

Kooperationsverträge

Zur bevorstehenden Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz

Heribert Schmitz

Durch das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25. 5. 1976¹ ist der – in der Verwaltungspraxis schon lange bekannte – öffentlich-rechtliche Vertrag als allgemeines Instrument des Verwaltungshandelns auf der Ebene des Bundes kodifiziert worden. Damit kam eine wissenschaftliche Diskussion über die Nutzung von Verträgen als Handlungsform der Verwaltung im öffentlichen Recht zu einem Endpunkt. Das verwaltungsrechtliche Denken war lange von dem von *Otto Mayer* geprägten Grundsatz „Der Staat paktiert nicht“ beeinflusst. *Mayer* erschien das Verhältnis des Staates zu dem Einzelnen durch Subordination gekennzeichnet; das typische Handeln des Staates erfolgte durch Verwaltungsakt. Vor allem auf Grund der Habilitationsschrift von *Apelt*² aus dem Jahr 1920 setzte ein Umdenken ein. Schon 1931 enthielt der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg die Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse durch Vertrag zu begründen, „soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“. Diesem Ansatz folgt das Verwaltungsverfahrensgesetz: Der öffentlich-rechtliche Vertrag wird als Mittel des Verwaltungshandelns eingeführt, das in besonderen Maße geeignet ist, Rechtsfrieden herzustellen. Gleichwohl sind der Vertragsverbindlichkeit durch den Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns Grenzen gezogen. Dieses Verständnis rechtlich gebundener Möglichkeiten des Verwaltungshandelns durch öffentlich-rechtlichen Vertrag liegt den §§ 54 ff. VwVfG zugrunde.

Bereits in der Begründung zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963 wurde festgehalten, dass sich rechtlich, politisch und tatsächlich das Verhältnis „Obrigkeit – Untertan“, von dem *Otto Mayer* ausgegangen war, grundlegend gewandelt hat. Dies war 1976 noch deutlicher geworden, es gilt umso mehr für den „aktivierenden Staat“, der ein offenes, kooperatives Verhältnis zwischen den gesellschaftlichen Akteuren schaffen will. Dieses kooperative Grundverhältnis soll auch in den Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Verwaltung stärker zur Geltung kommen. Dementsprechend war das Ziel eines der Leitprojekte des Programms der Bundesregierung „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“ in der 14. Wahlperiode:

1 BGBl. I S. 1253.

2 Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920.

„Die Bundesregierung wird rechtliche Rahmenbedingungen für kooperative Vertragsverhältnisse schaffen. [...] Deshalb werden für die Ausgestaltung von Kooperationsbeziehungen taugliche Vertragstypen und Vertragsklauseln im Verwaltungsverfahrenrecht verankert.“³

Änderungen des Verwaltungsverfahrenrechts bedürfen wegen ihrer großen Auswirkungen sorgfältiger Vorbereitung.⁴ Der beim Bundesministerium des Innern (BMI) eingerichtete Beirat Verwaltungsverfahrenrecht⁵ hat sich intensiv mit dem Thema einer Anpassung des öffentlich-rechtlichen Vertrages an neue Anforderungen befasst. Seine Vorschläge für eine Modernisierung des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages basieren auf zwei Gutachten, die *Schuppert* und *Ziekow* für das Bundesministerium des Innern erstellt und im Beirat erläutert hatten.⁶ Die Vorschläge des Beirats waren Grundlage der weiteren Arbeiten.

Die Auffassungen über Zulässigkeit und Grenzen öffentlich-rechtlicher Verträge haben sich während der Jahrzehnte, in denen diese Fragen Rechtslehre, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis beschäftigen, grundlegend geändert. Der Entwurf begnügt sich, entsprechend der Übung des Verwaltungsverfahrensgesetzes als Grundgesetz der Verwaltung, mit den für die Verwaltungspraxis unbedingt erforderlichen Regelungen zur Anpassung des Rechts des öffentlich-rechtlichen Vertrages an neue Anforderungen. Die geplante Novelle hat zwei Themen: den Kooperationsvertrag⁷ und die Beseitigung von Nichtigkeitsfällen⁸.

A. Kooperationsvertrag

Die Bedeutung des Instrumentariums „Vertrag“ hat sich für die öffentliche Verwaltung im Laufe der Jahre stark gewandelt. Die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages wurde zunächst vorwiegend verwaltungsaktersetzend in der Form der subordinationsrechtlichen Verträge eingesetzt, so dass bislang der Schwerpunkt auf dem Schutz des Bürgers in dem ungleichen Kräfteverhältnis zur Verwaltung lag. Heute nutzt die Verwaltung öffentlich-rechtliche Verträge auch, um ihre Aufgaben in Zusammenarbeit mit anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie mit Privatpersonen zu erfüllen. Solche Kooperationen sind zwar auch nach dem gel-

3 Vgl. *Schmitz*, DVBl. 2005, S. 17 (18).

4 *Hufen*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates* (1998), S. 11 (18); *Schmitz/Olbertz*, NVwZ 1999, S. 126 (132).

5 Hierzu *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 1 Rn. 276.

6 *Schuppert*, *Erfordernis verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse* (Public Private Partnership); *Ziekow*, *Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse* (Public Private Partnership) im VwVfG; abgedruckt in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Verwaltungskooperationsrecht* (Public Private Partnership), Berlin 2002.

7 Hierzu *Schmitz*, DVBl. 2005, S. 17 ff.

8 Hierzu zunächst *Schmitz*, NVwZ 2000, S. 1238 (1241).

tenden Vertragsrecht zulässig. Es fehlt bislang aber eine ausdrückliche Regelung für einen Vertragstyp Kooperationsvertrag, die den rechtlichen Rahmen solcher verwaltungsrechtlichen Kooperationsverhältnisse konkretisiert. Der Musterentwurf der Verwaltungsverfahrenrechtsreferenten von Bund und Ländern sieht hier folgende Anpassung vor:

In das Verwaltungsverfahrensgesetz werden Regelungen zu verwaltungsrechtlichen Kooperationsverhältnissen aufgenommen. Hierzu wird der Kooperationsvertrag als besonderer Typ des öffentlich-rechtlichen Vertrages in das Gesetz eingeführt. Gleichzeitig wird ein rechtlicher Rahmen für die Zulässigkeit solcher Verträge vorgegeben. Zudem wird das Recht des Kooperationsvertrages durch eine entsprechende Nichtigkeitsregelung ergänzt.

Systematische Überlegung war, § 54 VwVfG neu zu strukturieren. Der bisherige Satz 2 soll ohne das Wort „insbesondere“ als neuer Absatz 2 nur den subordinationsrechtlichen Vertrag behandeln. Die „Insbesondere“-Einleitung des bisherigen Satzes 2 sollte die Möglichkeit der Verwaltung, an Stelle eines Verwaltungsaktes durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu handeln, in bewusster Abkehr zu der Maxime „Der Staat paktiert nicht“ von *Otto Mayer* verdeutlichen. Inhaltlich war diese Klarstellung nicht erforderlich, da diese Möglichkeit von Satz 1 bereits umfasst wurde. Sie erscheint heute – anders als 1976 – auch nicht mehr hervorhebenswert. Der Norminhalt soll jedoch beibehalten werden. Zum einen wird dadurch das Missverständnis vermieden, die Möglichkeit des subordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrages bestehe zukünftig nicht mehr. Zum anderen bleibt klarstellend die Vorgabe erhalten, dass Vertragspartner hier nur derjenige sein kann, der sonst Adressat eines Verwaltungsakts wäre.

Der kooperationsrechtliche Vertrag tritt in Absatz 3 ausdrücklich daneben. Um den Kooperationsvertrag als eigenständigen Typ neben Vergleichsvertrag (§ 55 VwVfG) und Austauschvertrag (§ 56 VwVfG) herauszuheben, soll er mit § 56a VwVfG auch eine „eigene Nummer“ erhalten. § 56a VwVfG ist die zentrale Norm für die Gestaltung von kooperativen öffentlich-rechtlichen Verträgen. Die Vorschrift definiert den Kooperationsvertrag als besonderen Typus des öffentlich-rechtlichen Vertrages und legt die notwendigen Anforderungen an diesen Vertragstyp für die Praxis fest. Satz 1 der Vorschrift schließt an § 54 Abs. 3 VwVfG an; die Norm stellt damit klar, dass der Kooperationsvertrag das Vorliegen der Anforderungen des § 54 Abs. 3 VwVfG voraussetzt. Nur soweit die Behörde einen Privaten an der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe beteiligt, kommt ein Kooperationsvertrag nach § 56a VwVfG in Betracht.

Wesentliche Anforderung an den Kooperationsvertrag ist die „Sicherstellung eines hinreichenden Einflusses auf die ordnungsgemäße Erfüllung der öffentlichen Aufgabe“ in § 56a Satz 1 VwVfG. Durch Abschluss eines Kooperationsvertrages kann die Behörde zwar einen Privaten an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe beteiligen, dies enthebt sie aber nicht ihrer

bestehen bleibenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen. Weiterhin trägt sie die Verantwortung für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Bei Mängeln in der Erfüllung durch den Privaten muss die Verwaltung daher die ordnungsgemäße Erfüllung jederzeit sicherstellen können.

Zeitlich muss der hinreichende Einfluss auf die Aufgabenerfüllung beim Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrages sichergestellt sein. Der Begriff „Einfluss“ wird im Gesetz nicht näher definiert, um deutlich zu machen, dass hiervon eine Vielzahl von Möglichkeiten, den Vertragspartner zu beeinflussen, umfasst wird. Hierzu gehören beispielsweise die Verankerung von Aufsichtsrechten, von Aktenvorlage- und Berichtspflichten des Privaten sowie die Abgabe von Erfüllungsbürgschaften. Es geht also um die Beeinflussung des Vertragspartners durch die Behörde, ebenso wie um den Einfluss der Behörde auf die gemeinwohlorientierte Erfüllung der öffentlichen Aufgabe. Die Behörde wird regelmäßig Rückhol- und Steuerungsmöglichkeiten im Vertrag regeln müssen. Zwingende Rechtsfolge bei Nichterfüllung dieser Anforderungen ist die Nichtigkeit des Kooperationsvertrages (vgl. § 59 Abs. 2a VwVfG).

§ 56a Satz 2 VwVfG regelt die Anforderungen an die Auswahl des Vertragspartners in Anlehnung an das Gewerbe- und Vergaberecht: Als Vertragspartner kommt nur in Betracht, wer fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist. Außerdem sind die allgemeinen für jegliches Verwaltungshandeln geltenden Rechtsgrundsätze zu beachten, so etwa das Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot.

Zwar liegt die Auswahl des Vertragspartners zeitlich vor der Sicherstellung des Einflusses auf die ordnungsgemäße Erfüllung. Dennoch sind die Auswahlkriterien erst als Satz 2 geregelt; hierdurch spiegelt der Normtext die unterschiedliche Bedeutung seiner beiden Sätze und der in ihnen enthaltenen Anforderungen durch ihre Reihenfolge wider. Dies korreliert insbesondere auch mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Anforderungen. Eine fehlerhafte Auswahl der Vertragspartner kann anders als die Nichterfüllung der Anforderung des ersten Satzes nur zu Regressansprüchen gegen die Behörde führen.

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat gegen den Musterentwurf verschiedene Bedenken erhoben. Für die geplanten Änderungen des § 54 VwVfG sei ein überzeugender Grund nicht ersichtlich. Ohne dass dies einen Einfluss auf den Inhalt der vom Beirat gefundenen Lösung hätte, könne man § 54 VwVfG unverändert lassen und den geplanten § 54 Abs. 3 VwVfG mit dem gleichfalls geplanten § 56a VwVfG zusammenführen. Soweit im Teil IV bestimmte Vertragstypen wegen ihrer Wichtigkeit besonders behandelt, also „benannt“ würden, erfolge dies jeweils nur an einer Stelle. Dass der zu installierende „Kooperationsvertrag“ an zwei Stellen, nämlich sowohl in § 54 Abs. 3 VwVfG als auch in § 56a VwVfG benannt, also gesondert geregelt werden soll, sei systemwidrig und begründe einen Vorrang des „Koopera-

tionsvertrags“ gegenüber den anderen benannten Vertragsarten, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt wäre. Dies gelte selbst dann, wenn berücksichtigt werde, dass es ein besonderes Anliegen ist, das Augenmerk auf den „Kooperationsvertrag“ zu richten.

Auch in der Literatur finden sich vereinzelt kritische Anmerkungen: „Die beabsichtigte Normierung des ‚Verwaltungskooperationsrechts‘ belegt [...] erneuert, dass der von verwaltungspolitischen Schlagworten getragene politische Wille Berge aufhäufen kann, um sie dann an solche Stellen zu setzen, wo sie aus rein juristischer Sicht nicht wirklich benötigt werden.“⁹ Dem Ministerialpraktiker erscheint dies als typische „Privatdozenten-Attitüde“: scharfe, detaillierte und nicht gänzlich unzutreffende Kritik, aber ohne Einsicht in den realen Aspekt von Gesetzgebung als Signal politischer Problemlösungskompetenz. Bei Anlegung des Maßstabs politischer Umsetzbarkeit sind die Interessen diverser Akteure im Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen: Ressorts, Länder, Verbände und nicht zuletzt der Gesetzgeber in Person der fachlich zuständigen Abgeordneten des Deutschen Bundestages.¹⁰

Deshalb wurde auf Arbeitsebene – also ohne Staatssekretäre oder Minister zu befassen – ein Kompromissvorschlag erstellt, der den – nach hiesiger Sicht nicht durchschlagenden – Bedenken des Bundesministeriums der Justiz Rechnung tragen soll. Die Regelungen zum Kooperationsvertrag werden danach bei § 56a VwVfG konzentriert. Satz 1 der Vorschrift betont einerseits, dass die Verwaltung einen öffentlich-rechtlichen Vertrag auch schließen kann, um Private an der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe der Behörde zu beteiligen. Die Vorschrift ist die Grundnorm für den kooperationsrechtlichen Vertrag und stellt zugleich eingrenzend klar, dass durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nur eine Beteiligung Privater an der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Behörde möglich ist. Halbsatz 2 stellt klar, dass sich aus der Vorschrift kein Recht ergibt, hoheitliche Befugnisse durch Vertrag zu übertragen; insoweit verbleibt es beim geltenden Recht und den eindeutigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Beleihung, also der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Ermächtigung durch eine anderweitige Rechtsvorschrift. Dies berücksichtigt auch den Aspekt, dass sich der Staat durch die Verwendung von privatrechtlichen Handlungs- und Organisationsformen nicht den Bindungen des öffentlichen Rechts entziehen kann. Die Regelung im Gesetzestext ist daher auch keine Legaldefinition der Beleihung.

9 *Stelkens*, NWVBl 2006, S. 1 (7); kritisch auch *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 28 Rn. 9; aber andererseits ebda., Rn. 5: Eine große Lösung der verfahrensrechtlichen Normierung der PPP würde den Rahmencharakter des VwVfG sprengen, gleichzeitig aber normativ ein Phänomen zementieren, dessen Fortentwicklung nur in Ansätzen erkennbar ist.

10 Vgl. *Schmitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2002, S. 135, 136 f., 141.

B. Nichtigkeitsfällen

1. Als problematisch hat sich erwiesen, dass die bestehenden Nichtigkeitsregelungen zwangsläufig die Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen verlangen. Das bisherige Rechtsfolgenregime führt einerseits dazu, dass selbst bei geringfügigen Verstößen gegen die Nichtigkeitsbestimmungen eine Rückabwicklung zu erfolgen hat, die aber oftmals nicht vollständig möglich ist. Zudem kommt es vor, dass der die Nichtigkeit auslösende Fehler erst nach langer Zeit erkannt wird und schon deshalb besondere Schwierigkeiten bei einer Rückabwicklung entstehen. Zum anderen wirkt sich das strikte Rechtsfolgenregime auch hemmend auf die Bereitschaft aus, den öffentlich-rechtlichen Vertrag als adäquates Instrument des Verwaltungshandelns einzusetzen. Mit dem Gesetzentwurf soll die Heilung bestimmter Mängel zur Rettung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zugelassen werden, die sonst zur Nichtigkeit und zur Rückabwicklung führen würden, ohne dass die Nichtigkeitsregelungen als solche aufgeweicht werden.

2. Im Hinblick auf das Schriftformerfordernis besteht zum Teil Unsicherheit, ob Urkundeneinheit erforderlich ist, oder ob es ausreicht, wenn Angebot und Annahme schriftlich erklärt werden.

3. Die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag enthalten bislang keine eigene Regelung über die Höhe zu zahlender Verzugszinsen. Unsicherheiten über die Höhe des Zinssatzes bei entsprechender Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verweisung in § 62 VwVfG könnten noch verstärkt werden durch die Einführung des „gespaltenen“ (von der Beteiligung eines Verbrauchers an dem Rechtsgeschäft abhängigen) Zinssatzes in § 288 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz.

Der Musterentwurf sieht hier die notwendigen Anpassungen für das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages vor:

Das bisherige Rechtsfolgenregime, das als zwingende Folge bei Verstößen gegen das Angemessenheitsprinzip und das Kopplungsverbot (§§ 56, 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) die Nichtigkeit des Vertrages vorsieht und damit keinerlei Möglichkeit für eine Heilung mangelhafter Vereinbarungen lässt, sondern stets zur Rückabwicklung des Vertrages führt, wird moderat zurückgeführt. Es wird ein Recht für die Vertragsparteien zur Heilung solcher Mängel eingeführt, das allerdings nur greift, soweit die mangelhafte und sonst zur Nichtigkeit des Vertrages führende Regelung durch eine angemessene wirksame Regelung ersetzt werden kann.

Es wird klar gestellt, dass es zur Wahrung des Schriftformerfordernisses ausreicht, wenn Angebot und Annahme des Vertrags jeweils schriftlich erklärt werden.

Zudem wird eine eigene Regelung über den Verzugszinssatz bei öffentlich-rechtlichen Verträgen eingeführt, um Schwierigkeiten bei der entsprechenden Anwendung des mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in § 288 BGB eingeführten gespaltenen Zinssatzes zu vermeiden.

Auch hier hat das Bundesministerium der Justiz Bedenken erhoben. Unbeschadet der Besonderheiten und Bedürfnisse des Verwaltungsrechts lehne sich das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages eng an die zivilrechtlichen Vorschriften und zivilrechtliche Grundsätze an, manifestiert durch die Verweisung in § 62 Satz 2 VwVfG. Mit § 59 Abs. 4 VwVfG-E würde jedoch öffentlich-rechtliches Vertragsrecht geschaffen, das sich fundamental von zivilrechtlichen Grundsätzen unterscheidet. Die vorgesehene Ergänzung des § 59 VwVfG sehe vor, dass in bestimmten Fällen die Vertragsparteien die Anpassung eines nichtigen Vertrages verlangen können. Damit würden an ein nichtiges Rechtsgeschäft Rechtsfolgen geknüpft, die im Ergebnis darauf zielen, dass die ursprünglich bezweckten Rechtswirkungen eintreten. Hierfür wäre nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts dagegen grundsätzlich eine Neuvernahme des nichtigen Rechtsgeschäfts notwendig. Ein nichtiges Rechtsgeschäft bleibe auch nach Wegfall des Nichtigkeitsgrundes unwirksam. Ein nichtiger Vertrag könne daher auch nicht angepasst werden.

Diese Überlegungen waren schon im Beirat erörtert worden. Im Hinblick auf das Ziel der Novelle – und vergleichbare Lösungen – wurden sie als nicht durchschlagend angesehen. Der Gesetzgeber kann auch neue Wege beschreiten. Trotzdem hat das BMI auch hier eine Variante vorgeschlagen, um dem BMJ entgegen zu kommen.

Mit dieser Kompromissfassung wird die Möglichkeit eröffnet, bei Verstößen gegen das Verbot aus § 56 VwVfG die Nichtigkeit des Vertrages durch Ersetzung durch eine rechtmäßige Regelung nach Absatz 4 zu vermeiden. Der neue Absatz 2a knüpft an die Anforderungen des § 56a Satz 2 VwVfG an. Die Nichtigkeit des Kooperationsvertrages kann vermieden werden, wenn nach Absatz 4 die fehlende Einflussmöglichkeit der Behörde gesichert wird.

Erweisen sich Regelungen zur ordnungsgemäßen Erfüllung der öffentlichen Aufgabe als nicht ausreichend, so greift § 59 Abs. 2a VwVfG nicht. Insoweit gilt vielmehr: Ändern sich die Verhältnisse nach Vertragsschluss und kann eine ordnungsgemäße Erfüllung nicht mehr sichergestellt werden, richtet sich das Recht auf Anpassung und Kündigung des Kooperationsvertrages nach § 60 VwVfG. Dabei wird insbesondere an § 60 Abs. 1 Satz 2 VwVfG zu denken sein.

Mit dem neuen Absatz 4 soll die bisherige unbedingte Nichtigkeitsfolge bei Austauschverträgen (§ 56 i.V.m. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) bei nur geringen Verstößen gegen das Angemessenheitsprinzip von Leistung und Gegenleistung oder gegen das Kopplungsverbot vermieden werden, da bisher zu wenig Spielraum für Differenzierungen bei unterschiedlichen Problemlagen

in der Praxis vielfach zu unbefriedigenden und nicht wünschenswerten Ergebnissen geführt hat.

Der Wortlaut des § 56 VwVfG bleibt unverändert, mit einer Aufhebung des Koppelungsverbots oder einem Wegfall der Angemessenheitsklausel soll kein falsches Signal gesetzt werden: Der verfassungsrechtlich fundierte Grundsatz der Gesetzesgebundenheit des Verwaltungshandelns wird nicht in Frage gestellt.

Der Gesetzentwurf ermöglicht den Vertragsparteien, im Falle der sonst drohenden Nichtigkeit des Vertrages dessen vollständige Rückabwicklung durch eine nachträgliche Heilung des Mangels zu vermeiden. Hierdurch wird eine faktisch unzumutbare Rückabwicklung vermieden. Die Pflicht der Parteien zur Korrektur von unangemessenen Leistungen wird Befriedungswirkung entfalten und soll die Zahl einschlägiger Rechtsstreitigkeiten verringern. Bei der Angemessenheit der Regelung handelt es sich insoweit um einen objektiv geprägten Faktor, der sachgerechte Vertragsanpassungen ermöglicht. Die Regelung öffnet dieses Korrekturverfahren nach Absatz 2a auch für Kooperationsverträge.

Der neue Absatz 5 regelt das Rückabwicklungsregime für nichtige öffentlich-rechtliche Verträge. Nunmehr wird eine Anspruchsgrundlage für die Durchführung der Rückabwicklung normiert, so dass nicht mehr auf das bisher angewandte Rechtsinstitut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zurückgegriffen werden muss. Hinsichtlich des Umfangs des Erstattungsanspruchs wird im Wege einer Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften des BGB über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verwiesen. Die Verweisung entspricht im Wesentlichen der in § 49a Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 VwVfG für die Erstattung von aufgrund eines Verwaltungsaktes erbrachten Leistungen. Wie bei der allgemeinen Verweisungsnorm in § 62 Satz 2 VwVfG gilt, dass die Vorschriften des BGB nur entsprechend, das heißt soweit die Besonderheiten des Verwaltungsrechts nicht entgegenstehen, anzuwenden sind. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch bleiben insoweit anwendbar. So kann sich z. B. der Staat regelmäßig nicht in analoger Anwendung von § 818 Abs. 3 BGB auf den Wegfall der Bereicherung berufen. Der Gesetzentwurf schafft damit eine den Verhältnissen der Gegenwart angepasste Regelung für den Ausgleich der im Rahmen des Vertragsverhältnisses ausgetauschten Leistungen.

C. Fortgang

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages an die Entwicklungen des modernen Rechtsverkehrs angepasst. Für Verwaltung, Wirtschaft und Bürger werden Möglichkeiten und

Grenzen dieser Handlungsform auch für den Bereich des kooperativen Handelns klargestellt und dadurch Rechtssicherheit geschaffen.

Welche Fassung der Regierungsentwurf finden wird, lässt sich heute (April 2008) nicht abschließend sagen. Die Gespräche mit dem Bundesministerium der Justiz wurden im vergangenen Jahr – vorläufig – eingestellt. Andere Vorhaben zur Fortentwicklung der Verwaltungsverfahrensgesetze haben eine höhere Priorität.

Noch in diesem Jahr soll eine Novelle abgeschlossen werden, mit der Regelungen zur Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie getroffen werden sollen. Die Richtlinie will die Gründung betrieblicher Niederlassungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat erleichtern und das Erbringen von Dienstleistungen über die Landesgrenzen hinweg vereinfachen. Hierzu soll es jedem Dienstleistungserbringer ermöglicht werden, über einen so genannten „einheitlichen Ansprechpartner“ alle Formalitäten zur Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistung – auf Wunsch auch elektronisch – abzuwickeln.¹¹ Es ist geplant, in die Verwaltungsverfahrensgesetze einen neuen Typ „Verfahren über eine einheitliche Stelle“ aufzunehmen.¹²

Ein anderes Vorhaben folgt aus dem Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben vom 9. 12. 2006 mit weiteren Regelungen zur Vereinfachung und Beschleunigung der Planungsprozesse für den Verkehrsbereich. Der Gesetzgeber hat dabei nicht das VwVfG geändert, sondern – weil schneller zu realisieren – die Fachplanungsgesetze, die für die wesentlichen Verkehrsvorhaben einschlägig sind. Dabei war ihm bewusst, dass damit die Zersplitterung des Verwaltungsverfahrensrechts weiter zunimmt.¹³ Er hat deshalb am 27. 10. 2006 mit dem Gesetzesbeschluss die Bundesregierung aufgefordert, die beschleunigenden Maßgaben des Gesetzentwurfs auf den gesamten Anwendungsbereich der Planfeststellungsverfahren auszudehnen und in den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes sowie der Länder sobald wie möglich mit einem gesonderten Gesetzgebungsverfahren zu verankern.¹⁴ Eine entsprechende EntschlieÙung hat auch der Bundesrat gefasst.¹⁵

Nach Abschluss dieser beiden Vorhaben soll die Arbeit an der Novellierung des Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz fortgesetzt werden.

Der Autor *Dr. Heribert Schmitz* ist Ministerialrat im Bundesministerium des Innern und seit 1993 Referatsleiter des Bereichs Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahrenrecht und Personenstandsrecht.

11 Vgl. *Bonk/Schmitz* (Fn. 5), § 1 Rn. 228.

12 Inzwischen umgesetzt durch das 4. VwVfÄndG vom 11.12.2008 (BGBl. I, S. 2418; hierzu *Schmitz/Prell*, NVwZ 2009, 1.

13 Vgl. *Bonk/Schmitz* (Fn. 5), § 1 Rn. 269.

14 BTDrucks 16/3158, S. 53 f.

15 BRDrucks 764/06 unter Bezugnahme auf den Wortlaut der EntschlieÙung des Bundestags.