

Lösung

(In Anlehnung an VGH Mannheim, Urteil vom 14.08.1992 – 10 S 816/91, NVwZ 1993, 903)

S könnte einen Anspruch gegen U auf Unterlassung der Tabakwerbung aus der zwischen S und U geschlossenen Vereinbarung haben. Das setzt voraus, dass die Vereinbarung wirksam ist. Die Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit hängen von der Rechtsnatur der vorliegenden Vereinbarung ab.

A. Vorliegen eines Verwaltungsvertrages (15 Punkte)

Die Vereinbarung zwischen S und U könnte ein verwaltungsrechtlicher Vertrag i.S.d. §§ 54 ff. VwVfGL sein.

I. Zwei übereinstimmende Willenserklärungen

Das setzt zunächst einen Vertragsschluss nach den allgemeinen Regeln des BGB gem. § 62 VwVfGL i.V.m. § 145 ff. BGB voraus. S und U haben durch Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen eine Vereinbarung über die Aufstellung und Gestaltung von Werbeflächen getroffen, wobei sie in der Verhandlungsphase als gleichberechtigte Partner an der Gestaltung der Vereinbarung mitwirken konnten. Die Stadt hat sich zur Erteilung der Sondernutzungsgenehmigungen verpflichtet. U hat zugesagt, die Nutzungsabgabe zu leisten und die Werbung für Tabakerzeugnisse zu unterlassen. Sie haben damit einen Vertrag geschlossen.

II. Natur des Vertrages

Dieser Vertrag könnte ein Verwaltungsvertrag i.S.d. § 54 ff. VwVfGL sein.

§§ 54 ff. VwVfG sprechen zwar von einem öffentlich-rechtlichen Vertrag. Geregelt wird in diesen Vorschriften aber nur der verwaltungsrechtliche Vertrag, auch Verwaltungsvertrag genannt.

Für die Abgrenzung zwischen einem privatrechtlichen und einem Verwaltungsvertrag sind nicht die subjektiven Vorstellungen der Behörde, sondern die objektiven Kriterien maßgeblich.¹ Der Vertragsgegenstand ist für die Abgrenzung entscheidend.² Gehören die im Vertrag geregelten Rechte und Pflichten dem öffentlich-rechtlichen Bereich an, ist auch der Vertrag dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Der vorliegende Vertrag betrifft die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für die Aufstellung von Werbeflächen, die Zahlung einer Nutzungsgebühr und das Verbot der Tabakwerbung.

Die Nutzung der öffentlichen Straßen wird durch das Straßen- und Wegegesetz des Landes L geregelt. Die Aufstellung der Werbeanlagen in den öffentlichen Straßen sowie deren weitere Nutzung werden nicht vom Gemeingebrauch gedeckt und gehören zu den Sondernutzungen i.S.d. § 18 StrWGL. § 18 Abs. 1

¹ Maurer, Allg. VerwR, 17. Aufl., § 14 Rn. 9.

² Von Schlieffen, Skript 1, S. 139.

StrWGL verleiht der Straßenbaubehörde das Recht, über die Zulässigkeit von Sondernutzungen zu entscheiden. Da durch das Gesetz also nur die Behörde als staatlicher Hoheitsträger berechtigt wird, gehört das Gesetz nach der modifizierten Subjektstheorie zum öffentlichen Recht. Die Nutzung der öffentlichen Straßen zur Aufstellung der Werbeflächen ist also eine öffentlich-rechtlich geregelte Materie. Das Verbot der Tabakwerbung betrifft die Ausgestaltung der Werbung und ist ebenfalls als Regelung der Straßennutzung öffentlich-rechtlich geregelt.

Die Nutzungsabgabe, die U an die Stadt zahlen soll, ist als eine bloße Geldleistung grundsätzlich weder öffentlich-rechtlich, noch privatrechtlich.³ Für die Zuordnung einer solchen „neutralen“ Leistungspflicht sind der Zweck der Leistung und der Gesamtcharakter des Vertrages relevant.⁴ Die Erhebung der Nutzungsgebühr steht in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der öffentlich-rechtlich geregelten Nutzung der Werbeflächen. Darüber hinaus ist auch die Erhebung eines Entgeltes (Gebühr) für die Sondernutzung in § 19a StrWGL geregelt. Auch dieser Teil des Vertrages wird also nach den Vorschriften über den Verwaltungsvertrag beurteilt.

Die zwischen S und U geschlossene Vereinbarung ist somit ein Verwaltungsvertrag.

Es ist umstritten, ob die Aufspaltung eines Vertrages in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil zulässig ist. Handelt es sich bei Vertragsinhalten um völlig voneinander unabhängige Regelungen, die lediglich in einer Vertragsurkunde zusammengeschlossen worden sind, kann eine solche Aufspaltung auch zu sachgerechten Ergebnissen führen. Sind die einzelnen Regelungen des Vertrages untrennbar miteinander verbunden, kommt eine solche Aufspaltung des Vertrages nicht in Frage. Hier ist die Einheitlichkeit des Vertrages offensichtlich und hätte nicht problematisiert werden müssen.

B. Wirksamkeit des Verwaltungsvertrages (80 Punkte)

I. Formelle Wirksamkeit

Für formelle Unwirksamkeitsgründe fehlen hier die Anhaltspunkte. Insbesondere die gem. § 57 VwVfGL erforderliche Schriftform wurde eingehalten. Das Erfordernis einer Zustimmung von Dritten gem. § 58 Abs. 1, 2 VwVfGL ist hier nicht ersichtlich.

Der Vertrag zwischen U und S ist also nicht aus formellen Gründen unwirksam.

³ Maurer, Allg. VerwR, 17. Aufl., § 14 Rn. 11.

⁴ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 54 Rn. 76.

II. Materielle Wirksamkeit

Aufbauhinweis: Im Rahmen von Unwirksamkeitsgründen gem. § 59 VwVfG sind zunächst die speziellen nach § 59 Abs. 2 VwVfG zu prüfen und erst dann die allgemeinen des § 59 Abs. 1 VwVfG anzusprechen.

Die Zuordnung des Vertrages zu einer der beiden Arten nach §§ 55, 56 VwVfG ist relevant für die Anwendung der speziellen Unwirksamkeitsgründe nach § 59 Abs. 2 VwVfG und sollte unter diesen Prüfungspunkten inzident geprüft werden. Eine Vorabprüfung der Frage, ob die Vereinbarung einen Austauschvertrag gem. § 56 VwVfG darstellt, entspricht damit nicht dem gutachterlichen Prüfungsaufbau.

1. Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 VwVfGL

a) Anwendbarkeit des § 59 Abs. 2 VwVfGL

Die speziellen Unwirksamkeitsgründe des § 59 Abs. 2 VwVfGL müssten anwendbar sein. Das setzt voraus, dass der Vertrag zwischen S und U ein subordinationsrechtlicher Vertrag i.S.d. § 54 S. 2 VwVfGL ist. Subordinationsrechtlich sind nach der Legaldefinition alle Verträge, die eine Behörde abschließt, „anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen“. Darunter versteht man Verträge zwischen Parteien, die in einem Verhältnis der Über-/Unterordnung zueinander stehen, also zwischen dem Hoheitsträger und demjenigen, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt.⁵ Das Unternehmen U ist bei der Benutzung der öffentlichen Straßen der Hoheitsgewalt der Behörde ebenso wie jeder andere Bürger unterworfen. Ein Vertrag zwischen U und S ist somit ein subordinationsrechtlicher i.S.d. § 54 S. 2 VwVfGL. § 59 Abs. 2 VwVfGL ist also auf den vorliegenden Vertrag anwendbar.

b) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfGL

Gem. § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfGL ist ein Verwaltungsvertrag dann nichtig, wenn ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt nichtig wäre. Anwendbar sind die Nichtigkeitsgründe des § 44 VwVfG.

Aufbauhinweis: Die Prüfung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes nach § 44 VwVfG erfolgt in der folgenden Reihenfolge:

- Positivkatalog des § 44 Abs. 2 VwVfG
 - Negativkatalog des § 44 Abs. 3 VwVfG
 - allgemeine Klausel des § 44 Abs. 1 VwVfG
- (vgl. von Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Teil 1, S. 180).

Für die Nichtigkeit der Vereinbarung, dass U die Aufstellung der Werbeanlagen genehmigt werden soll, sowie der Zahlungsverpflichtung des U liegen keine Anhaltspunkte vor. Fraglich ist jedoch, ob ein Verbot der Tabakwerbung als Verwaltungsakt nicht nur rechtswidrig, sondern auch nichtig nach § 44 VwVfGL gewesen wäre.

Für Nichtigkeitsgründe nach § 44 Abs. 2 VwVfGL sind keine Anhaltspunkte vorhanden. Die beteiligte Behörde ist aus der Vereinbarung erkennbar, Formanforderungen wurden gewahrt, die Ausführung der

⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., § 14 Rn. 12; von Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Teil 1 S. 131.

Verpflichtung ist nicht aus tatsächlichen Gründen unmöglich und verstößt weder gegen Strafgesetze noch gegen die guten Sitten. § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfGL wäre einschlägig, wenn die handelnde Behörde außerhalb ihrer örtlichen Zuständigkeit nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 VwVfGL gehandelt hätte. Nach dieser Norm ist die Stadt aber zuständig für die Regelung der Rechtsverhältnisse, die die Nutzung ihrer Straßen betrifft. Wegen Beachtung aller Mitwirkungserfordernisse ist auch § 44 Abs. 3 VwVfGL nicht einschlägig.

In Betracht kommt schließlich Nichtigkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfGL. Ein Verwaltungsakt ist dann gem. § 44 Abs. 1 VwVfGL nichtig, wenn ein besonders schwerwiegender Fehler vorliegt und dies bei verständiger Würdigung aller Umstände offensichtlich ist.

Fehlerhaft ist ein Verwaltungsakt, wenn er rechtswidrig ist.⁶ Hätte die Stadt einen Verwaltungsakt erlassen, in dem sie dem Werbeunternehmer das Anbringen von Werbung für Tabakerzeugnisse verboten hätte, wäre dieser Verwaltungsakt ohne die erforderliche Ermächtigungsgrundlage ergangen und wegen des Verstoßes gegen den Vorbehalt des Gesetzes rechtswidrig gewesen.

Die Rechtswidrigkeit des hypothetischen Verwaltungsaktes ergibt sich aus dem Sachverhalt. Die Prüfung erfordert detaillierte Kenntnisse im Ordnungsrecht und im Kommunalrecht, die von den Bearbeitern nicht erwartet werden konnten.

Ob dieser Fehler besonders schwerwiegend und offensichtlich ist, ist jedoch zweifelhaft.

Besonders schwerwiegend sind Fehler dann, wenn sie „mit der Rechtsordnung unter keinen Umständen vereinbar sein können, weil sie tragenden Verfassungsprinzipien oder den der Rechtsordnung immanenten Wertvorstellungen widersprechen“.⁷ Ein Verstoß gegen die Verfassungsbestimmungen – hier den Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG – und das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage führen nicht zwangsweise zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes.⁸ Die Nichtigkeit wird nur in Fällen der so genannten absoluten Gesetzlosigkeit oder absoluten Unzuständigkeit angenommen.⁹ Ein Fall der absoluten Unzuständigkeit liegt dann vor, wenn die handelnde Behörde unter keinem denkbaren Gesichtspunkt für den Erlass des Verwaltungsaktes für zuständig gehalten werden könnte. Absolute Gesetzlosigkeit setzt über das bloße Fehlen der Ermächtigungsgrundlage voraus, dass die an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen in einem so erheblichen Maß verletzt wurden, dass von niemandem erwartet werden kann, den Verwaltungsakt als verbindlich anzuerkennen.¹⁰ Hier handelt die örtlich für die betroffenen Straßen zuständige Straßenbaubehörde, die grundsätzlich für die Ausgestaltung der öffentlichen Straßen sachlich zuständig und daher nicht absolut unzuständig ist. Eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für ein Verbot der Außenwerbung für Tabakerzeugnisse ist vor allem mit Blick darauf, dass ein solches Verbot für andere Arten von Tabakwerbung bereits existiert, nicht absolut undenkbar. Der Fehler ist also nicht besonders schwerwiegend i.S.d. § 44 Abs. 1 VwVfGL.

⁶ Zur synonymen Verwendung der Begriffe „fehlerhaft“ und „rechtswidrig“ vgl. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 44 Rn. 12 f.

⁷ BVerwG NJW 1985, 2658.

⁸ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. Aufl., § 44 Rn. 105.

⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 44 Rn. 30; vgl. VG Freiburg NVwZ 1990, 594.

¹⁰ Vgl. BFH NVwZ 1982, 216.

Offensichtlich ist ein Fehler erst dann, wenn er sich für einen nicht sachkundigen, aber aufgeschlossenen Beobachter geradezu aufdrängen würde.¹¹ Für einen billig und gerecht denkenden Staatsbürger muss sich die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ohne weitere Ermittlung und ohne besondere rechtliche Überlegungen erschließen.¹² Die hier handelnde Behörde ist grundsätzlich befugt, Regelungen zur Gestaltung der öffentlichen Straßen zu erlassen. Ein Verbot der Werbung für Tabakerzeugnisse besteht bereits in einigen Bereichen. Für einen verständigen Laien liegt der Schluss nahe, dass die Gemeinde als der zuständige Träger der Straßenbaulast die Sondernutzung auch in dieser Hinsicht regeln kann. Der Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes ist nicht derart offensichtlich, dass er die Nichtigkeit des entsprechenden Verwaltungsaktes begründet hätte.

Zur Frage, ob der Fehler schwerwiegend ist, kann eine andere Ansicht mit einer entsprechenden Argumentation vertreten werden. Auch die Offensichtlichkeit des Fehlers kann grundsätzlich vertreten werden, erfordert jedoch einen gesteigerten Argumentationsaufwand. Eine überzeugende und fundierte Argumentation führt zu keinen Punktabzügen.

Die Vereinbarung ist also nicht gem. § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfGL nichtig.

c) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfGL

Ferner könnte der Vertrag gem. § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfGL nichtig sein. Dazu müsste der Verwaltungsakt mit dem entsprechenden Inhalt rechtswidrig und dieses den Vertragsschließenden bekannt gewesen sein. Das Verbot der Außenwerbung für Tabakprodukte durch die Stadt S durch einen Verwaltungsakt wäre tatsächlich rechtswidrig gewesen, was die Stadt S auch gewusst hat. Für die Nichtigkeit der Vereinbarung gem. § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfGL ist jedoch positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit bei beiden Vertragspartnern notwendig. U wusste nichts davon und hat sich keine Gedanken über die Rechtmäßigkeit der Klausel gemacht. Auch bloße Zweifel würden nicht für die erforderliche positive Kenntnis der Rechtswidrigkeit ausreichen.¹³ Somit ist der Vertrag auch nicht nach § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfGL nichtig.

d) Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfGL

Des Weiteren kommt hier die Nichtigkeit nach § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfGL in Betracht.

Die Anwendbarkeit der Vorschrift setzt zunächst voraus, dass es sich um einen Austauschvertrag i.S.d. § 56 Abs. 1 VwVfGL handelt. Ein Austauschvertrag liegt dann vor, wenn der Vertragspartner der Behörde sich im Vertrag verpflichtet, eine Gegenleistung für die behördliche Leistung zu erbringen. Hier wurden die Pflichten des U vereinbart, Nutzungsentgelt an die Stadt zu zahlen und Werbung für Tabakerzeugnisse zu unterlassen. Diese Pflichten sind Gegenleistungen des U für die Leistung der Behörde – der Einräumung des Rechts zur Aufstellung und Nutzung von Werbeanlagen in einem bestimmten Gebiet.

¹¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 44 Rn. 12.

¹² Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. § 44 Rn. 13.

¹³ Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 59 Rn. 30 ff.

Diese Gegenleistung muss den Anforderungen des § 56 VwVfGL entsprechen. Sie muss zunächst für einen bestimmten Zweck vereinbart sein und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen.

Mit der Nutzungsabgabe des U werden die Unterhaltung der öffentlichen Straßen und der Straßenbau finanziert. Straßenbau und Unterhaltung der Verkehrswege gehören zu den öffentlichen Aufgaben der Stadt. Dieser öffentliche Zweck steht in einem engen sachlichen Zusammenhang mit der Nutzung der Straßen durch Errichtung der Werbeanlagen. Ferner ist die Nutzungsentschädigung von der Höhe her angemessen. Für die Zulässigkeit der Nutzungsabgabe spricht ferner die Regelung des § 19a Abs. 1 S. 1 StrWGL, die die Erhebung von Gebühren für die Sondernutzung möglich macht.

Fraglich ist, ob auch die Pflicht zur Unterlassung der Tabakwerbung den Anforderungen des § 56 VwVfGL entspricht. Auch diese müsste zu einem bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart worden sein und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen. Der Zweck des Verbotes ist der Schutz der Jugend und der Gesundheitsschutz, wie in der Vertragsurkunde explizit angegeben wurde. Dieser Zweck muss der Straßenbaubehörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen. Eine Behörde handelt nur dann in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben, wenn sie oder ihr Rechtsträger¹⁴ innerhalb ihrer sachlichen und örtlichen Kompetenzen und Befugnisse handelt. Zwar gehört Jugend- und Gesundheitsschutz nicht zu den Aufgaben der Straßenbaubehörde, die Ressortinteressen der vertragsschließenden Behörde sind jedoch nicht entscheidend. Es reicht aus, dass es sich wie vorliegend um öffentliche Aufgaben handelt, zu deren Erfüllung im Rahmen der Daseinsvorsorge die betroffene Gemeinde befugt ist.

Zur Verhinderung eines „Verkaufs von Hoheitsrechten“ regelt § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfGL, dass die Gegenleistung in einem sachlichen Zusammenhang mit der Leistung stehen muss. Die Sondernutzungserlaubnis ist ein Instrument zur Regelung der Straßenbenutzung, bei der Belange des Straßenbaus und der Verkehrssicherheit und -ordnung Berücksichtigung finden. Der Jugend- und Gesundheitsschutz spielt dabei keine Rolle. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zur Aufstellung der Werbeanlagen in den öffentlichen Straßen und dem Verbot von Werbung für Tabakerzeugnisse ist daher nicht vorhanden. Diese Gegenleistung genügt also nicht den Anforderungen des § 56 Abs. 1 VwVfGL.

Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis gem. § 18 Abs. 1 StrWGL liegt im Ermessen der Behörde. § 56 Abs. 2 VwVfGL ist vorliegend also nicht anwendbar.

Der Vertrag ist also wegen eines Verstoßes gegen die Anforderungen an einen Austauschvertrag gem. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfGL nichtig.

2. Nichtigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfGL

Die Nichtigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfGL kommt hier ebenfalls in Betracht. Nach dieser Norm ist ein Verwaltungsvertrag dann nichtig, wenn sich seine Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung der Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt.

¹⁴ Dies ist streitig (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl. § 56 Rn. 11).

Der vorliegende Vertrag könnte wegen eines Gesetzesverstoßes gem. § 59 Abs. 1 VwVfGL i.V.m. § 134 BGB nichtig sein, wenn der Vertrag gegen eine Verbotsnorm verstößt. Um die speziellen Fehlerfolgenregelungen für einen Verwaltungsvertrag nicht zu unterlaufen, wird § 134 BGB im Rahmen von § 59 Abs. 1 VwVfG zurückhaltend angewendet.¹⁵ Die erforderliche qualifizierte Rechtswidrigkeit liegt dann vor, wenn und soweit der spezifische Sinn und Zweck der Vorschrift die Nichtigkeit einer von ihr abweichenden Regelung erfordern.¹⁶ Die Rechtsverletzung muss nicht die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages, sondern den Vertragsinhalt betreffen.

Ein Vertragsformverbot ist nicht anzunehmen. Auch erfordert eine vertragliche Klausel anders als ein Verwaltungsakt keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, so dass auch ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes hier nicht vorliegen kann.

Ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm liegt auch dann vor, wenn dem Gesetz zumindest konkludent zu entnehmen ist, dass nach dem Willen des Gesetzgebers abweichende Regelungen keinesfalls zulässig sein sollen.¹⁷ Das Verbot bestimmter Werbungsarten im Vorläufigen Tabakgesetz bedeutet im Umkehrschluss, dass die vom Gesetz nicht umfassten Werbemaßnahmen grundsätzlich zulässig sind. Um als Verbotsnorm zu fungieren, muss das Gesetz über die ausdrücklich geregelten Verbote hinaus alle weiteren Einschränkungen der Werbung für Tabakerzeugnisse strikt untersagen. Die Einschränkung der Werbung für Tabakerzeugnisse dient in erster Linie dem Schutz der Jugend und der Gesundheit. Eine weitergehende Einschränkung führt zwar zu weiterreichenden Eingriffen in die Grundrechte der betroffenen Unternehmer, bedeutet aber andererseits einen stärkeren Jugend- und Gesundheitsschutz. Eine außergesetzliche Einschränkung der Tabakwerbung steht also dem Jugend- und Gesundheitsschutz nicht entgegen, sondern fördert vielmehr die Erreichung dieses Ziels. Ein Wille des Gesetzgebers, nach dem weitere Einschränkungen der Tabakwerbung als im Vorläufigen Tabakgesetz vorgesehen keinesfalls zulässig sein sollen, kann also nicht ermittelt werden.

Die Klausel des Vertrages verstößt also nicht gegen eine Verbotsnorm.

Nach dem Bearbeitervermerk soll die Prüfung der Wirksamkeit des Vertrages unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten erfolgen. Die Nichtigkeit nach § 59 Abs. 1 VwVfG sollte also auch dann geprüft werden, wenn die Nichtigkeit bereits aus den besonderen Gründen des § 59 Abs. 2 VwVfG bejaht wurde.

Ein anderes Ergebnis zu § 59 Abs. 1 VwVfGL i.V.m. § 134 BGB ist mit entsprechender Argumentation vertretbar. Sollte das Vorläufige Tabakgesetz als eine abschließende Regelung der Tabakwerbung und damit als eine Verbotsnorm qualifiziert werden, muss anschließend erörtert werden, ob der Gesetzesverstoß zu einer qualifizierten Rechtswidrigkeit i.S.d. § 59 Abs. 1 VwVfGL i.V.m. § 134 BGB führt. Fraglich wäre in dem Fall, ob ein Verbot gegenüber nur einem Vertragspartner, hier der Behörde, für die Nichtigkeit ausreichend ist.

¹⁵ Von Schlieffen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Teil 1, S. 146.

¹⁶ Kopp/Ramsauer, VwVfG, Aufl. 10., § 59 Rn. 10.

¹⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, Aufl. 10., § 59 Rn. 13.

C. Ergebnis (5 Punkte)

Die vertragliche Verpflichtung des U, die Werbung für Tabakerzeugnisse zu unterlassen, ist also gem. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfGL nichtig.

Gem. § 59 Abs. 3 VwVfGL berührt die Nichtigkeit eines Teiles des Vertrages nicht die Wirksamkeit des gesamten Vertrages, wenn anzunehmen ist, dass die Vertragsparteien ihn auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten. Bei der Bewertung kommt es ebenso wie bei § 139 BGB auf den mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien an.¹⁸ Hier betrifft die Nichtigkeit eine Vertragsklausel, die zwar im engen sachlichen Zusammenhang mit den anderen Regelungen steht, von diesen dennoch trennbar ist. Die Durchsetzung des Verbots der Zigarettenwerbung war das erklärte Ziel der Stadt. Andererseits ist der Restvertrag auch ohne diese Regelung durchführbar und auch für die Stadt zur Regelung der Außenwerbung sinnvoll. Auch dem anderen Vertragspartner, U, kam es ausschließlich auf die Erteilung der für die Aufstellung der Werbeanlagen erforderlichen Erlaubnisse und nicht auf das Werbeverbot an. Der Vertrag wäre also nach dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien auch ohne diese Regelung geschlossen worden. Die Nichtigkeit der Klausel berührt nicht die Nichtigkeit des Gesamtvertrages.

Ein anderes Ergebnis zur Teilnichtigkeit ist hier denkbar.

¹⁸ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., § 59 Rn. 29.