

fassung aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung einer Änderung der Sach- und Rechtslage gleichsteht, ist umstritten⁴³. § 40 Abs. 2 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung in der Fassung vom 6. Mai 1976 (BGBl. I S. 1169) enthält eine entsprechende Bestimmung.

Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Öffentlich-rechtliche Verträge sind in zunehmendem Maße zu einem Gestaltungsmittel der hoheitlichen Verwaltung geworden. Wo die Verwaltung genötigt ist, sich atypischer Gegebenheiten anzupassen, ist der öffentlich-rechtliche Vertrag elastischer als der reguläre Gesetzesvollzug durch Verwaltungsakt. Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht war lange Zeit umstritten. Seine Zulässigkeit wird jedoch in Wissenschaft und Rechtsprechung heute nicht mehr bezweifelt⁴⁴. Der Bundesgesetzgeber hat nunmehr nach dem Vorbild des schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes von 1967 den Schritt zur Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages vollzogen. Die Vorschriften der §§ 54–62 VwVfG eröffnen der Behörde die Möglichkeit, nach gesetzlich festgelegten Kriterien in solchen Fällen elastischer vorzugehen, in denen die Regelung durch einen Verwaltungsakt zu starr wäre. Aus der Eingliederung in das Verwaltungsverfahrensgesetz ergibt sich, daß nur öffentlich-rechtliche Verträge im engeren Sinne (sog. Verwaltungsverträge) erfaßt werden. Der Gesetzgeber hat sich mit den für die Verwaltungspraxis unbedingt erforderlichen Vorschriften begnügt. Die knappe Regelung steckt nur die wesentlichen Konturen ab und läßt für die Rechtsfortbildung auch in Zukunft noch einen Spielraum. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist immer dann zulässig, wenn Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Das Subwegewicht der gesetzlichen Regelung liegt auf dem sog. subordinationsrechtlichen Vertrag, dessen Wesen durch den Unterschied zum typischen Gesetzesvollzug geprägt ist.

Subordinationsrechtliche Verträge bedürfen einer stärkeren gesetzlichen Bindung als Verträge zwischen gleichgeordneten Partnern (sog. koordinationsrechtliche Verträge). Daraus ergeben sich besondere im Gesetz selbst näher festgelegte Konsequenzen, u. a. für die Nichtigkeit solcher Verträge⁴⁵. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch der Unterschied zwischen Vergleichsverträgen (vgl. § 55 VwVfG) und Austauschverträgen (vgl. § 56 VwVfG) sowie die Möglichkeit der Anpassung und Kündigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages in besonderen Fällen (vgl. § 60 VwVfG). Inwieweit der Grundsatz der Vertragsfreiheit auch im öffentlichen Recht, insbesondere im Verwaltungsrecht, gilt, bedarf im Hinblick auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch eingehender Untersuchung⁴⁶.

Schlußbemerkung

Wie schon den vorstehenden Darlegungen zu entnehmen ist, beantwortet das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes nicht jede verwaltungsverfahrenrechtliche Frage. Der Gesetzgeber hat eine derartige Perfektion auch gar nicht angestrebt. Mit Sicherheit wird in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes eine Reihe von Zweifelsfragen durch die Gerichte geklärt werden

müssen. Das Gesetz bringt auch manche Neuerung, die sich in der Praxis erst noch durchzusetzen und zu bewähren haben wird. Es wird mit Gewißheit auch nicht allgemeine Zustimmung in Wissenschaft und Rechtsprechung finden. Schon im Hinblick auf die rechtsstaatliche Relevanz eines rechtlich geordneten und effektiven Verwaltungsverfahrens, bei dem es nicht nur die Formalien wie Fristen, Ladungs- und Zustellungswesen usw. zu regeln gilt, überwiegen dennoch die positiven Seiten des neuen Gesetzes. Seine Verkündung ist – wie ein so hervorragender Sachkenner wie Ule mit Recht eingangs seiner kritischen Betrachtung in DVBl. 1976, 421 ff. festgestellt hat – ein Markstein in der Entwicklung der Bemühungen um eine Kodifizierung des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts in der Bundesrepublik Deutschland.

Verflechtungen bei Maklergeschäften

Von Richter am KG Paul-Gerhard Brutschke, Berlin

BGH hat Provisionsanspruch des Maklers zunächst verneint bei wirtschaftlicher Beherrschung einer Vertragspartei durch Makler oder umgekehrt. Später auch bei jeder wirtschaftlichen Beteiligung des Maklers an Vertragspartei, da Unparteilichkeit wegen möglichen Interessenkonflikts gefährdet. Der Rechtsprechung ist trotz Bedenken in Einzelfragen im Ergebnis zuzustimmen; KG ist ihr in mehreren Urteilen gefolgt. Hat Kunde danach unbegründet Provisionsforderungen bezahlt, ist Rückforderung aus § 812 BGB unter Voraussetzungen von § 814 BGB (positive Kenntnis der Rechtslage!) ausgeschlossen.

Nach § 652 BGB sind Rechtsbeziehungen zwischen drei Personen erforderlich, um einen Provisionsanspruch des Maklers zur Entstehung zu bringen. Es muß ein Maklervertrag zwischen dem Makler und seinem Auftraggeber geschlossen werden und es muß der – vom Makler nachgewiesene oder vermittelte – Hauptvertrag zwischen dem Auftraggeber des Maklers und einem Dritten zustandekommen. Vielfach schließt der Makler mit beiden Parteien des in Aussicht genommenen Hauptvertrages einen Maklervertrag ab, zumeist mit der Verpflichtung beider Parteien, jeweils die Hälfte der Provision zu zahlen; man spricht dann vom Doppelmakler.

Besondere rechtliche und tatsächliche Probleme treten auf, wenn persönliche oder wirtschaftliche Beziehungen zwischen einzelnen Beteiligten bestehen, sei es daß der Makler oder sein Auftraggeber – sofern dieser nicht selbst den Hauptvertrag schließt – mit einer der Parteien des Hauptvertrages „verflochten“ ist. In rechtlicher Hinsicht stellt sich hier die Frage nach den Auswirkungen solcher Verflechtungen auf den Provisionsanspruch des Maklers, in tatsächlicher Hinsicht besteht insbesondere für den Auftraggeber des Maklers die Schwierigkeit, dessen Verflechtung mit dem Partner des Hauptvertrages zu erkennen. Denn häufig handelt es sich bei den Beteiligten um Gesellschaftsgebilde, deren Verflechtung erst durch einen Blick in das Handelsregister ersichtlich wird. Dabei hat sich die Rechtsform der GmbH & Co KG als besonders geeignet erwiesen, bestehende Verflechtungen zu verschleiern.

1. Verflechtung des Maklers mit dem Verkäufer oder dem Käufer eines Objekts

a) Wie sich aus § 652 BGB ergibt, muß der Hauptvertrag zwischen dem Kunden des Maklers und einem

⁴³ Vgl. u. a. BVerwGE 28, 122 (126).

⁴⁴ Vgl. u. a. BVerwG in NJW 1976, 686 = DVBl. 1976, 217.

⁴⁵ Zur Gesamtproblematik vgl. Götz in DÖV 1973, 298 ff. und Thiene in NJW 1974, 2201 ff.

⁴⁶ Vgl. neuerdings Göldner in JZ 1976, 352 ff.