

2. Kapitel – Die Sachentscheidungs Voraussetzungen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens

Vorbemerkung: Die angegebenen Seitenzahlen beziehen sich auf meine Bearbeitung zum Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl. 2002.

Eine verwaltungsgerichtliche Klage muß bestimmte Voraussetzungen erfüllen, damit das Gericht sie zur Sachentscheidung überhaupt annimmt. So muß zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und das angerufene (Verwaltungs-)Gericht sachlich, örtlich und instanziell zuständig sein. Sodann empfiehlt es sich, die statthafte Klageart zu bestimmen und die mit ihr verbundenen besonderen, d.h. klageartabhängigen Sachentscheidungs Voraussetzungen zu prüfen. Schließlich ist zu untersuchen, ob die allgemeinen, für alle Klage- und Verfahrensarten gleichermaßen geltenden Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen. Somit ergibt sich folgendes Prüfungsschema¹:

Sachentscheidungs Voraussetzungen eines verwaltungsgerichtlichen erfahrens
<p>(1) Zuerst wird die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs festgestellt, § 40 I VwGO bzw. aufdrängende Spezialzuweisungen.</p> <p>(2) Sodann sollte die Zuständigkeit des (Verwaltungs-)Gerichts geprüft werden.</p> <p>(3) Danach ist die Statthaftigkeit der Klageart (zulässige Verfahrensart) zu bestimmen.</p> <p>(4) Des weiteren werden die besonderen Sachentscheidungs Voraussetzungen (verfahrensartabhängige Zulässigkeits Voraussetzungen), die sich konkret auf die als statthaft erklärte Klage- bzw. Verfahrensart beziehen, geprüft. Bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 I VwGO) beispielsweise sind dies:</p> <ul style="list-style-type: none">(a) Klagebefugnis, § 42 II VwGO.(b) Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO.(c) Klagefrist, § 74 VwGO.(d) Klagegegner, § 78 VwGO.² <p>(5) Schließlich sind die allgemeinen, für alle Klage- und Verfahrensarten gleichermaßen zu prüfenden Sachentscheidungs Voraussetzungen zu untersuchen. Dies sind regelmäßig:</p> <ul style="list-style-type: none">(a) Beteiligungsfähigkeit, § 61 VwGO.(b) Prozeßfähigkeit, § 62 VwGO.(c) Ordnungsgemäße Klageerhebung, §§ 81, 82 VwGO.(d) Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist der Verwaltungsrecht nicht eröffnet, darf das Verwaltungsgericht die Klage nicht etwa als unzulässig abweisen, sondern muß den Rechtsstreit gem. § 173 VwGO i.V.m. § 17a II S. 1 GVG analog von Amts wegen an das zu-

¹ Eine andere Prüfungsreihenfolge ist möglich. Zu beachten ist aber, daß bestimmte Sachentscheidungs Voraussetzungen zwingend auf anderen Sachentscheidungs Voraussetzungen aufbauen. So muß beispielsweise das Widerspruchsverfahren nur dann erfolglos durchgeführt worden sein, wenn es überhaupt statthaft war. Das ist nicht bei allen Klage- und Verfahrensarten der Fall. Daher muß auf jeden Fall zunächst die statthafte Klage- bzw. Verfahrensart bestimmt werden, bevor man sich mit der Frage nach dem Erfordernis eines erfolglos durchgeführten Widerspruchsverfahrens auseinandersetzt. Ähnlich verhält es sich mit der Klagefrist. Nicht alle Klagen haben die Einhaltung einer Klagefrist zur Voraussetzung. Daher können auch Fragen hinsichtlich der Klagefrist erst dann beantwortet werden, wenn die statthafte Klageart feststeht.

² Nach der hier vertretenen Auffassung wird § 78 VwGO als Prüfungspunkt „Klagegegner“ im Rahmen der Sachentscheidungs Voraussetzungen behandelt. Die Gegenauffassung prüft § 78 VwGO als „Passivlegitimation“ bei der Begründetheit. Vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen auf S. 99 ff.

ständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verweisen.³ Daraus folgt zwingend, daß sowohl der *Verwaltungsrechtsweg* als auch die *gerichtliche Zuständigkeit keine* Zulässigkeitsvoraussetzungen der Klage sein können (a.A. nicht vertretbar). Aus diesem Grund muß dafür plädiert werden, entweder die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und die gerichtliche Zuständigkeit außerhalb der Zulässigkeitsvoraussetzungen zu prüfen⁴ oder (nach der hier vertretenen Auffassung) der Vorschrift des § 17a II S. 1 GVG dadurch Rechnung zu tragen, daß insgesamt nicht von *Zulässigkeitsvoraussetzungen* der Klage, sondern von *Sachentscheidungs Voraussetzungen* gesprochen wird⁵. Sachentscheidungs Voraussetzungen sind Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit das Gericht über das Rechtsschutzbegehren in der Sache überhaupt entscheiden kann. Zu diesen Bedingungen gehören der Verwaltungsrechtsweg und die gerichtliche Zuständigkeit nach wie vor.

A. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

I. Aufdrängende Spezialzuweisung

Wie bereits in der Einführung dargestellt wurde, muß zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Bevor aber bezüglich der Eröffnung dieses Rechtswegs bei Anwendung der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO die Erörterung der (auf S. 8 ff. dargestellten) Abgrenzungstheorien in Betracht gezogen wird, sollte zuvor stets sorgfältig geprüft werden, ob nicht bereits eine (fach-)gesetzliche Bestimmung die betreffende Streitigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zuordnet. **Aufdrängende Spezialzuweisungen gehen der Generalklausel vor!**

Beispiele für eine aufdrängende Spezialzuweisung sind: § 126 I BRRG, § 59 SoldG, §§ 12 und 16 III HandwO, § 54 BAföG, § 32 WPIFG, § 83 PersVertrG, § 72b TierseuchenG. Zu der ab dem 01.01.2002 gültigen Fassung des § 40 II S. 1 siehe sogleich.

Für die Fallbearbeitung von **besonderer Relevanz** sind **§ 72b TierseuchenG** und **§ 126 I BRRG** dar.

- ⇒ **§ 72b TierseuchenG** bestimmt, daß für Streitigkeiten über Ansprüche auf Entschädigung (etwa wegen behördlich angeordneter Tötung aufgrund BSE-Infizierung oder Maul- und Klauenseuche) der Rechtsweg vor den Verwaltungsgerichten gegeben ist.

Beispiel: Landwirt L ist u.a. Halter mehrerer Rinder. Als bei einem Tier **BSE** festgestellt wird, ordnet die zuständige Veterinärbehörde durch Verfügung die Tötung aller Tiere an. Aufgrund des vermehrten Auftretens von BSE könne nicht ausgeschlossen werden, daß auch andere Tiere des Hofes infiziert seien. Ebenso wenig könne eine Übertragung des Virus auf den Menschen ausgeschlossen werden. Hier stützt sich die Tötungsanordnung auf § 18 i.V.m. § 24 I TierseuchenG. Dieses Gesetz ist anwendbar, da Rinder vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfaßt sind, § 1 II Nr. 2 TierseuchenG. Ob die Voraussetzun-

³ Zu beachten ist jedoch, daß die Verweisung *innerhalb* des Verwaltungsrechtswegs wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts über § 83 VwGO zu erfolgen hat.

⁴ So *Jahn*, JuS **2001**, 173; *Knemeyer*, POR, Rn 396; unentschlossen *Hufen*, VerwProzR, § 10 Rn 1. Diese Vorgehensweise hat aber den Nachteil, daß - wie sich aus dem Wortlaut des § 52 VwGO ergibt - innerhalb der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts regelmäßig zusätzlich der Beklagte geprüft werden muß. Dies kann zu einer erheblichen Kopflastigkeit der „Vorabprüfung“ führen.

⁵ So auch *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 181; *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 33 ff.; *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb § 40 Rn 8; *Kopp/Schenke*, VwGO, Vorb § 40 Rn 17 f.; *Tettinger/Wahrendorf*, VerwProzR, § 7 Rn 1 ff. i.V.m. § 9 Rn 1 ff. In unvertretbarer Weise den Verwaltungsrechtsweg als Zulässigkeitsvoraussetzung qualifizierend *Brohm*, JuS **1999**, 1097, 1098 noch dazu mit unzutreffendem Verweis auf *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rn 2 (dort: „Insoweit führt die Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs idR nicht zur Unzulässigkeit der Klage“); ebenso unvertretbar *Zilkens*, JuS **2001**, 368, 369. Richtig dagegen *Loos*, JA **2001**, 698, 699.

gen der Rechtsgrundlage vorliegen, ist eine Frage der (materiellen) Rechtmäßigkeitsprüfung (vgl. dazu die Ausführungen zur Begründetheit der Anfechtungsklage).

⇒ **§ 126 I BRRG** bestimmt, daß für alle Klagen der Beamten, Ruhestandsbeamten, früheren Beamten und der Hinterbliebenen aus dem Beamtenverhältnis der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist. Wegen § 40 II S. 2 VwGO erfaßt § 126 I BRRG auch Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten. Sinn des § 126 I BRRG ist es, alle beamtenrechtlichen Streitigkeiten beim Verwaltungsgericht zu konzentrieren. Daher ist § 126 I BRRG weit auszulegen und wurde in folgenden Fällen für anwendbar erklärt⁶:

- (1) Schadensersatzanspruch eines Beamten wegen Nichteinhaltung einer Zusicherung, die ihm bei Begründung des Beamtenverhältnisses gegeben wurde.
- (2) Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener, aber zugesicherter Beförderung.
- (3) Schadensersatzanspruch wegen unrechtmäßiger Einstellung oder Beförderung eines Konkurrenten (beamtenrechtliche Konkurrentenklage).⁷
- (4) Klagen eines Dritten gegen den Dienstherrn auf Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Beamten (vgl. § 54 StPO, §§ 61 f. BBG).
- (5) Klage des Dienstherrn auf Rückzahlung von Dienstbezügen und Ausbildungskosten, wenn dies für den Fall des vorzeitigen Ausscheidens aus dem Dienstverhältnis vereinbart war.
- (6) Klage des Dienstherrn auf Rückforderung von Dienstbezügen, wenn die Ernennung zum Beamten nichtig war.
- (7) Klage eines Dritten gegen den Dienstherrn auf Erteilung einer Aussagegenehmigung für einen Beamten (vgl. § 54 StPO, §§ 61 f. BBG).
- (8) Das BRRG ist auch bei kirchenrechtlichen Streitigkeiten zu beachten. Nach § 135 S. 2 BRRG ist es den öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften überlassen, nicht nur die Rechtsverhältnisse ihrer Beamten und Seelsorger dem BRRG entsprechend zu regeln, sondern auch die Vorschriften für Klagen aus dem Beamtenverhältnis, nämlich die §§ 126, 127 BRRG, für anwendbar zu erklären. Ob eine solche Anwendbarkeitserklärung besteht, ist den Kirchengesetzen zu entnehmen. Bei Bestehen einer solchen Rechtswegzuweisung durch die Kirchen ist dann der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.⁸

Nicht selten kommt es vor, daß der Kläger ein Klagebegehren auf zwei unterschiedliche materiell-rechtliche Anspruchsgrundlagen stützen kann, die – isoliert betrachtet – verschiedenen Rechtswegen zuzuordnen sind. Bestreitet hier der Kläger den Verwaltungsrechtsweg, so ist dieser nur unter Berücksichtigung auf die Anspruchsgrundlage aus dem Beamtenrecht gegeben (§ 17 II S. 2 GVG)⁹

Beispiel: Oberregierungsrätin A (Besoldungsgruppe A 14) bewirbt sich um eine ausgeschriebene Beförderungsstelle als Regierungsdirektorin (Besoldungsgruppe A 15) beim Bundesamt für Verfassungsschutz. Unter Mißachtung des Leistungsprinzips wird statt ihr der Wunschkandidat B ausgewählt. Die Behörde unterläßt es auch, die A rechtzeitig von der Auswahlentscheidung zu unterrichten, so daß sie nicht gegen die Auswahlentscheidung vorgehen und die Beförderung des B durch Inanspruchnahme einstweiligen Rechtsschutzes verhindern kann. Als B befördert wird, macht A einen Anspruch auf Schadensersatz (Differenzgehalt) geltend.

Hier könnte an einen vor dem Landgericht geltend zu machenden Amtshaftungsanspruch gedacht werden. Ein Rückgriff auf § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG ist vorliegend nicht erforderlich. Zwar ist dieser Anspruch sowohl innerhalb als auch außerhalb eines Beamtenverhältnisses anwendbar, setzt also kein bestehendes Rechtsverhältnis voraus. Aufgrund

⁶ Vgl. *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 167 ff.

⁷ Zur klausurrelevanten beamtenrechtlichen Anstellungs- und Beförderungskonkurrenz vgl. mein BesVerwR, S. 421 ff.

⁸ Vgl. dazu VG Göttingen NVwZ 1999, 794.

⁹ Zwar erlaubt § 17 II S. 2 GVG es dem Gericht, den Rechtsstreit unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen. Dieser Grundsatz wird jedoch für Anspruchsgrundlagen, für die ausschließlich der Zivilrechtsweg nach Art. 14 III S. 4 oder Art. 34 S. 3 GG vorgesehen ist, durchbrochen.

der bestehenden beamtenrechtlichen Sonderverbindung liegt es aber näher, den Anspruch unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis zu begründen und ihn vor dem **Verwaltungsgericht** geltend zu machen.¹⁰ Hier wiederum braucht als verletzte beamtenrechtliche Pflicht nicht die allgemeine Fürsorgepflicht herangezogen zu werden. Vielmehr kann der Schadensersatzanspruch unmittelbar auf eine Verletzung der rechtlich festgelegten Auswahlkriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gestützt werden. Es handelt sich dann um einen Schadensersatzanspruch *wegen Verletzung einer im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis wurzelnden und insofern „quasivertraglichen“ Verbindlichkeit*.¹¹

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Fallbearbeitung darf auf *Bundesebene* § 126 I BRRG wegen seines Anwendungsbereiches nur für das Landesrecht nicht eigenständig geprüft werden, sondern immer nur in Verbindung mit der Norm, die auf ihn verweist. **Beispiele** für Verweisungsnormen sind §§ 46, 71 DRiG für Richter und Staatsanwälte und § 172 BBG für Bundesbeamte. Auf *Landesebene* stellt das BRRG dagegen unmittelbar anwendbares Recht dar, vgl. Art. 75 I S. 1 Nr. 1 GG und § 1 S. 1 BRRG.¹²

Im Zuge des am 01.01.2002 in Kraft getretenen Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozeß wurde § 40 II S. 1 dergestalt geändert, daß die dort genannte abdrängende Sonderzuweisung nicht für Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG gilt. Daraus folgt, daß Geldansprüche aus einer ausgleichspflichtigen **Inhalts- und Schrankenbestimmung** vor den **Verwaltungsgerichten** auszutragen sind.

II. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, § 40 I S. 1 VwGO (Generalklausel)

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Besteht keine aufrägende Spezialzuweisung, kommt die Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO zur Anwendung. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, *soweit* die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind (sog. abdrängende Sonderzuweisung).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Für das Gutachten könnte die Formulierung: „*soweit* die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“ bedeuten, daß wenn eine aufrägende Spezialzuweisung ersichtlich nicht in Betracht kommt, zunächst zu untersuchen ist, ob nicht eine abdrängende Sonderzuweisung den Rechtsstreit einem anderen Gerichtszweig zuordnet, bevor der öffentlich-rechtliche Charakter mit Hilfe der Generalklausel zu untersuchen ist. Da aber der öffentlich-rechtliche Charakter einer Streitigkeit nicht notwendigerweise zur Folge hat, daß diese dem Verwaltungsrechtsweg zuzuordnen ist (Beispiel: Ein Amtshaftungsanspruch ist ein öffentlich-rechtlicher Anspruch, wird aber vor den Landgerichten ausgetragen, Art. 34 GG, § 71 GVG), ist gutachtentechnisch der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit auf jeden Fall *vor* der Frage nach der abdrängenden Sonderzuweisung zu erörtern.

¹⁰ Damit ist also die Möglichkeit unbenommen, Schadensersatz wegen unterbliebener Beförderung (OLG Hamm NVwZ-RR **1998**, 535) oder allgemein wegen voreiliger Stellungsbesetzung (BGH NJW **1995**, 2344) dennoch mit der vor der Amtshaftungskammer des Landgerichts (§ 71 GVG) zu erhebenden Amtshaftungsklage zu erlangen.

¹¹ BVerwG NJW **1998**, 3288, 3289 mit Anm. von *Hufen*, JuS **1999**, 716 f.

¹² Zur jüngsten Entscheidung bzgl. des Tragens eines **Kopftuches im Unterricht durch eine Lehrerin** vgl. VG Lüneburg NJW **2001**, 767 ff. und mein BesVerwR, S. 416 ff.

Zu fragen ist nach der **wahren Natur** des **behaupteten Anspruches**.¹³ Diese müßte öffentlich-rechtlich sein. *Gedanklich* sind dabei folgende Fragen zu klären:

- ⇨ Wie lautet die Hauptfrage der Streitigkeit? (*Bestimmung des Streitgegenstandes*)
⇒ **Bestimmungsstufe.**
- ⇨ Nach welcher Rechtsgrundlage ist die Hauptfrage zu entscheiden? (Festlegung der streitentscheidenden Normen = *Zuordnung des Klagebegehrens zu einer Norm*)
⇒ **Zuordnungsstufe.**
- ⇨ Ist die soeben zugeordnete Norm Bestandteil des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts? (= *Qualifikation der streitentscheidenden Normen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich*).
⇒ **Qualifikationsstufe.**

a. Bestimmung des Streitgegenstandes

Der Streitgegenstand ergibt sich aus dem Sachvortrag des Klägers. Sachvortrag ist der vorgetragene tatsächliche Lebenssachverhalt, nicht dagegen die rechtliche Würdigung des Klägers. Diese ist Sache des Richters.¹⁴

Beispiel: In Tübingen findet jährlich ein Volksfest auf einem dafür vorgesehenen Platz im Stadtzentrum statt. Als K, Einwohner der Stadt, eine Zulassung bezüglich seines Fahrgeschäfts begehrt, wird ein entsprechender Antrag des K ablehnend beantwortet. Ein gegen diese Ablehnung eingelegter Widerspruch wird als unbegründet zurückgewiesen. K erhebt nun Klage gegen die Ablehnung. Er trägt vor (Tatsachenbehauptung!), das Volksfest sei nicht nach § 69 GewO festgesetzt. Mit denjenigen Veranstaltern, die sie zuläßt, schließe die Stadt Mietverträge ab. Zur Begründung seiner Klage meint K (Rechtsansicht!), daß der Abschluß von Mietverträgen zwar dem Zivilrecht zuzuordnen sei, vorliegend es aber um die öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung des Platzes ginge. Streitigkeiten bezüglich der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung seien stets vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen.

Zur Ermittlung des Streitgegenstandes (und somit des zulässigen Rechtswegs) ist nur der Sachvortrag des K zu würdigen. Es ist dann Aufgabe des Richters, den Sachvortrag rechtlich zu würdigen und über die Zulässigkeit des bestrittenen Rechtswegs zu befinden.

Nicht ausschlaggebend für die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs ist das Vorliegen eines Verwaltungsakts. Es ist zwar richtig, daß Streitigkeiten bezüglich eines Verwaltungsakts stets vor dem Verwaltungsgericht auszutragen sind. Die Feststellung, daß ein Verwaltungsakt vorliegt, ist aber erst bei der statthaften Klageart zu treffen. Darüber hinaus gibt es öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die nicht die rechtliche Würdigung eines Verwaltungsakts zum Gegenstand haben, sondern sich aus schlicht hoheitlichem Handeln oder aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ergeben. In der Fallbearbeitung sollte man sich daher schlicht an den Sachvortrag halten und diesen lediglich kurz wiedergeben:

„Die Parteien streiten um ...“

b. Zuordnung des Klagebegehrens zu einer den Streit entscheidenden Norm

Steht das Klagebegehren fest, so muß dieses zu einer den Streit entscheidenden Norm zugeordnet werden. Im Bereich der **Eingriffsverwaltung** ist das in der Regel mit keinen großen Schwierigkeiten verbunden, denn hoheitliche Anordnungen, die in die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers eingreifen, sind wegen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes nur aufgrund einer gesetzlichen Rechtsgrundlage zulässig. Hauptan-

¹³ GemS OGB, BGHZ 102, 280, 286; OVG Münster NJW 2001, 698; OVG Weimar NJW 2002, 386 f.

¹⁴ Vgl. OVG Münster NJW 2001, 698, 700.

wendungsgebiet der Eingriffsverwaltung ist das **allgemeine Gefahrenabwehrrecht**. Aber auch das **besondere Gefahrenabwehrrecht** (insbesondere das **Versammlungs-, Gewerbe- und Gaststättenrecht**) ist häufig Klausurgegenstand. Hier ist die Zuordnung des Streitgegenstandes zu einer den Streit entscheidenden Norm (etwa zur polizeilichen Befugnisgeneralklausel oder zu den §§ 5, 13, 15 VersG, §§ 29, 35 GewO oder zu § 15 GastG) zumeist mit keinen größeren Problemen verbunden.¹⁵

Eine besondere Problematik stellt sich im Bereich der **Leistungsverwaltung** (Subventionsvergabe, Überlassung von öffentlichen Einrichtungen etc.), jedenfalls soweit die Leistung zweistufig ausgestaltet ist. Hier ist die Zuordnung zu einer den Streit entscheidenden Norm kaum möglich. Das gleiche gilt bezüglich schlicht-hoheitlichem Handeln (ehrverletzende Äußerungen, Warnungen vor Sekten oder bestimmten Produkten). In diesen Fällen muß der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit anhand der sogleich dargestellten Abgrenzungstheorien bestimmt werden.

c. Qualifikation der streitentscheidenden Normen als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich

Die streitentscheidenden Normen müssen schließlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein. Bei der Bearbeitung dieses Prüfungspunktes muß die Frage aufgeworfen werden, ob das Verwaltungshandeln bzw. die diesbezüglich maßgebliche Norm in einem engen *Sachzusammenhang* mit eindeutig öffentlich-rechtlicher Aufgabenwahrnehmung steht oder dem bürgerlichen Recht unterfällt. Kriterien der Abgrenzung zum bürgerlichen Recht bieten folgende Theorien:

aa. Modifizierte Subjektstheorie

Nach der (von der herrschenden Literatur vertretenen) modifizierten Subjektstheorie (Sonderrechtstheorie, Zuordnungstheorie) liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die für die Hauptfrage streitentscheidende Norm anerkannt öffentlich-rechtlicher Natur ist, d.h. wenn sie allein einen Hoheitsträger besonders berechtigt oder verpflichtet, **diesem also zugeordnet ist**.¹⁶

Beispiele: Normen des BauGB, der GewO, des GastG, des BImSchG, des AuslG, des BSHG, des BRRG, des BBG sowie der Polizeigesetze. Dort werden der Verwaltung besondere Befugnisse verliehen, ihr also zugewiesen. Diese Normen sind daher unstreitig öffentlich-rechtlich.

Kritik: Die modifizierte Subjektstheorie versagt aber in Fällen, in denen das behördliche Handeln nicht durch einen Rechtssatz bestimmt ist, beispielsweise bei der - im öffentlichen Interesse liegenden - Wirtschaftsförderung. In diesem Fall ist das öffentliche Interesse aber als **Indiz** für den öffentlichen Charakter der Streitigkeit zu werten.

bb. Interessentheorie

Nach der Interessentheorie liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die dem Streit zugrundeliegenden Normen überwiegend dem öffentlichen Interesse, dem Allgemeininteresse dienen. Dagegen soll eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegen bei Regelungen, die überwiegend Individualinteressen zu dienen bestimmt sind.¹⁷

Kritik: Da auch zahlreiche privatrechtliche Normen im öffentlichen Interesse liegen (so z.B. die familienrechtlichen Unterhaltsvorschriften des BGB) und öffentliche Normen im

¹⁵ Zum Versammlungsrecht vgl. den Fall von *Jahn*, JuS 2001, 172 ff.

¹⁶ Vgl. OVG Münster NJW 2001, 698; *Czybulka/Biermann*, JuS 2000, 353, 355; *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 46; *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn 225 ff.

¹⁷ *Hüttenbrink*, in: Kuhla/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozeß, Abschn. C Rn 12; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 958.

Privatinteresse (wie beispielsweise das Baunachbarrecht), vermag die Interessentheorie keine klare Abgrenzung zu bieten und sollte nur hilfsweise herangezogen werden.

cc. Subordinationstheorie

Nach der Subordinationstheorie (Subjektionstheorie) ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn zwischen den Streitparteien ein Verhältnis der **Über- und Unterordnung** besteht. Besteht dagegen ein Verhältnis der Gleichordnung, soll eine privatrechtliche Streitigkeit vorliegen.¹⁸

Kritik: Zwar bietet die Subordinationstheorie in der Eingriffsverwaltung eine klare Qualifikation zugunsten des öffentlichen Rechts, sie versagt aber zum einen dort, wo sich mehrere gleichrangige Träger öffentlicher Gewalt gegenüberstehen, und zum anderem in Fällen, in denen die Verwaltung *koordinationsrechtlich* gegenüber dem Bürger auftritt (Beispiel: Verwaltungsvertragsverhältnis nach den §§ 54 ff. VwVfG).

dd. Bedeutung der Theorien für die Fallbearbeitung

Wie die vorstehende Kritik zu den einzelnen Theorien gezeigt hat, vermag keine der Theorien bei isolierter Betrachtung eine verlässliche Abgrenzung zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht zu bieten. Darum vertritt auch die Rechtsprechung keine konkrete Theorie, sondern bedient sich im Bemühen um eine im Einzelfall sachgerechte Zuordnung einer **Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie**.¹⁹

Hinweis für die Fallbearbeitung: Da sich aus der Kombination der beiden Theorien durchweg befriedigende Ergebnisse erzielen lassen, sollte man sich auch in der Fallbearbeitung darauf beschränken. Zu beachten ist allerdings, daß es völlig verfehlt wäre, den öffentlich-rechtlichen Charakter etwa des BauGB, einer Landesbauordnung, der GewO, eines Landespolizeigesetzes oder einer GemO zu erörtern. In diesen Fällen reicht ein knapper Hinweis aus, etwa dergestalt, daß es sich bei dem betreffenden Gesetz nach der modifizierten Subjektstheorie um ein solches des öffentlichen Rechts handelt. Dabei kann es durchaus vorkommen, daß einem Klagebegehren mehrere Gesetze zuzuordnen sind. Das betrifft insbesondere das Gefahrenabwehrrecht, weil sich die Rechtsgrundlage für eine Maßnahme sowohl aus einem Spezialgesetz (GastG, GewO) als auch aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht ergeben kann. Sind alle in Betracht kommenden Gesetze solche des öffentlichen Rechts, kann bei der Prüfung des Verwaltungsrechtswegs die Zuordnung des Streitgegenstands zu einer dieser Normen dahin stehen.²⁰ Ferner ist zu beachten, daß wenn für ein und denselben prozessualen Anspruch zwei Rechtswege nebeneinander bestehen, sich der zulässige Rechtsweg danach richtet, auf welchen Klagegrund das Begehren gestützt wird.²¹

Im Normalfall bietet sich für die **Fallbearbeitung** folgende Formulierung an:

„ (...). In Ermangelung einer aufdrängenden Spezialzuweisung kann der Verwaltungsrechtsweg nur nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO gegeben sein. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine anderweitige Rechtswegzuweisung besteht. Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit ist in der VwGO nicht definiert. Zur Klärung des Begriffes ist daher auf die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Abgrenzungstheorien einzugehen.“

¹⁸ Redeker/von Oertzen, VwGO, § 40 Rn 8; Thiel/Garcia-Scholz, JA 2001, 957, 958.

¹⁹ GemS OGB, BGHZ 102, 280, 287; BGHZ 129, 126, 128.

²⁰ Rübner/Muckel, BesVerwR, S. 34 Fn 1.

²¹ OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 695.

Nach der Kombination aus modifizierter Subjektstheorie und Subordinationstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn sich der Streitgegenstand als unmittelbare Folge öffentlichen Rechts darstellt, d.h. bei der Klagebegehren und zugrundeliegender Sachverhalt nach Normen des öffentlichen Rechts zu beurteilen sind²² bzw. wenn zwischen den Streitparteien ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Vorliegend ...“

d. Fallgruppen

Trotz der bestehenden theoretischen Meinungsverschiedenheiten sind die meisten Fälle in der Praxis nicht mehr streitig. Ob eine bestimmte Streitigkeit dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist, soll anhand der folgenden Fallgruppen aufgezeigt werden:

aa. Privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand

a.) Tätigt die öffentliche Verwaltung Geschäfte zur Bedarfsdeckung (fiskalische Hilfsgeschäfte), betätigt sich erwerbswirtschaftlich oder verwaltet ihre Vermögensgegenstände, spricht man von **Fiskalverwaltung**. Hier tritt die Verwaltung als Privatrechtssubjekt auf und nimmt wie jeder andere am Wirtschaftsleben teil. Das Verhältnis zwischen ihr und dem Bürger kann in diesem Bereich also ausschließlich privatrechtlich sein und nach Auffassung der Zivilgerichte nur der Regelung des § 13 GVG unterfallen. Die teilweise noch verbleibende Grundrechtsbindung werde von den **ordentlichen Gerichten** beachtet (§ 17 II S. 1 GVG).²³

- ⇒ **Fiskalische Hilfsgeschäfte:** Darunter ist zum einen das Beschaffungswesen bzw. Veräußerungswesen und zum anderen das öffentliche Auftragswesen zu verstehen.

Beispiele: Kauf von Büromaterial, Dienstfahrzeugen, Grundstücken etc. (Beschaffungswesen); Verkauf von Grundstücken (Veräußerungswesen)²⁴; Abschluß von Verträgen mit Baufirmen über den Bau von Straßen, Schulen, Regierungsgebäuden etc. (öffentliches Auftragswesen). Zur Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand in diesem Bereich vgl. mein AllgVerwR, S. 314. Zur (möglichen) Anwendung der für das Verwaltungsprivatrecht entwickelten **Zwei-Stufen-Theorie** auf die fiskalischen Hilfsgeschäfte vgl. unten, S. 15 f.

- ⇒ **Erwerbswirtschaftliche Betätigung:** Der Hoheitsträger wird erwerbswirtschaftlich tätig, wenn er in unternehmerischer Weise am Wirtschaftsverkehr teilnimmt bzw. sich an einem privaten Unternehmen (Handelsgesellschaft oder juristische Person des Privatrechts) beteiligt.

Beispiele: Beteiligung des Landes Niedersachsen an der Volkswagen AG. Außerhalb von Handelsgesellschaften unternehmerisch tätig wird der Verwaltungsträger beispielsweise bei der Bewirtschaftung eines Weingutes mit staatlichen Bediensteten. Auch wenn eine Gemeinde über ihren Eigenbetrieb etwa im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus Aufträge privater Auftraggeber ausführt, wird sie erwerbswirtschaftlich tätig (und tritt gleichsam in Konkurrenz zu privaten Anbietern).²⁵ Weitere, bereits beobachtete Betätigungen wie der Partyservice durch eine städtische Kantine, der Betrieb eines Nagelstudios, Instandset-

²² Streng genommen basiert diese Formulierung auf einem Zirkelschluß. Da sie aber regelmäßig in amtlichen Musterlösungen von Examenklausuren anzutreffen ist (vgl. nur *Bodanowitz*, JuS 1999, 574, 575), wird auch im folgenden von ihr ausgegangen.

²³ Vgl. *Renck*, JuS 2000, 1001; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA 2001, 957, 958.

²⁴ Vgl. dazu jüngst OVG Münster NJW 2001, 698 ff.

²⁵ Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.

zungsarbeiten, Gebäudeunterhaltung, Umzugsservice etc. stellen nur die Spitze des Eisbergs dar.²⁶

Eine Teilnahme der öffentlichen Verwaltung am wirtschaftlichen Wettbewerb („Staat als Unternehmer“ bzw. als „Aktionär“) ist zwar grundsätzlich, aber keineswegs uneingeschränkt zulässig. Verfassungsrechtlich ist es schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber zu legitimieren. Insbesondere bestehen für die **Gemeinden** rechtliche Grenzen, die sich nach der jeweiligen Gemeindeordnung bestimmen. Die damit verbundenen Probleme gewinnen in erster Linie in einer Anfechtungssituation, bzw. bei Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts, auch bei einem Unterlassungsbegehren an Bedeutung. Hier ist nach der (zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen) Rechtsgrundlage zu suchen, die dem betroffenen Bürger einen Unterlassungsanspruch einräumt. Siehe dazu ausführlich unten S. 25 ff.

- ⇒ Einen Unterfall der erwerbswirtschaftlichen Betätigung stellt die **Verwaltung eigener Vermögensgegenstände** dar: Die Träger öffentlicher Verwaltung sind auch privatrechtliche Eigentümer von Vermögensgegenständen (Fahrzeugen, Grundstücken etc.). Soweit die Gegenstände nicht der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben dienen (etwa weil sie nicht durch Widmungsakt dem öffentlichen Recht unterstellt werden - modifiziertes Privateigentum²⁷), kommt eine privatwirtschaftliche Nutzung in Betracht.

Beispiele: Vermietung der Kellerräume des Rathauses an einen Gastronomen („Ratskeller“) oder Zur-Verfügung-Stellen der Außenflächen von Bussen und Straßenbahnen gegen Entgelt für Werbezwecke. Zur Grundrechtsbindung in diesem Bereich vgl. mein AllgVerwR, S. 311 ff.

Im Bereich der Fiskalverwaltung ist insbesondere die **öffentliche Auftragsvergabe** von Interesse: Diese ist (sofern ein bestimmter Schwellenwert überschritten wird, vgl. § 100 GWB) in den **§§ 97 ff. GWB** geregelt und somit dem **Zivilrecht** zugeordnet. Nach der Legaldefinition in § 99 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, und Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen. Ausführliche materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Bestimmungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen befinden sich in §§ 98 ff. GWB. Maßgebliche Auswahlkriterien sind Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber und die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots. Die Unternehmen (zu denen auch – m.E. in bedenklicher Weise – ein Eigenbetrieb gehören kann²⁸) haben gem. § 97 VII GWB einen Anspruch auf Einhaltung der Vergaberegeln. In den §§ 102 ff. GWB ist ein Rechtsschutzverfahren ausgestaltet: Zunächst sind gem. §§ 107 I, 104 GWB die Vergabekammern anzurufen. Die Vergabekammern sind sachlich unabhängige Verwaltungsbehörden, die durch Verwaltungsakt entscheiden (§ 114 GWB). Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag und eine Verletzung subjektiver vergaberechtlicher Rechtspositionen geltend macht (§ 107 II GWB). Gegen eine Entscheidung der angerufenen Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde beim OLG zulässig, das endgültig entscheidet (§§ 116 ff. GWB). Für den Rechtsschutz bedeutsam ist der Umstand, dass die Rechtsmittel aufschiebende Wirkung entfalten (§§ 115 I, 118 I

²⁶ Weitere Beispiele bei *Schink*, NVwZ **2002**, 129 f. Vgl. auch *Schlacke*, JA **2002**, 48 ff.

²⁷ Vgl. dazu OLG Schleswig NJW **2001**, 1073 (hier: Meeresstrand).

²⁸ Vgl. Vergabekammer Düsseldorf NZBau **2001**, 46 mit Stellungnahme von *Jaeger*, NZBau **2001**, 6. Vgl. ausführlich *Burgi*, NVwZ **2001**, 601 ff.; *Horn*, NVwZ **2001**, 647 ff. (zu OLG Düsseldorf NVwZ **2000**, 714), sowie EuGH NZBau **2001**, 99 ff.

S. 1 GWB). Der Zuschlag an einen anderen darf also erst nach Abschluß des Rechtschutzverfahrens erteilt werden.²⁹

b.) Demgegenüber spricht man von **Verwaltungsprivatrecht**, wenn die Verwaltung hoheitliche Aufgaben in Privatrechtsform erfüllt und dabei zahlreichen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt.³⁰ Die klausurrelevantesten Probleme in dieser Beziehung ergeben sich bei der Vergabe von **Subventionen**, bei der Zulassung zur Benutzung von **öffentlichen Einrichtungen** und bei der **Versorgungs- und Entsorgungstätigkeit** des Staates oder der Gemeinden. Ferner sei der **öffentliche Personennahverkehr** genannt.

Beispiele³¹:

- (1) Die Stadt oder die Gemeinde versorgt ihre Einwohner mit Wasser und Strom (Versorgungsenergien) **(a)** über ihre öffentlich-rechtlich organisierten Eigen- oder Regiebetriebe oder **(b)** über die von ihr beherrschten privatrechtlich organisierten Energieversorgungsunternehmen (AG oder GmbH). In beiden Konstellationen schließt sie mit den Einwohnern privatrechtliche Energielieferungsverträge ab.
- (2) Die Stadt oder die Gemeinde nimmt den öffentlichen Personennahverkehr durch eine AG wahr, deren Aktien sich ausschließlich oder überwiegend in ihrer Hand befinden. Hier schließt sie mit den Fahrgästen privatrechtliche Beförderungsverträge ab.
- (3) Die Gemeinde G folgt der Bestimmung der für sie maßgeblichen Landesverfassung bzw. Gemeindeordnung bezüglich der Bestattungspflicht von verstorbenen Menschen und trägt dafür Sorge, daß jeder Verstorbene schicklich beerdigt wird.

Bei der Frage nach dem Verwaltungsrechtsweg ist auf die von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur vertretene **Zwei-Stufen-Theorie** einzugehen: Geht es z.B. um den Abschluß eines Versorgungsvertrags, um die Entscheidung über die Gewährung einer Subvention oder um die Zulassung zur Nutzung einer öffentlichen Einrichtung, ist – da es sich jeweils um eine Verwaltungsentscheidung über das „**ob**“ der Gewährung handelt – der *Verwaltungsrechtsweg* eröffnet (**1. Stufe**). Für die Abwicklung (also des „**wie**“) stellt indes das Privatrecht Vertragstypen bereit, die im öffentlichen Recht eigenständig nicht entwickelt wurden. Das führt zu der Einsicht, daß ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis in seiner weiteren Durchführung privatrechtlich (wie beispielsweise nach den §§ 535 ff. oder 607 ff. BGB) ausgestaltet sein kann (**2. Stufe**).

Zu den Beispielen:

- (1) Geht es um den Anschluß an das öffentliche Versorgungs- oder -entsorgungsnetz, steht die Frage des „**ob**“ im Mittelpunkt. Hier ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Streiten sich die Parteien dagegen etwa um die Höhe der Versorgungskosten (dem „**wie**“), so ist zu differenzieren: In Beispiel **(1a)** kann die Verwaltung das Benutzungsverhältnis sowohl hoheitlich als auch privatrechtlich ausgestalten. Hier ist je nach Ausgestaltung der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg eröffnet. In Beispiel **(1b)** kann über die Frage des „**wie**“ nur das Zivilgericht entscheiden.
- (2) Auch hier entscheidet über den Zulassungsanspruch das Verwaltungsgericht. Würde es demgegenüber um Fragen der Benutzung gehen, etwa um den Erlaß eines Rauch-

²⁹ Die Vergabeverordnung ist im BGBl I **2001**, 110 ff. veröffentlicht. Zum Vergaberecht vgl. näher EuGH DVBl **2000**, 118 (Alcatel); BayObLG NVwZ **1999**, 1138; OLG Brandenburg NVwZ **1999**, 1142; Höfler, NJW **2001**, 950; Schwarze, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, **2000**; Reidt/Sticker/Glahs, Vergaberecht. Kommentar, **2000**; Malmendir, DVBl **2000**, 963 ff.; Byok, NJW **1998**, 2774 ff.; Schneevogl/Horn, NVwZ **1998**, 1242 ff.; Noch, NVwZ **1999**, 1083 ff.; Neßler, NVwZ **1999**, 1081.

³⁰ Vgl. Renck, JuS **2000**, 1001, 1002.

³¹ Zu den Subventionen und den öffentlichen Einrichtungen vgl. unten ff.) und gg.).

verbots auf den Bahnsteigen oder in der Bahn selbst, wäre eine Klage vor den ordentlichen Gerichten zu erheben, da die Beförderungsverträge privatrechtlich ausgestaltet sind.

- (3) Soweit es im Bestattungsrecht um die öffentliche Aufgabe einer würdigen Totenbestattung handelt, ist eine wirtschaftliche Konkurrenz mit gewerblichen Wettbewerbern begrifflich ausgeschlossen. Streitigkeiten in diesem Sektor sind daher vor den Verwaltungsgerichten auszutragen (ausgenommen sind freilich die verfassungsrechtlichen Justizvorbehalte gem. Art. 14 III S. 4 und Art. 34 S. 3 GG).³²

b.) Eine Übertragung der Zwei-Stufen-Theorie auf die Fiskalverwaltung hat jüngst das OVG Münster³³ vorgenommen. Dem Beschluß lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Rat der Gemeinde G beschließt, gemeindeeigene Baugrundstücke an Ortsansässige zu verkaufen und durch Preisnachlässe bis zu einer Höhe von 30 % gegenüber Einkommensschwachen und kinderreichen Familien diese zu fördern. In Form eines Merkblattes veröffentlicht die Gemeindeverwaltung die Voraussetzungen, unter denen Preisnachlässe gewährt werden. Die Gemeindeangehörigen A und B erfüllen diese Voraussetzungen. Im Rahmen eines Auswahlverfahrens für den Verkauf eines bestimmten Grundstücks hat sich die Gemeindeverwaltung zunächst für den A entschieden. Aus verschiedenen Gründen hob sie diese Vergabeentscheidung anschließend aber wieder auf und entschied, daß das betreffende Grundstück statt dessen an den B verkauft werden soll. Im Hinblick auf den bevorstehenden notariellen Kaufvertrag zwischen der Gemeinde und dem B beantragt A beim Verwaltungsgericht den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO. Das VG hielt den Verwaltungsrechtsweg für nicht gegeben und verwies das Verfahren gem. § 17a II GVG an das Landgericht. Auf die Beschwerde des A hob das OVG den Verweisungsbeschluß auf.

Stellungnahme: Das OVG Münster vertritt die Auffassung, daß ein Grundstücksgeschäft, das ein Träger öffentlicher Verwaltung im Rahmen fiskalischer Hilfsgeschäfte tätigt, zwar unstreitig privatrechtlich zu qualifizieren sei. In der Rechtsprechung sei aber auch anerkannt, daß der privatrechtlichen „Abwicklungsstufe“ einer Grundstücksveräußerung und -übertragung die Stufe einer öffentlich-rechtlichen Entscheidung vorausgehe, wenn Träger öffentlicher Verwaltung mit ihrer im Privatrecht abzuwickelnden Entscheidung hoheitliche Zwecke verfolgen. Dieses sei insbesondere bei der Subventionsvergabe und bei der Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen anerkannt. Daran ändere auch die Tatsache nichts, daß der Träger öffentlicher Verwaltung auch im Privatrecht besonderer öffentlich-rechtlicher Bindung unterliegt. Das OVG Münster trennt in seinem Beschluß also das eigentliche Veräußerungsgeschäft (das auch nach seiner Auffassung zweifellos dem Privatrecht unterfällt) und die diesem Geschäft vorgelagerte Entscheidung, nämlich die Entscheidung über die Auswahl des Vertragspartners. Sodann fragt es danach, ob diese dem Veräußerungsgeschäft vorgelagerte Auswahlentscheidung unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts ist und somit gemäß der modifizierten Subjektstheorie von den Verwaltungsgerichten überprüft werden kann. Im Ergebnis bejaht es den öffentlich-rechtlichen Charakter der Auswahlentscheidung mit dem Argument, daß die Gemeinde Grundstücke an ortsansässige Bewerber vergabe und dabei im öffentlichen Interesse, unter anderem aus sozialen Erwägungen, die Grundstücke zu einem niedrigeren Kaufpreis abgebe, so daß die Entscheidung über die Auswahl unter den Bewerbern zugleich die Entscheidung über die Gewährung einer Vergünstigung darstelle und somit Subventionscharakter habe. Bei der Subventionsvergabe sei die Frage des „ob“ ohne Zweifel öffentlich-rechtlich und von den Verwaltungsgerichten zu überprüfen. Dieser Entscheidung ist zuzustimmen. Denn handelt ein Träger öffentlicher Gewalt in der Form des öffentlichen Rechts, so steht dem betroffenen Bürger der Verwaltungsrechtsweg offen.

³² Vgl. Renck, JuS 2000, 1001, 1005.

³³ OVG Münster NJW 2001, 698 ff.

Zusammenfassung: Läßt sich wie im vorliegenden Fall das eigentliche fiskalische Hilfsgeschäft von der (vorgelagerten) Entscheidung hinsichtlich der Auswahl des Vertragspartners trennen und verfolgt der Verwaltungsträger mit dieser vorgelagerten Auswahlentscheidung einen öffentlichen Zweck, etwa vergleichbar mit der Subventionsvergabe, so ist diese Auswahlentscheidung unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts und vor den Verwaltungsgerichten anzugreifen. Das angerufene Verwaltungsgericht überprüft dann die Auswahlentscheidung primär am Maßstab des Art. 3 I GG. Gleichwohl würde sich materiellrechtlich nichts ändern, wenn man die Zivilgerichte für zuständig erklärt, denn die Bindung der Verwaltung im Bereich der fiskalischen Hilfsgeschäfte an den Gleichheitssatz wird auch von den Zivilgerichten überprüft (vgl. § 17 II S. 1 GVG).

bb. Hausverbot

Abgesehen von den gesetzlich geregelten Fällen (vgl. etwa Art. 40 II S. 1 GG, §§ 171a, 172, 176 ff. GVG und entsprechende Vorschriften der Gemeindeordnungen) ist die rechtliche Qualifikation eines Hausverbots, wie es beispielsweise gegenüber Bewerbern um Staatsaufträge oder Störern in öffentlichen Gebäuden erlassen wird, strittig. Ausgangspunkt des Streits ist der duale Status von öffentlichen Sachen: Öffentliche Sachen unterstehen einerseits der einheitlichen Eigentumsordnung des BGB. Andererseits lastet aufgrund der Widmung für einen öffentlichen Zweck auf dem Privateigentum ein beschränkt-dingliches Recht. Es verleiht dem widmenden öffentlichen Sachherrn bestimmte öffentlich-rechtliche Nutzungsbefugnisse (Theorie des modifizierten Privateigentums). Daher ist denkbar, ein Hausverbot sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich zu qualifizieren.

- ⇒ Die Rechtsprechung³⁴ qualifiziert das Hausverbot entsprechend dem **Zweck des Besuches**. Hindere das Hausverbot aus der Sicht des Bürgers diesen daran, zum Zweck der Erledigung eigener Verwaltungstätigkeiten ein Dienstgebäude zu betreten (etwa um einen Bauantrag einzureichen), so sei es - als Annex zu dem von ihm verfolgten Interesse - eine Maßnahme auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Wolle der zurückgewiesene Bürger dagegen lediglich in eine privatrechtliche Beziehung mit der Behörde treten (etwa um der Behörde ein Angebot zum Kauf von Computern für die Büros zu unterbreiten), so sei auch das Hausverbot privatrechtlich zu qualifizieren.
- ⇒ In der Literatur³⁵ wird teilweise auf den **Zweck des Hausverbots** abgestellt. Danach ist das Hausverbot immer als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn es der Sicherung der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben im Verwaltungsgebäude dient. Unabhängig von dem Grund, aus dem der Besucher das öffentliche Gebäude betreten hat, wird auf die Beeinträchtigung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Behörde abgestellt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In Fällen, in denen nach der Rechtsprechung das Hausverbot beispielsweise deshalb als zivilrechtlich qualifiziert wird, weil der Besucher das Verwaltungsgebäude betritt, um mit der Behörde ausschließlich zivilrechtlich in Verbindung zu treten, aber der Amtswalter durch die Störung in seiner öffentlich-rechtlichen Tätigkeit beeinträchtigt wird, also nach der herrschenden Literatur die Erteilung des Hausverbots öffentlich-rechtlichen Charakter besitzt, muß der Streit entschieden werden.
Nach der hier vertretenen Auffassung ist der herrschenden Literatur zu folgen. Die störungsabwehrende Reaktion muß aufgrund der widmungsgemäßen Überlagerung des Privatrechts durch das öffentliche Recht einheitlich öffentlich-rechtlich erfolgen. Ande-

³⁴ VG Berlin NVwZ-RR 2002, 33, 34 (Hausverbot ggü einem Schüler, der in der Schule Kleidung trägt, die als Kennzeichen neonazistischer Gesinnung gilt); BGHZ 33, 230, 231 f. (Fotograf im Standesamt); BVerwGE 35, 103, 106 (Vergabe von Entwicklungs- und Forschungsaufträgen durch das Bundesverteidigungsministerium): Jeweils privatrechtlich.

³⁵ Maurer, AllgVerwR, § 3 Rn 24.

renfalls hinge die Rechtswegbestimmung von der Äußerung des Besuchers ab, aus welchem Grund er das Dienstgebäude aufsucht.

Fraglich ist weiterhin, ob es sich bei dem Hausverbot um einen Verwaltungsakt handelt und ob eine Rechtsgrundlage erforderlich ist. Richtigerweise handelt es sich bei dem Hausverbot um einen Verwaltungsakt. Denn durch das Hausverbot wird dem Betroffenen ein bestimmtes Verhalten, nämlich das künftige Betreten des Dienstgebäudes, verboten. Damit kommt dem Verbot sowohl eine Regelung als auch eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen zu. Bei der Frage nach der Rechtsgrundlage ist der Gedanke zugrunde zu legen, daß der Behördenleiter eine gesetzlich geregelte öffentlich-rechtliche Sachkompetenz besitzt, für einen störungsfreien Dienstbetrieb innerhalb des räumlichen Verwaltungsgebäudes zu sorgen. Diese Sachkompetenz impliziert die Befugnis, den „Störer“ vom Betreten des Dienstgebäudes abzuhalten.

cc. Öffentlich-rechtliche Immissionen

In den sog. Immissionsfällen (Mülldeponie, Kinder- und Behindertenspielplatz, Kläranlage, Grillplatz, Sportplatzanlage, Skater-Anlage³⁶, Bahnanlage³⁷ usw.), in denen die Immissionen von Lärm, Geruch oder gesundheitsschädlichen Stoffen Streitgegenstand sind, bestimmt sich die Zuordnung eines Abwehr- oder Unterlassungsanspruchs nach der Rechtsnatur des Eingriffes: Stehen die Immissionen in einem engen **Planungs- und Funktionszusammenhang** mit der Wahrnehmung **hoheitlicher Aufgaben**, oder ist die immittierende Einrichtung der **öffentlichen Daseinsvorsorge** zuzuordnen, so ist die Streitigkeit vor dem **Verwaltungsgericht** auszutragen.³⁸ Statthaft ist regelmäßig die allgemeine Leistungsklage. Nur wenn das Handeln eindeutig im Bereich der privatrechtlichen Eigentümerbefugnis und außerhalb des öffentlichen Zwecks liegt, kann eine privatrechtliche Streitigkeit angenommen werden.

Beispiel: Die Gemeinde G betreibt auf einem als Wohngebiet ausgewiesenen gemeindeeigenen Grundstück einen öffentlichen Grillplatz. Nachbar N, dessen Wohnhaus unmittelbar an den Grillplatz grenzt, fühlt sich durch die ständige Lärm- und Geruchsbelästigung in den Abendstunden in seinen Rechten verletzt. Welcher Rechtsweg ist eröffnet?

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, § 40 I VwGO. Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlich Recht zuzuordnen sind. Vorliegend könnte sich der Streit nach Maßgabe der §§ 823, 1004 BGB entscheiden. Dann wäre gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet. Der Streit könnte sich aber auch nach dem öffentlichen Recht entscheiden, denn das Betreiben eines gemeindlichen Grillplatzes kann durchaus der Daseinsvorsorge zugerechnet werden. Die Daseinsvorsorge ist – zumindest was die Frage des „ob“ betrifft – öffentlich-rechtlicher Natur. Es muß daher auf den Sachzusammenhang abgestellt werden. Wegen des Sachzusammenhangs mit der Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge wurzelt der Unterlassungsanspruch des N im öffentlichen Recht. Es besteht ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch, für den der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Statthaft ist die allgemeine Leistungs(unterlassungs)klage.

dd. Ehrverletzende und rufschädigende amtliche Äußerungen

Unsicherheiten bestehen auch hinsichtlich der Rechtswegfrage, wenn es um die Abwehr von ehrverletzenden und rufschädigenden Äußerungen geht. Jedenfalls muß gegen ehrverletzende oder rufschädigende Äußerungen zivilgerichtlich vorgegangen

³⁶ OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190.

³⁷ Vgl. ausführlich unten S. 285 sowie Roth, NVwZ 2001, 34 ff.

³⁸ OVG Koblenz NVwZ 2000, 1190; VG Arnberg NVwZ 1999, 450.

werden, wenn sie der Amtswalter als Privatperson, beispielsweise während einer privaten Veranstaltung, getätigt hat. Denn hier fehlt jeder Bezug zum öffentlichen Recht.

Beispiel: Bauunternehmer B begehrt die Unterlassung einer aus seiner Sicht ehrenrührigen Äußerung eines Bürgermeisters, die dieser im Zusammenhang mit der Abwicklung privatrechtlicher Verträge zwischen der Gemeinde und dem Bauunternehmer abgegeben hat. Hier ist der Verwaltungsrechtsweg grundsätzlich nicht eröffnet. Wegen des privatrechtlichen Sachzusammenhangs kann sich ein Unterlassungs- oder Widerrufsanspruch nur nach dem Privatrecht ergeben.³⁹

Schwierig ist dagegen die Rechtswegfrage zu beantworten, wenn der Amtswalter die Äußerung im Rahmen der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben getätigt hat. In Parallele zu den Immissionsfällen sollte die Streitigkeit dann als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden, wenn die umstrittene Äußerung in einem **engen Funktions- bzw. Sachzusammenhang** mit dem Bereich hoheitlicher Betätigung des Amtswalters steht (sog. **Akzessorietätstheorie**).

Beispiel: Im Rahmen der Beantwortung einer Kleinen Anfrage im Bundestag wirft der Vertreter des Bundesministers für Verteidigung V dem Vertreter von Rüstungsfirmen A Bestechung (§ 334 StGB) vor. A verlangt nun von der Bundesrepublik Deutschland, die ihn betreffenden Behauptungen zu widerrufen, weil sie bewußt unrichtig seien, seine Ehre verletzen und seine berufliche Stellung fortdauernd schädigten. Die „Widerrufsklage“ betrifft keine Äußerung, die der Vertreter des Bundesministers für Verteidigung mit gleicher Wirkung auch als Privatmann hätte tätigen können. Vielmehr stand die Äußerung in einem engen Sachzusammenhang mit der Ausführung seines Amtes. A kann daher vor dem Verwaltungsgericht klagen. Statthaft ist die allgemeine Leistungs(unterlassungs)klage bzw. die allgemeine Leistungs(vornahme)klage gerichtet auf Folgenbeseitigung in Form eines Widerrufs (vgl. dazu unten S. 278 ff.).

ee. Öffentliche Warnungen

Unter einer öffentlichen (d.h. behördlichen) Warnung versteht man Erklärungen von Behörden oder Regierungsorganen, die an die Bevölkerung gerichtet sind und diese vor bestimmten gewerblichen oder landwirtschaftlichen Produkten, aber auch vor bestimmten Institutionen warnen.⁴⁰

Beispiele: Warnung vor Jugendsekten⁴¹ oder anderen Glaubensgemeinschaften⁴², Veröffentlichung von Arzneimitteltransparenzlisten⁴³, Veröffentlichung von Warentests durch Behörden⁴⁴, Empfehlung, in Karton verpackte Getränke zu meiden⁴⁵, Hinweis eines Landrats auf verunreinigtes Trinkwasser⁴⁶, Veröffentlichung einer Liste glykolhaltiger und damit gesundheitsschädlicher Weine⁴⁷, Warnung vor angeblich verdorbenen Teigwaren⁴⁸.

³⁹ VGH Mannheim NVwZ-RR 1998, 413 L; anders OLG Dresden NVwZ-RR 1998, 343: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

⁴⁰ Vgl. dazu ausführlich Gusy, NJW 2000, 977 ff.

⁴¹ BVerwGE 82, 76; BVerfG NJW 1989, 3269; OVG Hamburg NVwZ 1995, 498; VGH München NVwZ 1995, 793; OVG Münster NJW 1996, 2114 („Universelles Leben“); OVG Münster NJW 1996, 2115 („Transzendente Meditation“). Zur Überprüfung von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen in diesem Bereich vgl. BayVerfGH NVwZ 1998, 391 ff.

⁴² BVerwG NVwZ 1994, 162, 163 („Bhagwan“).

⁴³ BVerwGE 71, 183.

⁴⁴ BVerwG DVBl. 1996, 807 (Warentests von Futtermitteln).

⁴⁵ VGH Kassel NVwZ 1995, 611.

⁴⁶ LG Göttingen NVwZ 1992, 98.

⁴⁷ BVerwGE 87, 37; OVG Münster NJW 1986, 2783; OVG Münster GewArch 1988, 11.

⁴⁸ OLG Stuttgart NJW 1990, 2690 („Birkel“).

Es liegt auf der Hand, daß Warnungen vor bestimmten Produkten oder Institutionen für die Betroffenen zum Teil erhebliche Nachteile wie z.B. Imageverlust oder Umsatzeinbußen nach sich ziehen. Denn wenn z.B. eine Warnung vor bestimmten Lebensmitteln ausgesprochen und von der Bevölkerung ernstgenommen wird, dann wird das Produkt eben nicht mehr gekauft. Darüber hinaus ist es möglich, daß die Verbraucher dann das ganze Sortiment des Herstellers meiden, weil man sich ja nie sicher sein kann, ob nicht auch andere Produkte mangelhaft sind. Damit sind (mittelbare) Grundrechtseingriffe evident. Der von der Warnung Betroffene wird daher Interesse haben, klageweise gegen die Warnung vorzugehen. Bezüglich der Rechtswegfrage sollte auch hier die Streitigkeit dann als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden, wenn die umstrittene Warnung in einem **engen Funktions- bzw. Sachzusammenhang** mit dem Bereich hoheitlicher Betätigung des Amtswalters steht (sog. **Akzessorietätstheorie**). Statthaft ist regelmäßig die allgemeine Leistungs(unterlassungs)klage bzw. die allgemeine Leistungs(vornahme)klage gerichtet auf Folgenbeseitigung in Form eines Widerrufs (vgl. dazu unten S. 278 ff.).

ff. Subventionsvergabe

Subventionen i.e.S. (**Direktsubventionen**) sind (1) vermögenswerte Zuwendungen, die der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Verwaltung unmittelbar oder durch Dritte (2) an Privatpersonen zur (3) Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden **Zwecks** leistet.

Beispiel: Der Staat oder die Gemeinde fördert Landwirte, die eine ökologische Tierhaltung betreiben, **(a)** durch Zuschüsse und **(b)** durch zinsgünstige Darlehen, um der BSE-Krise entgegenzutreten.

Bei Subventionen ist auf jeden Fall auf die zu diesem Problemkreis entwickelte und von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur vertretene **Zwei-Stufen-Theorie** einzugehen: Ausgangspunkt ist die Überlegung, daß eine Subventionierung einstufig erfolgt, wenn Bewilligung und Gewährung in einem Akt zusammenfallen und das Subventionsverhältnis damit abgeschlossen ist. Diese Konstellation tritt beispielsweise dann ein, wenn eine Subvention wie in Variante **(a)** in Form eines **verlorenen Zuschusses** in Betracht kommt. Vollzieht sich die Subventionierung jedoch nicht in einem Akt, sondern erstreckt sich wie in Variante **(b)** auf einen längeren Zeitraum (Subvention in Form eines **Darlehens** oder einer **Bürgschaft**), so tritt zu der Bewilligung häufig ein privatrechtliches Rechtsverhältnis in Form eines Darlehens- oder Bürgschaftsvertrages (vgl. §§ 607 ff., §§ 765 ff. BGB) hinzu. Bei dieser Handlungsform entscheidet zunächst die Behörde über die Gewährung (die Bewilligung) oder Versagung beispielsweise des beantragten Darlehens (**1. Stufe**). Diese Entscheidung über das „Ob“ der Gewährung der Subvention (oder der Benutzung einer öffentlichen Sache) ist stets eine Frage der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung und somit unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts.⁴⁹ Zur Durchführung der Subventionierung, das „Wie“, wird sodann ein privatrechtlicher (Darlehens-) Vertrag zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger abgeschlossen (**2. Stufe**). Bei der Prüfung des Verwaltungsrechtswegs muß also nur festgestellt werden, daß es im betreffenden Fall um das „ob“ und nicht um das „wie“ der Subventionierung geht. Es bleibt somit stets bei der Begründetheit zu prüfen, ob ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Subventionsgewährung besteht

Für die **statthafte Klageart** gilt folgendes: Begehrt jemand eine Subvention, so ist die Verpflichtungsklage statthaft, da die Entscheidung über das „ob“ der Gewährung aufgrund der mit ihr verbundenen Regelungswirkung einen VA darstellt. Möchte hingegen ein Dritter die Subvention angreifen (Fall der Konkurrentenabwehrklage), so ist die **Anfechtungsklage** statthaft. Geht es dem Dritten dagegen darum, ebenfalls in den Genuß einer Begünstigung zu kommen, so ist jedenfalls die **Verpflichtungsklage** statthaft (Fall der Konkurrentengleichstellungsklage). Kann der Dritte die Begünstigung

⁴⁹ Das gilt auch für die Rücknahmeentscheidung (vgl. OVG Magdeburg NVwZ 2002, 108).

nur dann erhalten, wenn der den Begünstigten aus seiner Position entfernt (etwa weil das Kontingent bereits erschöpft ist), so muß er nach h.M. in kumulativer Klagenhäufung zusätzlich eine Anfechtungsklage erheben (Fall der Konkurrentenverdrängungsklage). Vgl. dazu die Ausf. zu den betreffenden Klagearten.

gg. Öffentliche Einrichtungen und öffentliche Sachen

a.) **Öffentliche Einrichtungen** wie beispielsweise Schwimmbäder, Museen, Bibliotheken, Theater, Stadthallen, Wasserschleusen etc. sind *bestimmten öffentlichen Zwecken gewidmete* Leistungseinrichtungen im Bereich staatlicher Daseinsvorsorge (Vorsorgeverwaltung), die der Bürger nach besonderer Zulassung nutzen kann.⁵⁰

Beispiel: Die Stadt betreibt ihre Stadthalle durch eine GmbH, deren Geschäftsanteile sich ausschließlich bei der Stadt befinden. Die Mietverträge werden privatrechtlich gemäß §§ 535 ff. BGB geschlossen. In der Vergangenheit hat die GmbH die Stadthalle bereits mehrfach politischen Parteien für die Durchführung von Veranstaltungen zur Verfügung gestellt. Möchte nun beispielsweise eine umstrittene politische Partei einen Parteitag abhalten, und sollte sich die Stadthallen-GmbH weigern, die Stadthalle diesbezüglich zur Verfügung zu stellen, so stellt sich die Frage nach dem Zulassungsanspruch.

In derartigen Konstellationen ist zunächst denkbar, daß die politische Partei die Stadthallen-GmbH zivilrechtlich auf Abschluß eines Mietvertrags verklagt. Eine solche Klage wird aber regelmäßig erfolglos sein, da grundsätzlich kein Kontrahierungszwang besteht. Fraglich ist, ob eine Klage vor dem Verwaltungsgericht mehr Erfolg verspricht. Als Klagegegner kommt der hinter der GmbH stehende Träger öffentlicher Gewalt in Betracht. Denn das Betreiben einer öffentlichen Einrichtung durch eine Privatperson darf nicht zur Folge haben, daß sich der Träger der öffentlichen Gewalt seiner öffentlich-rechtlichen Bindung entledigt. Würde also der Träger der öffentlichen Gewalt die Stadthalle selbst betreiben und bestünde etwa aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung ein Zulassungsanspruch, so kann nichts anderes gelten, wenn sich der Träger der öffentlichen Gewalt zur Erfüllung seiner ihm obliegenden Aufgaben einer Privatperson bedient. Für die statthafte Klageart gilt folgendes:

- ⇒ Handelt es sich bei der öffentlichen Einrichtung um einen Eigenbetrieb und bejaht man dessen Behördencharakter, so ist eine gegen den Eigenbetrieb erhobene **Verpflichtungsklage** statthaft, die darauf gerichtet ist, den Eigenbetrieb zu verpflichten, die gewünschte Zulassung vorzunehmen. Alternativ kann aber auch die übergeordnete Verwaltungseinheit (z.B. Gemeinde) mit dem Ziel verklagt werden, daß diese ihre Fachaufsicht ausübt und den Eigenbetrieb anweist, die gewünschte Zulassung zu erteilen (sog. **Einwirkungs-** oder **Verschaffungsanspruch**). Ein solches Begehren wäre mit der **allgemeinen Leistungsklage** zu verfolgen.
- ⇒ Verneint man bei dem Eigenbetrieb indes den Behördencharakter, so bleibt jedenfalls nur die zweite Alternative.
- ⇒ Ist die öffentliche Einrichtung als GmbH oder AG organisiert, kommt wegen der Rechtsfähigkeit einer solchen Gesellschaft eine direkte Verurteilung des Verwaltungsträgers zur Zulassung der Benutzung nicht in Betracht. Erwirkt werden kann aber auch hier die Verurteilung, auf das von ihr beherrschte Privatrechtssubjekt derart einzuwirken, daß dem Antragsteller Zugang gewährt wird (sog. **Einwirkungs-** oder **Verschaffungsanspruch**).⁵¹

⁵⁰ Vgl. *Bull*, AllgVerwR, § 16 Rn 822.

⁵¹ Soweit eine GmbH unmittelbare Trägerin der Einrichtung ist, muß § 53 GmbHG beachtet werden. Die Einflußmöglichkeit auf die Geschäftsführung wird maßgeblich durch die dort genannten Mehrheitsverhältnisse bestimmt. Bei einer AG müssen die §§ 76, 77, 78 und 111 AktG beachtet werden, wonach der Vorstand weisungsunabhängig ist. Zu beachten ist aber die Einflußmöglichkeit der Gemeinde in Form eines Beherrschungsvertrages gemäß §§ 291 I S. 1, 308 AktG.

Auch hier wäre die **allgemeine Leistungsklage** statthaft. Im einstweiligen Rechtsschutz ist dagegen stets der **Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO** statthaft.

Für das obige **Beispiel** gilt folgendes: Im Rahmen der Prüfung des **Verwaltungsrechtswegs** ist zu untersuchen, ob es um den **Zugang zur Stadthalle** geht (das „ob“ der Benutzung) oder ob die **Art und Weise der Benutzung** (das „wie“ der Benutzung) Gegenstand der Auseinandersetzung ist. Ist bei dieser zweistufigen Betrachtungsweise die **Zulassung** zur öffentlichen Einrichtung zu untersuchen, ist *Anspruchsgegner* unabhängig von der Organisationsform die öffentliche Hand, vorliegend die Stadt. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Statthaft ist die allgemeine Leistungsklage gerichtet auf Verschaffung der Zulassung zur Nutzung.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Für die Prüfung des **Verwaltungsrechtswegs** bieten sich zwei Vorgehensweisen an: Zum einen ist es zulässig, die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs schlicht mit der Zwei-Stufen-Theorie zu begründen. Zum anderen kann bereits abschließend geklärt werden, ob eine öffentliche Einrichtung vorliegt. Denn dadurch wird die Prüfung der wahren Natur des behaupteten Anspruches ermöglicht und die Rechtswegfrage nicht durch den Klägervortrag bestimmt. Soweit über den Zulassungsanspruch (dem „ob“ der Benutzung) gestritten wird, wäre in der Fallbearbeitung dann die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage (beispielsweise eine Vorschrift der Gemeindeordnung oder § 5 PartG i.V.m. Art. 3 I GG auf Gleichbehandlung) zu untersuchen. Insbesondere wäre zu prüfen, ob eine (öffentliche) Einrichtung vorliegt, wodurch die Prüfung eines erforderlichen Widmungsaktes angezeigt wäre. Diese Vorgehensweise kann zu einer extremen „Kopflastigkeit“ des Gutachtens führen. Daher kann es angebracht sein, die Rechtswegfrage schlicht über die Zwei-Stufen-Theorie zu klären.

b.) Öffentliche Sachen sind alle Sachen, die der öffentlichen Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben dienen (Straßen, Wasser, Luftraum, Meeresstrand⁵², Verwaltungsgebäude etc.). Sie entstehen durch **Widmung**, d.h. sie erhalten eine öffentliche Zweckbestimmung, wobei der jeweilige Widmungsakt durch Gesetz (z.B. § 5 WaStrG), Verordnung, Satzung, förmlichen Verwaltungsakt (insbesondere im Straßenrecht, vgl. § 2 I FernStrG, § 5 BremLStrG), aber auch durch schlicht-hoheitliches Handeln (tatsächliches Zur-Verfügung-Stellen) oder Gewohnheitsrecht bzw. langjährige Übung, und (tatsächlich) durch die Indienststellung erfolgen kann.

Beispiele: Die Stadt B sperrt in einer Geschäftsstraße den Durchgangsverkehr und erklärt die Straße zur Fußgängerzone. In einer Satzung legt die Stadt fest, welche Tätigkeiten zulassungsfrei erlaubt sind und welche einer besonderen Zulassung bedürfen.

Bezüglich der Benutzung von öffentlichen Sachen ist zwischen dem Gemeingebrauch und der Sondernutzung zu unterscheiden. **Gemeingebrauch** liegt vor, wenn die öffentliche Sache „jedermann“ ohne besondere Zulassung zur Benutzung im Rahmen ihrer öffentlichen Zweckbestimmung offensteht.

Beispiele:

- (1) A stellt seinen zugelassenen Lkw über Nacht und am Wochenende auf einer öffentlichen Straße ab. Das darf er, weil der ruhende Verkehr vom Begriff des Gemeingebrauchs umfaßt ist, soweit das betreffende Fahrzeug zum Straßenverkehr zugelassen ist.

⁵² Vgl. dazu jüngst OLG Schleswig NJW 2001, 1073.

- (2) B betreibt ein Straßencafé und verkauft Eis von einem Fenster zur Straße hin. Auch hier liegt Gemeingebrauch vor, weil B für das Anbieten der Ware keinen Straßenraum beansprucht, der der Allgemeinheit vorenthalten werden könnte.
- (3) C spricht in der Fußgängerzone während der Wahlkampfphase Passanten an und wirbt dabei für die politische Partei, in der er Mitglied ist. Das darf er, weil der Begriff des Gemeingebrauchs vor dem Hintergrund der Art. 5 und 21 GG weit auszulegen ist.

Demgegenüber spricht man von **Sondernutzung**, wenn eine öffentliche Sache jenseits ihres Widmungszwecks benutzt wird. Bei den *öffentlichen Straßen* liegt eine Sondernutzung grundsätzlich dann vor, wenn sie nicht zu Verkehrszwecken benutzt werden.

Beispiele:

- (1) D spricht in der Fußgängerzone Passanten an und betreibt dabei kommerzielle Werbung. Da gewerbliche Werbung den Gemeingebrauch beeinträchtigt, liegt eine Sondernutzung vor.
- (2) E versieht sein Fahrzeug mit einer Reklameaufschrift und stellt es am Straßenrand in der Innenstadt ab. Das Abstellen von Kfz zu gewerblichen Zwecken stellt eine Sondernutzung dar.
- (3) Gleiches gilt für die Verkaufstätigkeit von einem „Bauchladen“ aus sowie für reine Werbefahrten im Straßenverkehr.⁵³

Gerade aufgrund der Nutzung über den Widmungszweck hinaus ist eine besondere Zulassung erforderlich. Streitigkeiten über Sondernutzungserlaubnisse sind öffentlich-rechtlicher Natur und vor den **Verwaltungsgerichten** auszutragen. Gleiches gilt, wenn gerade in Frage steht, ob ein bestimmtes Verhalten vom Begriff des Gemeingebrauchs umfaßt ist oder einer Sondernutzungserlaubnis bedarf. Bezüglich der **statthaften Klageart** gilt folgendes: Weiß der Kläger, daß er einer Sondernutzungserlaubnis bedarf, und weigert sich die Behörde, eine solche zu erteilen, so ist die **Verpflichtungsklage** statthaft. Ist dagegen strittig, ob der Kläger für sein Vorhaben überhaupt eine Sondernutzungserlaubnis benötigt, ist regelmäßig die **Feststellungsklage** statthaft. Möchte schließlich ein Dritter die dem Begünstigten erteilte Sondernutzungserlaubnis abwehren, so kann er **Anfechtungsklage** erheben.

hh. Politische Parteien

Geht es um Rechtsstreitigkeiten mit politischen Parteien, so ist fraglich, welcher Rechtsweg einzuschlagen ist. Da die politischen Parteien eine von der Verfassung gestellte Aufgabe zu erfüllen haben, nämlich an der Willensbildung des Volkes mitzuwirken (Art. 21 I S. 1 GG), gelten weite Teile des bürgerlich-rechtlichen Vereinsrechts für sie nicht (vgl. nur § 37 PartG). Vielmehr sind sie in primär bestimmten Normen des öffentlichen Rechts, nämlich Art. 21 GG und dem PartG, unterstellt.⁵⁴ Das könnte zu der Annahme führen, daß Streitigkeiten mit politischen Parteien vor dem Verwaltungsgericht auszutragen sind. Dem steht jedoch klar der privatrechtliche Status der politischen Parteien (rechtsfähige oder nicht-rechtsfähige Vereine⁵⁵) gegenüber. Rechtsstreitigkeiten mit politischen Parteien sind daher privatrechtlich zu beurteilen (so erfolgt etwa die Aufnahme in eine politische Partei durch privatrechtliches Rechtsgeschäft). Deshalb sind Rechtsstreitigkeiten mit politischen Parteien regelmäßig vor den ordentli-

⁵³ Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 103.

⁵⁴ Ganz h.M., vgl. nur Stern, StaatsR I, § 13 und Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 86.

⁵⁵ Davon geht auch das PartG aus, in dem es in § 37 bestimmt, daß lediglich § 54 S. 2 BGB bei Parteien nicht angewendet wird.

chen Gerichten auszutragen. Etwas anderes gilt dann, wenn eine Partei-Schiedsgerichtsbarkeit (wie etwa im innerparteilichen Bereich) eingreift.

Beispiele:

- (1) Rechtsstreitigkeiten bezüglich der **Aufnahme** in eine politische Partei sind vor dem **Zivilgericht** auszutragen. Nach umstrittener Auffassung besteht ein grundsätzlicher Anspruch, in eine Partei aufgenommen zu werden.⁵⁶ Folgt man dieser Auffassung, ist eine entgegenstehende Parteisatzung diesbezüglich unbeachtlich. Der Aufnahmeanspruch kann aber in begründeten Fällen, insbesondere bei fehlender Grundidentifikation ausgeschlossen sein.
- (2) Über den **Parteiausschluß** entscheidet das nach der Schiedsgerichtsordnung zuständige **Schiedsgericht** (§ 10 V S. 1 PartG). Für die Berufung ist das Schiedsgericht höherer Stufe zuständig (§ 10 V S. 2 PartG). Fraglich ist, welcher Rechtsweg gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts für Schiedssachen eröffnet ist. Es könnte angenommen werden, daß der Rechtsstreit öffentlich-rechtlicher Natur ist, was den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnen würde (vgl. § 40 I S. 1 VwGO). Zwar sind die Aufgaben der Partei zum Teil im öffentlichen Recht geregelt (vgl. nur das PartG). Gleichwohl handelt es sich bei den politischen Parteien um juristische Personen des Privatrechts (s.o.). Bei den Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und deren Mitgliedern handelt es sich somit um solche des bürgerlichen Rechts. Daher ist gem. § 13 GVG der Zivilrechtsweg eröffnet. Gem. §§ 23, 71 GVG entscheidet das Landgericht. Statthafte Klageart ist die Feststellungsklage nach § 256 ZPO.⁵⁷ Fraglich ist, ob dieser Befund auch für den **Fraktionsausschluß** gilt. Die Fraktion ist anderes als die Partei Teil des Verfassungsorgans *Bundestag*. Wird ein Abgeordneter aus der Fraktion ausgeschlossen, könnte daher eine verfassungsrechtliche Streitigkeit angenommen werden. Dann wäre ein Organstreitverfahren (Art. 93 I Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG) statthaft.⁵⁸ Wegen des Umstandes, daß eine Fraktion letztlich nur einen Teil der Partei darstellt, kann mit dem Argument des Zusammenhangs mit der Parteizugehörigkeit aber auch hier der Zivilrechtsweg angenommen werden. Gestützt wird diese Annahme durch das Argument, daß die Fraktion im Verhältnis zu ihren Mitgliedern keine einem Verfassungsorgan vergleichbare Stellung hat.⁵⁹ In der Fallbearbeitung sind beide Positionen gleichermaßen vertretbar. Auch die Annahme des Verwaltungsrechtswegs ist vertretbar. Wichtig ist nur, daß das Problem erkannt und hinreichend argumentiert wird.

ii. Wettbewerbsverhältnisse

Bezüglich der auf S. 13 bereits erwähnten Rechtsstreitigkeiten im Rahmen der **wirtschaftlichen Betätigung** der öffentlichen Hand muß zunächst geklärt werden, ob die öffentliche Hand hier überhaupt privatrechtlich tätig werden und wie jedes Wirtschaftsunternehmen Gewinne erzielen darf. Verfassungsrechtlich ist es schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber zu legitimieren.⁶⁰

Virulent wird dies insbesondere auf **kommunaler Ebene**. Aufgrund der prekären Finanzlage der Kommunen ist es nachvollziehbar, daß die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden in den letzten Jahren extrem zugenommen hat. Die Frage nach der rechtlichen

⁵⁶ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 21 Rn 24; *Morlok*, in: Dreier, GG, Art. 21 Rn 127; v. *Münch*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 21 Rn 57; a.A. BGHZ 101, 193, 201 ff.; *Ipsen*, in: Sachs, GG, Art. 21 Rn 83.

⁵⁷ So auch *Kotzur*, JuS 2001, 54, 59.

⁵⁸ So *Kotzur*, JuS 2001, 54, 59; *Weber/Eschmann*, JuS 1990, 659, 660; *Kürschner*, JuS 1996, 306, 307.

⁵⁹ So OLG Schleswig NVwZ-RR 1996, 103, 104 für eine Landtagsfraktion.

⁶⁰ Vgl. dazu OLG Düsseldorf NVwZ 2002, 248, 249; OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ 2000, 717 f.; OLG Düsseldorf NJW 2001, 163 L; sowie weitergehend *Schink*, NVwZ 2002, 129 ff.; *Stehlin*, NVwZ 2001, 645 ff.; *Ehlers*, Jura 1999, 212 ff.; *Henneke*, VBIBW 2000, 337 ff.

Zulässigkeit ist vermeintlich durch die Gemeindeordnungen geregelt.⁶¹ So dürfen die meisten Kommunen wirtschaftliche Unternehmen (nur) errichten, wenn

- ⇨ ein öffentlicher bzw. ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen fordert⁶²,
- ⇨ das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht⁶³ und
- ⇨ wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich oder besser und wirtschaftlicher durch einen privaten Unternehmer erfüllt werden kann (Grundsatz der Subsidiarität).⁶⁴

Allgemein ist die **Grenze wirtschaftlicher Tätigkeit** von Kommunen angesichts der Vielzahl von öffentlichen Zwecken schwierig zu bestimmen. Die Bestimmung der Grenze zur Unzulässigkeit gewinnt in erster Linie in einer Anfechtungssituation, bzw. bei Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts, auch bei einem Unterlassungsbegehren an Bedeutung. Hier ist nach der Rechtsgrundlage zu suchen, die dem betroffenen Bürger einen Unterlassungsanspruch einräumt. Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) schützt grundsätzlich nicht vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand. Sein Schutzbereich ist lediglich bei einer Monopolstellung oder einem Verdrängungswettbewerb der öffentlichen Hand berührt.⁶⁵ Vereinfacht läßt sich sagen, daß die Grenzen dort zu ziehen sind, wo die öffentliche Hand ihre Machtstellung dazu mißbraucht, einen **Auszehrungs- oder Verdrängungswettbewerb** zu betreiben. Als Bewertungsgrundlage können die §§ 138, 242, 315, 826 BGB, §§ 1 UWG und 1 GWB herangezogen werden. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, besteht (i.V.m. Art. 12 I, 14 I GG, die über die Figur der „Drittwirkung der Grundrechte“ zur Anwendung gelangen⁶⁶) ein zivilrechtlicher Abwehrensanspruch gegen die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Ein entsprechender Abwehr- bzw. Unterlassungsanspruch kann aber auch vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden, soweit er auf die Verletzung von Grundrechten gestützt wird.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist nach dem **Rechtsschutz privater Unternehmer gegen kommunale wirtschaftliche Betätigung** gefragt, muß zunächst die **Rechtswegfrage** geklärt werden. Der BGH erklärt die Zivilgerichte für zuständig. Der Abwehr- bzw. Schadenersatzanspruch müsse – soweit er auf die Normen des BGB, des UWG oder des GWB gestützt wird – vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.⁶⁷ Das BVerwG beantwortet die Frage differenziert: Gehe es unbeschadet der gewählten Organisationsform um die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde als solche, also um die Frage des „ob“, handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Gehe es demgegenüber um die Frage, wie sich die wirtschaftliche Betätigung auswirkt, also um eine

⁶¹ Vgl. z.B. Art. 87 BayGemO; § 100 BbgGO; § 102 BWGemO; § 97 I SächsGemO; § 108 NdsGO; § 107 I NWGemO; § 121 HessGemO; § 68 MVKommVerf; § 85 I Nr. 3 RhIPfGO; § 97 SachsGO; sowie BVerwGE **39**, 329 (kommunales Bestattungsunternehmen), OVG Münster, NVwZ **1986**, 1045 (kommunale Saunaaanlage) sowie OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249; OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; RhIPfVerGH NVwZ **2000**, 801 ff.; *Schink*, NVwZ **2002**, 129, 130. Vgl. auch *Schlacke*, JA **2002**, 48 ff.

⁶² Zum öffentlichen Zweck vgl. jüngst OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249.

⁶³ Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, daß die Gemeinde sich mit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht übernimmt und Verluste im erwerbswirtschaftlichen Bereich nicht durch Zuschüsse aus dem öffentlichen Haushalt ausgleicht.

⁶⁴ Vgl. dazu OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; OLG Düsseldorf NVwZ **2000**, 111 f. (mit Bespr. v. *Müller*, NVwZ **2000**, 769 ff.); OLG Düsseldorf NVwZ **2000**, 714 ff.; RhIPfVerGH NVwZ **2000**, 801 ff. (Subsidiaritätsklausel verstößt nicht gegen die kommunale Selbstverwaltung). Vgl. auch *Schlacke*, JA **2002**, 48 ff.

⁶⁵ Vgl. OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249; OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff. (Aufhebung von LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.).

⁶⁶ Zur sog. Drittwirkung der Grundrechte vgl. BGHZ **97**, 312, 316 und meine Bearbeitung zu den Grundrechten, 3. Aufl. **2001**, S. 47.

⁶⁷ BGHZ **82**, 375 ff.; vgl. auch jüngst OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; vgl. auch *Thiel/Garcia-Scholz*, JA **2001**, 957, 958 und kritisch *Schink*, NVwZ **2002**, 129, 138 f. Vgl. auch *Schlacke*, JA **2002**, 48 ff.

wettbewerbsrechtliche Frage i.S.d. „wie“, seien für einen auf Verletzung der zivilrechtlichen Normen gestützten Unterlassungsanspruch die Zivilgerichte zuständig, weil hier die Berechtigung der verwendeten Wettbewerbsmethode im Mittelpunkt stehe.⁶⁸ Folgt man der Auffassung des BVerwG und ist der Verwaltungsrechtsweg auch im konkreten Fall einschlägig, so ist in Ermangelung eines Verwaltungsakts die allgemeine Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage **statthafte Klageart** (auch vor den Zivilgerichten wäre die Unterlassungsklage statthaft).

Zur Bejahung der **Klagebefugnis** muß der Kläger gem. § 42 II VwGO geltend machen, in seinen Rechten verletzt zu sein. Fraglich ist, ob sich ein subjektives öffentliches Recht auf Unterlassung aus den entsprechenden kommunalrechtlichen Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung ergeben kann. Dies ist nicht der Fall, wenn es sich dabei nur um objektivrechtliche Bestimmungen handelt, die den Betroffenen lediglich reflexartig tangieren. Die Frage ist umstritten.⁶⁹ Hilfsweise kann daher auf die unternehmerischen Grundrechte (Art. 14 I, 12 I, 2 I, 3 I GG) zurückgegriffen werden. Allerdings ist zu beachten, daß die grundrechtserhebliche Eingriffsschwelle nach der Auffassung der Verwaltungsgerichte kaum überschritten wird. Denn in einem marktwirtschaftlich ausgeformten System wie dem der Bundesrepublik Deutschland treffen die unternehmerischen Grundrechte eine Wertung gerade zugunsten des freien Wettbewerbs, schützen also nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand. Dementsprechend weisen die Verwaltungsgerichte Unterlassungsklagen überwiegend als unzulässig ab. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die wirtschaftliche Betätigung einen Auszehrungs- und Verdrängungswettbewerb zur Folge hat bzw. es zu einem gesetzlich nicht abgesicherten Monopol käme. Nur dann ist die Klagebefugnis wohl zu bejahen. Die Klage ist **begründet**, wenn eine (Grund-) Rechtsverletzung tatsächlich vorliegt.

Da von der Verwaltungsrechtsprechung eine Grundrechtsverletzung zumeist nicht festgestellt wird, sind in der Praxis die privaten Unternehmer dazu übergegangen, die öffentliche Hand **zivilgerichtlich** wegen Verstoßes gegen § 1 UWG auf Unterlassung bzw. Schadenersatz in Anspruch zu nehmen. So haben für das Bundesland Baden-Württemberg das OLG Karlsruhe und das LG Offenburg entschieden, daß öffentliche Unternehmen zwar grundsätzlich in Konkurrenz zu privaten Unternehmen auftreten dürfen (vgl. § 28 II GG), die Grenze aber dort liege, wo sie gegen die guten Sitten i.S.d. § 1 UWG verstoßen.⁷⁰ Im Prinzip dasselbe haben das OLG München hinsichtlich der bayerischen und das OLG Düsseldorf hinsichtlich der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung entschieden.⁷¹

Beispiel⁷²: Die baden-württembergische Stadt S betätigt sich mit ihrem Eigenbetrieb seit geraumer Zeit auf der Grundlage des Eigenbetriebsgesetzes im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus. Das Eigenbetriebsgesetz sieht vor, daß der Zweck des Eigenbetriebs in der Erbringung von Leistungen für die Unterhaltung und Pflege des städtischen Vermögens und der städtischen Einrichtungen liegt. Als der Eigenbetrieb nun entgeltliche Pflanzenarbeiten für private Gartenbesitzer durchführt, erleiden die ansässigen Landschafts- und Gartenbaubetriebe empfindliche Umsatzeinbußen und erheben Unterlassungsklage vor dem Zivilgericht.

Die Klage ist begründet, wenn die Stadt S durch ihren Eigenbetrieb gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstoßen hat.

⁶⁸ BVerwGE 39, 329, 336 f.

⁶⁹ Vgl. im einzelnen OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ 2000, 717 f.; Thiel/Garcia-Scholz, JA 2001, 957, 958; Stehlin, NVwZ 2001, 645, 646. Keinen Drittschutz entfalten jedenfalls die einfachgesetzlichen Bestimmungen der Haushaltsordnungen über die Beteiligung des Staates an Wirtschaftsunternehmen.

⁷⁰ OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ 2000, 717 f.; vgl. auch David, NVwZ 2000, 738, 739, und Schink, NVwZ 2002, 129, 138 f.

⁷¹ OLG München NVwZ 2000, 835 ff.; OLG Düsseldorf NVwZ 2002, 248, 249.

⁷² Nach LG Offenburg NVwZ 2000, 717 f. (aufgehoben durch OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.).

Der Unterlassungsanspruch könnte sich auch aus § 1 UWG i.V.m. § 102 BadWürttGO ergeben. Nach § 1 UWG sind Wettbewerbshandlungen verboten, die gegen die guten Sitten verstoßen; in § 102 BadWürttGO findet sich die Grenze der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit dort, wo die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde geeignet ist, den freien Wettbewerb wesentlich negativ zu beeinflussen. Insbesondere untersagt § 102 I Nr. 3 BadWürttGO die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, wenn der Zweck mindestens ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen Unternehmer erfüllt werden kann (**Grundsatz der Subsidiarität**). § 102 BadWürttGO schränkt also (auch) im Interesse privater Mitbewerber die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ein und ist daher ein Schutzgesetz i.S.d. § 1 UWG.

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen dieser Vorschriften hier vorliegen. Jedenfalls nicht gegen die guten Sitten verstößt es, wenn eine Gemeinde überhaupt wirtschaftlich tätig ist, denn die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland enthält kein Wirtschaftsmonopol für die Privatwirtschaft. Das gilt insbesondere dann, wenn mit derartiger Erwerbswirtschaft ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, welcher seine Rechtfertigung im Sozialstaatsprinzip findet, etwa wenn der erzielte Gewinn (mittelbar) gemeinnützig verwendet wird. Eine solche Rechtfertigung findet sich aber dann nicht mehr, wenn der Zweck mindestens ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen Unternehmer erfüllt werden kann (Grundsatz der Subsidiarität). Des Weiteren findet sich die Grenze der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Kommune dort, wo sie unter Mißbrauch ihrer Stellung als öffentlich-rechtliche Körperschaft oder sonst aus der Verbindung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Interessen einen unzulässigen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern erlangen oder erstreben, oder wenn sie sich vorsätzlich und planmäßig über die Regelung der entsprechenden Vorschrift der Gemeindeordnung über die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung hinwegsetzen würde.⁷³

Vorliegend ist nicht ersichtlich, warum landschaftsgärtnerische Arbeiten nicht ebenso von privaten Unternehmen durchgeführt werden können. Bejaht man demzufolge einen Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität, so ist die Abwehrklage nach Auffassung des OLG Karlsruhe gleichwohl unbegründet, denn **die Subsidiaritätsklausel entfalte keine dritt-schützende Wirkung**.⁷⁴ Auch sei nicht ersichtlich, daß die Stadt S in wettbewerbswidriger Weise unter Mißbrauch ihrer Stellung als öffentlich-rechtliche Körperschaft oder sonst aus der Verbindung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Interessen am Privatverkehrsverkehr teilgenommen habe.

Ähnlich dem OLG Karlsruhe hat für das Bundesland Hessen das LG Kassel entschieden, daß öffentliche Unternehmen gleichsam in Konkurrenz zu privaten Unternehmen auftreten dürfen. Sinn und Zweck der hessischen Gemeindeordnung sei es nicht, Privatunternehmen vor mißliebiger Konkurrenz durch kommunale Unternehmen zu schützen. Im Gegensatz zu einigen Bundesländern dürften nämlich kommunale Eigenbetriebe in Hessen nicht nur jene Felder bearbeiten, die von privaten Firmen nicht besetzt werden (was dem Grundsatz der Subsidiarität entspricht), sondern sich vielmehr umfänglich wirtschaftlich betätigen.⁷⁵

Fazit: Diese Judikate haben zu einer ersten Klärung der Grenze wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand geführt. Gleichwohl ist damit die Diskussion noch nicht verstummt. Denn zahlreiche Bundesländer haben mittlerweile Gesetze für Förderung des Mittelstandes verabschiedet und mit ihnen die Subsidiaritätsklausel auf die wirtschaftliche Betätigung der gesamten öffentlichen Hand ausgedehnt. Die aufgezeigten Fragen werden zukünftig also nicht nur die Kommunen betreffen. Ein darüber hinausgehendes Problem besteht darin, daß die Kommunen mit ihren Einrichtungen (Eigenbetriebe etc.) infolge der genannten prekären Finanzlage zunehmend auch außerhalb des eigenen Gemeindegebiets in Bereiche vordringt, die bislang ausschließlich der Privatwirtschaft vorbehalten waren: Dem Wettbewerb um **öffentliche Aufträge**, die von anderen Kommunen vergeben werden. Dies führt

⁷³ Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712, 714.

⁷⁴ OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712, 714; zustimmend *Stehlin*, NVwZ 2001, 645, 646. Vgl. auch *Schlacke*, JA 2002, 48, 51 ff.

⁷⁵ Vgl. Pressemitteilung LG Kassel NJW 2000 Heft 15, S. L. Vgl. auch *Schink*, NVwZ 2002, 129 ff.

zu einer neuen Dimension im Vergaberecht (zur öffentlichen Auftragsvergabe vgl. auch oben S. 14).⁷⁶

jj. Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Verwaltung ist nicht stets an die Handlungsform des Verwaltungsakts gebunden. Insbesondere gestatten ihr die §§ 54 ff. VwVfG, sich mit dem Bürger auf eine Stufe der Gleichordnung zu stellen, und individuelle Vereinbarungen in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zu treffen. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ist also eine flexible Handlungsform der Verwaltung, die es ihr ermöglicht, komplexe Sachverhalte in einem Kooperationsverhältnis mit dem Bürger zu regeln. Da aber auch der öffentlich-rechtliche Vertrag i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG (verwaltungsrechtlicher Vertrag) nur zustande kommt, wenn zwei übereinstimmende, in bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen vorliegen (§ 62 S. 2 VwVfG i.V.m. §§ 145 ff. BGB) und die Behörde sich auch der Form des Privatrecht bedienen kann, wird regelmäßig eine **Abgrenzung zum privatrechtlichen Vertrag** erforderlich. In einer verwaltungsrechtlichen Klausur ist für die Bestimmung des Verwaltungsrechtswegs darzulegen, daß der Hoheitsträger einen verwaltungsrechtlichen und nicht einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat. Maßgeblich sind grundsätzlich die objektive Bestimmung, der Inhalt und vor allem der Gegenstand des Vertrages, d.h. die im Vertrag geregelten Rechte und Pflichten (sog. **Gegenstandstheorie**). Prägt das öffentliche Recht den Vertragsgegenstand, so handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen, anderenfalls um einen privatrechtlichen Vertrag.⁷⁷ Das gilt auch hinsichtlich der Vertragsanbahnung.⁷⁸ **Die Vorstellungen der Parteien sind grundsätzlich unerheblich.**⁷⁹

Beispiel: Die Behörde vereinbart mit dem Bauherrn B vertraglich, diesem eine Baugenehmigung zu erteilen. In diesem Vertrag werden die Pflicht der Behörde zur Erteilung der Baugenehmigung und das Recht des B, einen entsprechenden Verwaltungsakt zu fordern, geregelt. Da sich Rechte und Pflichten auf einen Lebenssachverhalt beziehen, der sich durch das öffentliche Baurecht bestimmt, liegt ein verwaltungsrechtlicher Vertrag vor.⁸⁰

Die Gegenstandstheorie versagt allerdings dann, wenn der Behörde eine Wahlfreiheit bezüglich der Rechtsnatur ihres Handelns eingeräumt ist, insbesondere im Subventionswesen und bei den Anstaltsbenutzungsverhältnissen. Hier kann **ausnahmsweise der Wille der Vertragsparteien** maßgebend sein.⁸¹

Die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag gestaltet sich allerdings schwierig, wenn der Vertrag sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Elemente aufweist (**Mischverträge**). Die frühere Rechtsprechung des BGH hat auf den Schwerpunkt des Vertrags abgestellt: Lag der Schwerpunkt auf dem öffentlich-rechtlichen Gebiet, war der gesamte Vertrag öffentlich-rechtlich. Ließ sich ein Schwerpunkt nicht ermitteln, fand eine Spaltung des Vertrags in einen öffentlich-rechtlichen und in einen privatrechtlichen Teil statt, wobei jeder Teil vor dem dafür zuständigen Gericht verhandelt wurde (Rechtswegspaltung). Diese Rechtsprechung

⁷⁶ Vgl. ausführlich *Burji*, NVwZ 2001, 601 ff.; *Horn*, NVwZ 2001, 647 ff. (zu OLG Düsseldorf NVwZ 2000, 714). Vgl. auch EuGH NZBau 2001, 99 ff.

⁷⁷ BVerwGE 94, 202, 204; BGHZ 119, 93, 96 f.; *Kahl/Röder*, JuS 2001, 24, 25.

⁷⁸ Vgl. OVG Weimar NJW 2002, 386.

⁷⁹ Anders *Renck*, JuS 2000, 1001, 1002, der bei der Charakterisierung des Vertrags auf den Willen der Behörde abstellt und damit die sog. **Willenstheorie** vertritt.

⁸⁰ Im Gegensatz zur vertraglichen Verpflichtung, eine Baugenehmigung zu erteilen, ist die Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplans unzulässig und nichtig, § 2 III S. 2 BauGB.

⁸¹ Vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 54 Rn 27.

stieß auf Kritik⁸² und ist jetzt durch § 17a II S. 1 GVG überholt. Danach werden auch die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen vor dem Verwaltungsgericht mitverhandelt und umgekehrt.⁸³

Beispiele für verwaltungsrechtliche Verträge⁸⁴:

- (1) Besteht ein Vertrag zwischen der Behörde und einem Sanierungspflichtigen nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) über die Bodensanierungsverpflichtung des Verantwortlichen, so besteht ein **Sanierungsvertrag**. In diesem Vertrag können insbesondere Vereinbarungen über die Pflicht und den Umfang von Gefährungsabschätzungen und Sanierungsuntersuchungen getroffen werden, den Umfang der Sanierungspflicht an sich beinhalten oder sich konkret auf die Durchführung der Sanierung beziehen (vgl. § 13 IV BBodSchG).
- (2) Besteht ein Vertrag zwischen einer Gemeinde, die eine Wohnsiedlung errichten möchte, und einem privaten Bauträger, der die Kosten der Erschließung (Bau von Strom-, Gas- und Wasserleitungen, Zufahrtsstraßen, Kanalisationsanlage usw.) übernimmt, liegt ein **Erschließungsvertrag** vor (vgl. § 124 I BauGB).
- (3) Besteht ein Vertrag zwischen einer Gemeinde, die eine Wohnsiedlung errichten möchte, und einem privaten Bauträger, der die Folgekosten der Erschließung (etwa erhöhter Bedarf an Schulen, Kindergärten, Sportplätzen, Krankenhausbetten usw.) übernimmt, liegt ein **Folgekostenvertrag** vor (vgl. § 11 I S. 2 Nr. 3 BauGB).
- (4) Bei einem Vertrag, durch den sich der Bauherr gegen Befreiung von der öffentlich-rechtlichen Pflicht, Stellplätze oder Garagen zu schaffen (vgl. nur § 49 BremLBO) zur Zahlung eines Ablösungsbetrages verpflichtet, den die Behörde zur Herstellung öffentlichen Parkraumes zu verwenden hat, handelt es sich um einen **Ablösungsvertrag**.
- (5) Bei einem Vertrag, der im Rahmen eines Enteignungsverfahrens geschlossen wird, um die förmliche Enteignung abzuwenden, handelt es sich um einen **Enteignungsabwendungsvertrag** (vgl. § 110 II S. 1 BauGB).
- (6) Eine Vereinbarung zwischen einem öffentlich-rechtlichen Sozialhilfeträger und einem Träger der freien Wohlfahrtspflege betreffend die Übernahme von Pflegekosten nach § 93 II BSHG ist eine **Pflegesatzvereinbarung**.
- (7) Ein Vertrag zwischen dem Dienstherrn und einem Beamten über die Rückzahlung von Ausbildungskosten bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Dienst ist ein **Ausbildungsrückzahlungsvertrag**.
- (8) Ein Vertrag, in dem sich der Hoheitsträger zur Übernahme von Ausbildungskosten verpflichtet, während der Begünstigte verspricht, nach erfolgter Ausbildung über einen bestimmten Zeitraum bei dem betreffenden Hoheitsträger tätig zu sein, ist ein **Ausbildungsförderungsvertrag**.
- (9) Ein Vertrag, in dem sich ein Hoheitsträger verpflichtet, dem Vertragspartner eine Beihilfe zu gewähren, ist ein **Subventionsvertrag**.
- (10) Bei einem Vertrag zur Sicherung und Durchführung von Maßnahmen zum Ausgleich von Eingriffen in Natur und Landschaft (vgl. § 8 IV BNatSchG) handelt es sich um einen **Landschafts- und Naturschutzvertrag**.⁸⁵

⁸² Sie sei unpraktikabel und das Schwerpunkt Kriterium zu unbestimmt. Darüber hinaus dürfe kein Entzug der strengen öffentlichen Bindungen (Grundrechte, Gesetzmäßigkeit) durch Abschluß eines Mischvertrages stattfinden. Daher müsse ein Mischvertrag insgesamt als öffentlich-rechtlich bewertet werden.

⁸³ Vgl. dazu *Kahl/Röder*, JuS **2001**, 24, 25; *Renck*, JuS **2000**, 1001, 1002; BVerwGE **92**, 56, 58 f.; VGH München NVwZ **1999**, 1008, 1010, 1013.

⁸⁴ Vgl. *Frenz/Heßler*, NVwZ **2001**, 13 ff.; *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 93; *Bull*, AllgVerwR, Rn 672; *Maurer*, AllgVerwR, § 14 Rn 4, 11 und 12.

⁸⁵ Vgl. dazu BVerwG NVwZ-RR **1999**, 426; *Gaentzsch*, NVwZ **2000**, 993, 997.

Für die **statthafte Klageart** gilt folgendes: Haben die Parteien einen verwaltungsrechtlichen Vertrag geschlossen, und weigert sich eine Partei, der Verpflichtung aus dem Vertrag nachzukommen (etwa mit der Begründung, der Vertrag sei nicht wirksam), so kann die andere Partei eine **allgemeine Leistungsklage** erheben. Das gilt auch dann, wenn diese andere Partei eine Behörde ist, denn dadurch, daß sie sich mit dem Bürger auf eine Stufe der Gleichordnung stellt, hat sie ihre Verwaltungsaktbefugnis verloren. Sie ist auf den gerichtlichen Klageweg angewiesen.

Eine andere Konstellation liegt vor, wenn der Vertrag möglicherweise in die Rechte eines Dritten eingreift (etwa wegen Mißachtung des Zustimmungserfordernisses nach § 58 VwVfG). Hier kann der Dritte eine **Feststellungsklage** erheben, mit dem Ziel der gerichtlichen Feststellung, daß der Vertrag nichtig ist.

kk. Kirchenrechtliche und rundfunkrechtliche Streitigkeiten

a.) Einen eigenen, besonderen Problemkreis präsentieren öffentlich-rechtliche Rechtsträger, die nicht in die staatliche Verwaltung integriert sind. Das betrifft in erster Linie die körperschaftlich verfaßten Religionsgesellschaften und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.

b.) **Religionsgemeinschaften** ist gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III / V S. 2 WRV der Status als **Körperschaften des öffentlichen Rechts** zuzuerkennen, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Dazu gehört, daß

- ⇒ sie durch Verfassung und Mitgliederzahl die Gewähr der Dauer bieten,
- ⇒ sie die Gewähr dafür bieten, daß sie das geltende Recht beachten, insbesondere die ihnen übertragene Hoheitsgewalt nur in Einklang mit den verfassungsrechtlichen und sonstigen gesetzlichen Bindungen ausüben werden,
- ⇒ sie die Gewähr dafür bieten, daß ihr künftiges Verhalten die in Art. 79 III GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien wahrt,
- ⇒ sie die dem staatlichen Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter,
- ⇒ sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des GG nicht gefährden.
- ⇒ Eine darüber hinaus gehende Loyalität zum Staat verlangt das GG dagegen nicht.⁸⁶

c.) Unzweifelhaft sind kirchliche Maßnahmen Akte öffentlicher Gewalt i.S.v. Art. 19 IV GG, § 90 I BVerfGG (und somit staatlich justiziabel), wenn sie sich auf vom Staat durch **Beleihung** verliehene Befugnisse begründen oder den staatlichen Bereich berühren. Dies ist beispielsweise bei **Steuerbescheiden kirchlicher Steuerämter** oder bei der **Friedhofsbenutzung**⁸⁷ unproblematisch der Fall. Im übrigen muß differenziert werden:

- ⇒ Wegen der Garantie, eigene Angelegenheiten selbst zu regeln (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV) wurden rein *innerkirchliche* Streitigkeiten, obwohl sie öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen unterliegen, lange Zeit als staatlich nicht justiziabel angesehen.⁸⁸

⁸⁶ BVerfGE 102, 370 ff. (Status als KöR bejahend für die **Zeugen Jehovas**).

⁸⁷ Strittig. Wie hier BVerwGE 25, 364, 366; BVerfGE 73, 388, 399 f.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 19 Abs. 4 Rn 114; **a.A. Rennert**, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 97.

⁸⁸ Vgl. dazu *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 91, sowie das erste „Glockenurteil“ BVerwGE 68, 62, 63 und BVerwGE 66, 241, 345. Allerdings ist auch bei kirchenrechtlichen Streitigkeiten das BRRG zu beachten. Nach § 135 S. 2 BRRG ist es den öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften überlassen, nicht nur die Rechtsverhältnisse ihrer Beamten und Seelsorger dem BRRG entsprechend zu regeln, sondern auch die Vorschriften für Klagen aus dem Beamtenverhältnis, nämlich die §§ 126, 127 BRRG, für anwendbar zu erklären. Ob eine solche Anwendbarkeitserklärung besteht, ist den Kirchengesetzen zu entnehmen. Bei

Beispiele⁸⁹: (1) Übertragung eines Priesteramtes, (2) Verweigerung von kirchlichen Dispensen, der Sakramente oder des kirchlichen Begräbnisses, (3) Pensionierung eines Geistlichen wegen dessen Weigerung, eine Kindertaufe durchzuführen.

- ⇨ Als einen Durchbruch auf dem Weg zu einem gleichwertigen staatlichen Rechtsschutz in „Kirchensachen“ kann das jüngst ergangene Urteil des BGH bezüglich der staatlichen Justizgewährungspflicht angesehen werden.⁹⁰ Der BGH hat entschieden, daß eine Kirchen- oder Religionsgemeinschaft (hier: jüdische Gemeinde) vor staatlichen Gerichten ein Mitglied auf Unterlassung in Anspruch nehmen kann, auch wenn dazu innerkirchliche Vorfragen geklärt werden müssen. Der Einfluß dieser Entscheidung auf Sachverhalte, die den o.g. Beispielen entsprechen, bleibt vorerst abzuwarten.
- ⇨ Von dieser Tendenz abgesehen, gibt es jedoch kirchliche Angelegenheiten, die in den *weltlichen Bereich* hineinwirken und damit unstreitig den staatlichen Gerichten unterfallen. Das ist zumindest immer dann der Fall, wenn in rechtserheblicher Weise Grundrechte Außenstehender berührt werden.

Beispiel⁹¹: N wohnt in unmittelbarer Nachbarschaft zu der Pfarrkirche der beklagten katholischen Kirchengemeinde K und fühlt sich durch das tägliche sakrale **Glockenläuten** (liturgisches Glockengeläut) der K in unzumutbarer Weise gestört. Mit seiner Klage vor dem VG begehrt N die Verurteilung der K, das Geläut zu unterlassen.

Im Rahmen der allgemeinen Sachentscheidungs Voraussetzungen muß zunächst die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben sein. Sie könnte vorliegend fehlen, weil die Klage kirchliche Angelegenheiten betrifft. Gegen innerkirchliche Maßnahmen, die im staatlichen Bereich keine unmittelbare Rechtswirkung entfalten, war lange Zeit h.M., daß aus Gründen der von der Verfassung anerkannten Eigenständigkeit der Kirche (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III / V WRV; klarstellend insoweit § 2 I VwVfG) kein staatlicher Rechtsweg gegeben ist.⁹²

Ob mit der jüngst ergangenen Entscheidung des BGH eine grundlegende Wende eingeleitet wurde, kann vorliegend dahin stehen, wenn durch das Glockengeläut in den weltlichen Bereich eingegriffen wurde. Denn wirken kirchliche Maßnahmen in den weltlichen Bereich hinein, so kann vor staatlichen Gerichten geklagt werden. Wendet sich ein Betroffener – wie vorliegend der N – gegen die Immission kirchlichen Glockengeläuts, so sind angesichts der Aufgabe des Staates, Nachbarn vor schädlichen Immissionen zu schützen, auch staatliche Belange betroffen, so daß die staatliche Gerichtsbarkeit gegeben ist.

Des weiteren müßte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels auf- oder abdrängender Sonderzuweisung ist das gem. § 40 I S. 1 VwGO der Fall, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. Das Begehren des N richtet sich auf Unterlassung des kirchlichen Glockenläutens. Dieses Begehren kann seine Grundlage in den §§ 823, 906, 1004, 249 S. 1 BGB, § 14 BImSchG, aber auch in öffentlich-rechtlichen Normen finden. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch beurteilt sich dann nach öffentlichem Recht, wenn die Maßnahme, gegen die sich N wendet, ihrerseits nach Maßgabe des öffentlichen Rechts zu beurteilen ist, denn öffentlich-rechtliches Handeln eines Trägers öffentlicher Verwaltung kann von ihm nur hoheitlich korrigiert werden.

Ob das angegriffene Kirchenglockengeläut dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, setzt voraus, daß diese Handlung einem Träger öffentlicher Verwaltung zugerechnet werden kann. Die K ist nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 V WRV eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Daraus folgt die grundsätzliche Befugnis der K, in den Formen des öffentlichen

Bestehen einer solchen Rechtswegzuweisung durch die Kirchen ist dann der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Vgl. dazu auch VG Göttingen NVwZ 1999, 794.

⁸⁹ Vgl. Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 110.

⁹⁰ Vgl. Nolte, NJW 2000, 1844 f., und Kästner, NVwZ 2000, 889 f. zu BGH NJW 2000, 1555 ff.

⁹¹ Nach BVerwG NJW 1994, 956 ff. und LG Aschaffenburg NJW 2001, 237.

⁹² Vgl. dazu auch BVerwGE 66, 241, 242 ff.

Rechts zu handeln.⁹³ Andererseits bedeutet dies aber nicht, daß sämtliche Akte kirchlicher Körperschaften als öffentlich-rechtlich anzusehen sind, ein Schluß von der Organisationsform auf die Handlungsform ist mithin – wie auch sonst bei Trägern öffentlicher Verwaltung – unzulässig.⁹⁴

Es bleibt zu prüfen, ob das kirchliche Glockengeläut nach Maßgabe des öffentlichen Sachenrechts zu beurteilen ist. Aus dem Körperschaftsstatus ergibt sich das Recht der kirchlichen Körperschaften, die zum Zwecke der Religionsausübung benötigten Gegenstände dem öffentlichen Sachenrecht zu unterstellen (Widmung). Kirchenglocken dienen widmungsgemäß kultischen Zwecken und sind als *res sacrae* öffentliche Sachen.⁹⁵ Jedoch ist zu beachten, daß die Benutzung einer durch Widmung einem öffentlich-rechtlichen Regime unterworfenen Sache nicht immer öffentlich-rechtlicher Natur ist, selbst wenn der Benutzer öffentlich-rechtlich organisiert ist. Ausschlaggebend für die Natur der Benutzung einer öffentlichen Sache ist, ob die öffentliche Sache im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Zweckbindung genutzt wird oder ob es sich um die Wahrnehmung von Eigentümerbefugnissen außerhalb des Widmungszwecks handelt. Hinsichtlich des liturgischen Glockengeläuts (sog. Angelus-Läuten, Einladung zum Gottesdienst) hat das BVerwG in einer früheren Entscheidung festgestellt, daß dies eine „typische Lebensäußerung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Kirche“ sei und dieses Läuten einen widmungsgemäßen Gebrauch der Kirchenglocken darstelle, so daß es dem öffentlichen Recht zuzuordnen sei.⁹⁶ Das nichtsakrale Glockenschlagen (Zeitschlagen) indes könne unter heutigen Lebensbedingungen nur noch dann dem Bereich kirchlicher Tätigkeit zugeordnet werden, wenn eine fortbestehende öffentlich-rechtliche Zweckbindung der Glocken für diese Art ihrer Nutzung vom Widmungszweck nach wie vor umfaßt würde und es sich nicht lediglich um die Wahrnehmung von Eigentümerbefugnissen außerhalb eines sakralen Widmungszwecks handele.⁹⁷

Vorliegend wendet sich N nicht etwa gegen das sog. Zeitschlagen (nichtsakrales Glockenschlagen), sondern gerade gegen das liturgische Läuten der Kirchenglocken. Da dieses dem Bereich staatlich justiziable kirchlicher Tätigkeit zugeordnet werden kann, und auch vom Widmungszweck nach wie vor umfaßt ist, ist das Glockenschlagen öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch des N ist folglich ebenfalls öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, so daß nicht der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten, sondern der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.⁹⁸

Zusammenfassung und Hinweis für die Fallbearbeitung: Wendet sich ein Nachbar gegen kirchliches Glockengeläut und begehrt die gerichtliche Verpflichtung der Kirchengemeinde, das Glockengeläut zu unterlassen, so ist entsprechend der zitierten Entscheidungen des BVerwG zunächst hinsichtlich der staatlichen Jurisdiktion entscheidend, ob das angegriffene Handeln in den weltlichen Bereich hineinwirkt oder nicht. Sodann ist für die Frage des Rechtswegs danach zu unterscheiden, ob der Kläger das Zeitschlagen (dann ordentlicher Rechtsweg) oder das liturgische Geläut (dann Verwaltungsrechtsweg) angeht. Wenn er das Geläut der Kirchenglocken insgesamt bekämpft, ohne nach der Art des Läutens zu unterscheiden, führt dies nach Ansicht des BVerwG zu einer Rechtswegspaltung. Diese Folge sei wegen der Doppelnatur öffentlicher Sachen, deren Gebrauch sowohl Ausübung öffentlich-

⁹³ BVerwGE 68, 62, 65 m. w. N. Zu den Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit eine Religionsgesellschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts anzuerkennen ist, vgl. BVerfG NJW 2001, 429 ff. (s.o.).

⁹⁴ Isensee, Rechtsschutz gegen Kirchenglocken – Rechtsweg und Rechtsqualifikation bei Nachbarklagen auf Unterlassung kirchlicher Immissionen, in: Gedenkschrift für Constantinesco, 1983, S. 301, 315.

⁹⁵ Vgl. BVerwGE 68, 62, 63.

⁹⁶ BVerwGE 68, 62, 65.

⁹⁷ BVerwGE 90, 163, 167.

⁹⁸ Wie aus dem Kontext hervorgeht, wäre nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der ordentliche Rechtsweg eröffnet, wenn sich der Kläger gegen das reine **Zeitläuten** wenden würde (vgl. LG Aschaffenburg NJW 2001, 237; a.A. OLG Lüneburg NdsVBI 1996, 70; auch hier Verwaltungsrechtsweg, jedenfalls insoweit, als es um das Heranrücken von Wohnbebauung an eine Kirchengemeinde geht).

rechtlicher Sachherrschaft wie Nutzung von Eigentümerbefugnissen sein könne, unvermeidlich.⁹⁹

d.) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten üben zwar öffentliche Verwaltung aus, sind aber kraft ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Staatsferne keine Organe der (mittelbaren) Staatsverwaltung. Diese Ambivalenz führt bei Streitigkeiten wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Rundfunksendungen, wegen Widerrufs von Tatsachenbehauptungen in verbreiteten Sendungen und auf dem Werbungssektor zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten über den zulässigen Rechtsweg.¹⁰⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung ist für eine differenzierte Betrachtungsweise (und für eine mögliche Rechtswegspaltung) kein Raum. Aufgrund der Zugehörigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zur öffentlichen Verwaltung unterliegen Rechtsverletzungen durch die Ausstrahlung von Sendungen dem öffentlichen Recht und sind vor den **Verwaltungsgerichten** geltend zu machen, soweit nicht nach Landesrecht (Rundfunkrecht ist Landesrecht¹⁰¹) Ausnahmen vorgesehen sind.¹⁰² Entsprechendes gilt hinsichtlich Klagen betreffend die von der Gebühreneinzugszentrale (GEZ) eingezogenen **Gebühren**. Auch hier ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.¹⁰³

II. Beliehene

Beliehene sind natürliche Personen oder juristische Person des Privatrechts, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes einzelne hoheitliche Aufgaben im eigenen Namen wahrnehmen.¹⁰⁴

Beispiele: Jagdaufseher (§ 5 II BJagdG), Seeschiffs- und Flugkapitäne (vgl. zum letzteren § 9 III LuftVerkG), Notare (§§ 1, 12 BNotO), Deutsche Flugsicherungs GmbH (VGH Kassel NVwZ 1995, 410), Bezirksschornsteinfegermeister (siehe das SchornsteinfegerG, BGBl. I (1994), S. 1624), Lebensmittelsachverständige und die Sachverständigen der Technischen Überwachungsvereine (TÜV, vgl. BVerfG NJW 1987, 2501)¹⁰⁵, privatrechtlich organisierte Einrichtungen des Rettungsdienstes wie z.B. der Malteser-Hilfsdienst (BGH NJW 1998, 2109; vgl. dazu auch Rinne/Schlick, NVwZ-Beilage II, 2000, S. 13).

Da die Beliehenen der mittelbaren Staatsverwaltung zugeordnet werden, sind Streitigkeiten stets vor dem **Verwaltungsgericht** auszutragen.

mm. Streitigkeiten zwischen Privaten, von denen keiner ein Beliehener ist

Sind an einem streitigen Rechtsverhältnis ausschließlich Privatrechtssubjekte beteiligt, von denen keines als ein mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestattetes, beliehenes Unternehmen gehandelt hat, scheidet die Zuordnung des Rechtsstreits zum öffentlichen Recht auch dann aus, wenn das Handeln eines der Beteiligten der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gedient hat.¹⁰⁶

Beispiel: Wenn ein privatrechtliches Kreditinstitut, das im Rahmen eines staatlichen Förderprogramms im eigenen Namen Gelder an Private ausgezahlt hat, aus eigenem Recht

⁹⁹ BVerwGE 90, 163, 167. Zur Duldungspflicht von Angelusläuten vgl. auch BVerwG NVwZ 1997, 390.

¹⁰⁰ Vgl. Renck, JuS 2000, 1001, 1004.

¹⁰¹ Vgl. dazu Hutschenreuther-von Emden, NVwZ-Beilage II/2001, 36 ff.

¹⁰² Vgl. Renck, JuS 2000, 1001, 1004; Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn 28b.

¹⁰³ Vgl. AG Köln NVwZ-RR 2001, 166.

¹⁰⁴ Deterbeck, JuS 2000, 574, 575; Schnapp/Kaltenborn, JuS 2000, 937

¹⁰⁵ Dagegen ist strittig, ob **Prüfingenieure für Baustatik** Beliehene darstellen: Ablehnend Peine, AllgVerwR, § 17 Rn 403; bejahend Maurer, AllgVerwR, § 23 Rn 56.

¹⁰⁶ BGH NVwZ 2000, 594.

Rückzahlungsansprüche gegen die Empfänger geltend macht, ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.

2. Streitigkeiten „nichtverfassungsrechtlicher Art“

Da verfassungsrechtliche Streitigkeiten ausschließlich vor den Verfassungsgerichten auszutragen sind, scheidet der Verwaltungsrechtsweg aus, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art handelt. Verfassungsrechtlich sind zunächst diejenigen Streitigkeiten, die von dem Zuständigkeitskatalog des Art. 93 GG und des § 13 BVerfGG umfaßt sind. Jenseits dieser enumerativ aufgelisteten Streitigkeiten ist nach der **Rechtsprechung** des BVerwG¹⁰⁷ eine Streitigkeit verfassungsrechtlich, wenn das streitige Rechtsverhältnis „**entscheidend vom Verfassungsrecht geprägt**“ wird“.

Entscheidend ist nach dieser Rechtsprechung, ob das Verfassungsrechtssubjekt gerade als solches in Anspruch genommen wird, ob also der **Streitgegenstand dem Verfassungsrecht zuzuordnen ist**. Ob bei dem Rechtsstreit auf beiden Seiten ein Verfassungsorgan beteiligt ist, ist demzufolge nicht ausschlaggebend. Daher kann auch eine Streitigkeit zwischen **Staat und Bürger verfassungsrechtlicher Natur** sein. So liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit etwa vor, wenn der Bürger auf **Erlaß eines förmlichen Gesetzes** klagt oder (prinzipal) die **Gültigkeit** (d.h. die Verfassungsmäßigkeit) **eines förmlichen Gesetzes** anzweifelt.¹⁰⁸ Gleiches gilt für Streitigkeiten, an denen das Volk als Verfassungsorgan beteiligt ist, wie bspw. beim Streit über die Zulässigkeit eines **Volksbegehrens**, die Eintragung bei Volksbegehren oder die Gültigkeit einer Verordnung zur **Volksabstimmung**.¹⁰⁹

Jedenfalls **nicht um eine verfassungsrechtliche**, sondern um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handelt es sich, wenn der Klagegegner eine Verwaltungsbehörde ist und der Streitgegenstand am Maßstab von **Grundrechten** zu messen ist (arg. § 90 II S. 1 BVerfGG).

Beispiel: Die rechtsradikale Gruppe G meldet eine Demonstration an. Da die Innenbehörde Gewalttätigkeiten befürchtet, verbietet sie die Demonstration gem. § 15 VersG.

Bei einer Klage würde das Gericht die Vereinbarkeit des Verbots und/oder des § 15 VersG mit Art. 8 I GG messen. Art. 8 I GG ist als Grundrecht Bestandteil der Verfassung. Es könnte daher angenommen werden, es handele sich um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, da der Streitgegenstand (hier: die Vereinbarkeit des Verbots und (oder des § 15 VersG mit Art. 8 I GG) Verfassungsbezug hat. Gleichwohl handelt es sich um eine typische verwaltungsrechtliche Streitigkeit, da es gerade Aufgabe der Verwaltung ist, über die Zulässigkeit eines Vorhabens zu entscheiden und ggf. ein Verbot auszusprechen.

Der (noch) herrschenden **Literatur**¹¹⁰, ist das materielle Kriterium der Rechtsprechung zu unsicher. Sie versucht, die Frage über ein (zusätzliches) formelles Kriterium zu

¹⁰⁷ BVerwG NVwZ **1998**, 500; BVerwGE **24**, 272, 279; **36**, 218, 228; **50**, 124, 130; **60**, 162, 172; **96**, 45, 48; zustimmend *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 21; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rn 32a; *Sodan*, NVwZ **2000**, 601, 607; *Bethge*, JuS **2001**, 1100; *Schliesky*, JA **2001**, 777, 779.

¹⁰⁸ BVerfGE **31**, 364, 368; **45**, 297, 334; BVerwGE **75**, 330, 334; **80**, 355, 358; zustimmend *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn 21, 27; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA **2001**, 957, 960.

¹⁰⁹ Vgl. VGH München NVwZ **1991**, 386; OVG Berlin DVBl **1999**, 994; VGH Kassel NVwZ **1991**, 1098; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA **2001**, 957, 960.

¹¹⁰ *Zilkens*, JuS **2001**, 368, 369; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA **2001**, 957, 960; *Rüfner/Muckel*, BesVerwR, S. 148; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn 674; *Hufen*, VerwProzR, § 11 Rn 69; *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 116; *ders.*: Staatsrecht II, § 35 V 4; *Schmitt Glaeser/Horn*, VerwProzR, Rn 69; *Klenke*, NVwZ **1995**, 644, 648; *Redeker/von Oertzen*, VwGO, § 40 Rn 3; *Hüttenbrink*, in: Kuhla/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozeß, Abschn. C Rn 82 ff.; *Löwer*, in: HdbStR II, § 56 Rn 6. Einschränkend *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rn 141 ff., wonach ein Verfassungsrechts-

lösen, indem sie die Streitbeteiligten als Verfassungs- oder Verwaltungsrechtssubjekte definiert. Danach ist eine Streitigkeit verfassungsrechtlich, wenn zwei unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Verfassungsorgane unmittelbar über spezifisches Verfassungsrecht streiten (sog. **doppelte Verfassungsunmittelbarkeit**). **Verfassungsrechtssubjekte** im vorstehenden Sinne sind Gebietskörperschaften mit Staatsqualität (Bund, Länder), deren Verfassungsorgane (Bundes- oder Landesregierung, gesetzgebende Körperschaften) sowie andere am Verfassungsleben beteiligte Stellen wie Fraktionen, Ausschüsse und politische Parteien in ihrer organ kreativen Funktion. *Keine* Verfassungsrechtssubjekte sind Verwaltungsbehörden einschließlich der Ministerien in dieser Funktion und Teile derselben.

Stellungnahme und Hinweis für die Fallbearbeitung: Das Kriterium der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ist zwar grundsätzlich begrüßenswert, kann aber nicht konsequent durchgehalten werden. Denn auch nach der Literatur wird bspw. die Klage eines Bürgers auf Erlass eines Parlamentsgesetzes nicht vor den Verwaltungsgerichten zu erheben sein. Da solche Fälle aber eher die Ausnahme darstellen, sollte in der Fallbearbeitung in unproblematischen Fällen folgende kurze Formulierung genügen: „Die Streitigkeit ist nichtverfassungsrechtlicher Natur. Weder streiten Beteiligte des Verfassungsrechtskreises im Kern über Verfassungsrecht noch steht eine prinzipiale Rechtsatzkontrolle des formellen Gesetzgebers in Rede. Auch andere Gründe, die den Streit zum Verfassungsrechtsstreit machen könnten, liegen nicht vor. Die Tatsache, daß sich die Klage auf Grundrechte stützt, macht den Streit nicht zum Verfassungsstreit (vgl. § 90 II S. 1 BVerfGG).“

Beispiele für nichtverfassungsrechtliche Streitigkeiten:

- (1) Streitigkeiten über die Erstattung von **Wahlkampfkosten** sind vor dem Verwaltungsgericht auszutragen, da der Bundestagspräsident als Verwaltungsbehörde und nicht als Verfassungsorgan tätig ist und sich sein Recht auf Verwaltung der Mittel nicht aus dem Grundgesetz, sondern aus dem Parteiengesetz ergibt.¹¹¹
- (2) Streitigkeiten zwischen einem Bürger und einem **Parlamentarischem Untersuchungsausschuß** sind nichtverfassungsrechtlicher Art. Zwar ist der Parlamentarische Untersuchungsausschuß dem Verfassungsrecht zuzuordnen (vgl. Art. 44 GG). Er tritt jedoch gegenüber den Bürgern mit verwaltungsbehördlichen Kompetenzen (gleich der Staatsanwaltschaft) auf, so daß der Untersuchungsausschuß in dieser Funktion nicht verfassungsrechtlich, sondern rein verwaltungsrechtlich tätig wird.¹¹² Das bedeutet aber noch nicht zwangsläufig, daß der Verwaltungsrechtsweg offen steht, denn gem. der Formulierung in § 40 I S. 1 VwGO „(...) soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind“) können auch verwaltungsrechtliche Streitigkeiten anderen Gerichtszweigen zugeordnet sein. Für den Fall einer Streitigkeit zwischen einem Bürger und einem Parlamentarischen Untersuchungsausschuß steht gem. § 36 PUAG (Gesetz über Parlamentarische Untersuchungsausschüsse) der **Rechtsweg zum BGH** offen. Der Verwaltungsrechtsweg ist wegen dieser Sondervorschrift gesperrt.
- (3) Ist einer der Beteiligten eine **politische Partei**, muß in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung festgestellt werden, daß die politische Partei nicht in der Weise beteiligt ist, als es um die Willensbildung des Volkes - mithin um die Teilnahme am Verfassungsleben - geht. Denn nur wenn sie *nicht* organ kreativ beteiligt ist, ist sie Privat rechtssubjekt (vgl. § 3 ParteienG) und *nicht* in ihrem verfassungsrechtlichen Status

streit dann vorliegt, wenn zumindest der Rechtsschutzgegner ein Verfassungsrechtssubjekt ist, das als solches verpflichtet werden soll. Kritisch auch *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rn 32a.

¹¹¹ Vgl. *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme, Rn 116.

¹¹² Vgl. hierzu näher *Renner*, in: *Eyermann*, VwGO, § 40 Rn 29.

(vgl. Art. 21 GG) betroffen. Hier ist je nach Klagebegehren entweder der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg eröffnet.

- (4) **Kommunale Wahlprüfungen** gehören vor die Verwaltungsgerichte. Dagegen sind **parlamentarische Wahlprüfungen** den Verfassungsgerichten zuzuordnen (vgl. nur Art. 44 II GG).

III. Abdrängende Sonderzuweisung

Wie bereits ausgeführt, ist nach § 40 I S. 1 VwGO (Generalklausel) der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, *soweit* die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Beispiele abdrängender Sonderzuweisungen sind:

- ⇒ § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG (Amtshaftungsanspruch ⇒ Landgericht, § 71 GVG, vgl. mein AllgVerwR, S. 324 ff.).
- ⇒ Art. 14 III S. 4 GG (Enteignungsentschädigung ⇒ ordentlicher Rechtsweg. Für die zuvor erforderliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Administrativenteignung steht hingegen der Verwaltungsrechtsweg offen).
- ⇒ § 40 II S. 1 VwGO (Entschädigungsansprüche wegen enteignendem und enteignungsgleichem Eingriff, Aufopferung, öffentlich-rechtliche Verwahrung, Schadenersatzansprüche ⇒ ordentlicher Rechtsweg¹¹³; *nicht* jedoch Streitigkeiten über das Bestehen und die Höhe eines Ausgleichsanspruchs im Rahmen des Art. 14 I S. 2 GG und Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen hinsichtlich verwaltungsrechtlicher Verträge ⇒ Verwaltungsrechtsweg¹¹⁴).
- ⇒ § 49 VI S. 3 VwVfG (für Entschädigungen bei Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsakts mit Vertrauen auf Bestand ⇒ ordentlicher Rechtsweg).
- ⇒ § 62 I S. 1 und § 68 OWiG (bei Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid - § 67 OWiG - entscheidet der Amtsrichter).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ein häufig vorkommender Klausurfehler besteht darin, daß ein **Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid** als verwaltungsrechtlicher Widerspruch geprüft wird. Ist in einer Klausur gegen einen Bußgeldbescheid vorzugehen, so bestimmen sich Rechtsweg und Zulässigkeitsvoraussetzungen des Einspruches nach den §§ 67 ff. OWiG. Vgl. dazu mein BesVerwR, S. 317 ff. Bei der Begründetheit ergeben sich im Vergleich zum verwaltungsrechtlichen Widerspruch keine wesentlichen Unterschiede. Zur Definition des Begriffes „Ordnungswidrigkeit“, vgl. § 1 I OWiG.

- ⇒ **§ 23 EGGVG** (bei Justizverwaltungsakten und Maßnahmen der repressiv tätigen Polizei ⇒ Oberlandesgericht nach § 25 EGGVG, siehe dazu ausführlich mein BesVerwR, S. 312 ff.).
- ⇒ § 217 BauGB (⇒ bei bestimmten, dort näher bezeichneten Verwaltungsakten die Landgerichte, und zwar die Kammern für Baulandsachen).
- ⇒ § 68 InfektionsschutzG (früher § 61 BSeuchenG) (⇒ bei Entschädigungsansprüchen). Dagegen gehören Entschädigungsansprüche gem. §§ 66, 72b TierseuchenG vor das Verwaltungsgericht.
- ⇒ § 51 SGG (⇒ in Angelegenheiten der *Sozialversicherung* die Sozialgerichte; für *Sozialhilfeangelegenheiten* sind jedoch die Verwaltungsgerichte zuständig!).
- ⇒ § 33 FGO (⇒ in *Abgabenangelegenheiten* nach der Abgabenordnung (AO) die Finanzgerichte¹¹⁵; bei *Gebührenbescheiden* jedoch die Verwaltungsgerichte!).
- ⇒ §§ 41, 55, 130 BDO (⇒ die Disziplinargerichte bzw. das BVerwG).
- ⇒ §§ 63, 73, 75 ff. WDO (⇒ die Truppendienstgerichte bzw. das BVerwG).

¹¹³ Dazu gehören auch Aufopferungsansprüche (Entschädigungsansprüche), die von den Polizeigesetzen gewährt werden.

¹¹⁴ Vgl. OVG Weimar NJW 2002, 386.

¹¹⁵ Zu beachten ist, daß § 33 FGO eine Vielzahl von Streitigkeiten im Bereich des Agrarrechts, etwa über die Verwaltung der Abschöpfungen (§ 3 I S. 2 AO) oder der Ausfuhrangaben (§§ 5, 17 MarktordnungG) erfaßt.

- ⇒ §§ 61, 67 DRiG.
- ⇒ §§ 100, 106, 119, 223 BRAO.
- ⇒ §§ 65 ff. PatG (⇒ das Bundespatentgericht für Patentstreitigkeiten).
- ⇒ §§ 19, 99, 111 BNotO (Der Amtshaftungsanspruch nach § 19 I BNotO ist spezieller gegenüber Art. 34 GG; für Schadensersatzansprüche nach § 19 III BNotO sind unabhängig von der Höhe des Streitwertes die Landgerichte zuständig).
- ⇒ §§ 95 ff. SteuerberaterG.
- ⇒ §§ 72, 130 WirtschaftsprüferO.
- ⇒ § 2 ArbGG (bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Tarifvertragsparteien ⇒ Arbeitsgericht).
- ⇒ § 63 GWB (gegen Verfügungen der Kartellbehörde ist zulässiger Rechtsbehelf die Beschwerde, über die das Oberlandesgericht entscheidet.).
- ⇒ § 116 III GWB (gegen Entscheidungen der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde vor dem zuständigen Oberlandesgericht zulässig).¹¹⁶

IV. Verwaltungsrechtsweg und Europäisches Gemeinschaftsrecht

Das Europäische Gemeinschaftsrecht beeinflusst und durchdringt zunehmend das nationale (Verwaltungs-)Recht.¹¹⁷ Da aber weder das primäre noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht¹¹⁸ eine Regelung enthält, auf deren Grundlage die Unionsbürger von auf Gemeinschaftsrecht basierende Rechte durchsetzen können, richtet sich die Geltendmachung dieser Rechte nach dem nationalen Verfahrensrecht. Man spricht insoweit von einer **verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten**.¹¹⁹ Richtet sich daher eine Klage eines Bundesbürgers gegen einen Rechtsakt der Union, der von einer deutschen Behörde umgesetzt wurde, so ist regelmäßig der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Dies gilt auch dann, wenn es um die Frage nach der Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht geht. Zwar kann das Gemeinschaftsrecht nicht unmittelbar vor deutschen Gerichten angegriffen werden; liegt jedoch ein nationaler Vollzugsakt vor, so ist dieser Vollzugsakt Gegenstand des Verfahrens mit der Folge, daß es sich um einen Akt deutscher öffentlicher Gewalt handelt, der an das Grundgesetz gebunden und vor deutschen Gerichten justiziabel ist.¹²⁰ Die Frage der Gültigkeit der europarechtlichen Norm wird dann gemäß Art. 234 EG (Vorabentscheidung) dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.

Beispiel: Die zuständige deutsche Behörde erläßt gegenüber dem Bundesbürger K die Verfügung, daß dieser aufgrund einer EG-Richtlinie die Ausfuhr bestimmter Produkte zu unterlassen habe. K kann vor deutschen Verwaltungsgerichten nicht unmittelbar gegen die EG-Richtlinie klagen, da diese keinen Akt deutscher Gewalt darstellt (zur Möglichkeit der Anrufung des EuGH vgl. Art. 230 IV EG). Richtet sich sein Klagebegehren jedoch gegen die bundesdeutsche behördliche Anordnung, so greift K einen Akt deutscher öffentlicher Gewalt an. Da es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, ist der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I S. 1 VwGO eröffnet. Das Gericht prüft dann inzident die Rechtmäßigkeit der Richtlinie am Maßstab des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Bestehen *Zweifel* über die Gültigkeit der dem Verwaltungsakt zugrundeliegenden EG-Richtlinie, darf das Verwaltungsgericht die EG-Richtlinie nicht verwerfen. Vielmehr muß es das Verfahren aussetzen und die Frage dem EuGH gemäß Art. 234 EG zur Entscheidung vorlegen. Nur der EuGH kann die Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht feststellen.

¹¹⁶ Zum Vergaberecht vgl. S. 14 f.

¹¹⁷ Vgl. dazu jüngst BVerfGE **102**, 147 ff. (Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung) mit Bespr. von *Lecheler*, JuS **2001**, 120 ff. Aus der jüngeren Literatur vgl. etwa *Schwarze*, NVwZ **2000**, 241 ff.

¹¹⁸ Zum europäischen Primär- und Sekundärrecht vgl. mein AllgVerwR, S. 41 ff.

¹¹⁹ *EuGH*, Slg. **1972**, 1005, 1015 – *Haegemann/Kommission*; Slg. **1980**, 617, 629 – *Ferweda/Produktschap voor Vee en Vlees*; *Schoch*, NVwZ **1999**, 457 (459); *Winter*, NVwZ **1999**, 467 (469).

¹²⁰ BVerfGE **58**, 1, 27 (*Eurocontrol I*).

Zu den europarechtlichen Bezügen des Verwaltungsrechts vgl. auch die Ausführungen zur Klagebefugnis auf S. 67, zur Klagefrist auf S. 98 f. und zur Vereinbarkeit der nationalen Rechtsgrundlage mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf S. 220 und 225.