

Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Kommentar

Bearbeitet von

Begründet von Erich Eyermann, und Ludwig Fröhler, Michael Happ, Vorsitzender Richter am Bayerischen
Verwaltungsgerichtshof a.D., Dr. Michael Hoppe, Prof. Dr. Ingo Kraft, Richter am
Bundesverwaltungsgericht, Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Vizepräsident des Bundesverwaltungsgerichts,
und Prof. Dr. Isabel Schübel-Pfister

15. Auflage 2018. Buch. XXIX, 1472 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 72812 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Verwaltungsverfahren,
Verwaltungsprozess](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

mithaftenden **Vermögensübernehmer** (§ 419 BGB; BSGE 60, 209 = NJW 1987, 1846). Leitet ein Hoheitsträger eine privatrechtliche Forderung durch Verwaltungsakt auf sich über, so gehört der Streit um die Rechtmäßigkeit der **Überleitung** vor die Verwaltungsgerichte, während der Streit um die übergeleitete Forderung privatrechtlich bleibt (BVerwGE 21, 334; DÖV 1980, 49; zu § 93 SGB XII: BVerwGE 34, 219 (58, 209); vgl. noch → Rn. 63). Ein **Amtshilfeanspruch** richtet sich nach dem Recht der ersuchten Behörde, nicht nach dem der ersuchenden (BVerwG NJW 1986, 467; beachte aber §§ 8a ff. VwVfG).

Akzessorische Verpflichtungen teilen die Rechtsnatur der Hauptpflicht. Deshalb ist die Sicherungsgestellung oder der Schuldbeitritt zu einer etwaigen Subventionsrückzahlungspflicht, wenn diese öffentlich-rechtlich wäre, ebenfalls nach öffentlichem Recht zu beurteilen (BVerwGE 139, 125 Rn. 17; vgl. BGHZ 209, 316 Rn. 21; BSG SozR 4–3500 § 75 Nr. 3, Nr. 5). Hingegen soll eine Bürgschaft immer bürgerlich-rechtlicher Art sein (→ Rn. 74). Auch die Gesellschafterhaftung beruht auf privatem Gesellschaftsrecht, ungeachtet der Rechtsnatur der Schuld der Gesellschaft (OVG Berlin-Brandenburg 2.3.2015 – 5 L 15.14; vgl. BVerwG NVwZ 2017, 1463). **Nebenverfahren** gehören in den Rechtsweg der Hauptsache. Deshalb ist etwa der Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens zur Feststellung von Lärmimmissionen einer öffentlichen oder hoheitlich genehmigten Anlage beim Verwaltungsgericht anzubringen (OLG Nürnberg DÖV 2013, 912 Ls.). Ein Verlangen auf **Akteneinsicht** zur Vorbereitung einer Wettbewerbsklage teilt deren – private – Rechtsnatur (BVerwGE 156, 320 – Konzessionsvertrag).

Der Rechtsweg für das **Vollstreckungsverfahren** – auch für Vollstreckungsgegenklagen und Titelherausgabeklagen – richtet sich wegen der Formalisierung des Vollstreckungsrechts nach der Rechtsnatur des Titels, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben wird, nicht nach der titulierten Forderung (BVerwG NVwZ 2007, 845; OVG Münster NWVBl 1993, 358; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2000, 326 (327); BGH NJW-RR 2006, 645; SSB/Pietzner/Möller § 168 Rn. 2). Ob anderes bei vollstreckbaren notariellen Urkunden gilt (so BVerwGE 96, 326 (329); BGH NJW 1994, 2620), ist zweifelhaft (kritisch SSB/Pietzner/Möller § 168 Rn. 24; vgl. noch → Rn. 74).

Bei **negativen Feststellungsklagen** ist die Natur des vom Beklagten beanspruchten Rechts entscheidend (vgl. GmSOGB BGHZ 102, 280 (284); BVerwG NZA-RR 1998, 380 = ZBR 1998, 424), das sich aber wiederum zunächst aus dem Klägervortrag, nur subsidiär aus dem Beklagtenvorbringen ergibt (BGH MDR 2011, 1063). Die **Widerklage** muss ihrerseits zulässig sein; ein rechtswegfremder Anspruch kann auch widerklagend nicht verfolgt werden (→ § 89 Rn. 14). Der Beklagte kann aber gegen die Klageforderung materiellrechtlich auch mit einer rechtswegfremden Gegenforderung **aufrechnen**, sofern die Voraussetzungen der §§ 387, 390 BGB erfüllt sind (zur Auswirkung von § 80 vgl. Detterbeck DÖV 1996, 889). Die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnung macht die Gegenforderung zwar nicht rechtshängig (→ § 41 Rn. 15, → § 90 Rn. 6), kann aber zu ihrer rechtskräftigen Aberkennung führen (§ 322 Abs. 2 ZPO; → § 121 Rn. 20). Weil dies einen Übergriff in die Kompetenz der anderen Gerichtsbarkeit darstellte, darf das Erlöschen der Klageforderung infolge der Aufrechnung nur ausgesprochen werden, wenn die rechtswegfremde Gegenforderung rechtskräftig oder bestandskräftig festgestellt oder unbestritten ist (BVerwGE 77, 19; NJW 1993, 2255). Andernfalls hat das Gericht den Rechtsstreit auszusetzen (§ 94) oder – bei Spruchreife der Klageforderung – ein Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO) zu erlassen und das Nachverfahren auszusetzen (nicht wahlweise; aA BayVGH BayVBl. 1982, 245). Das gilt ohne weiteres, wenn der Streit über die Gegenforderung bereits anhängig ist (dazu BFH NVwZ-RR 1998, 790; OLG Frankfurt NJW 2015, 2512), und erfolgt andernfalls mit der Maßgabe, dass der Beklagte binnen Frist die Gegenforderung vor dem für sie zuständigen Gericht einklagen muss (BVerwG NJW 1999, 160; vgl. allg. BVerwGE 77, 19 (25); VGH Mannheim NVwZ 1990, 684; Pietzner VerwArch 73 (1982), 453; 74 (1983), 59; Detterbeck DÖV 1996, 889 (898)). Lässt der Beklagte die Frist verstreichen, entscheidet das VG ohne Rücksicht auf die Aufrechnung. Nicht zugänglich ist

es hingegen, den Rechtsstreit wegen des Nachverfahrens in den anderen Rechtsweg zu verweisen (so aber BAG NJW 2008, 1020); Verweisung setzt Rechtshängigkeit voraus (→ § 41 Rn. 24), und die Aufrechnung macht nicht rechtshängig (→ § 41 Rn. 15). Zudem wäre jedenfalls ein denkbarer Schadensersatzanspruch wiederum dem anderen Gericht rechtswegfremd. § 17 Abs. 2 GVG ermöglicht keine andere Verfahrensweise (str.; → § 41/ §§ 17–17b GVG Rn. 19; zum Problem noch Skamel NJW 2015, 2460; vgl. noch BGH NJW 2014, 2798 zur Aufrechnung mit einer Forderung, für deren selbständige Geltendmachung die internationale Zuständigkeit fehlt).

- 39 c) Vorfragen.** Dem für den Streitgegenstand zuständigen Gericht kommt auch die sog. **Vorfragenkompetenz** zu, dh die Kompetenz zur Beantwortung solcher Vorfragen, für die, stellten sie sich principaliter, an sich ein anderer Rechtsweg eröffnet wäre. Die Rechtsnatur solcher Vorfragen beeinflusst damit die Rechtswegfrage nicht (GmSOG BGHZ 102, 280 (283); BVerwGE 10, 209 (211); 38, 281 (285); 65, 260 (262); NJW 2013, 2298). Das gilt grundsätzlich auch für verfassungsrechtliche sowie europarechtliche Vorfragen; allerdings sind die diesbezüglichen Vorlagepflichten aus Art. 100 Abs. 1 GG (BVerwGE 50, 124 (131)) und Art. 267 AEUV (EuGH DVBl 1988, 37) zu beachten. Bildet die Vorfrage den Gegenstand eines anderen schwebenden Verfahrens, so kann ausgesetzt werden (vgl. näher § 94); auch die anderweitige Rechtshängigkeit der Vorfrage beseitigt indes die Vorfragenkompetenz als solche nicht. Muss nach materiellem Recht über eine Frage in einem gesonderten Verfahren, etwa durch gesonderten Verwaltungsakt, entschieden werden, so bildet diese Frage keine Vorfrage, sondern das Vorliegen der gesonderten Entscheidung ist als solches Anspruchsvoraussetzung; muss der Kläger die gesonderte Entscheidung erst herbeiführen, ggf. vor den für ihn zuständigen Gerichten erstreiten, so kann der Rechtsstreit ausgesetzt werden (wenig genau BVerwGE 56, 79 (87); 56, 87 (95); 56, 96 (101)). Eine andere Frage ist, ob die anderweitig bereits getroffene Entscheidung über die Vorfrage bindet (BVerwGE 151, 102 – Inzidentprüfung einer amtsgerichtlichen Haftanordnung; → Rn. 135). Die Vorfragenkompetenz soll enden, wo die Vorfrage für das klägerische Interesse eigentlich Hauptfrage ist, also eine missbräuchliche Rechtswegerschleichung vorliegt (SSB/Ehlers/Schneider Rn. 215). § 87 GWB schließt die Vorfragenkompetenz wegen kartellrechtlicher Vorfragen aus; diese Sachen müssen an die Kartellgerichte verwiesen werden (BAG NJW 2018, 184). Nicht lediglich eine Vorfrage wirft die prozessuale Geltendmachung einer **Aufrechnung** auf (vgl. → § 41/ §§ 17–17b GVG Rn. 15, 19), weshalb zwar über die Wirksamkeit der Aufrechnung (Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit, Einredefreiheit; vgl. §§ 387, 390 BGB), nicht aber über den Bestand einer rechtswegfremden Gegenforderung ohne weiteres entschieden werden darf (→ Rn. 38).
- 40** Beeinflusst die Rechtsnatur einer Vorfrage hiernach den Rechtsweg grundsätzlich nicht, so kann doch die sachliche Prüfungskompetenz des Gerichts hinsichtlich der Vorfrage beschränkt sein. Hängt die Beurteilung einer privatrechtlichen Streitigkeit von einem Verwaltungsakt ab, so sind die Zivilgerichte auf die Frage seiner Wirksamkeit (Vollziehbarkeit, fehlende Nichtigkeit) beschränkt; die Prüfung seiner Rechtmäßigkeit steht ihnen nicht zu. Anderes gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur bei Amtshaftungsklagen (beachte freilich § 839 Abs. 3 BGB; sehr weitgehend BGHZ 113, 17 mAnm Schröder DVBl 1991, 751) sowie Entschädigungsklagen aus enteignungsähnlichem Eingriff (dazu → Rn. 119), da es hier nach materiellem Recht nicht auf die Wirksamkeit, sondern auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns ankommt (→ § 121 Rn. 18). Fehlt die staatliche Gerichtsbarkeit für eine kirchenrechtliche Frage überhaupt, so darf diese auch nicht als Vorfrage entschieden werden (BVerwGE 95, 379; vgl. → Rn. 93). Hält das Gericht seine Kompetenz aber in einer Vorfrage fehlerhaft für beschränkt, so kann Art. 19 Abs. 4 GG verletzt sein (BVerfG-Kammer NVwZ 2010, 1482).
- 41 2. Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Allgemeinen.** Der deutschen Rechtsordnung liegt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht traditionell zugrunde. Einigkeit über ein für alle Zweifelsfragen tragfähiges Abgren-

zungskriterium besteht nicht und kann schon wegen des Wandels der Rechtsordnung nicht bestehen. Die Tauglichkeit der im Laufe der Zeit entwickelten zahlreichen **Abgrenzungstheorien** ist darum durchweg nur relativ, bei größerer oder geringerer Tragweite; ihr Wert besteht vor allem darin, jeweils einzelne Aspekte des Sachproblems hervorzuheben (zum Verbindenden der hauptsächlich vertretenen drei Theorien Hufen § 11 Rn. 14). Die **Rechtsprechung** hängt darum keiner Theorie an, sondern bedient sich im Bemühen um eine im Einzelfall sachgerechte Zuordnung des einen oder anderen theoretischen Ansatzes oder auch einer Kombination mehrerer Theorien (GmSOGB BGHZ 108, 284 (287); BVerwGE 89, 281 (282); NJ 1995, 214 = Buchholz 300 § 13 GVG Nr. 4; BGHZ 121, 126 (128); vgl. Hufen § 11 Rn. 18). Das erweckt den Eindruck einer nur schwer systematisierbaren Kasuistik (kritisch SSB/Ehlers/Schneider Rn. 218, 229). **Neuere Versuche** bieten kaum einen Ausweg. Das gilt auch für den Versuch der sog. Gesetzgebungskompetenztheorie, die vordergründig die Beobachtung fruchtbar zu machen versucht, dass das Privatrecht überwiegend Bundesrecht, das Verwaltungsrecht hingegen zumeist Landesrecht ist (Stelkens, Verwaltungsprivatrecht, 2005). Seinen materiellrechtlichen Kern findet dies im Gedanken der Privatrechtsbindung der öffentlichen Hand; doch dürfte der Versuch, hieraus ein umfassendes Abgrenzungssystem zu entwickeln (so Schneider in SSB/Ehlers/Schneider Rn. 230 ff.), dessen Tragfähigkeit ebenfalls deutlich überschätzen.

Ihren Ausgang nimmt die Rechtsprechung unverändert zumeist bei der **Subordinationstheorie**. Diese sieht das Wesen des öffentlichen Rechts in der Begründung eines Über- 42
Unterordnungsverhältnisses, in dem der Wille des einen einen anderen rechtlich zu binden vermag, während das Wesen des Privatrechts in der Koordination willensautonomer Rechtssubjekte gesehen wird (etwa Forsthoff S. 113). Natürlich gibt es auch im Privatrecht Fremdbestimmung (etwa im Familienrecht oder im Arbeitsrecht; vgl. BVerwG DÖV 1981, 678); doch will die Subordinationstheorie ohnehin nur das Handeln des Staates rechtlich qualifizieren. Wenn daher *der Staat* oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt, ggf. auch ein Beliehener (→ Rn. 87), hoheitlich-regelnd handelt, so geschieht dies immer in den Formen des öffentlichen Rechts (BVerwGE 29, 159 (161); NJ 1995, 214 = Buchholz 300 § 13 GVG Nr. 4; BGHZ 67, 81 (85)). Den Gegenschluss trägt die Subordinationstheorie dagegen nicht: Koordination gibt es auch im öffentlichen Recht (öffentlich-rechtliche Verträge des Verwaltungs- oder des Staats- und Völkerrechts). Ob eine Vermutung zugunsten des Privatrechts streitet, wenn eine hoheitliche Überordnung fehlt, lässt sich aus der Subordinationstheorie ebenfalls nicht beantworten (GmSOGB BGHZ 108, 284 (287); BVerwGE 94, 229 ziehen daher ergänzend die Sonderrechtstheorie heran). Ferner versagt die Subordinationstheorie bei bloß faktischem Staatshandeln, wo keine Willensbindung in Rede steht.

Teilweise wird bei der Qualifizierung von Verträgen sowie insbes. von schlichtem Verwaltungs- 43
handeln auf die **Interessentheorie** zurückgegriffen (so insbes. 9. Aufl. Rn. 5, vgl. → Rn. 69, 80), welche auf das römische Recht zurückgeht (Ulpian: „Publicum ius quod ad statum rei Romanae/publicae spectat“). Sie ordnet dem öffentlichen Recht diejenigen Rechtssätze zu, die dem Gemeinwohl zu dienen bestimmt sind; das umfasst im modernen Sozialstaat auch die Gegenstände der Daseinsvorsorge und des Sozialrechts (Nawiasky, Rechtslehre § 22). Damit wird freilich eher eine Aussage darüber getroffen, was der Staat in Formen des öffentlichen Rechts erledigen *soll*; eine Privatisierung öffentlicher Aufgaben erscheint dieser Sichtweise als prinzipiell problematisch. Münzt man diese rechtspolitische Aussage dogmatisch um – etwa in einer Vermutung dahin, dass öffentliche Aufgaben im Zweifel in öffentlicher Rechtsform erfüllt werden (Kopp/Schenke Rn. 12; vgl. → Rn. 45, 51, 70, 80) –, so importiert man die privatisierungsfeindliche Attitüde der Interessentheorie ins positive Recht. Das muss nicht falsch, nur sollte es bewusst sein. – In der Rechtsprechung bildet der öffentliche Zweck einer Regelung vielfach eine notwendige (vgl. etwa BVerwGE 13, 47 (48); 47, 229 (230)), aber noch keine hinreichende Bedingung für die Annahme öffentlichen Rechts: Der Staat darf öffentliche Aufgaben auch in den Formen des Privatrechts erfüllen (zur Wahlfreiheit → Rn. 45).

- 44 Nach der von H. J. Wolff begründeten (Wolff AöR 76 (1950/51), 205), im Schrifttum wohl herrschenden (Wolff/Bachof/Stober/Kluth § 22 Rn. 28 ff. mwN; Gärditz/Haack Rn. 37 ff., 45; vgl. auch allg. SSB/Ehlers/Schneider Rn. 218 ff., 240) **Sonderrechtstheorie** (auch Subjekts- oder Zuordnungstheorie) ist öffentliches Recht das Sonderrecht oder „Amtsrecht“ der öffentlichen Körperschaften. Dem öffentlichen Recht gehört hiernach ein Rechtssatz an, der auf wenigstens einer Seite ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet. Demgegenüber ist Privatrecht „Jedermannsrecht“ (GmSOG BGHZ 108, 284 (287); BVerwG DÖV 1981, 678; NJ 1995, 214 = Buchholz 300 § 13 GVG Nr. 4; NJW 2013, 2298; BGHZ 41, 264 (266), 204, 378 Rn. 13). Allerdings gibt es Rechtssätze, die sich ausschließlich an einen Verwaltungsträger wenden, diesen aber gerade als Privatrechtssubjekt ansprechen (zum „Sonderprivatrecht“ allg. SSB/Ehlers/Schneider Rn. 248 sowie BVerwGE 94, 229 (231) zu § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB – Sozialhilfebehörde im Mietrecht). Umgekehrt bestehen Rechtssätze, die sowohl im öffentlichen wie im Privatrecht anerkannt sind (zB § 134, § 138, § 242, § 1004 BGB). Dem soll durch ein materiales Kriterium Rechnung getragen werden: Öffentliches Recht ist hiernach nur, was einen Hoheitsträger *gerade als solchen* berechtigt oder verpflichtet, was ihn also zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Befugnissen ausstattet oder besonderen Regeln unterwirft (BVerwGE 156, 320 Rn. 5; sog. modifizierte Sonderrechtstheorie; Bettermann NJW 1977, 513 (515); Wolff/Bachof/Stober/Kluth § 22 Rn. 29; Gärditz/Haack Rn. 38; vgl. auch SSB/Ehlers/Schneider Rn. 226; → Rn. 21). – Ob „elementare“ Gebots- und Verbotsnormen sich keiner der Hemisphären zuordnen lassen (Schwabe, Die sog. Drittwirkung der Grundrechte, 1971; DVBl 2018, 492), ist zweifelhaft.
- 45 **3. Wahlfreiheit der Verwaltung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Zweistufentheorie. a) Allgemeines.** Aus dem öffentlichen Zweck einer Verwaltungsaufgabe kann nicht ohne weiteres auf die öffentliche Rechtsnatur der zur Zweckverfolgung eingesetzten Mittel geschlossen werden (BVerwGE 47, 247 (250); 94, 229 (231); 96, 71 (73); → Rn. 43). Im Bereich der herkömmlichen **Eingriffsverwaltung** ist der Staat allerdings regelmäßig auf die Wahl öffentlich-rechtlicher Mittel festgelegt (→ Rn. 42). Umgekehrt nimmt er bei der rein **fiskalischen Verwaltung** etwa des öffentlichen Vermögens wie ein Privater und in den Rechtsformen des Privatrechts am Wirtschaftsverkehr teil, jedenfalls solange das öffentliche Vermögen nicht – als Verwaltungsvermögen – zur *unmittelbaren* Verfolgung öffentlicher Zwecke eingesetzt wird (→ Rn. 47). Im weiten Bereich der – nur grob so umschriebenen – **Leistungsverwaltung** aber steht dem Staat und den anderen Trägern öffentlicher Verwaltung das Recht zu, sich der Handlungs- und Organisationsformen des öffentlichen oder des privaten Rechts zu bedienen, soweit dem nicht öffentlich-rechtliche Normen oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen (sog. **Wahlfreiheit** der öffentlichen Hand; BVerwGE 96, 71 (73); hierzu und zur Kritik etwa Pestalozza DÖV 1974, 188; v. Danwitz JuS 1995, 1; vgl. auch SSB/Ehlers/Schneider Rn. 243 ff. „Regimewahlkompetenz“). Von dieser Wahlfreiheit macht die Verwaltung vielfältigen Gebrauch. Ob die beanspruchte Wahlfreiheit im Einzelfall besteht und wie weit sie reicht, ist Frage des materiellen Rechts; für die Rechtswegfrage ist allein entscheidend, welcher Rechtsform sich die Verwaltung bedient *hat* oder nach dem Begehren des Klägers bedienen *soll*. Hierfür kommt es häufig auf **Indizien** an (→ Rn. 51). Ferner spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Verwaltung sich in herkömmlichen Bahnen bewegt, also „eingefahrene“ Handlungsformen nicht ohne Not verlässt (vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth § 22 Rn. 39 f.). **Im Zweifel** ist anzunehmen, dass sich die Verwaltung der für das Verwaltungshandeln besonders zugeschnittenen **öffentlichen Rechtsformen** bedient (BVerwG Buchholz 436.1 § 35 Nr. 1; vgl. BVerwGE 96, 71 (76); VGH Mannheim ESVG 25, 203; NJW 1979, 1900; NVwZ 1987, 701; BGHZ 4, 266; 63, 119 (121); vgl. SSB/Ehlers/Schneider Rn. 245; → Rn. 43).
- 46 Im Bereich der Leistungsverwaltung unterliegt die Verwaltung öffentlich-rechtlichen Bindungen, die freilich hinsichtlich des „Ob“ einer Leistungsgewährung regelmäßig dichter

sind als hinsichtlich der Abwicklung; für diese stellt umgekehrt die Privatrechtsordnung Vertragstypen bereit, die im öffentlichen Recht eigenständig nicht entwickelt sind, allenfalls entlehnt werden könnten. Dies ist der nach wie vor tragfähige Grund für die **Zweistufentheorie**, welche die Rechtsprechung – nach Vorarbeit von H. P. Ipsen (vgl. FS Wacke, 1972, S. 139) – zunächst für das Subventionsrecht entwickelt (BVerwGE 1, 308) und dann auf andere Sachverhaltstypen übertragen hat (→ Rn. 50 ff.). Hiernach wird bei einer öffentlichen Leistung unterschieden zwischen einer ersten Stufe, auf der über das „Ob“ der Leistungsgewährung einschließlich der Person des Begünstigten und der grundlegenden Bewilligungsbedingungen entschieden wird und die dem öffentlichen Recht unterfällt, und einer zweiten Stufe, auf welcher das „Wie“ der Abwicklung der Begünstigung näher geregelt wird und die sich nach Privatrecht (Kauf, Darlehen, Bürgschaft usw.) bestimmt. Die **Kritik** wendet ein, die Unterscheidung zweier Stufen enthalte oft fiktive Züge und führe zu erheblichen Komplikationen, zumal infolge der Rechtswegspaltung (Maurer § 17 Rn. 16 ff.; SSB/Ehlers/Schneider Rn. 261 ff.; Redeker/v. Oertzen Rn. 23). Da die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für die Vergabeentscheidung freilich nicht preisgegeben werden soll, favorisiert die Lehre daher zunehmend einheitlich öffentlich-rechtliche Gestaltungsmodelle (Würtenberger Rn. 150; vgl. aber auch SSB/Ehlers/Schneider Rn. 264 ff. „Zweiebenentheorie“). Richtig hieran ist, dass eine zweistufige Gestaltung eines Rechtsverhältnisses regelmäßig nicht zwingend ist (vgl. aber § 102 II. WoBauG aF) und dem tatsächlichen Verwaltungshandeln nicht unterschoben werden darf. Gerade infolge der Anerkennung der Zweistufentheorie in der Rechtsprechung werden indessen zahlreiche Verwaltungsleistungen typischerweise zweistufig gewährt, was kritisiert werden mag, woran im Streitfall aber nicht vorbeigegangen werden kann. Die Duplizität des Rechtswegs bereitet selten Schwierigkeiten, weil sich in der Praxis fast alle Rechtsstreitigkeiten zweifelsfrei einer Stufe zuordnen lassen.

b) Wahl der Handlungsform. Bedient sich der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Verwaltung privatrechtlicher Handlungsformen, so sind hieraus entstehende Rechtsstreitigkeiten grundsätzlich privatrechtlicher Natur; der Staat nimmt in den Formen des Privatrechts am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr teil (BVerwGE 7, 180). Das ist bei der **Vermögensverwaltung** (dazu noch → Rn. 48; zB Vermietung von Werbeflächen auf öffentlichen Verkehrsmitteln; Gestattung der Abbildung des amtlichen Siegels einer Universität: BGHZ 119, 237 (243); zum Konzessionsvertrag BVerwGE 29, 248 und BVerwGE 156, 320 sowie → Rn. 68); Stilllegung oder Privatisierung von Treuhand-Unternehmen: OVG Berlin NJW 1991, 715 und OVG Weimar DÖV 1991, 813, soweit keine Entscheidung der Vermögensämter über Rückgabeansprüche ansteht, dazu → Rn. 64), bei der gewinnorientierten **wirtschaftlichen Betätigung** (zB Betrieb von Staatsbrauereien; Verkauf von Kfz-Schildern; Erbringung von Bestattungsleistungen; zu Konkurrentenklagen → Rn. 86), nach überkommener Rspr. bei der öffentlichen **Bedarfsdeckung** (vgl. aber → Rn. 48 f.; zur Beschaffung von Heil- und Hilfsmitteln für Versicherte durch Sozialversicherungsträger: GmSOG BGHZ 97, 312 = BVerwGE 74, 368 – vom Gesetzgeber korrigiert, vgl. BSGE 66, 159 (160) –; BGH DVBl 2000, 60; zur Beschaffung von Sendematerial durch öffentliche Rundfunkanstalten: BGHZ 110, 371 (380); zur Belieferung mit Schulmilch: VG Chemnitz NVwZ-RR 1997, 198) und vielfach bei der Erbringung von Leistungen der **Daseinsvorsorge** der Fall (dazu → Rn. 51). Zwar ist der Staat auch hier nicht von der Geltung des öffentlichen Rechts, insbes. nicht von der Geltung der Grundrechte (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG) ausgenommen (hM; str.); doch wird die Privatrechtsordnung insofern nur durch einzelne öffentlich-rechtliche Bindungen ergänzt, modifiziert oder überlagert, ohne dass das Rechtsverhältnis dadurch insgesamt zu einem öffentlich-rechtlichen würde (sog. **Verwaltungsprivatrecht**; vgl. BVerwGE 35, 103 (104); DÖV 1973, 244; JZ 1990, 446; BGHZ 115, 311 (318); 116, 149; 155, 166; NJW 2004, 1031; 2006, 1054; 2007, 246). Werden freilich privatrechtlich erbrachte Leistungen mit öffentlich-rechtlichen Nebenpflichten (zB Abgabepflichten jenseits des Preises für die Ver-

waltungsleistung) verknüpft, so ist jedenfalls dann der Verwaltungsrechtsweg gegeben, wenn die Klage ausschließlich diese Nebenpflichten betrifft (BVerwG Buchholz 310 § 40 VwGO Nr. 49 – Notenbank erhob von Zahlungsverkehrskunden Zwangsbeitrag zugunsten der seinerzeitigen Treuhandstelle für den Interzonenhandel).

- 48 Für die Überlassung öffentlicher Vermögensgegenstände (**Verkauf fiskaleigener Grundstücke**; Vermietung öffentlicher Wohnungen; Vermietung von Werbeflächen auf Straßenbahnen) sowie umgekehrt für die **Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen** am Markt bestehen regelmäßig öffentlich-rechtliche Bindungen, die über den allgemeinen Gleichheitssatz hinausgehen. Solche Bindungen ergeben sich regelmäßig aus dem Haushaltsrecht, das die Verwaltung etwa auf die Einhaltung der Verdingungsordnungen (VOL, VOB) verpflichtet, darüber hinaus aus speziellen Gesetzen (normative Bevorzugungsregeln: § 74 aF BVFG, § 68 BEG, Mittelstandsförderungsgesetze der Länder) oder Verwaltungsvorschriften (zB kommunale Richtlinien über den Verkauf von Gemeindegrundstücken). Klagen auf Feststellung des Bestehens und der Reichweite einer derartigen normativen Begünstigung gehören vor die Verwaltungsgerichte (BVerwG MDR 1966, 536; BVerwGE 34, 213; 37, 243; OVG Lüneburg NJW 1983, 1218; OVG Koblenz NVwZ 1993, 381; VGH Mannheim DÖV 1999, 79; offenbar **aA** OVG Schleswig NordÖR 1999, 512). Daraus sollte allerdings zwanglos folgen, dass auch Klagen gegen eine administrative Benachteiligung von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden sind (BGH NJW 2007, 3070 – Streichung aus Dolmetscherliste, dazu noch → Rn. 73; **aA** BVerwGE 5, 325; 35, 103; OVG Lüneburg DVBl 2006, 528 Ls. – Auftragssperre).
- 49 Bei der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen ist der – häufig, freilich nicht immer privatrechtliche – Beschaffungsvertrag von der vorausliegenden Auswahl unter mehreren (An-) Bietern zu unterscheiden (vgl. Rennert DVBl 2009, 1333). Diese **Vergabeentscheidung** selbst sieht die überkommene Rspr. als **bloß interne Willensbildung** an, die als solche nicht nach außen verlautbart wird und deshalb keinen Ansatzpunkt für den Rechtsschutz bieten soll. Der übergangene Mitbieter ist dann auf Rechtsschutz gegen den Beschaffungsvertrag mit dem erfolgreichen Konkurrenten verwiesen, in dessen Rahmen die Rechtmäßigkeit der Vergabeentscheidung lediglich inzident überprüft wird; der Rechtsweg hierfür richtet sich nicht nach dem (öffentlichen) Ziel der Beschaffung (so aber OVG Münster VergabeR 2011, 892), sondern nach der Rechtsform des Beschaffungsvertrages (insoweit richtig BVerwGE 129, 9 Rn. 8; BGH VergabeR 2012, 440), der zumeist dem Zivilrecht unterfällt (vgl. statt vieler Gärditz/Haack Rn. 103 ff. mwN). Allerdings ist der übergangene Bieter auf diese Weise praktisch auf Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo (dazu → Rn. 121) beschränkt (BVerwGE 14, 65 (72); 35, 103 (104); 129, 9; BGH NJW 1968, 547; WM 1993, 299). Das ist mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar; gegen die Vergabeentscheidung muss effektiver primärer Rechtsschutz offenstehen (vgl. BVerfG-Kammer NJW 2004, 2725; relativierend BVerfGE 116, 1; 116, 35 m. abl. Anm. Knauff NVwZ 2007, 546). Das setzt voraus, in der **Vergabeentscheidung** selbst einen **Außenakt** (Verwaltungsakt) zu sehen, auch wenn das Gesetz sie nicht so ausgestaltet (probl. daher BVerwG Buchholz 310 § 40 Nr. 286 = ZOV 2002, 236). Das würde zudem ermöglichen, die tatsächlich mehrpolige Vergabeentscheidung im Prozess abzubilden und am Rechtsstreit um ihre Rechtmäßigkeit alle Mitbieter zu beteiligen. In Umsetzung von Europarecht gestalten §§ 97 ff. GWB die Vergabeentscheidung für öffentliche Aufträge oberhalb bestimmter Auftragssummen (Schwellenwerte) als Verwaltungsakt aus, der auch für den Mitbieter anfechtbar ist (§ 97 Abs. 7 aF GWB; BGHZ 162, 116), erklären freilich die ordentlichen Gerichte (Kartellgerichte) für zuständig (→ Rn. 124). Das gilt nunmehr auch für Streitigkeiten um Vergabeentscheidungen bei pflichtigen Verträgen der Krankenkassen mit Leistungserbringern (§ 51 Abs. 3 SGG nF; vgl. zuvor § 69 Abs. 2 SGB V; dazu kritisch Hölzl/Eichler NVwZ 2009, 27; und davor einerseits BSG NJW 2008, 3238, andererseits BGH NJW 2008, 3222). Auch unterhalb der Schwellenwerte muss jedoch genügender Rechtsschutz gewährt werden (**aA** BVerfGE 116, 35), der – weil das Vergaberecht öffentliches Sonderrecht ist (BGH DÖV 2008, 963; Rennert DVBl 2006, 1252) – nach § 40

VwGO den Verwaltungsgerichten obliegt (**aA** BVerwGE 129, 9; OVG Münster DVBl 2009, 1194 Ls.; wie hier OVG Koblenz DVBl 2005, 988; DÖV 2007, 39; Huber JZ 2000, 877; Burgi NVwZ 2007, 737; Özfiat-Skubinn DÖV 2010, 1005). Wie weit dieser reicht, entscheidet sich danach, ob dem Vergaberecht – zumeist Richtlinien, die auf die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB, VOL) verweisen – Schutzwirkung zuerkannt wird (verneinend BGHZ 116, 149; VGH Mannheim DÖV 1999, 79; vgl. Faber DÖV 1995, 403) oder spezielles Recht einschlägig ist; sonst bleibt nur Art. 3 GG (OVG Münster NVwZ 2006, 848). Entsprechendes gilt für Drittklagen gegen Vergabeentscheidungen von Kommunen beim vergünstigten Verkauf von Gemeindegrundstücken (OVG Münster NJW 2000, 698). Für Klagen aus dem geschlossenen Vertrag bleiben die Zivilgerichte zuständig. Insgesamt ist mithin die Zweistufentheorie anzuwenden (→ Rn. 46). Unterlässt die Behörde ein Vergabeverfahren, so gehört die Drittklage ohne weiteres vor die Verwaltungsgerichte (BVerwG NVwZ 2008, 694).

Die Entscheidung, wem eine **Subvention** zu gewähren ist, sowie die Festlegung der Subventionsbedingungen, soweit diese durch den öffentlichen Subventionszweck gefordert werden, gehören dem öffentlichen Recht an (und erfolgen regelmäßig in der Form des Verwaltungsakts). Das gilt auch für „Verschonungssubventionen“, wenn der Staat zu Subventionszwecken die Erhebung einer Abgabe, Abschöpfung usw. unterlässt (BVerwG NJW 1972, 2325), für die Gewährung zinsverbilligter Darlehen sowie für die Stellung staatlicher Garantien und **Bürgschaften** (zu Hermes-Bürgschaften BGH NJW 1997, 328 sowie Gramlich, Außenwirtschaftsrecht, 1991, S. 156/159), auch für Liquiditätskredite bzw. Bürgschaftsübernahmen der **Treuhandanstalt** (bzw. Treuhand-Nachfolgerin) für Treuhand-Unternehmen (Weimar DÖV 1991, 813 (821); **aA** – privatrechtliche Eigenkapitalausstattung – OVG Berlin NJW 1991, 715; die Rückforderung soll gleichwohl hoheitlich möglich sein, OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2006, 104, abzul.). Auch hier kann die Vergabeentscheidung Rechte des dritten **Konkurrenten** berühren, was diesem die Klage vor den Verwaltungsgerichten eröffnet (BVerwGE 30, 191; OVG Berlin DVBl 1975, 905 – dazu Henke ebd.S. 272 –; VGH Kassel NJW 1985, 1356; OLG Frankfurt NVwZ 1993, 706; **aA** OLG Frankfurt NJW 1997, 2391, abzul.; → Rn. 86 und → § 42 Rn. 108, 191). Aus dem öffentlichen Zweck kann sich über die Subvention hinaus eine begleitende Betreuungspflicht ergeben, die ebenfalls dem öffentlichen Recht unterliegt (BVerwGE 30, 46; 32, 283 (286)). Von der Vergabeentscheidung und den öffentlich-rechtlich bestimmten Subventionsbedingungen sind indes die Rechtsbeziehungen der Beteiligten im Übrigen (sog. **Abwicklungsverhältnis**) zu unterscheiden. Allerdings kann die öffentlich-rechtliche Prägung so stark sein, dass ein einheitliches öffentliches Rechtsverhältnis anzunehmen ist (BVerwGE 40, 85 – GetreidepreisG; OLG Naumburg NVwZ 2001, 354 – Kaufpreisverbilligung; → Rn. 67). Einheitlich dem öffentlichen Recht unterliegen **verlorene Zuschüsse** (BVerwG NJW 1977, 1838; NJW 2006, 2568; BGH NVwZ 1985, 517; VGH Mannheim NJW 1978, 2050; OLG Frankfurt NVwZ 1993, 706 zur Übernahme der Kosten für ein Anzeigenblatt durch die Verwaltung). Schließen die Beteiligten jedoch einen bürgerlich-rechtlichen Darlehens- oder Vertrag, so liegt ein **zweistufiges Rechtsverhältnis** vor (BVerwGE 1, 308 (310); 7, 180 (183); 45, 13 (14); DVBl 2006, 118; BGH NVwZ 1988, 472; → Rn. 46). Das gilt auch, wenn die Subvention in der Gestellung einer Bürgschaft für einen privaten Bankkredit besteht; nur die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Schuldner unterliegen dem öffentlichen Recht, diejenigen zwischen Staat und Bank ebenso wie diejenigen zwischen Bank und Schuldner hingegen dem Privatrecht. Die öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen auf der ersten Stufe enden nicht mit dem Abschluss des Darlehensvertrages (so aber BGHZ 40, 206 (210)), sondern bestehen bis zur vollständigen Abwicklung des Subventionsverhältnisses fort (BVerwGE 35, 170). Das ist selbstverständlich, wenn die Behörde die Subvention als ursprünglich rechtswidrig zurücknimmt (§ 48 VwVfG) oder wegen Verfehlung des öffentlichen Subventionszwecks widerruft (§ 49 Abs. 3 VwVfG; BVerwG NJW 1977, 1838 mAnm Menger VerwArch 69 (1978), 93; VGH Mannheim NJW 1978, 2050; NVwZ 1983, 552; BGHZ 57, 130; OLG Frankfurt DVBl

1980, 381). Ob der Widerruf zugleich den bereits geschlossen Darlehensvertrag gestaltet (vgl. Maurer § 17 Rn. 21) oder doch zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, richtet sich nach dem Vertrag; doch muss auf Rückzahlung der Darlehenssumme vor den Zivilgerichten geklagt werden (BVerwG, DVBl 2006, 118; zu außervertraglichen Zinsen vgl. BVerwG Buchholz 427.3 § 350a LAG Nr. 27; OVG Magdeburg NVwZ 2002, 108). Ebenfalls die erste Stufe ist betroffen, wenn der Subventionsnehmer Änderungen der grundsätzlichen Subventionsbedingungen verlangt; seine Klage richtet sich auf Erlass eines (privatrechtsgestaltenden) Verwaltungsakts (BVerwGE 13, 47 (50)). Wird der Darlehensvertrag indes aus Gründen jenseits der Subventionsbedingungen – etwa wegen Nichtzahlung von Raten – gekündigt, so gehört der Streit um diese Kündigung dem bürgerlichen Recht an (BVerwGE 41, 127). Das Abwicklungsverhältnis unterliegt auch bei **Kredit** **den der früheren DDR** dem bürgerlichen Recht, welche etwa über deren Bank für Landwirtschaft und Nahrungsgüterwirtschaft gegeben worden sind (BVerwG NJ 1995, 214 = Buchholz 300 § 13 GVG Nr. 4). Schaltet der öffentliche Subventionsgeber einen privaten **Subventionsmittler** (zB Hausbank) ein, so fallen Bewilligungsstufe und Abwicklungsstufe auch personell auseinander, sofern der Private nicht auch mit der Vergabebefugnis beliehen ist (vgl. BVerwG JZ 1969, 69 = MDR 1968, 1035; BGH NJW 2000, 1042; vgl. → Rn. 89); das Bewilligungsverhältnis besteht zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger und ist öffentlich-rechtlich (BVerwG NVwZ-RR 2012, 628), das Abwicklungsverhältnis zwischen Bank und Subventionsempfänger unterliegt hingegen bürgerlichem Recht, selbst wenn der Subventionsmittler eine öffentliche Bank (Landesbank, Sparkasse) ist (BVerwG NJW 2006, 2568; BGH NJW 2003, 2451). Setzt der öffentliche Subventionsgeber in seinen Richtlinien voraus, dass der Subventionsempfänger einen Subventionsbetreuer einschaltet, so ist das Begehren eines Dritten, als Betreuer zugelassen zu werden, ebenfalls öffentlich-rechtlicher Art (BVerwGE 75, 109 (112)).

- 51 Den Kommunalkörperschaften steht hinsichtlich ihrer **öffentlichen Einrichtungen** Wahlfreiheit zu (vgl. SSB/Ehlers/Schneider Rn. 271, 243 ff., 301 f.; Vollmer DVBl 1989, 1087; v. Danwitz JuS 1995, 1). Soweit sie die Einrichtung als rechtsfähige Personen organisieren, entstehen Dreiecksverhältnisse (dazu → Rn. 56). Bei Eigenbetrieben, sonstigen nichtrechtsfähigen Gemeindeanstalten und schlichten Gemeindeeinrichtungen kann das **Benutzungsverhältnis** öffentlich-rechtlich wie privatrechtlich ausgestaltet sein, auch bei Anschluss- und Benutzungszwang (BVerwGE 123, 159; OVG Lüneburg NJW 1977, 450; BGHZ 59, 303). Nach der Rechtsprechung ist auf Indizien abzustellen: Bezeichnung des Nutzungsvertrages („Mietvertrag“); ergänzende Regelungen durch Satzung oder Allgemeine Benutzungsbedingungen; Bezeichnung des Entgelts als Gebühr oder Tarif; Haftungsausschlussbestimmungen, die nur im Privatrecht möglich sind; usw. (vgl. BVerwG NVwZ 1985, 48 zum Beförderungsvertrag mit Bus/Straßenbahn; BVerwG Buchholz 310 § 53 Nr. 35 zur Wasserversorgung; VGH Kassel NJW 1977, 452 zu Kindergarten; VGH Mannheim NVwZ 1987, 701 zu Musikschule). Im Zweifel ist von einer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung auszugehen (→ Rn. 45), zumal bei Anschluss- und Benutzungszwang (BGHZ 63, 119 (121)). Nutzungsverträge außerhalb des Widmungszwecks (sog. Randnutzungen; → Rn. 47) werden vielfach privatrechtlich sein (OVG Greifswald NVwZ 2001, 446 – Schülercafé). Ob Nutzungsverträge mit Nichteinwohnern – jenseits einer Satzung – privatrechtlich sind (so BGHZ 63, 119 (122)), ist Frage des Einzelfalls. Auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung sehen die Gemeinde- und Landkreisordnungen jedoch durchweg einen **Zulassungsanspruch** für Einwohner und „Forensen“ vor; Nichteinwohner können jedenfalls fehlerfreie Ermessensausübung verlangen (VGH Mannheim NVwZ 1987, 701). Der Streit um die Zulassung unterfällt damit dem öffentlichen Recht (vgl. BVerwGE 31, 368 (370); NVwZ 1982, 194 – Standplatz beim Volksfest –; zum Einfluss von § 5 PartG vgl. außerdem BVerwGE 32, 333 (334); NJW 1990, 134; ferner VGH Kassel NJW 1977, 452; VGH Mannheim NVwZ-RR 2017, 215 – Kontoeröffnung bei Sparkasse; OVG Bremen NJW 1990, 931; BayVGH NVwZ 1991, 906; zur Zweistufentheorie allg. → Rn. 46), ebenso der Streit um eine Sonderbenutzung außerhalb des Widmungsumfangs (BayVGH