

Examinatorium Allgemeines Verwaltungsrecht

von
Prof. Dr. Johannes Dietlein, Dr. Thomas Dünchheim

3., völlig neu bearbeitete Auflage

Examinatorium Allgemeines Verwaltungsrecht – Dietlein / Dünchheim

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Allgemeines Verwaltungsrecht - Gesamtdarstellungen – Öffentliches Recht

Verlag Franz Vahlen München 2007

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4019 5

2. Kapitel Privatrechtliche Betätigungsformen öffentlicher Verwaltung

Die gestaltende öffentliche Verwaltung kann sich wie jedermann der privatrechtlichen Formen bedienen. Sie kann beispw. Dienst-, Kauf-, Werk- oder Mietverträge abschließen, Eigentümer, Besitzer oder Nießbraucher sein. Sie kann sich auch an Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts beteiligen. Öffentliche Verwaltung wird häufig in privatrechtlichen Formen vollzogen, weil öffentlich-rechtliche für den beabsichtigten Zweck nicht zur Verfügung stehen (z.B. Beamtenverhältnisse in Wirtschaftsbetrieben), weil die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen (z.B. Enteignung statt Grundstückskaufvertrag) oder weil die privatrechtlichen der Gestaltung weiteren Spielraum lassen. Außerdem gestatten die privatrechtlichen einschließlich der handelsrechtlichen Gesellschaftsformen die Beteiligung privaten Kapitals und eine Minderung parteipolitischer Einflüsse. In Examensklausuren ist im Zusammenhang mit privatrechtsförmiger Verwaltung oftmals die Frage nach der *Reichweite der Rechtsformenwahlfreiheit*, der *Grundrechtsbindung* und der *prozessualen Rechtsdurchsetzung* (einen Examensklassiker bildet etwa der sog. »Stadthallenfall« – Fall 12) relevant.

beck-shop.de

I. Freiheit der Rechtsformenwahl

6. A ist als Schwarzfahrer in der Straßenbahn der Städtischen Verkehrsbetriebe AG erwischt worden. Da er den von ihm geforderten »Strafbetrag« von 40 € nicht sofort bezahlen kann, wird ihm kurz darauf ein Bescheid der Stadt zugestellt, in dem er zur Zahlung dieses Betrages aufgefordert wird. Der Bescheid ist mit einer Zahlungsfrist von 14 Tagen sowie mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Diese enthält den Zusatz, dass die Einlegung eines Rechtsbehelfs die Vollstreckung durch die Stadt nicht hindere. Darf die Stadt einen derartigen Bescheid erlassen?

Die Stadt macht hier von ihren hoheitlichen (öffentlich-rechtlichen) Befugnissen Gebrauch, wie der Bescheid deutlich zeigt. Mittels dieses Bescheids verschafft die Stadt sich selbst einen *Titel*, auf dessen Grundlage sie im Falle der Nichteinhaltung der Zahlungsfrist in das Vermögen des A vollstrecken kann. Ein Privatmann müsste hingegen zunächst einen Zahlungstitel iSd. §§ 704, 794 ZPO bei dem zuständigen Zivilgericht erwirken, der ggf. durch den Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht durchgesetzt werden müsste.

Die Form des Zahlungsbescheids darf die Stadt daher nur dann wählen, wenn sie ihre Aufgaben öffentlich-rechtlich erledigt, nicht aber, wenn sie sich zur Erfüllung dieser Aufgaben privatrechtlicher Rechtsformen bedient. Für die Beantwortung der hier gestellten Frage ist daher entscheidend, für *welche Rechtsform* die Stadt bei der Erfüllung der Aufgabe Nahverkehrsbe-förderung optiert hat. Dass die öffentliche Verwaltung sich auch des Privat-rechts bedienen kann (sog. *fiskalische Verwaltung*) und nicht auf das öffent-liche Recht beschränkt ist, ist nicht erstaunlich, wenn man den Charakter des Privatrechts als »Jedermannrecht« und den des öffentlichen Rechts als »Sonderrecht« berücksichtigt (vgl. hierzu Fall 1). Die Verwaltung kann sich des ihr zustehenden öffentlichen Rechts bedienen; solange sie dazu aber nicht rechtlich gezwungen ist, kann sie, wie jedermann, vom Privatrecht Gebrauch machen (sog. *Freiheit der Rechtsformenwahl*). In Betracht für eine Erledigung in privatrechtlichen Rechtsformen kommen dabei beson-ders solche Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Verwaltung leistend tä-tig wird (sog. *Leistungsverwaltung*), da das private Recht gerade hier geeig-nete Erledigungsformen bereithält. Im Einzelfall zu entscheiden, in welcher Rechtsform die Verwaltung handelt, ist nicht immer einfach, da die Verwal-tung das Ergebnis ihrer Formwahl nicht stets eindeutig erkennen lässt. Die *Wahlentscheidung* kann sich jedoch schon in der Organisationsform des Leistungsträgers niederschlagen, indem dafür die Form einer juristischen Person des Privatrechts gewählt wird. Ist dies geschehen, ist öffentlich-rechtliche Erledigung ausgeschlossen, da einer Privatrechtsperson in der Re-gel keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse zustehen. Dieser Fall liegt hier vor, da die Städtischen Verkehrsbetriebe als Aktiengesellschaft (AG) orga-nisiert sind. Der »Strafbetrag« kann damit durch eine öffentlich-rechtliche Maßnahme nicht erhoben werden. Die Ansprüche aus diesem privatrechtli-chen Verhältnis sind nur noch privatrechtlich geltend zu machen.

Die Stadt durfte ihren Bescheid nicht erlassen.

7. Die Stadt S beabsichtigt, die bislang öffentlich-rechtlich betriebene Ge-währung von Sozialhilfe, Wohngeld und Ausbildungsförderung privat-rechtlich zu erfüllen, um so nicht mehr an die Grundsätze des Verwal-tungsverfahrens gebunden zu sein. Ist das zulässig?

Wie weit die Freiheit der Rechtsformenwahl geht, ist letztlich eine Frage der *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*, Art. 20 III GG. Sie steht der Verwal-tung zu, weil es keine Rechtsvorschrift gibt, die sie generell auf die Betäti-gung innerhalb des öffentlichen Rechts beschränkt. Der Verwaltung ist also nur dort die Wahl privatrechtlicher Erledigungsformen versagt, wo sich dies aus dem Gesetz ergibt und ferner natürlich in den Bereichen, in denen die Aufgabenerledigung in privatrechtlichen Formen gar nicht möglich ist.

Letzteres ist der Fall bei typischer »Eingriffsverwaltung« der Polizei, die Ge- und Verbote nicht in privatrechtlichen Formen erlassen kann. Das ist der Grund, weshalb man privatrechtliche Erledigungsformen typischerweise in der Leistungsverwaltung findet. Doch auch dort sind sie gelegentlich untersagt.

Für den Bereich der *Sozialhilfe* ergibt sich aus § 3 I SGB XII das Verbot privatrechtlicher Gewährung, da dort die öffentlich-rechtliche Trägerschaft der Sozialhilfe als hoheitliche Aufgabe festgelegt und damit eine andere Handlungsform ausgeschlossen ist. Dasselbe ergibt sich gem. § 26 WoGG für die Wohngeldgewährung aus dem Wort »Bewilligungsbescheid« und gem. § 50 BaföG für den Bereich der Ausbildungsförderung aus dem Wort »Bescheid«.

Diese Aufgaben dürfen also nur öffentlich-rechtlich erledigt werden. Die von S beabsichtigte privatrechtliche Abwicklung ist demnach unzulässig.

Vertiefungshinweis: Zur Freiheit der Rechtsformenwahl vgl. Erbguth/Stollmann, DÖV 1993, 798 ff.; Bull, Über Formenwahl, Formwahrheit und Verantwortungsklarheit in der Verwaltungsorganisation, Festschrift Maurer, 2001, S. 45 ff.; zur Privatisierung polizeilicher Tätigkeiten vgl. Jean d'Heur, AöR, 119 (1994), S. 107 ff.; Stober, NJW 1997, 879 ff.; zur Privatisierung der kommunalen Sparkassen vgl. Burmeister, Entwicklungsperspektiven des Sparkassenwesens im Spannungsfeld von Wirtschaft und Verwaltung, in: Deutscher Sparkassen- und Giroverband (Hrsg.), Die Zukunft gestalten, 1989, S. 297 ff.

II. Grundrechtsbindung im Verwaltungsprivatrecht

8. Die als Eigenbetrieb organisierten Städtischen Verkehrsbetriebe (SVB) setzen fest, dass die Schüler der städtischen Schulen, soweit sie die öffentlichen Verkehrsmittel für den Schulweg benutzen müssen, eine Fahrpreismäßigung erhalten, nicht aber die Schüler der von den beiden Kirchen betriebenen allgemein bildenden Schulen. Diese sind der Auffassung, die SVB würden mit ihrer Ermäßigungsdifferenzierung Art. 3 I GG verletzen. Die Verkehrsbetriebe berufen sich darauf, die Rechtsverhältnisse zu den Fahrgästen seien privatrechtlich gestaltet. Im privaten Recht finde Art. 3 GG keine Anwendung, so dass die Fahrpreise dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechend nach Belieben differenziert werden könnten. Wie ist die Rechtslage?

Hat sich die Verwaltung für die Aufgabenerledigung in privatrechtlichen Formen entschieden, finden auch die Grundsätze des Privatrechts Anwendung. Nach dem privatrechtlichen Grundsatz der *Vertragsfreiheit* könnte die

Gestaltung der Beförderungsentgelte nach Belieben vorgenommen werden. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz gebietet nicht, potentielle Vertragspartner gleich zu behandeln, da die Grundrechte gemäß Art. 1 III GG staatliche Tätigkeit beschränken, nicht aber Privatrechtssubjekte in ihrer privatrechtlichen Betätigung. Zu berücksichtigen ist hier jedoch, dass zunächst nicht ein Privatrechtssubjekt, sondern eine Stadt, d. h. eine Körperschaft des öffentlichen Rechts in Form eines nichtrechtsfähigen Eigenbetriebs (vgl. z. B. § 114 I GO NW), tätig geworden ist. Entscheidender noch ist, dass es nicht um die Erfüllung privater Angelegenheiten geht, sondern um die Erledigung einer öffentlichen Aufgabe, nämlich des öffentlichen Nahverkehrs.

Art. 1 III GG bindet die öffentliche Hand an die Grundrechte – insbesondere an die Freiheitsrechte, an den Gleichheitssatz und an das Übermaßverbot – ohne Rücksicht auf die Form ihres Tätigwerdens (vgl. nur BGHZ 91, 84 [96]; BGH, NJW 1992, 171 [173]). Das Verfassungsrecht gestattet demzufolge keine »*Flucht ins Privatrecht*«, so dass auch bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlichen Betätigungsformen (sog. Verwaltungsprivatrecht) die öffentlich-rechtlichen, insbesondere die *grundrechtlichen Beschränkungen* gelten. Ein Abstreifen der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen durch Einkleidung der Aufgabenwahrnehmung in ein privatrechtliches Gewand ist ausgeschlossen. Sonst könnten bei gleicher öffentlicher Aufgabenstellung der Grundrechtsschutz oder gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen (vgl. EuGH, NJW 1991, 3086) durch die Wahl der Erledigungsform unterlaufen werden.

Die SVB bzw. ihr städtischer Träger dürfen sich folglich nicht auf die Vertragsfreiheit berufen und können ihre verwaltungsprivatrechtlichen Vertragsverhältnisse nicht beliebig gestalten. Vielmehr sind sie aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet, allen Schülern in wesentlich gleicher Situation die gleiche Fahrpreisgestaltung einzuräumen. (Nach BGHZ 52, 325 = NJW 1969, 2195)

Vertiefungshinweis: Zur Grundrechtsbindung im Verwaltungsprivatrecht vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 23 Rn. 32 und III, § 91 Rn. 94; zur Grundrechtsbindung des privatrechtsförmigen Staatshandelns allgemein Stern, Staatsrecht III/1, § 74 IV, S. 1394 ff.; Rüfner, HStR V, § 117 Rn. 39 ff.

III. Grundrechtsbindung bei fiskalischen Hilfstätigkeiten

9. A ist Abschleppunternehmer und in der Liste der Polizei aufgeführt, welche die zur Beseitigung liegen gebliebener und verbotswidrig abgestellter Fahrzeuge zu beauftragenden Unternehmen enthält. Alle in der Liste eingetragenen Unternehmer werden nach einer festgelegten Reihenfolge

gleichmäßig berücksichtigt. Als der Polizeipräsident P sich eines Tages über kritische Äußerungen der Ehefrau des A im Stadtrat zu einem Polizeieinsatz geärgert hat, möchte er den A aus der Liste streichen lassen, damit dieser künftig keine Abschleppaufträge mehr erhält. A meint, das Verhalten des P sei willkürlich und verstoße gegen Art. 3 I GG. Was ist von dieser Ansicht rechtlich zu halten?

Das Verhalten des P könnte gegen Art. 3 I GG verstoßen. Allerdings müsste dieser gem. Art. 1 III GG an die Grundrechte gebunden sein. Das wäre der Fall, wenn die durch P erfolgende Auftragsvergabe als »vollziehende Gewalt« qualifiziert werden müsste. Die Beauftragung eines Unternehmers mit der Durchführung einer *Ersatzvornahme* (sog. Fremd-vornahme) erfolgt in aller Regel durch Abschluss eines Werkvertrages iS. des § 631 BGB. Nimmt die Verwaltung durch die Begründung oder Aufhebung privatrechtlicher Verträge am Erwerbsleben teil und verfolgt sie damit öffentlich-rechtliche Zwecke, so bezeichnet man dies als »fiskalische Hilfstätigkeiten« eines öffentlich-rechtlichen Trägers. Umstritten ist, ob fiskalische Hilfstätigkeiten der Verwaltung »vollziehende Gewalt« darstellen und damit eine Bindung an die Grundrechte besteht. Die *fiskalischen Hilfstätigkeiten* dienen dazu, die personellen und sächlichen Mittel für die Erledigung einer öffentlichen Aufgabe bereitzustellen. Sie könnten als »Infrastrukturverwaltung« untrennbar mit dieser verbunden und daher als vollziehende Gewalt zu verstehen sein mit der Folge, dass die Auftragsvergabe dem Grundrechtsschutz zu unterwerfen wäre (vgl. Ehlers, DVBl. 1983, 422; Rübner, HStR V, § 117 Rn. 45 mwN.). Andererseits könnte aus ihrem Charakter als bloße Hilfstätigkeit abzuleiten sein, dass es sich lediglich um die mittelbare Erledigung von Verwaltungsaufgaben handelt, bei der keinerlei hoheitliche Mittel eingesetzt werden, und mangels Ausübung staatlicher »Gewalt« eine Bindung an die Grundrechte ausscheidet (so BGHZ 36, 91 [95]; vgl. auch OLG Düsseldorf, DÖV 1981, 357 m. Anm. Pietzcker). Letztere Sichtweise lässt allerdings unberücksichtigt, dass auch fiskalische Hilftsgeschäfte unmittelbar auf die Nachfrage am Markt einwirken und daher als Instrumente staatlicher Steuerung und Machtausübung zu konjunkturpolitischen, haushaltsrechtlichen, sozialpolitischen sowie sonstigen Zwecken des Gemeinwohls eingesetzt werden können (Ronellenfisch, HStR III, § 84 Rn. 30). Rspr. und h. L. stellen daher die von der Auftragsvergabe ausgehende Nachfragemacht zumindest partiell der »vollziehenden Gewalt« iS. des Art. 1 III GG gleich und halten eine »differenzierende Sichtweise« für erforderlich, wonach zumindest Art. 3 und 19 IV GG auf fiskalische Hilftsgeschäfte anzuwenden seien (Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 23 Rn. 21 a. E. mwN.). Nur so sei sichergestellt, dass gegen Willkürentscheidungen der Verwaltung der Rechtsweg beschriftet werden kann.

Da P die Streichung des A aus rein persönlichen Gründen vornimmt, handelt er willkürlich. Sein Vorhaben ist also rechtswidrig und die Auffassung des A somit zutreffend.
(Nach BGH, NJW 1977, 628)

IV. Grundrechtsbindung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung

10. Die nordrhein-westfälische Stadt M betreibt das Telekommunikationsunternehmen M-Net GmbH als 100%iges Tochterunternehmen. M-Net bietet den städtischen Schulen kostenlose Internetzugänge sowie ein kostenlos von den Schülern bedienbares Festnetztelefon in jedem Klassenraum an. Hiervon ausgenommen sind die konfessionellen und die privat betriebenen, allgemein bildenden Schulen. Diese berufen sich auf Art. 3 I GG und verlangen, gleichgestellt zu werden. Zu Recht?

Die primär auf Gewinnerzielung gerichtete, *erwerbswirtschaftliche Handlungsweise* der M-Net GmbH unterscheidet sich von den fiskalischen Hilfstätigkeiten und den Handlungen in den Formen des Verwaltungsprivatrechts dadurch, dass keine eigentlichen Verwaltungsaufgaben erfüllt werden und es schon an einem mittelbaren Bezug zur Verwaltung fehlt. Vor diesem Hintergrund ist die Bindung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung an die Grundrechte äußerst zweifelhaft. Während die Rspr. betont, die Reichweite der Grundrechte dürfe nicht überstrapaziert werden (BGHZ 36, 91 [95]; GmS-OBG, NJW 1986, 2359), vertritt das Schrifttum, der Staat sei – insbesondere aufgrund seiner Wirtschaftsmacht – umfassend zum Schutze der Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit verpflichtet (Ehlers, DVBl. 1983, 422; ders., Handeln in Privatrechtsform, S. 212 ff.; Rübner, HStR V, § 117 Rn. 45). Einigkeit besteht indessen darin, dass die erwerbswirtschaftliche Betätigung nicht dazu benutzt werden darf, den Genuss der Grundrechte im Einzelfall auszuschließen, ihnen ohne sachlichen Grund zuwiderzuhandeln oder mit einer Sache willkürlich zu verfahren (Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 23 Rn. 22). Die willkürliche Ungleichbehandlung der Schüler durch die M-Net ist daher rechtswidrig und das Begehren der konfessionellen und privat betriebenen Schulen berechtigt.

V. Kontrahierungszwang, Anspruchsbesonderheiten und Rechtsweg

11. Die Verkehrs- und Versorgungs-GmbH der nordrhein-westfälischen Stadt M (MVV-GmbH) befördert im Stadtgebiet Personen und Güter per Bus und Bahn. Gleichzeitig versorgt sie die privaten Haushalte und ge-