

Einführung

1. Abschnitt:

Zielsetzung und Vorgehensweise des Buches

A. Ziele des Buches

I. Erstes Ziel: Vermittlung der juristischen Denk- und Arbeitsweise

Das Hauptziel des Buches besteht darin, die für juristische Laien häufig (und zu recht) 1
schwer verständliche juristische Denk- und Arbeitsweise transparent und nachvollzieh-
bar darzustellen.

1. Besonders wichtig ist in diesem Zusammenhang das Problembewusstsein; wer
mit diesem Buch arbeitet, soll sensibilisiert werden für die juristischen Stolpersteine,
die ein Fall enthalten kann. Oder anders gesagt: Der Leser¹ soll lernen, die Haare in der
Suppe zu finden.

2. Es soll außerdem deutlich werden, dass hinter umständlich klingenden Definitio- 2
nen („das kann man doch viel einfacher erklären“) oder überflüssig erscheinenden
Differenzierungen („das ist doch eigentlich dasselbe“) meistens (zugegebenermaßen
nicht immer) wohlbegründete rechtliche Erwägungen stehen. So haben Definitionen
oft nicht nur die Aufgabe, einen Begriff näher zu erläutern, sondern ihn gleichzeitig
gegenüber anderen, „benachbarten“ Begriffen abzugrenzen. Auch die Kunst des Diffe-

1 Wenn ich hier nur „den Leser“ anspreche, so bitte ich die weiblichen Leserinnen um Entschul-
digung und gleichzeitig um ihr Verständnis. Der männliche Begriff soll alle Leser und Leserinnen
unabhängig von ihrem Geschlecht umfassen; dies erfolgt lediglich aus sprachlichen Vereinfachungs-
gründen und keineswegs mit der Absicht, die Leserinnen zurückzusetzen oder gar aus-
zuschließen. Die Nennung beider Geschlechter würde die ohnehin schwierige und komplizierte
Materie noch unübersichtlicher machen. Ein besonders „schönes“ Beispiel bietet dafür § 986 I
BGB; er lautet (noch) wie folgt: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn
er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer
gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Ist der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur
Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt, so kann der Eigentümer von dem Besitzer
die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder, wenn dieser den Besitz nicht wieder
übernehmen kann oder will, an sich selbst verlangen.“

Diese – sehr wichtige – Vorschrift ist schon so kaum verständlich; würde man nun beide Geschlechter
nennen, würde sie so lauten: „Der Besitzer oder die Besitzerin kann die Herausgabe
der Sache verweigern, wenn er oder sie oder der mittelbare Besitzer oder die mittelbare Be-
sitzerin, von dem er oder sie sein oder ihr Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer oder der
Eigentümerin gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Ist der mittelbare Besitzer oder die mittelbare
Besitzerin dem Eigentümer oder der Eigentümerin gegenüber zur Überlassung des Besitzes an
den Besitzer oder die Besitzerin nicht befugt, so kann der Eigentümer oder die Eigentümerin von
dem Besitzer oder der Besitzerin die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer oder die
mittelbare Besitzerin oder, wenn dieser oder diese den Besitz nicht wieder übernehmen kann
oder will, an sich selbst verlangen.“

renzierens, die oft als „juristische Haarspalterei“ angesehen wird, ist ein ganz zentraler Bestandteil der juristischen Denk- und Arbeitsweise; denn schon sehr geringfügige Unterschiede können erheblich andere rechtliche Folgen nach sich ziehen.

- 3 3. Das juristische Denken ist stark geprägt von Rechtsnormen, von Rechtsverhältnissen, von einzelnen – strikt voneinander zu trennenden – Prüfungsschritten und Überlegungen. Oft erlebe ich es, dass juristische Laien einen Fall „ganzheitlich“ lösen wollen, also anhand eines allgemeinen (und damit recht schwammigen) Gerechtigkeitsgefühls. Die juristische Arbeitsweise geht dagegen ganz anders vor; sie zerlegt den Fall in viele kleine Einzelfragen, die dann zunächst einzeln für sich geklärt werden müssen. Denn nur so wird sauber herausgearbeitet, wo in einem Fall die rechtlichen Schwierigkeiten und Fehler liegen können. Das Verständnis für eine solche klare und differenzierte juristische Aufarbeitung eines Falles soll mit diesem Buch vermittelt werden.
- 4 4. Schließlich will dieses Buch noch das praktische „Handwerkszeug“ für eine juristische Fallbearbeitung mit auf den Weg geben. Dabei geht es vor allem darum, wie eine Rechtsnorm in ihre einzelnen Bestandteile zerlegt und auf den zu untersuchenden Sachverhalt angewendet wird; Letzteres nennt man die Subsumtion, ein Schlüsselbegriff in der juristischen Methodik. Eine weitere wichtige Rolle spielen hier außerdem die juristischen Stilarten; ein besonderes Gewicht soll auf den Gutachtenstil gelegt werden, da dieser der juristischen Denk- und Arbeitsweise entspricht. Der Urteilsstil setzt das Ergebnis dagegen schon voraus, wobei man sich auch dann – zumindest in Gedanken – vorher „im Gutachtenstil“ die Lösung erarbeitet haben muss.

II. Zweites Ziel: Vermittlung juristischen Wissens²

- 5 Das zweite Ziel besteht darin, exemplarisch ausgewählte und besonders wichtige Teile des Öffentlichen Rechts in etwas vereinfachter und teilweise schematisierter Form inhaltlich zu vermitteln. Dabei handelt es sich sozusagen um ein „Nebenprodukt“ der ersten Zielsetzung; denn die Falllösungstechnik kann nur anhand von Fällen sinnvoll demonstriert werden, was wiederum die für die jeweiligen Fälle erforderlichen juristisch-inhaltlichen Grundlagen voraussetzt. Daher wurden die Fälle so ausgewählt, dass sowohl im Staats- wie im (Allgemeinen) Verwaltungsrecht einige zentrale Problemkreise auch gleich inhaltlich dargestellt und erläutert werden.

Allerdings handelt es sich um keine systematisch-vollständige Darstellung des Lehrstoffes, weshalb die Hinzuziehung (mindestens) eines weiteren Lehrbuches unbedingt anzuraten ist (s.u. Rdnr. 8a). Daher ist dieses Fallbearbeitungsbuch mit einer Reihe systematischer Stoffdarstellungen – u. a. mit meinem Lehrbuch „Öffentliches Recht im Überblick“, das die wichtigen Gebiete und Streitfragen des Öffentlichen Rechts systematisch und mit zahlreichen Schaubildern und Übersichten erklärt – durch zahlreiche Verweise und Bezugnahmen verknüpft. Gleichwohl kann man mit diesem Fallbearbeitungsbuch auch alleine bzw. mit Ergänzung durch andere systematische Lehrbücher arbeiten.

² Zur Aneignung juristischen Wissens hat Haft (Einführung in das juristische Lernen) ein ebenso lesenswertes wie unkonventionelles Buch geschrieben, das ich Jurastudierenden nachdrücklich empfehle.

B. Vorgehensweise des Buches und Bearbeitungstipps

Das Buch geht zur Erreichung dieser Ziele folgendermaßen vor: Im ersten Kapitel wird zunächst die juristische Methodik dargestellt und erklärt. In den beiden nachfolgenden Kapiteln werden dann diese Arbeitstechniken anhand konkreter Fälle (Staatsrecht im 2. Kapitel und Verwaltungsrecht im 3. Kapitel) regelmäßig wiederholt und durch eine Randspalte mit methodischen und (klausur-)taktischen Erläuterungen verdeutlicht. Soweit es für die Fälle notwendig ist, werden jeweils vor einem Fall die dort behandelten Rechtsprobleme systematisch (möglichst vereinfacht) dargestellt; teilweise erfolgen derartige Darstellungen auch zu Beginn eines ganzen Abschnitts. Es ist ratsam, bei einem Fall zunächst die theoretischen Vorbemerkungen (sofern vorhanden) sowie den Sachverhalt mit der Aufgabe zu lesen und sich anschließend erst einmal selber Gedanken über die Falllösung (vor allem deren Strukturierung) zu machen, bevor man sich die Falllösung ansieht. Diese kann man dann mit den eigenen Überlegungen – die zumindest stichwortartig zu Papier gebracht sein sollten – vergleichen; auf diese Weise sind am ehesten eigene Schwachstellen zu erkennen (und damit zu beheben), aber vielleicht auch Fehler in meinen Lösungen zu entdecken. In letzterem Fall wäre ich für eine Nachricht per E-Mail an mail@volkerhaug.de dankbar.

Zum Schluss noch ein wichtiger Hinweis: Eine sinnvolle Bearbeitung juristischer Fälle ohne Gesetzestexte ist völlig unmöglich. Die Anschaffung dieses grundlegenden „Arbeitsgerätes“ ist daher unumgänglich. Für die Arbeit mit diesem Buch benötigt man die Texte folgender Gesetze:

- Grundgesetz,
- Bundesverfassungsgerichtsgesetz,
- Verwaltungsverfahrensgesetz und
- Verwaltungsgerichtsordnung.

Besonders gebräuchliche und kostengünstige Gesetzessammlungen, die alle diese Gesetze (und noch ein paar mehr) beinhalten, stellen die Bücher

- „Staats- und Verwaltungsrecht Bundesrepublik Deutschland“ aus der Reihe „Textbuch Deutsches Recht“ (C. F. Müller Verlag) oder
- „Basistexte Öffentliches Recht“ (Beck-Texte im dtv)

dar. Auch empfehlenswert ist die Textsammlung „Stud jur – Öffentliches Recht“ aus dem Nomos-Verlag, die etwas mehr kostet, dafür aber wesentlich umfangreicher ist und viele wichtige Gesetze aus dem Besonderen Verwaltungsrecht beinhaltet. Soweit jedoch für die Fälle dieses Buches Normen des Besonderen Verwaltungsrechts erforderlich sind, werden diese bei den jeweiligen Fällen auszugsweise abgedruckt.

C. Lehrbuchliteratur

Wie erwähnt wird zur Arbeit mit diesem Buch die Ergänzung durch grundlegende Lehrbuchliteratur empfohlen. Sowohl zum Staatsrecht als auch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht gibt es eine beinahe nicht mehr zu überschauende Flut von guten und

– was besonders wichtig ist – verständlichen Lehrbüchern. Außerdem gibt es Lehrbücher zu den Grundlagen des Öffentlichen Rechts, in denen Staats- und Verwaltungsrecht zusammengefasst dargestellt sind. Empfehlungen sind wegen der erheblichen Unterschiede in Darstellung, Duktus, Sprache und Aufbau immer sehr subjektiv. Im Zweifel sollte man sich in einer Fachbuchhandlung oder –bibliothek einmal die (auch von Umfang und Preis her) infrage kommenden Bücher ansehen und jeweils ein paar Seiten lesen, um festzustellen, welches Buch einem liegt. Je nach persönlichem „Anforderungsprofil“ könnte sich der Blick in folgende Bücher lohnen (ohne mit nachfolgender Aufstellung einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben!):

1. Überblicks- und erste Einführungsliteratur

(eher für Nebenfächler als für Jura-Anfänger geeignet):

- Zum Staatsrecht:
 - Bethge, Herbert/von Coelln, Christian: Grundriss Verfassungsrecht
 - Kloepfer, Michael: Staatsrecht kompakt
- Zum Staats- und Verwaltungsrecht:
 - Detterbeck, Steffen: Öffentliches Recht im Nebenfach

2. Standard-Lehrbücher

(gut geeignet für Jura-Anfänger und ambitionierte Nebenfächler):

- Zum Staatsrecht:³
 - Badura, Peter: Staatsrecht
 - Degenhart, Christoph: Staatsrecht I
 - Gröpl, Christoph: Staatsrecht I
 - Hufen, Friedhelm: Staatsrecht II Grundrechte
 - Katz, Alfred: Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht
 - Manssen, Gerrit: Staatsrecht II
 - Maurer, Hartmut: Staatsrecht I
 - Papier, Hans-Jürgen/Krönke, Christoph: Grundkurs Öffentliches Recht 1 und 2
 - Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf: Staatsrecht II
 - Stein, Ekkehart/Frank, Götz: Staatsrecht
- Zum Verwaltungsrecht:
 - Bull, Hans Peter/Mehde, Veit: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre
 - Erbguth, Wilfried: Allgemeines Verwaltungsrecht
 - Detterbeck, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht
 - Ipsen, Jörn: Allgemeines Verwaltungsrecht
 - Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht
 - Peine, Franz-Joseph: Allgemeines Verwaltungsrecht
 - Schenke, Wolf-Rüdiger: Verwaltungsprozessrecht

³ Zum Staatsrecht gehören im Schwerpunkt das Staatsorganisationsrecht und die Grundrechte (s.u., Rdnr. 93 ff.). Sofern die Bücher einschränkend „Staatsrecht I“ heißen, wird dort nur das Staatsorganisationsrecht (tlw. mit Grundlagen und Verfassungsprozessrecht) erläutert; bei „Staatsrecht II“ handelt es sich um Darstellungen des Grundrechte-Stoffes.

- Zu beidem:
 - Detterbeck, Steffen: Öffentliches Recht
 - Haug, Volker M.: Öffentliches Recht im Überblick
 - Sodan, Helge/Ziekow, Jan: Grundkurs Öffentliches Recht

Um die Verknüpfung zwischen diesem Buch und ergänzender Lehrbuchliteratur zu erleichtern, werden in der Regel bei allen wichtigen Fachthemen in einem „Vertiefungskasten“ Verweise mit den jeweiligen Fundstellen in den genannten Standard-Lehrbüchern angegeben.

Für Jurastudierende der mittleren und höheren Semester gibt es auch vertiefende Literatur zur Fallbearbeitung. Hierzu zählen etwa

- Schwerdtfeger, Gunther/Schwerdtfeger, Angela: Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung,
- Degenhart, Christoph: Klausurenkurs I und II im Staatsrecht,
- Peine, Franz-Joseph: Klausurenkurs im Verwaltungsrecht.

2. Abschnitt:

Standort des Öffentlichen Rechts⁴

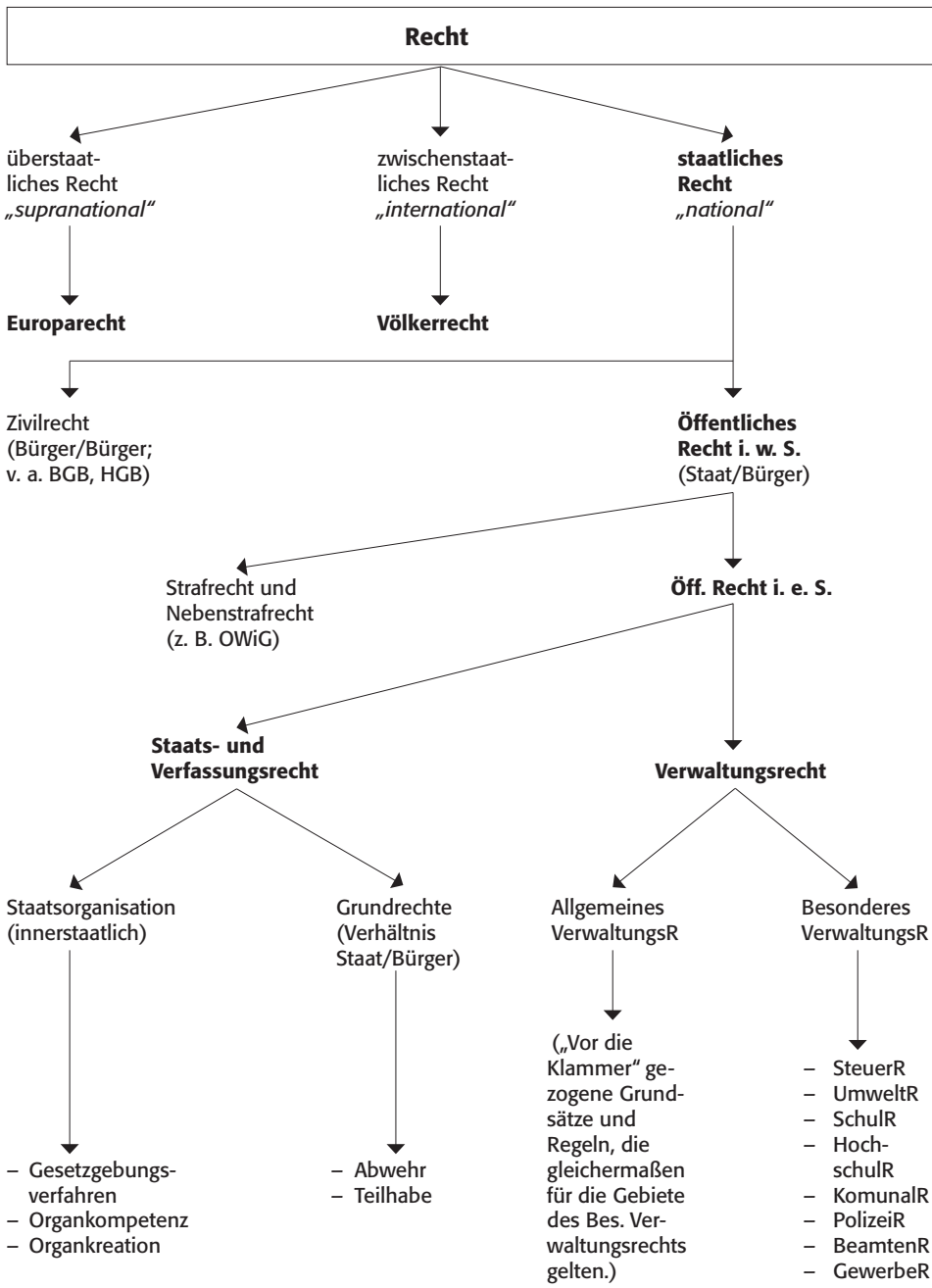
A. Rechtskosmos

Eine besondere Faszination des Rechts besteht in seiner Allgegenwärtigkeit in allen Bereichen unseres Lebens. Von der Wiege bis zur Bahre, im Berufsleben wie im Privatleben, in Deutschland wie an jedem anderen Ort der Welt, stehen wir in Rechtsbeziehungen und nehmen viele rechtlich erhebliche Handlungen vor, ohne dass wir uns dessen bewusst wären. Natürlich weiß jeder, dass es etwas mit dem Recht zu tun hat, wenn man z. B. ein Bußgeld wegen überhöhter Geschwindigkeit bezahlen muss, eine Körperverletzung begangen hat, heiratet, ein Auto kauft, eine Arbeitsstelle antritt, in den Genuss einer Erbschaft gelangt, BAföG bekommt oder eine Gaststättenkonzession erhält. Doch noch viele andere Dinge sind rechtlich erheblich und geregelt, so z. B. wenn man getauft wird (Begründung der Mitgliedschaft in einer Religionsgemeinschaft, u. U. mit der späteren Folge einer Kirchensteuerpflicht), in die Schule kommt (Beaufsichtigungsvertrag, Erfüllung der Schulpflicht) und dort Zensuren erhält (behördliche Vorbereitungsmaßnahmen für einen Verwaltungsakt [Versetzung bzw. Nichtversetzung]), eine Zeitung am Kiosk kauft (drei Verträge), mit der Straßenbahn fährt (Beförderungsvertrag bzw. Erschleichen von Leistungen gem. § 265a StGB), als Autofahrer den befreundeten Fußgänger mit einer Hupe grüßt (Ordnungswidrigkeit) oder seine Schreibtischlampe brennen lässt (Höhe des Entgeltanspruchs des Elektrizitätswerks). Auch die öffentliche Kritik eines Justizministers an einem Urteil kann als Verletzung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn rechtlich bedeutsam sein.

9

⁴ Siehe auch Katz, Staatsrecht, Rdnr. 17 (mit Übersicht)

10



11 Mit dieser Allgegenwärtigkeit geht natürlich ein nicht mehr zu überschaubarer Umfang an Rechtsnormen verschiedenster Art einher. Um einen gewissen Überblick zu ermöglichen, werden die ganz unterschiedlichen rechtserheblichen Lebensvorgänge ver-

schiedenen Rechtsbereichen zugeordnet. So hat sich inzwischen ein vielschichtiger und differenzierter Rechtskosmos herausgebildet. Die vorstehende Übersicht soll diesen Rechtskosmos zeigen und dabei insbesondere den Standort des hier interessierenden Öffentlichen Rechts innerhalb des gesamten Rechts verdeutlichen.

B. Abgrenzung zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht

Von besonderer Bedeutung ist die – nicht einfache – Abgrenzung zwischen den beiden praktisch umfangreichsten Rechtsgebieten, nämlich zwischen dem Zivilrecht (auch Bürgerliches Recht oder Privatrecht genannt) und dem Öffentlichen Recht (i. e. S.)⁵. 12

(1) Vorbemerkung: Was sind Rechtssubjekte?

Rechtssubjekt ist jeder, der Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Dies sind alle natürlichen und juristischen Personen. 12a

Unter „natürlichen“ Personen versteht man alle lebenden Menschen von Vollendung ihrer Geburt (§ 1 BGB) bis zu ihrem Tod,⁶ unabhängig von ihrer Nationalität, ihrer Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), ihrem Geschlecht (Art. 3 II GG) oder sonstigen Anforderungen. Andere Lebewesen allerdings, also Tiere, sind dagegen nicht rechtsfähig (§ 90a BGB); sie können daher z.B. weder als Erben eingesetzt werden noch im juristischen Sinn Eigentum erwerben.

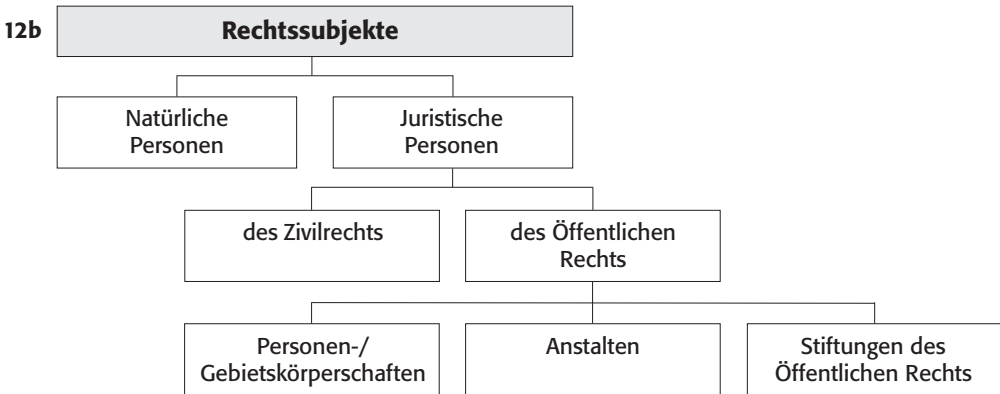
Demgegenüber bezeichnet der Begriff der „juristischen“ Person rechtliche Konstruktionen, die dann als solche rechtsfähig sind, also unabhängig von ihren Mitgliedern o. ä. selbst Verträge schließen oder Eigentum haben können. Man unterscheidet zwischen den juristischen Personen des Privatrechts, in denen etwa (mehrere) natürliche Personen oder Gesellschaftsanteile unter einem gemeinsamen rechtlichen Dach zusammengefasst werden (z. B. GmbHs, AGs, Stiftungen des Privatrechts oder eingetragene Vereine), und juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts wiederum gliedern sich in Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Die Körperschaften gibt es als Gebietskörperschaften (die sich durch ein bestimmtes Territorium definieren: Bund, Länder, Kreise und Gemeinden) und als Personenkörperschaften (die sich durch bestimmte mitgliedschaftliche Personenverbände definieren: Universitäten, berufliche Kammern). Anstalten des öffentlichen Rechts stützen sich auf einen bestimmten An-

5 Auf den ersten Blick mag es erstaunen, dass diese beiden Gebiete am umfangreichsten sind; wird doch – dank der einschlägigen TV-Serien – häufig das Recht insgesamt im Wesentlichen mit dem Strafrecht gleichgesetzt. Aber erfreulicherweise kommt es immer noch wesentlich häufiger vor, dass Verträge geschlossen oder Verwaltungsentscheidungen getroffen als Straftaten begangen werden.

6 Mit Ausnahmen: So ist der Nasciturus im Mutterleib dank einer Fiktion in § 1923 II BGB bereits erbfähig; ebenso gibt es postmortale (Persönlichkeits-)Rechte, die dann allerdings nicht mehr vom Rechtsinhaber selbst, sondern von den Erben wahrgenommen werden müssen (vgl. BVerfGE 30, S. 173, 194 f. – Mephisto).

staltszweck, wie etwa die Studentenwerke, die Kreissparkassen oder die Sendeanstalten von ARD und ZDF. Stiftungen des öffentlichen Rechts sind beispielsweise die Stiftung preußischer Kulturbesitz und die Evaluationsagentur Baden-Württemberg.



(2) Die Abgrenzungstheorien⁷

- 13 Für diese Abgrenzung wurden im Wesentlichen drei Abgrenzungstheorien entwickelt. Keine dieser Theorien kann Allgemeingültigkeit beanspruchen; jede Theorie versagt jeweils bei bestimmten Fällen. Die nachfolgende Darstellung der Theorien macht dies anhand von Beispielen deutlich. Deshalb müssen zur Abgrenzung jedes Mal alle drei Theorien herangezogen werden; wenn die Theorien – was häufig vorkommt – zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, bedarf es noch einer wertenden Gesamtbetrachtung, welchen Argumenten stärkeres Gewicht zukommt, denen für das Öffentliche Recht oder denen für das Zivilrecht.

I. Subordinationstheorie

- 14 1. Die Subordinationstheorie stellt auf die „Ausgewogenheit“ des Rechtsverhältnisses zwischen den beteiligten Rechtssubjekten ab; deshalb sollte bei der Prüfung nach dieser Theorie festgestellt werden, um welches Rechtsverhältnis (und zwischen wem) es eigentlich geht.
2. Nach dieser Theorie liegt Öffentliches Recht dann vor, wenn dieses Rechtsverhältnis durch eine Über-/Unterordnung (Subordination) geprägt ist; diese liegt beispielsweise bei Befehl, Zwang oder ähnlich einseitigem Handeln vor.
3. Zivilrecht liegt nach dieser Theorie dagegen bei Gleichgeordnetenverhältnissen vor, wenn also die Rechtssubjekte (rechtlich, nicht unbedingt faktisch) in dem Rechtsverhältnis gleichberechtigt sind. Dies ist z. B. bei einem Vertragsabschluss der Fall.

⁷ Siehe auch Katz, Staatsrecht, Rdnr. 10–16; Papier/Krönke, Öffentliches Recht 1, Rdnr. 79–81; Sodan/Ziekow, Öffentliches Recht, § 67 Rdnr. 5–9.

4. Diese Theorie kommt aber nicht in allen Fällen zum richtigen Ergebnis. **15**
- a) In einem arbeitsrechtlichen Rechtsverhältnis ist der Arbeitgeber nicht nur wirtschaftlich, sondern aufgrund seiner Weisungsbefugnis auch rechtlich dem Arbeitnehmer übergeordnet. Deshalb müsste es sich nach der Subordinationstheorie hierbei um Öffentliches Recht handeln. Die ganz herrschende Meinung ordnet ein solches Rechtsverhältnis aber dem Zivilrecht zu.
- b) Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und (minderjährigen) Kindern ist durch die §§ 1626 ff. BGB geprägt, wonach die Eltern die Sorgerechtsgewalt über das Kind ausüben. Auch dies stellt eine rechtliche Subordination dar, weshalb hier diese Theorie zum Öffentlichen Recht käme. Doch das Elternrecht wird ebenfalls dem Zivilrecht zugerechnet.
- c) Auf der anderen Seite kommt es vor, dass sich Gemeinden zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben zusammenschließen und dafür Verträge abschließen, so z. B. über die Errichtung einer Kläranlage zur gemeinsamen Abwasserentsorgung. Hier sind die Vertragspartner rechtlich einander gleichberechtigt, weshalb man hier mit der Subordinationstheorie zum Zivilrecht käme. Doch diese Verträge sind öffentlich-rechtlicher Natur (sog. „koordinationsrechtliche Verträge“ gem. § 54 VwVfG, vgl. unten Beispiel 3).

II. Interessentheorie

1. Die Interessentheorie geht auch auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses (bzw. der streitentscheidenden Norm) ein und fragt danach, wessen Interesse vom zu prüfenden Rechtsverhältnis überwiegend betroffen ist. **16**
2. Demnach läge dann Öffentliches Recht vor, wenn das Rechtsverhältnis (zumindest vorrangig) im Interesse der Allgemeinheit liegt. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn das Gemeinwohl tangiert ist, so beispielsweise bei der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs, bei der Gesundheit der Bevölkerung oder bei der Sicherung des allgemeinen Beschäftigungsstandes.
3. Zivilrecht dagegen wäre dann gegeben, wenn das Rechtsverhältnis (zumindest vorrangig) im Interesse einer Einzelperson liegen würde. Dies ist vor allem bei Individualinteressen der Fall, wozu etwa die wirtschaftlichen Interessen wie Gewinnerzielung zählen.
4. Problematisch ist diese Theorie im Bereich des Verwaltungsprivatrechts und der subjektiv-öffentlichen Rechte. **17**
- a) Wenn die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer allgemeinwohlorientierten Aufgaben (z. B. Landesverteidigung) Gegenstände (z. B. Gewehre) einkauft, ist zwar das Allgemeinwohlinteresse betroffen; es liegt aber trotzdem ein zivilrechtlicher Kaufvertrag vor. Diesen Bereich nennt man Verwaltungsprivatrecht.
- b) Andererseits gibt es subjektiv-öffentliche Rechte, die jeder Einzelne in seinem Individualinteresse einklagen kann, aber trotzdem dem Öffentlichen Recht zugeschlagen

werden. Dies sind vor allem die Grundrechte, die überwiegend dem Individualinteresse des einzelnen Bürgers dienen (besonders deutlich beim Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung gem. Art. 4 III GG); aber auch auf einfach-gesetzlicher Ebene gibt es subjektiv-öffentliche Rechte wie z. B. der BAföG-Anspruch bei Vorliegen der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen (mit dem freilich zugleich das öffentliche Interesse an gut ausgebildetem Nachwuchs verbunden ist, vgl. auch Rdnr. 332).

III. Sonderrechtstheorie (oder: modifizierte Subjektstheorie⁸)

- 18 1. Die Sonderrechtstheorie geht nicht auf den Inhalt des fraglichen Rechtsverhältnisses ein; sie orientiert sich mehr an äußerlichen Dingen. So fragt sie nach der rechtlichen Qualität der beteiligten Rechtssubjekte und nach der rechtlichen Grundlage des Rechtsverhältnisses.
2. Deshalb liegt nach der Sonderrechtstheorie Öffentliches Recht dann vor, wenn auf mindestens einer Seite des Rechtsverhältnisses als Rechtssubjekt ein Hoheitsträger (also eine juristische Person des Öffentlichen Rechts) steht *und* dieser Hoheitsträger aufgrund eines Sonderrechts handelt. Ein Sonderrecht ist eine gesetzliche Vorschrift, die ein bestimmtes Handeln nur Hoheitsträgern vorbehält. So kann z. B. nur ein Hoheitsträger eine Fahrerlaubnis erteilen, nicht jedoch eine Privatperson; dieses Sonderrecht ergibt sich aus § 2 StVG.
3. Daraus folgt, dass Zivilrecht vorliegt, wenn eine oder beide Bedingungen nicht erfüllt sind, also z. B. ein Hoheitsträger aufgrund einer allgemeinen Rechtsvorschrift handelt (die Universität Stuttgart kauft Lehrbücher für die Universitätsbibliothek gem. § 433 BGB, wonach jeder Kaufverträge abschließen kann) oder aber gar kein Hoheitsträger beteiligt ist.
- 19 4. Doch auch diese – noch zuverlässigste – Theorie kann nicht alle Fälle befriedigend lösen. Denn sie erfasst nicht diejenigen Fälle, in denen Beliehene handeln. Beliehene sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, die von einem Hoheitsträger zur selbstständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ermächtigt (= „beliehen“) worden sind. Diese Privatpersonen handeln aufgrund eines Sonderrechts, stellen selbst aber trotz der Beleihung keinen Hoheitsträger dar. Ein bekanntes Beispiel stellt der Technische Überwachungsverein e. V. (TÜV) dar, der als privatrechtlicher Verein (insoweit rechtlich ohne Unterschied zu jedem eingetragenen Kaninchenzüchterverein) organisiert ist, aber mit Hoheitsrechten beliehen worden ist. Denn die Prüftätigkeit des TÜVs wird unstreitig dem Öffentlichen Recht zugeordnet. Dennoch gelangt die Sonderrechtstheorie aufgrund der privatrechtlichen Rechtsform des TÜV zum Zivilrecht.

⁸ Aus Vereinfachungsgründen habe ich hier die (einfache) Subjektstheorie unterschlagen; sie fragt nur danach, ob an dem fraglichen Rechtsverhältnis ein Hoheitsträger beteiligt ist. Schon dann bejaht sie Öffentliches Recht. Da dieses Erfordernis als Teilvoraussetzung in der modifizierten Subjekts-/Sonderrechtstheorie enthalten ist, halte ich die separate Darstellung dieser Theorie für entbehrlich.

IV. Übersicht: Abgrenzungstheorien Öffentliches Recht/Zivilrecht

Um eine endgültige Abgrenzungsentscheidung treffen zu können, müssen die Theorien im Wege einer Gesamtschau angewendet werden. Dies gilt vor allem dann, wenn nicht alle Theorien zum gleichen Ergebnis gelangen; es bedarf dann einer besonderen Begründung dafür, welche Gesichtspunkte – und damit welche Theorie(n) – im konkreten Fall besonders schwer wiegen, weshalb danach sich die Endentscheidung richtet. Deshalb kann man auch nicht schematisch danach gehen, für welche Einordnung mehr Theorien sprechen (z. B. „2 : 1 für Öffentliches Recht“).

Bezeichnung und Inhalt der Theorie	Anwendungsbeispiel	Anwendungsschwierigkeiten
<p>Subordinationstheorie</p> <p>ÖR: Über-/Unterordnungsverhältnis (Befehl/Zwang)</p> <p>ZR: Gleichordnungsverhältnis der Beteiligten</p>	<p>Steuerbescheid</p> <p>Kaufvertrag</p>	<p>Im Verhältnis von Arbeitgeber und -nehmer sowie im Verhältnis von Eltern und Kindern besteht ein rechtliches Über-/Unterordnungsverhältnis; trotzdem sind diese Rechtsverhältnisse zivilrechtlich.</p> <p>Bei koordinationsrechtlichen Verträgen zwischen Hoheitsträgern bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben liegt ein Gleichordnungsverhältnis vor; dennoch zählen diese Verträge zum ÖR.</p>
<p>Interessentheorie</p> <p>ÖR: Allgemeininteresse, Gemeinwohl</p> <p>ZR: Individualinteresse des Einzelnen</p>	<p>Überholverbot (Sicherheit des Straßenverkehrs)</p> <p>Darlehen (Wirtschaftliches Profitinteresse)</p>	<p>Handeln des Staates im Allgemeininteresse wie z. B. der Einkauf von Gewehren zur Landesverteidigung gehört zum Zivilrecht (Verwaltungsprivatrecht).</p> <p>Die subjektiv-öffentlichen Rechte (z. B. auf Kriegsdienstverweigerung) bestehen vorrangig aus Gründen des Individualinteresses, zählen aber zum ÖR.</p>
<p>Sonderrechtstheorie (modif. Subjektstheorie)</p> <p>ÖR: Auf mindestens einer Seite des Rechtsverhältnisses muss ein Hoheitsträger stehen; nur er darf aufgrund eines Sonderrechts handeln.</p> <p>ZR: Wenn eine der Bedingungen nicht erfüllt ist.</p>	<p>Das Landratsamt (Landkreis) erteilt eine Fahrerlaubnis, wozu gem. § 2 StVG nur die zuständige Behörde ermächtigt ist (also nicht jedermann).</p> <p>Die Universität kauft Lehrbücher (Hoheitsträger, aber kein Sonderrecht, da jeder etwas kaufen kann).</p>	<p>Die Beliehenen sind Privatpersonen, nehmen aber aufgrund der Beleihung hoheitliche Aufgaben aufgrund von Sonderrechten wahr. Als Privatpersonen können sie nicht Hoheitsträger sein; ihr Handeln wird dennoch als öffentlich-rechtlich qualifiziert.</p>

21