

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 320

Der Vertrag zwischen Privaten
über öffentlichrechtliche Berechtigungen
und Verpflichtungen

Zur Dogmatik des öffentlichrechtlichen Vertrages

Von

Dr. iur. Alfons Gern



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

ALFONS GERN

**Der Vertrag zwischen Privaten über
öffentlichrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 320

**Der Vertrag zwischen Privaten
über öffentlichrechtliche Berechtigungen
und Verpflichtungen**

Zur Dogmatik des öffentlichrechtlichen Vertrages

Von

Dr. iur. Alfons Gern



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Gern, Alfons

Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen: zur Dogmatik d. öffentl.-rechtl. Vertrages. —

1. Aufl. — Berlin: Duncker und Humblot, 1977.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 320)

ISBN 3-428-03926-2

Alle Rechte vorbehalten

© 1977 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1977 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 03926 2

Vorwort

Das vorliegende Buch, das aus einer Dissertation der Universität München von 1976 hervorgegangen ist, widmet sich einem zwar hinreichend bekannten, aber bislang höchst unvollkommen gelösten juristisch-dogmatischem Problem: Der rechtstheoretischen Durchbildung des Instituts des öffentlichrechtlichen Vertrags im Grenzbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht. War freilich speziell der Vertrag zwischen staatlichem Hoheitsträger und Privatrechtssubjekt schon öfters Gegenstand wissenschaftlich-literarischen Interesses, so ist der Vertrag mit öffentlichrechtlichem Bezug, der unter ausschließlicher Beteiligung Privater eingegangen wird, bis heute absolut vernachlässigt worden. Trotz einer nicht geringen praktischen Bedeutung dieser Rechtsfigur finden sich weder in der deutschen, der österreichischen, noch in der schweizerischen Verwaltungsrechtsliteratur systematische Darstellungen.

Mein Anliegen ist es, die bestehende Lücke zu schließen und einer dogmatischen Erfassung dieses Vertragstypus fördernde Impulse zu verleihen.

Mein besonderer Dank gilt dem Betreuer der Abhandlung, Herrn Prof. Dr. Christian Graf von Pestalozza. Ihm verdanke ich wertvolle geistige Anregungen zum Thema. Herrn Prof. Dr. Peter Badura gilt mein Dank für die Begutachtung der Arbeit.

Recht herzlich bedanken möchte ich mich bei meiner Frau Bärbel für ihre vielfältige Hilfe bei der Abfassung der Arbeit sowie bei meiner Mutter für ihre Unterstützung.

Mein Dank gilt auch Frau M. Finneiß, die die Abhandlung in Maschienschrift übertragen hat.

Zu danken habe ich schließlich Herrn Prof. Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Öffentlichen Recht“.

Rechtsprechung und Literatur sind im wesentlichen bis Januar 1977 berücksichtigt.

Friesenheim, im April 1977

Alfons Gern

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung und Problemstellung	13
---------------------------------------	-----------

2. Kapitel

Der Meinungsstand in Literatur und gerichtlicher Spruchpraxis	16
--	-----------

I. Bestandsaufnahme	16
1. Gesetzlich vorgesehene Vereinbarungen	16
a) Vertragsermächtigungen im Wegerecht	16
b) Regelungsbefugnisse nach Wasserrecht	18
c) Übereinkünfte aufgrund Baurechts	20
d) Bergrechtliche Abmachungen	21
e) Die Vertragseinigung im Jagdrecht	22
f) Der Pakt kraft Polizeirechts	22
g) Vereinbarungen nach Abgabenrecht	23
h) Die Vertragsgestattung aufgrund Beamtenrechts	23
i) Übereinkünfte im Sozialrecht	24
k) Einigungsmöglichkeiten nach Kommunalrecht	25
l) BGB-Regelungen	26
2. Nicht ausdrücklich normierte Verträge	26
a) Allgemeine Beurteilung	26
b) Einzelne Verträge	27
aa) Der Vertrag im Bereich des Verwaltungsrechts	27
bb) Der Vertrag im Bereich des Verfassungsrechts	29
II. Der rechtstheoretische Hintergrund	30
1. Die Lehre	30
a) Grundsätzliche Ablehnung des öffentlichrechtlichen Vertrages zwischen Privatpersonen	30
b) Positive Stimmen	31
aa) Das Erfordernis öffentlichrechtlicher Rechtsträgerschaft der Vertragsparteien	31
bb) Öffentlichrechtliche Verträge zwischen Privatpersonen bei öffentlichrechtlich geprägtem Gegenstand	32
cc) Neuansatz	34

2. Die Rechtsprechung	35
a) Das frühere preußische Oberverwaltungsgericht	35
b) Das Reichsgericht	35
c) Der Bundesgerichtshof	35
d) Das Bundesverwaltungsgericht	36
e) Die Auffassung der Oberverwaltungsgerichte	36
III. Resümee	36

3. Kapitel

Die Rechtsnatur der Verträge	38
I. Die begriffliche Ausgangsbasis	38
II. Definitionsmaßstäbe	38
III. Kriterien zur Vertragseinordnung	39
1. Nicht konkretisierte vertragliche Bezugnahme auf öffentliches Recht	39
2. Restriktive Qualifikationsmethode	40
a) Der Vertragsgegenstand	40
aa) Kein hinreichendes Einordnungskriterium	41
bb) Kein notwendiges Kriterium	42
b) Gesetzliche Vertragstypisierung	43
c) Die rechtliche Qualifikation der Vertragsparteien — Sonder- rechtsträgerschaft als Voraussetzung öffentlichrechtlicher Ver- träge	45
d) Subjektive Elemente — Die Lehre vom Formenwahlrecht der Hoheitsträger	47
IV. Die einzelnen Beteiligungsvarianten und ihre Qualifikation	49
1. Verträge unter ausschließlicher Beteiligung des Staates als Ho- heitsträger	49
2. Der Vertrag zwischen Privaten als Hoheitsträger (Beliehenen) ..	50
3. Der Vertrag unter ausschließlicher Beteiligung Privater als Rechtssubjekte des Privatrechts	51
4. Die Vertragsbeteiligung des Privatrechtsträgers, insofern er einem Sonderrechtssatz unterworfen ist — Vertragsbeteiligung der „Zivilperson“	51
3. Sonderfall: Öffentliches Recht als vertraglicher Annexatbestand	65

5. Verträge zwischen Privaten unter hoheitlicher, nicht auf Partei- stellung beruhender Einflußnahme	53
6. Beteiligung des Sonderrechtsträgers und des Privatrechtssubjekts zugleich	55
a) Der Vertrag des Sonderrechtsträgers mit dem Privatrechts- subjekt	55
b) Der Vertrag, an dem eine Vertragspartei zugleich als Hoheits- träger und als Privatrechtssubjekt teilnimmt	57
V. Zusammenfassung zur Rechtsnatur	57

4. Kapitel

Die Vertragszulässigkeit 60

I. Der privatrechtliche Vertrag	60
1. Die Zulässigkeit der Handlungsform	60
2. Inhaltliche Rechtsgeltungsvoraussetzungen	61
a) Disponibilität öffentlichen Rechts	61
b) Regelmäßige Unzulässigkeit privatrechtlicher Disposition über öffentliches Recht	63
c) Ausnahmsweise Dispositionsfähigkeit durch qualitative Um- wandlung der Rechtsträgerschaft und des zu gestaltenden Rechts	64
II. Der koordinationsrechtliche öffentlichrechtliche Vertrag	66
1. Der Einsatzbereich der Vertragsform — Legitimationsgrundlage der Bindung durch Einigung	66
a) Gemeinsame Grundproblematik des Vertrages zwischen staat- lichen und privaten Hoheitsträgern	66
b) Spezifische Voraussetzungen bei privaten Hoheitsträgern	69
2. Zulässigkeitsbedingungen des Regelungsinhalts	70
III. Der subordinationsrechtliche öffentlichrechtliche Vertrag zwischen Privaten	71
1. Der wissenschaftliche Streitstand	71
2. Legitimation der vertraglichen Handlungsform im Verhältnis Hoheitsträger — Privatrechtssubjekt	73
a) Die Qualität der legitimierenden Rechtsmacht: Beleihung und Erweiterung der Privatrechtskompetenz des Privatrechtssub- jekts	75
b) Der Verleihungsakt	76
c) Dogmatische Grundlagen des Verleihungsakts	77

3. Vertragsgegenstand und Legitimation	79
a) Keine Dispositionsbefugnis des Privatrechtssubjekts über öffentliches Recht im verein mit dem Hoheitsträger	80
b) Die Kompetenz des Privatrechtssubjekts zur Regelung privater Rechte	80
IV. Der gemischte Vertrag zwischen Privaten	82
V. Zusammenfassung zur Zulässigkeit	83
1. Die Legitimation des privatrechtlichen Vertrags	83
2. Die Legitimation des — koordinationsrechtlichen — öffentlichrechtlichen Vertrags	83
3. Die Legitimation des subordinationsrechtlich öffentlichrechtlichen Vertrags	84

5. Kapitel

Die anzuwendenden Vertragsregeln	86
I. Der privatrechtliche Vertrag	86
II. Der koordinationsrechtliche öffentlichrechtliche Vertrag	86
III. Der subordinationsrechtliche öffentlichrechtliche Vertrag zwischen Privaten	89
1. Allgemeine Grundsätze	89
2. Der Vertragsschluß	89
3. Vertragsabwicklung	91
IV. Der gemischte Vertrag	92
V. Der rechtswidrige Vertrag	92
VI. Umdeutungsfragen	94
VII. Prozessuales	95

6. Kapitel

Einzelne Vertragsfälle und ihre Beurteilung	97
I. Verwaltungsrecht	97
1. Privatrechtliche Verträge	97
a) Disposition über öffentlichrechtliche Vermögensrechte	97
aa) Gesetzlich vorgesehene Verträge	97
α) Die Abtretung des Beamtengehalts	97
β) Entsprechende Fälle	98

bb) Gesetzlich nicht ausdrücklich normierte Verträge	98
α) Die Abtretung des allgemeinen öffentlichrechtlichen Erstattungsanspruchs	98
β) Entsprechend zu qualifizierende Verträge	99
b) Private Modifikation sonstiger öffentlichrechtlicher Rechte ..	99
aa) Gesetzlich vorgesehene Verträge	99
α) Die Übertragung der Wegereinigspflicht	99
β) Der Enteignungsvertrag gem. § 110 Bundesbaugesetz und die bergrechtliche Grundabtretung	100
γ) Hinweis auf Parallelfälle	101
bb) Normativ nicht ausdrücklich vorgesehene Verträge	101
α) Die vertragliche Studienplatzvertauschung	101
β) Der Bauwischvertrag	102
γ) Der vertragliche Verzicht auf die Vorfahrt	102
2. Öffentlichrechtliche Verträge	103
a) Beispiel eines koordinationsrechtlichen Vertrags	103
b) Beispiel eines subordinationsrechtlichen Vertrags	103
3. Gemischtrechtliche Verträge	104
II. Verfassungsrecht	105
1. Der Koalitionsvertrag als Musterfall eines öffentlichrechtlichen Vertrags	105
2. Der Mandatsaufgabevertrag als Fall eines privatrechtlichen Vertrags	105
 <i>7. Kapitel</i> 	
Zusammenfassung	107
I. Die vertragliche Rechtsnatur	107
II. Die Vertragszulässigkeit	108
1. Die Zulässigkeit des privatrechtlichen Vertrags	108
2. Die Legitimation des — koordinationsrechtlichen — öffentlichrechtlichen Vertrags	109
3. Die Zulässigkeit des subordinationsrechtlichen Vertrags	109
III. Das Vertragsrecht	109
 Literaturverzeichnis	
	111
 Entscheidungsregister	
	118

1. Kapitel

Einführung und Problemstellung

Der Vertrag zwischen Privaten zur Regelung traditionell dem öffentlichen Recht zugeordneter Berechtigungen und Verpflichtungen erscheint in der Rechtswirklichkeit in verschiedenen Rechtsbereichen. Teils ist er gesetzlich ausdrücklich vorgesehen, teils wird er ohne ausdrückliche normative Ermächtigung eingegangen. Er begegnet im Bereich des Verwaltungsrechts: Zwei Studenten vertauschen die ihnen zugeteilten Studienplätze; der haltepflichtige Verkehrsteilnehmer räumt dem Vorfahrtsberechtigten einverständlich durch Handzeichen die Vorfahrt ein; der wegereinigungspflichtige Hauseigentümer wälzt die öffentlichrechtliche Reinigungspflicht auf den Mieter ab. Zwei Bezirksschornsteinfeger regeln die gegenseitige Vertretung in der Feuerstellenschau näher. Der Beamte tritt sein Gehalt ab. Parallele Vertragsgestaltungen sind auch aus dem verfassungsrechtlichen Bereich bekannt: Der Abgeordnete verpflichtet sich seiner Partei gegenüber, für den Fall seines Parteiaustritts während einer Legislaturperiode sein Mandat niederzulegen. Vereinbarungen zwischen Privaten entsprechender Struktur sind schließlich auch aus dem Strafrecht, dem Prozeßrecht bekannt: Der Beleidigte verzichtet vertraglich auf die Anzeige; die Prozeßparteien nehmen einverständlich eine Gerichtsstandvereinbarung vor. Vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf den Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts¹.

Je nach der Qualität privater Beteiligung sind verschiedene Vertragsgestaltungen möglich. Die privaten Vertragsparteien kontrahieren entweder koordinationsrechtlich in ihrer Eigenschaft als Rechtssubjekte des Privatrechts oder als beliehene Hoheitsträger. Beide Varianten sind auch subordinativ denkbar. Ein beliehener Hoheitsträger schließt einen Vertrag mit dem Rechtssubjekt des Privatrechts als solchem.

Die wissenschaftliche Erörterung der gemeinten Verträge ist in Rechtstheorie und Gerichtspraxis durch Uneinheitlichkeit der Metho-

¹ Vgl. zum Prozeßvertrag *Schlosser*, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, 1968; *Hellwig*, Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrags, 1968; *Steffen*, Der öffentlichrechtliche Vertrag im heutigen Recht, deutsche Diss. iur. Königsberg 1938, S. 45.

dik und ihrer Schlußfolgerungen gekennzeichnet. Typisch ist eine Entscheidung des OLG Bamberg², der im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrundelag:

Der Nachbar eines Bauwilligen hatte diesem durch Vertrag die bindende nachbarrechtliche Zustimmung zu einem geplanten Bauvorhaben — betreffend den nach öffentlichem Baurecht einzuhaltenden Grenzabstand — erteilt. Der Baugenehmigungsbehörde gegenüber verweigerte er später im Genehmigungsverfahren die Zustimmung und klagt nach erfolglosem Widerspruch gegen die Genehmigung. Der Bauherr verlangt die Zustimmung und die Klagerücknahme durch Klage vor dem Zivilgericht.

Sowohl das Landgericht als auch das Oberlandesgericht bejahten die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs. Vom Terrain der Gegenstandstheorie führte das OLG aus, zwar könne für die Abgrenzung, ob ein Vertrag dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen sei, nicht entscheidend sein, ob die Vertragsparteien Personen des öffentlichen oder des Privatrechts seien; indes handele es sich bei der baurechtlichen Zustimmung um einen Akt, den das Gesetz den Beteiligten freistelle und zu dem sie sich deshalb schuldrechtlich verpflichten könnten³. Menger/Erichsen⁴ qualifizieren die Vereinbarung öffentlichrechtlich. Nach ihrer Ansicht wäre dem Gericht nur zu folgen, wenn feststehe, daß zwischen Privaten, die nicht Hoheitsträger sind, keine öffentlichrechtlichen Verträge möglich seien. Von der Gegenstandstheorie sei diese Einschränkung indes nicht zu begründen. Hillermeier⁵ meint, die Argumentation des Gerichts könne schon deshalb nicht überzeugen, da es für die Abgrenzung in Wahrheit nicht auf den Vertragsgegenstand, sondern auf die Dispositionsbefugnis abgestellt habe; diese setze aber sowohl ein privatrechtlicher als auch ein öffentlichrechtlicher Vertrag voraus; richtigerweise sei der Vertrag öffentlichrechtlicher Natur, da er durch Normen des öffentlichen Rechts geprägt werde.

Vorstehende Äußerungen indizieren die juristische Doppelproblematik des Vertrags als Handlungsform zwischen Privaten zur Regelung öffentlichen Rechts: Wie läßt sich eine Vereinbarung, an der ausschließlich der Private beteiligt ist, aber Regelungsgegenstand Rechte und Pflichten des öffentlichen Rechts sind, systematisch in unsere Rechtsordnung einfügen? Ist der Vertrag dem öffentlichen Recht — als öffentlichrechtlicher Vertrag zwischen Privatpersonen — oder dem Privatrecht zuzuordnen? Ist seine Qualifikation variabel; gehört er als *gemischter Vertrag* beiden Rechtsbereichen an oder besitzt er etwa

² OLG Bamberg, DVBl 1967, 55.

³ OLG Bamberg, ebd., S. 56.

⁴ Verwaltungsarchiv Bd. 58 (1967), 177 (178).

⁵ DVBl 1967, 19/21.

als qualifikationsindifferentes Rechtsneutrum keinen konkreten Rechtszuordnungsgehalt? Ist im Streitfalle der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg gegeben? Zweitens: Wann kann der gemeinte Vertrag seiner Handlungsform, seinem Inhalt nach „zulässig“ sein? Bestimmt die Qualifikationsfrage die Rechtmäßigkeit, das allgemeine Vertragsrecht oder steht beides in Ursache und Wirkung unabhängig nebeneinander?

Die zutreffende Beurteilung steht offen. Gesetzliche Qualifikationsvorschläge gibt es durchweg nicht. Sie finden sich insbesondere auch nicht in dem ab 1. 1. 1977 für die Ausführung von Bundesrecht geltenden Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes⁶ oder den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder. Die in diesen Gesetzen gewählte Umschreibung des öffentlich-rechtlichen Vertrages läßt Raum für mehrere Deutungsmöglichkeiten. Für die Qualifikation gilt nach diesen Vorschriften⁷ nur der — vage — Satz, daß ein Vertrag öffentlich-rechtlich sei, der ein Rechtsverhältnis „auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts“ gestalte. Wann dies zwischen Privaten der Fall sein kann, steht dahin. Entsprechendes gilt für die Vertragszulässigkeit. Unter welcher Prämisse stehen die Handlungsform, dem Inhalt des Vertrags außerhalb der konkreten Regelung „Rechtsvorschriften“ entgegen? Gleiches gilt schließlich für das im einzelnen anzuwendende Vertragsrecht. Gem. § 62 VwVfG gelten, soweit sich aus den §§ 54 bis 61 nichts Abweichendes ergibt, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend. Inwieweit die Interessenlage indes zwischen privatrechtlichem und öffentlichrechtlichem Vertrag — speziell zwischen Privaten — gleich ist oder unter welchen Voraussetzungen sie gleich sein kann, ist unbestimmt. Einordnung, Zulässigkeit und Vertragsrecht sind ausschließlich wissenschaftlicher Erkenntnis überlassen. Für Bundesländer, in denen ein Landesverwaltungsverfahrensgesetz fehlt, gilt dieser Satz im übrigen uneingeschränkt.

⁶ BGBl 1976 I S. 1253.

⁷ Vgl. etwa § 54 VwVfG des Bundes.