

Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Kopp / Schenke

26., neubearbeitete Auflage 2020
ISBN 978-3-406-75084-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

nach einem anderen Abgrenzungskriterium erforderlich. Ergibt sich aber erst aus diesem die Qualifikation einer Handlung als öR, so bedarf es keines Rückgriffs auf die Subjektstheorie u wird diese als Abgrenzungskriterium überflüssig u funktionslos. Wie sich aus dem vorher Gesagten ergibt, wird denn auch nicht zu Unrecht ggü der materiellen Subjektstheorie der Vorwurf erhoben, eine allein auf sie gestützte Abgrenzung von öR u privatrechtlichem Handeln müsse letztlich immer in einen Zirkel einmünden (so Erichsen Jura 1982, 540). Der Versuch, diesen Zirkel zu vermeiden, indem das Zuordnungsobjekt dann als im Rahmen seiner Hoheitsgewalt berechtigt oder verpflichtet angesehen wird, wenn es in Ausübung „einer ihm nach westlichem Demokratieverständnis zukommenden oder übertragenen volksvertretenden Leitungs- u Ordnungsfunktion handelt“,⁴³ stellt – soll mit ihm eine substantielle Aussage verbunden werden – letztlich nichts anderes als einen **verklauusierten Rückgriff auf die Subordinationstheorie** dar (s auch Leisner JZ 2006, 871). Er ist aber damit all jenen Einwänden ausgesetzt, die ggü dieser heute als überwunden geltenden Theorie erhoben werden.

Auch ohne eine materielle Anreicherung der modifizierten Subjektstheorie lässt sich dem Phänomen des **Sonderprivatrechts** bereits auf der **Basis der formalen modifizierten Subjektstheorie** in dogmatisch befriedigender Weise **Rechnung tragen**. Auch wenn nämlich nach dieser Theorie Sonderrecht grds als öR zu qualifizieren ist, hindert dies den Gesetzgeber nicht, Sonderregelungen zu erlassen, welche auch für das privatrechtliche Handeln gelten sollen. Seine grundsätzliche Dispositionsbefugnis wird durch die modifizierte Subjektstheorie ebenso wenig wie durch andere der Abgrenzung von öffentlichem Recht u Privatrecht dienende dogmatische Konstrukte eingeschränkt. Aus der Anwendbarkeit von Sonderrecht kann desh dann nicht auf die öR Rechtsnatur eines hierdurch geleiteten Handelns geschlossen werden, wenn die **Auslegung** der betr Bestimmungen ergibt, dass es dem Gesetzgeber darum geht, diesen Vorschr unabhängig davon Geltung beizumessen, ob der Hoheitsträger öR oder privatrechtlich tätig wird oder dass sie sogar gerade für den Fall eines privatrechtlichen Handelns des Hoheitsträgers gelten sollen. So lässt sich etwa aus der Existenz des für den Staat geltenden materiellen Wirtschaftlichkeitsgebots, das ausschließlich an Hoheitsträger adressiert ist, noch nicht folgern, ein hierdurch gesteuertes Verhalten der Verwaltung sei öR; das gilt speziell dann, wenn sich das Wirtschaftlichkeitsgebot nach einfachgesetzlichen Regelungen tatbestandsmäßig ausdr auf das fiskalische Handeln des Staates erstreckt. Ähnliches gilt für im BGB enthaltene Sondervorschriften, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Beispielsweise spricht etwa bei Vorschr wie §§ 45 f, 928 Abs 2, 981 BGB nicht nur deren systematische Stellung im BGB, sondern auch, dass sie ausdr an den Fiskus adressiert sind, dafür, ihre Anwendung als privatrechtlich zu qualifizieren. Solche sondergesetzlichen Bestimmungen vermögen desh nicht den Grundsatz zu erschüttern, nach dem dort, wo für Hoheitsträger Sonderrecht gilt, idR auch der öR Charakter entspr Vollzugshandlungen indiziert ist. Der Grundansatz der modifizierten Subjektstheorie, die einen wichtigen, für die öR Rechtsnatur staatlichen Handelns sprechenden Topos benennt, wird hierdurch nicht in Frage gestellt. Gerade die **Anwendung von Sonderrecht** markiert idR das spezifisch Staatliche u beinhaltet desh einen bedeutsamen Sachgesichtspunkt, der für die Anwendung von öffentlichem Recht spricht u eine diesbezügliche (freilich widerlegbare) **Vermutung** begründet.

Immer öR ist eine Streitigkeit, wenn sich die Parteien in Bezug auf den Streitgegenstand in einem wirklichen oder jedenfalls unter Zugrundelegung des vom Kl vorgelegten Sachverhalts existenten **hoheitlichen Über- u Unterordnungsverhältnissen** gegenüberstehen (vgl GSOGB BGH 97, 312 = NJW 1986, 2359; NJW 1990, 1527 mwN; Bln DVBl 1992, 281); nicht gilt **jedoch auch umgekehrt**, dass, wenn dies nicht der Fall ist, keine öR Streitigkeit vorliegen könne (GSOGB BGH

⁴³ So NK-Sodan 305.

97, 312; NJW 1986, 2359 mißverständlich OLG München OLGZ 1987, 242). Vielmehr ist dann die Rechtsnatur des Streits nach der **modifizierten Subjektstheorie** zu bestimmen (§ näher Schenke 99 ff), wobei in noch verbleibenden Zweifelsfällen insb im Bereich der gesetzessfreien Verwaltung **auch durch andere Theorien für maßgeblich angesehene Gesichtspunkte ergänzend** mit herangezogen werden können.⁴⁴ Anhaltspunkte für die Zuordnung zum öffentlichen Recht bzw zu einem bestimmten Zweig des öffentlichen Rechts kann auch (was vor allem bei Realakten bedeutsam wird) der Gesichtspunkt des **Sachzusammenhangs** bzw der Sachnähe liefern (§ unten 12).

Ein **Drittes** neben öffentlichem u privatem Recht gibt es nicht, **auch nicht RVorschr, die beiden Rechtsbereichen zugehören**, sondern nur allg Rechtsgedanken, wie zB die Verpflichtung zu Treu u Glauben, die **parallel** in beiden Rechtsbereichen Geltung haben, oder auch RVorschr, die, wie die meisten Sätze des Vertragsrechts des BGB, als Ausdruck u Positivierung allg Rechtsgrundsätze **auch** im anderen Bereich **analog** anwendbar sind.⁴⁵

- 12 b) **Der Gedanke des Sachzusammenhangs.** Nicht ausr als Kriterium für den öR Charakter einer Streitigkeit ist es, dass eine Maßnahme usw der Erfüllung einer **öffentlichen Aufgabe** oder einer öffentlichen, ggf auch durch öffentliches Recht festgelegten, Zielsetzung dient;⁴⁶ denn **öffentliche Aufgaben** können nach hM vielfach **auch mit Mitteln u** in den Formen **des Privatrechts erfüllt** werden,⁴⁷ mit der Folge, dass auch die daraus entspringenden Streitigkeiten im ZRW auszutragen sind. **Das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe u** öR geregelte Zuständigkeiten sind jedoch immer ein (freilich widerlegbares) **Indiz** für den öR Charakter auch der Streitigkeit.⁴⁸ Umgekehrt bedeutet das **Fehlen ausdr öR Regelungen** für einen Sachverhalt nicht notwendig, dass das Rechtsverhältnis privatrechtlich ist. Der öR Charakter kann sich auch aus dem ungeschriebenen Recht, insb auch aus einer von der Sache her oder wg des Zusammenhangs mit öR Regelungen gebotenen **Anwendung allg Rechtsgrundsätze** des öffentlichen Rechts ergeben.

⁴⁴ S auch Lorenz § 11, 9; NK-Sodan 306 f mwN; **krit** hierzu Leisner JZ 2006, 872.

⁴⁵ Kopp GewA 1988, 356; **aA** Menger VerwA 1977, 293; Bettermann DVBl 1977, 180; Schwabe JZ 1987, 1073; Ehlers, Die Verwaltung in Privatrechtsform, 364: es gibt Normen, die sowohl dem Zivilrecht als auch dem öffentlichen Recht angehören; NK-Sodan 309: „gemeinsames“ Recht.

⁴⁶ GSOGB BGH 97, 312; BVerwG 47, 250; 61, 225; JZ 1990, 446: nicht öR, wenn einer jur Person des Privatrechts, im entschiedenen Fall der Stiftung Mutter u Kind, öffentliche Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nach Maßgabe von Richtlinien zur Verfügung gestellt werden; Bh 451, 55 Subventionsrecht Nr 31; BGH NJW 1993, 1647, 1657 u 1659; BayObLG NVwZ-RR 1991, 317 mwN; zT **aA** BGH NVwZ-RR 1989, 347: Versorgung der Bevölkerung mit Wasser erfolgt als gemeindliche Pflichtaufgabe im Rahmen der schlicht-hoheitlichen Verwaltung u ist daher als öR zu qualifizieren; ähnlich NVwZ-RR 1989, 388: Straßenbau erfolgt öR.

⁴⁷ 35, 103; BGH 48, 98; NJW 1979, 101; **krit** hierzu NK-Sodan 370 f; Schenke DÖV 1989, 370; Unruh DÖV 1997, 653; v Zezschwitz NJW 1983, 1873; noch weiterreichend Burmeister VVDStRL 52, 217; eingeh zur Problematik Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform. Zu dem interessanten Versuch einer allg Ausdehnung des öffentlichen Rechts durch die Trennung zwischen der Entscheidung über die Benutzung von Privatrechtsformen, die dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein soll, u der Abwicklung des entspr Rechtsverhältnisses nach privr Vorschr s Röhl VerwA 1995, 535 f u Ks NVwZ 2003, 238 – Rechtsschutz eines Schilderprägebetriebs gg die Vergabe von Räumen im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle durch den Landkreis an ein Konkurrenzunternehmen; zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben Bull VerwA 1995, 621; Schoch DVBl 1994, 962.

⁴⁸ GSOGB BVerwG 74, 370; NJW 1990, 1436; BVerwG 82, 282; BSG 35, 122; DÖV 1985, 490; BGH NJW 1993, 1656 – zu einem von einer Gebietskörperschaft betriebenen Zeltplatz –; Ms NJW 1990, 3226; ME VerwA 1969, 378; Br NVwZ 1990, 932; Ma NVwZ 1989, 265: öR, wenn Anhaltspunkte für zivilrechtliche Gestaltung nicht erkennbar sind; Brohm NJW 1994, 284.

In solchen Fällen ergibt sich die Rechtsnatur einer Handlung häufig erst aus dem **Sachzusammenhang** (79, 254; NK-Sodan 322; Schenke 121). Dies gilt insb auch für **Realhandlungen** öffentlicher Rechtsträger. So ist zB die Dienstfahrt eines Polizisten als ör anzusehen (vgl BGH NJW 1992, 1228; NK-Sodan 437; Schenke 121), ebenso der Anspruch auf Abwehr von **Immissionen**, die von einer ör betriebenen Einrichtung oder Anlage ausgehen (s näher unten 29) oder auf Herausgabe einer Sache, die unter Stützung auf ör Befugnisse von einer Behörde eingezogen wurde (Ms NVwZ-RR 2015, 399. S zu weiteren Beispielen unten 15, 22f, 26a; zu **amtlichen Äußerungen** 28 ff; zu **Wettbewerbs-handlungen** unten 30).

Auch der Streit über die **Zulässigkeit u Inhalt einer Auskunft** eines Hoheits-trägers ist, sofern es keine ausdr Rechtsgrundlage gibt, im Zweifel ör, wenn sich die Auskunft auf ein durch öffentliches Recht geregeltes Rechtsverhältnis bezieht, dagegen idR privatrechtlich, wenn sie sich zB auf ein privatrechtliches Rechtsverhältnis bezieht (BGH NJW 1987, 259; s unten 28). Entsprechendes gilt für den Streit um die Berechtigung einer **Aufrechnung** mit einer ör Forderung (s hierzu KR 105 u 107 zu § 35 VwVfG), Kündigung usw oder eines Anerkenntnisses in Bezug auf ein ör Rechtsverhältnis (s unten 26).

c) Vermutung für ör Handeln bei Hoheitsträgern. Soweit nicht die äußere Form des Handelns entgegensteht oder sonstige bes Umstände des Einzelfalles für eine privatrechtliche Gestaltung sprechen (s zum fiskalischen Handeln unten 25), ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich Behörden u öffentliche Rechtsträger bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch der dafür vorgesehenen ör Befugnisse bedienen.⁴⁹ Entsprechendes gilt für das Handeln **öffentlicher Anstalten** (s unten 16f). Allein die Rechtsstellung als **ör Körperschaft** genügt allerdings nicht, wenn es sich bei materieller Betrachtung um eine zwar dem Gemeinwohl verpflichtete, aber zugleich grundrechtsgeschützte Tätigkeit handelt (zum Bayerischen Roten Kreuz BayVerfGH BeckRS 2016, 47200; BayVGH BeckRS 2016, 10655; zu ör Religionsgemeinschaften unten 38). Auch **ör Sparkassen** haben die Rechtsbeziehungen zu den Kunden idR privatrechtlich ausgestaltet (zum Hausrecht unten 20; s aber zur Anwendbarkeit der Zweistufentheorie unten 16).

Umgekehrt ist das **Handeln privatrechtlich organisierter öffentlicher Unternehmen**⁵⁰ privatrechtlich (61, 225), es sei denn sie fungieren als Beliehene oder Verwaltungshelfer. S auch unten 14ff; ferner oben 9. Aus dem öffentlichen Recht kann sich allerdings ein **Anspr gg einen Hoheitsträger** ergeben, auf ein von ihm beherrschtes privatrechtlich organisiertes Unternehmen in einer bestimmten Weise einzuwirken (NJW 1990, 134; Schenke 106; näher unten 16).

Ör sind als „Kehrseite des Leistungsanspruchs“ auch Klagen gg die **Rückforde- 13a** rung von (nach Auffassung der Behörde) zu Unrecht erfolgten Zahlungen u anderen Leistungen bzw die Geltendmachung entspr **Erstattungsanspr**, wenn auch das Leistungsverhältnis ör war,⁵¹ zB für den **Erstattungsanspr des Bürgers wg** zu viel gezahlter Gebühren usw (vgl DÖV 1985, 577 mit näheren Ausführungen zum Inhalt dieses Anspr; OLG Köln VersR 1982, 607); **Klagen** von Betroffenen gg die Rückforderung vermeintlich zu Unrecht ausbezahlten **Gehalts** uä; auch dann wenn dieser jetzt nicht mehr Beamter ist (52, 72; 71, 355 = NJW 1985, 905;

⁴⁹ BGH 38, 52; NVwZ 1985, 517; Ma DÖV 1978, 571 mwN; Renck BayVBl 1978, 693; Kopp VwGO-Rspr 14; DVBl 1970, 724; Zuleeg VerwA 1982, 397; Erichsen Jura 1982, 544; v Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, 1973, 175; Lange NVwZ 1983, 318; Lorenz § 11, 14; Schenke 109f; v Zezschwitz NJW 1983, 1875.

⁵⁰ Zum Begriff RSt-Storr 662 ff. In der Transparenz-RL 2006/111/EG v. 16.11.2006 wird es legaldefiniert als „jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann“.

⁵¹ 48, 286 mwN; DÖV 1990, 521; BSG 61, 12; NJW 1984, 82; BGH 71, 182 mwN; 103, 255 = NJW 1988, 1731.

NVwZ 1990, 670). Dies gilt auch, wenn aufgrund einer lediglich irrig angenommenen, aber **nicht bestehenden** **ör Rechtsbeziehung** geleistet wurde (BSG 32, 52; BGH NJW 1978, 1385). Wenn bzw soweit eine Rückforderung **durch VA** geltend gemacht wird, ist unabhängig von der Rechtmäßigkeit des VA der VRW immer gegeben (§ oben 8 u 8b). Der Rechtsweg für den Rückforderungsanspruch wird auch dann durch die Rechtsnatur der Leistung bestimmt, wenn er sich gg einen **Rechtsnachfolger** richtet, zB

- zwischen **Pfändungsgläubiger** u einem Träger öffentlicher Gewalt als Drittschuldner, wenn der gepfändete Anspr (zB Steuerguthaben) ör ist (BFH NJW 1988, 1407; Ks NJW 1992, 1253);
- um die **Durchgriffshaftung für eine ör Forderung ggü** dem Alleingesellschafter einer GmbH (vgl BGH NJW 1972, 1257; BSG 19, 18);
- gg die **Erben** (37, 317; BSG 36, 137). Dies gilt auch, wenn die Behörde nicht wusste, dass der Berechtigte verstorben war u die **Leistung** des **versehentlich an den Erben gelangt** ist;⁵²
- gg **sonstige Dritte**, an die die Zahlung irrtümlich erfolgt war.⁵³
Der ZRW ist daher eröffnet zB für die **Klage auf Rückerstattung** einer zu Unrecht gezahlten **Entschädigung nach § 56 IfSG**,⁵⁴ oder nach der Rspr (BGH NJW 1979, 1710; 1980, 1571) für die **Klage auf Rückübertragung eines enteigneten**, aber für den Enteignungszweck nicht benötigten **Grundstücks** u für die Zahlung des Entgelts dafür (s. aber zur Gegenauffassung unten 62).

14 d) Beteiligung natürlicher oder juristischer Personen des Privatrechts.

Auch das Handeln Privater kann als ör zu beurteilen sein. Anknüpfungspunkt für die Rechtswegabgrenzung wird es aber nur, sofern diese **im Außenverhältnis selbständig** auftreten, wie es idR bei Beliehenen, aber auch bestimmten Fällen der Verwaltungshilfe der Fall ist. Eine **Beleihung** ist immer dann anzunehmen, wenn dem Privaten die Befugnis verliehen worden ist, Verwaltungsaufgaben **selbständig, in eigenem Namen u mit den Mitteln des ÖR** wahrzunehmen (Ossenbühl 17); stützen sie sich auf die ihnen übertragenen Befugnisse, ist der **VRW** gegeben,⁵⁵ zB für den Streit mit

- dem **Pensions-Sicherungs-Verein** als Träger der Insolvenzversicherung der betrieblichen Altersversorgung, soweit gem § 10 Abs 1 des G zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) die Beziehungen mit den einzelnen Arbeitgebern ör ausgestaltet sind, zB auf Zahlung von Beiträgen (Ms BeckRS 2015, 49525) oder auf Erteilung von Auskünften (Kissel 164 zu § 13 GVG);
- dem **Bezirksschornsteinfeger**, der gem §§ 13, 17 Schornsteinfeger-HandwerksG bei der Feuerstättenschau, der Bauabnahme u Tätigkeiten auf dem Gebiet des Immissionsschutzes sowie der rationellen Energieverwendung öffentliche Aufgaben wahrnimmt (zum alten Recht 84, 247 = NVwZ-RR 1990, 440; Ma VBIBW 1994, 67);

⁵² Ebenso Graf ZBR 1996, 383 ff; Martens NVwZ 1993, 27; Maurer JZ 1990, 863; **aA** (privatrechtlich) die Rspr, 84, 274 = NJW 1990, 2482; BGH 71, 180; 73, 202 = NJW 1979, 783; Ma NVwZ 1989, 892; Mü BayVB 1989, 610 = NJW 1990, 933.

⁵³ BSG 55, 252; 60, 34; 60, 209; BGH NJW 1967, 156; BFH NVwZ 1989, 799; Ks NJW 1991, 510; OLG Düsseldorf NJW 1988, 2674; FG BW NVwZ 1989, 191; Bettermann DVBl 1961, 921; ML 11a zu § 51 SGG; diff 71, 87 = NJW 1985, 2436; **aA** BSG 61, 11 = NVwZ 1988, 95; NVwZ 1988, 95; BGH NJW 1978, 1385; KG NJW 1977, 441.

⁵⁴ BGH NJW 1983, 2029 zu § 61 Abs 1 BSeuchenG aF (heute § 68 Abs 1 IfSG); NK-Sodan 443 ff.

⁵⁵ Vgl 61, 229; DÖV 1984, 1025, 1625; BGH NJW 1988, 443; Mü DÖV 1982, 371; NK-Sodan 359; Steiner NJW 1975, 1797. Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private erfordert eine Übertragung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes (98, 280; BVerfG NJW 1987, 2501); Mängel der Beleihung oder Übertragung der Befugnisse berühren die Rechtsnatur des Handelns nicht; insow genügt die organisatorische Zuordnung zu einem öffentlichen Rechtsträger (Kopp DVBl 1970, 727; zT **aA** DVBl 1970, 735).

- **Feld-, Forst-, Fischerei- u Jagdaufsehern**, zB nach § 25 Abs 2 BJagdG (NK-Sodan 360);
 - **amtlich anerkannten Prüfingenieuren** (DÖV 1972, 500; OLG Hamm NVwZ 1989, 502);
 - **Sachverständigen für den Kraftfahrzeugverkehr** bei der Abnahme von Fahrprüfungen (§§ 15 ff FeV) u der Prüfung von Kfz (§ 29 StVZO). Von der Rspr wird hier zB der Technische Überwachungsverein als Beliehener angesehen;⁵⁶
 - privaten Investoren, die nach § 2 FStrPrivFinG für die von ihnen gebauten u unterhaltenen Straßen mit dem Recht der **Erhebung von Straßenbenutzungsgebühren** beliehen wurden (Sch-Ehlers/Schneider 278; Steiner NJW 1994, 3150; Schmidt NVwZ 1995, 38); zur **Fernstraßenmaut** s unten 14b;
 - der **Telekom** über die Verlegung einer Telekommunikationslinie wg einer im Straßenraum neu herzustellenden bes Anlage gem § 75 Abs 2 TKG (NVwZ-RR 2009, 308 im Anschluss an BGHZ 162, 78);
 - **Postdienstleistern**, soweit sie als **beliehenes Unternehmen** bei der **förmlichen Zustellung** nach den Vorschr des Prozess- u Verfahrensrechts fungieren (§ 33 Abs 1 PostG), s OLG Hamm NVwZ-RR 2014, 914; Gramlich NJW 1996, 617; insow haftet er nach Amtshaftungsgrundsätzen (§ 35 PostG);
 - **Beliehenen**, die nach §§ 3 Abs 1, 4 Abs 1 iVm § 2 Abs 1 UIG zur **Herausgabe von Umweltdaten** verpflichtet sind; **bei sonstigen Privaten**, die gem § 2 Abs 1 Nr 2, Abs 2 UIG informationspflichtig sind, ist der VRW aufgrund ausdr Zuweisung eröffnet (s unten 14a);
 - auf landesrechtlicher Grundlage öffentlich bestellten **Vermessungsingenieuren** (NVwZ-RR 1989, 359; 1998, 152; Ms OVG 41, 144; NK-Sodan 360);
 - **staatlich anerkannten privaten Ersatzschulen** hins ihrer Aufnahme-, Versetzungs-, Prüfungs- u Abschlussentscheidungen;⁵⁷ gleiches gilt für Prüfungsrechtsstreitigkeiten mit staatlich anerkannten privaten Hochschulen (Ks NVwZ-RR 2014, 117); dagegen sind **staatlich genehmigte Privatschulen nicht** beliehen (45, 119; NK-Sodan 361) u Streitigkeiten daher privatrechtlich.
- Nicht** gegeben ist der **VRW** dagegen, da keine relevanten ör Kompetenzen übertragen sind, für den Streit
- eines Trainers mit einem **Trabrennverein** über die Erteilung einer Traberlizenz (DÖV 1977, 784; s auch 61, 225);
 - betr die **Akkreditierung eines Hochschulstudiengangs** (Meyer DÖV 2010, 475; Pautsch WissR 2005, 215; aA Lege JZ 2005, 702);
 - betr. die Leistungsprüfung u Zuchtwertschätzung durch anerkannte Zuchtorganisationen nach § 7 Abs 1 **TierzuchtG** (v. 21.12.06 BGBl. I 3294).⁵⁸

e) Selbständig handelnde Private und Dienstleistungskonzessionen. 14a

Soweit **Private im Außenverhältnis selbständig** auftreten, **ohne mit ör Befugnissen beliehen** zu sein, ist ihr Handeln grds **privatrechtlich** (ebenso Sch-Ehlers/Schneider 285). Die wichtigsten Fälle stellen die sog **Dienstleistungskon-**

⁵⁶ BGH NVwZ-RR 2001, 147; Mü NJW 1975, 1796; aA zB Sch-Ehlers/Schneider 278; s schon Götz DÖV 1975, 212 der die Entscheidung des Prüfers direkt der Zulassungsstelle zurechnet.

⁵⁷ BVerfG 27, 202f; BVerwG 17, 42; Ms NVwZ 1990, 678f; NK 361; dagegen sollen disziplinarische Maßnahmen wie ein Schulverweis privatrechtlichen Charakter haben (BGH DVBl 1962, 70; NK-Sodan 361).

⁵⁸ S bereits zu § 8 TierZG aF 61, 222; die Zuständigkeit privater, nach § 3 TierZG anerkannter u gem § 22 TierZG staatlicher Aufsicht unterstehender Tierzuchtorganisationen ist nunmehr der Regelfall, eine Übertragung der „Durchführung“ gem § 8 Abs 3 S 1 Nr 1 TierZG auf Behörden die Ausnahme (wobei dann gem § 8 Abs 3 S 2 TierZG wiederum Beilehung u Verwaltungshilfe „Dritter“ ermöglicht wird, was zeigt, dass es sich bei § 7 Abs 1 TierZG nicht um eine solche handeln kann); s Weinberger, in: Dombert/Witt, Münchner Anwaltshandbuch Agrarrecht, 2011, § 22, 65 ff.

zessionen dar, bei denen sich der Private ggü der öffentlichen Hand zur Erbringung einer bestimmten Leistung verpflichtet, das Entgelt aber nicht von dieser bekommt, sondern unmittelbar von den Privaten, die die Dienstleistungen in Anspruch nehmen.⁵⁹ Diese Grundsätze gelten trotz der Beherrschung durch den Staat auch für **öffentliche Unternehmen** (zur DB Netz AG NVwZ-RR 2019, 1029; s auch 155, 230; NVwZ 1990, 754; BGH NJW 1997, 744; Mü NVwZ-RR 1997, 160). Ebenfalls **privatrechtlich** sind

- Streitigkeiten mit den Nachfolgeunternehmen der früheren Bundespost, die gem Art 87f Abs 2 S 1 GG privatwirtschaftlich tätig sind;⁶⁰ auch der Streit über die Zulassung zur Benutzung ihrer Einrichtungen unterfällt daher § 13 GVG;⁶¹
- Anspr auf Zulassung zur Benutzung von **privatrechtlich organisierten Flughäfen**, da die Flughafenunternehmer nicht mit hoheitlichen Befugnissen belie- hen werden.⁶²

Anders ist nur zu entscheiden, wenn sich aus den gesetzlichen Regelungen er- gibt, dass ihre Tätigkeit ebenfalls ör sein soll (s zur Ausführung des Rettungsdien- tes durch Hilfsorganisationen nach dem Landesrettungsdienstrecht LÜ NdsVBl 1999, 285; BGH NVwZ-RR 2010, 503; AG Kehl NVwZ-RR 2012, 216; **aA** Schoch JK 1/11 VwGO § 40 I 1/38). Außerdem kann der Gesetzgeber **Streitig- keiten zwischen Privaten ausdr auf den VRW verweisen**, wie es bspw bei **Umweltinformationsansprüchen** ggü Verwaltungshelfern in § 6 Abs 1 UIG u den aufgrund § 6 Abs 5 erlassenen parallelen landesrechtlichen Vorschriften zum Rechtsweg geschehen ist; in einem solchen Fall spielt die eigentliche Rechtsnatur des Informationsanspruches (als zivilrechtlich, ebenso Sch-Ehlers/Schneider 32; Guckelberger UPR 2006, 91; Louis NuR 2013, 88) keine Rolle.

- 14b f) **Handeln von (unselbständigen) Verwaltungshelfern und sonstigen durch die öffentliche Hand in Dienst Genommenen**. Nicht rechtswegrele- vant ist das Verhalten Privater dann, wenn sich die Verwaltung ihr Handeln wie **eigenes zurechnen lassen muss**, weil sie die Verantwortung für die Aufgabener- ledigung nicht aus der Hand geben darf (hierzu ausf Schenke FG BGH III 70ff). Dies betrifft immer die Eingriffsverwaltung, kann sich aber auch aus anderen Vorschr ergeben (zB Straßenbaulast als öR wahrzunehmende Aufgabe). Dies setzte nach der früheren Rspr voraus, dass die Behörde einen solchen Einfluss auf den Privaten ausübte, dass man ihn als „Werkzeug“ ansehen musste (BGH 48, 103). Hiervon ist der BGH jedoch zunächst für die Eingriffsverwaltung (**Abschleppen eines Kfz** durch von der Polizei beauftragtes Unternehmen) zu Recht abgerückt. Die entspr Grundsätze dürften sich aber auch auf die Leistungsverwaltung übertra- gen lassen, soweit diese aufgrund gesetzlicher Vorgaben öR durchzuführen ist. IdS beschreibt das Merkmal der „Unselbständigkeit“ allein die funktionale Zuordnung zum Staat, unabhängig davon, ob das Innenverhältnis öR oder privatrechtlich gestal- tet ist. Daher ist die Klage grds gg den Hoheitsträger zu richten, da das Handeln dem Verwaltungshelfer nicht persönlich, sondern **dem Rechtsträger zugerechnet wird, in dessen Auftrag** sie tätig werden (UL § 9, 5; s allg auch oben 14), zB
- der Gemeinde das Handeln eines Unternehmens, dessen sie sich zum **Bau einer öffentlichen Straße** über ein privates Grundstück bedient (BGH 72, 292; NJW 1980, 1679; OLG München BayVBl 1976, 157) oder der für die Gemein- de den Bau eines Abwasserkanals, dessen unsachgemäße Ausführung Risse an einem Haus zur Folge hat, ausführt (**aA** BGH NVwZ 1984, 677 mwN: rein privatrechtlich, nur Ausgleichsanspr aus Nachbarrecht);

⁵⁹ Zum Begriff der Dienstleistungskonzession EuGH NZBau 2011, 239; s auch Ruthig/ Zimmermann NZBau 2009, 485.

⁶⁰ Ebenso BGH 130, 13 = NJW 1995, 2295; BVerwG NJW 1996, 1010.

⁶¹ Ebenso BGH NJW 95, 875; OLG Frankfurt NJW 1994, 1226; Sch-Ehlers/Schneider 398 unter Verweis auf Vorauf; Gramlich NJW 1996, 617 jeweils mwN.

⁶² BGH NJW-RR 1997, 1019; Ey-Rennert 56; Sch-Ehlers/Schneider 279.

- die Gemeinde als **Marktveranstalter** das Verhalten einer in die Durchführung des Marktes eingeschalteten Kommission oder jurP des Privatrechts (etwa Ma BeckRS 2009, 41414; s dazu auch RSt-Ruthig 386);
- dem Bund das Handeln der **Toll Collect GmbH**, soweit sie nach § 4 Abs 3 BFStrMG mit dem Betrieb des Mauterhebungssystems betraut ist (NVwZ 2011, 41; Klage gg den Bund; s auch Peres/Lampert NVwZ 2014, 105; Beileihung (nur) bei der Überwachung der Straßennutzung im Rahmen der Mauterhebung nach § 7 Abs 1 S 2 u der nachträglichen Erhebung der Maut nach § 8 Abs 1 S 2 BFStrMG);
- dem ör Entsorgungsträger das Handeln eines mit der Verwertung u Beseitigung beauftragten (privaten) Dritten nach § 22 KrWG (NVwZ 2007, 1186 zu § 16 Abs 1 S 2 KrWG), ungeachtet dessen (§ 22 S 2 KrWG), ob darin ein öffentlicher Auftrag oder eine Dienstleistungskonzession zu sehen ist.⁶³
- dem Träger der Polizei das Handeln eines Tankstellenbesitzers, bei dem die Polizei ein **Fahrzeug zur Sicherstellung** abstellt (AG Hamm MDR 1978, 51), oder des Privaten, der für die Polizei das **Abschleppen eines** verkehrswidrig abgestellten **PKW** durchführt;⁶⁴
- die **Blutabnahme** durch einen von der Polizei damit beauftragten Arzt;⁶⁵
- der Straßenverkehrsbehörde bzw ihrem Träger das **Aufstellen eines Verkehrszeichens** für die Zeit von Straßenbauarbeiten durch einen Bauunternehmer (35, 335) sowie die Einschaltung einer Spezialfirma zur **Programmierung einer Ampelanlage** (Sch-Ehlers/Schneider 287; Ossenbühl JuS 1973, 423; aA früher BGH NJW 1971, 2220).

5. Beispiele öffentlichrechtlicher Streitigkeiten: Ör Streitigkeiten iSd § 40 liegen vor allem dann vor, wenn der Streit die **Ausübung von** im öffentlichen Recht wurzelnden (s oben 7 ff) **hoheitlichen Befugnissen** betrifft, die wirklich oder aufgrund des vom Kl behaupteten Sachverhalts (s oben 6) bestehen. Stellt sich das Handeln einer Behörde, gg das sich der Kl wehrt oder das er begehrt, bei objektiver Betrachtung u ggf entspr **Auslegung des Klagebegehrens** als VA dar (s zum Begriff des VA 1 ff zu Anh § 42), so ist immer der VRW gegeben (13, 308 f; 30, 212; 40, 84). **Ob die Regelung durch VA erfolgen durfte** oder darf, ist dann eine **Frage der Begründetheit** (37, 234; s auch oben 8b u 5 zu Anh § 42).

Gleichwohl bedarf die Anwendung der dargestellten Kriterien in **komplexen Rechtsbeziehungen** besonderer Aufmerksamkeit. In diesen wird sehr häufig auf die **sog Zweistufentheorie** zurückgegriffen (zur Entstehung im Subventionsrecht 1, 308; Ipsen Wacke-FS 1972, 139). Danach wird zwischen dem idR ör „Ob“ u dem idR zivilrechtlichen „Wie“ unterschieden. Bei näherer Hinsicht ist zu differenzieren: sofern sich in der konkreten Ausgestaltung tatsächlich eine Stufung feststellen lässt, ist diese zu berücksichtigen. Andernfalls ist auf eine fiktive Aufspaltung zu verzichten (krit auch Sch-Ehlers/Schneider 261 ff). Bedenken bestehen jedenfalls gg die grds Annahme, dass Rechtsgeschäfte u Rechtshandlungen, die in vergleichbarer Weise auch zwischen Privaten vorkommen, aber **mit einer spezifisch ör Zielsetzung ggü dem Vertragspartner** u in unmittelbarem Zusammenhang mit ör Regelungen erfolgen, die nicht nur Modalitäten dieses Handelns betreffen u bestimmten Regelungen unterwerfen, sondern **das Ziel u den Inhalt des Han-**

⁶³ Für Unzulässigkeit einer Dienstleistungskonzession OLG Düsseldorf NZBau 2012, 192; bestätigt von BGH NZBau 2012, 586; s dazu Dieckmann, in: Jarass/Petersen, KrWG, 55 zu § 22.

⁶⁴ BGH 121, 166 = NJW 1993, 1259; B-v Albedyll 40; NK-Sodan 366; Ossenbühl 22 f; Schenke FG BGH III 70; PolR 727; Schieferdecker, Die Entfernung von Kraftfahrzeugen als Maßnahme staatlicher Gefahrenabwehr, 1998, 317 ff; Schimikowsky VersR 1984, 316; Württenberger DAR 1983, 160; Medicus JZ 1967, 64; zur Erstattung der Abschleppkosten s unten 26.

⁶⁵ Ebenso Sch-Ehlers/Schneider 287; tlw abw OLG München NJW 1979, 608. Zur Frage, ob hier bei Strafverfolgungsvorsorge § 23 EGGVG einschlägig ist s 7 zu § 179.

delns zumindest mitbestimmen, jedenfalls hins des „Ob“ als ör zu beurteilen seien (vgl Kopp BayVBl 1980, 609; ähnlich auch Zuleeg DÖV 1988, 654). Dem liegt die heute nicht mehr zutr (dazu auch StBS-Stelkens 109 zu § 35 VwVfG) Annahme zugrunde, die Behörde müsse über ör Anspr, die auf Abschluss privatrechtl Verträge gerichtet sind, zwingend zunächst durch VA entscheiden. So lange die Entscheidung über das „Ob“ aber ein Akt interner Willensbildung bleibt, lässt sich daraus keine erste (ör) Stufe konstruieren. Andernfalls müsste man nicht nur bei der Auftragsvergabe (§ dazu unten 25a), sondern bei jeder Teilnahme am Privatrechtsverkehr eine zweistufige Ausgestaltung annehmen (§ auch Ziekow/Siegel ZfBR 2004, 33; vgl aber auch zur Zuordnung zum öffentlichen Recht aufgrund eines konkludent in der Handlung zu sehenden VAs 13 ff zu § 42). Zur Sicherung ör Bindungen ist die Zweistufentheorie jedenfalls nicht erforderlich (ebenso Sch-Ehlers/Schneider 299 zu Subventionen u Ruthig NZBau 2005, 498; Widmann 178 ff zum Vergaberecht), erst recht nicht zur Geltendmachung von Grundrechtsbindungen. Diesen kann vielmehr auch auf der Ebene des Zivilrechts Rechnung getragen werden, sodass sie auch nicht rechtswegbestimmend sind (§ oben 5). Daher ist im Verwaltungsprivatrecht nicht nur eine einstufig ör, sondern auch eine einstufig privatrechtliche Ausgestaltung denkbar (vgl zu Subventionen unten 20 ff). Etwaige Rechtsschutzdefizite sind dann auf der Ebene des Zivilrechts zu lösen u insb nicht durch die normative Konstruktion einer ersten Stufe zu beheben, die im tatsächlichen Ablauf keinen Niederschlag findet (Ms NvwZ 1984, 522; BGH WM 1987, 1377; **aA** Ey-Rennert 49 zur Auftragsvergabe). Die mit einer unkrit Anwendung der Zweistufentheorie verbundenen Schwierigkeiten lassen sich schließlich nicht mit ihrer weiteren Ausdifferenzierung beheben (vgl zu einer Zweiebenentheorie Sch-Ehlers/Schneider 265, 267 ff; zur Differenzierung zwischen echter u unechter Zweistufentheorie im Subventionsrecht Dorf NVwZ 2008, 579; krit Mühlbert 806; Weissenberger GewA 2009, 466).

- 16 a) **Zulassung zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen**. Nach der „klassischen“ **Zweistufentheorie** (§ zur Kritik oben 15a) richtet sich die **Entscheidung (VA) über die Zulassung** zur Benutzung einer öffentlichen Einrichtung im Rahmen ihrer ör (durch Widmung begründeten) Zweckbestimmung **nach Sonderrecht u damit grds nach öffentlichem Recht** (§ oben 11, 19), auch wenn die Benutzung iU privatrechtlich geregelt ist.⁶⁶ Gleiches gilt für Klagen auf **Unterlassung einer Benutzung** oder sonstigen Inanspruchnahme (**aA** BGH 33, 230; OLG Koblenz MDR 1981, 671). Dazu muss die Zulassung als solche **ör geregelt** oder die Einrichtung zumindest (uU konkludent) **gewidmet** sein. Für die Zulassung zu **Einrichtungen der Daseinsvorsorge** ist dies im Zweifel anzunehmen mit der Folge, dass insow für Streitigkeiten jedenfalls über die Zulassung dann ebenfalls der VRW gegeben ist.⁶⁷ Dies gilt auch, wenn zivilrechtliche Vorfragen eine Rolle spielen (Mü BeckRS 2019, 1038 zur Frage, ob der Zulassungsanspr durch die gerichtlich bestätigte Kündigung des früheren zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses ausgeschlossen wird). Um eine ör Streitigkeit handelt es sich in diesen Fällen auch dann, wenn der Bekl (der Staat, eine Gemeinde usw) die öffentliche **Einrichtung**⁶⁸ **nicht selbst betreibt**, aber die Einrichtung zumindest tatsächlich kontrolliert u ihre Entscheidungen bestimmt u der Kl vom Bekl (Staat bzw Ge-

⁶⁶ 91, 135; NJW 1990, 134 mwN; BGH NJW 1987, 831; Mü NJW 2013, 250; VG Mü BeckRS 2018, 2481; Gä-Haack 107 ff; Goldammer DÖV 2013, 416, 419 ff; Hk-Unruh 113; KR 79 zu § 35 VwVfG; NK-Sodan 344; zT **aA** Ehlers Jura 2012, 695 f, 849; Ossenbühl DVBl 1973, 289; VG Berlin JZ 1962, 86; ein einheitliches, dem öffentlichen Recht unterliegendes Rechtsverhältnis; krit ggü der Zweistufenlehre auch NK-Sodan 353 f; diff für eine Zweiebenentheorie Sch-Ehlers/Schneider 261 ff.

⁶⁷ Vgl Mü NVwZ 1999, 1122; Ms NVwZ-RR 1993, 318; VG Frankfurt NJW 1993, 2667; Heinze NVwZ 1993, 1145; zT **aA** BVerwG DVBl 1976, 951. Ausf zu den unterschiedlichen Konstellationen StBS-Stelkens 117 ff zu § 35 VwVfG.

⁶⁸ Zum Begriff der öffentlichen Einrichtung Lü DVBl 2013, 253.