 GG enthaltene Zuständigkeit der Zivilgerichte zu beseitigen ¹⁾ und auch die Amtshaftungsansprüche den Verwaltungsgerichten zu übertragen.

Ob man zur Lösung der Rechtswegprobleme der gemischten privatrechtlich-öffentlich-rechtlichen Verträge bereits eine gesetzliche Regelung anstreben soll oder ob man vorerst eine weitere Erörterung der Problematik durch Rechtsprechung und Lehre abwarten sollte, soll hier nur als Frage hingestellt werden. Es käme neben einer Spezialregelung für diese Fallgruppe auch eine allgemeine Regelung der Rechtswegzuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs in Betracht. Eine solche Regelung bedürfte aber wegen ihrer möglicherweise weitreichenden Konsequenzen noch genauer Erörterung.

Einstweilen kann die Praxis hier mit den oben unter 4) b) aufgestellten Grundsätzen zu brauchbaren Ergebnissen kommen, wenn sich der jeweilige Rechtswegwender immer bewußt ist, daß die Pflicht zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes der Pflicht zur Beachtung der Zuständigkeitsnormen vorgeht und daß das Verfahrensrecht nicht Selbstzweck, sondern nur Hilfsmittel zur Verwirklichung des materiellen Rechts ist.

1) Renck JZ 1970, 407/409; Stich in "10 Jahre VwGO" S. 261

SCHLUSSBEMERKUNG

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die Problematik des öffr. Vertrags nicht allein auf dem Gebiet des materiellen Rechts liegt, sondern daß auch bei der Anwendung des Verfahrensrechts auf den öffr. Vertrag Probleme auftreten, die nach dem geltenden Verfahrensrecht nicht immer in befriedigender Weise zu lösen sind. Das ist darauf zurückzuführen, daß das für das materielle Verwaltungsrecht geschaffene Verfahrensrecht auf die typischen einseitig-hoheitlichen Handlungsformen der Verwaltung zugeschnitten ist. Außerdem wirkt die Unsicherheit, die noch in zahlreichen materiellen Einzelproblemen zum öffr. Vertrag herrscht, naturgemäß auch auf die Lösung der mit dieser Frage verbundenen verfahrensrechtlichen Probleme ein. Das hat sich sowohl im ersten Teil bei der Frage der Zulässigkeit der Verwaltungsvollstreckung aus öffr. Verträgen ¹⁾ wie auch im zweiten Teil bei der Problemübersicht gezeigt ²⁾.

Aus dem gesamten und bisher kaum behandelten Fragenkreis der Klage und Vollstreckung aus öffr. Verträgen ³⁾ konnten im Rahmen der vorliegenden Arbeit lediglich zwei Fragen behandelt werden. Damit ist der mit der Anerkennung des öffr. Vertrages notwendig gewordene, aber noch kaum erfolgte 'Einbau' des öffr. Vertrages in das Verfahrens- und Prozeßrechtssystem aber keineswegs beendet, sondern eher nur ein Anfang gemacht. Bei einer Untersuchung der übrigen Sachurteilsvoraussetzungen einer verwaltungsgerichtlichen Klage aus einem öffr. Vertrag dürften mit großer Wahrscheinlichkeit weitere Probleme auftreten, die noch zu lösen sind, bevor der öffr. Vertrag wirklich als geeignetes Mittel angesehen werden kann, "besonderen Lagen gerecht zu werden und ein einseitiges Eingreifen zu erübrigen" ⁴⁾.

-
- 1) Oben S. 69 ff; aber auch schon bei der Frage nach Wirksamkeit, Bindungswirkung und Bestandskraft, S. 39 ff
- 2) Hier bes. die 5. - 7. Fallgruppe, S. 94 ff
- 3) Eine Ausnahme bildet die bereits eingangs (S. 3 Fußn. 1) erwähnte Abhandlung von Lerche in "Staatsbürger und Staatsgewalt" Bd. II S. 59 ff aus dem Jahre 1963
- 4) Wolff I § 44 II

Lebenslauf

Am 30. September 1943 wurde ich in Hüttental - Weidenau geboren als ältester Sohn des Studienrats Emil Stahl und seiner Frau Else, geb. Altenmüller. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach der Volksschule besuchte ich seit Ostern 1954 das Städtische Gymnasium für Jungen in Siegen, an dem ich am 25. Februar 1963 die Reifeprüfung des altsprachlichen Zweiges bestand. Anschließend studierte ich vier Semester lang Volkswirtschaft und Sprachen an den Universitäten Kairo und Innsbruck.

Vom Sommer 1965 an studierte ich Rechtswissenschaften an der Universität Münster und legte am 14. Juni 1969 vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit September 1969 bin ich Referendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm.