

1. Abschnitt

Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht (Klage, vorläufiger Rechtsschutz) setzt voraus, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist. Sofern der Rechtsweg zu dem Verwaltungsgericht nicht eröffnet ist, wird die Klage indes nicht als unzulässig verworfen (Prozessurteil), sondern von Amts wegen an das zuständige Gericht verwiesen (§ 17a II GVG in Verbindung mit § 173 VwGO). Dementsprechend ist die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges auch **keine Voraussetzung** für die Zulässigkeit der Klage als solche. Sie ist jedoch Voraussetzung für die Durchführung des **verwaltungsgerichtlichen** Verfahrens; deshalb empfiehlt es sich, die Anforderungen des § 40 VwGO im Rahmen der Zulässigkeit des (verwaltungsgerichtlichen) Verfahrens zu prüfen¹.

Der Verwaltungsrechtsweg kann eröffnet sein

- aus **Spezialzuweisungen**² (vgl. etwa § 54 I BeamStG für Landesbeamte bzw. § 126 I BBG für Bundesbeamte; § 82 SoldatenG; § 54 BAföG; weiterhin § 9 IV IFG und § 6 I UIG);
 - ➔ **Andere Terminologie:** Aufdrängende Sonder-/Spezialzuweisung.
- aus der **Generalklausel** des § 40 I 1 VwGO.

Die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO nennt drei Voraussetzungen für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges:

- Öffentlich-rechtliche Streitigkeit;
- nichtverfassungsrechtlicher Art;
- keine „abdrängende Sonderzuweisung“, also keine gesetzliche Zuweisung der Streitigkeit an ein anderes Gericht.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

a) Vorliegen einer rechtlichen Streitigkeit

Im Einzelfall kann problematisch sein, ob überhaupt eine **rechtliche** Streitigkeit als Voraussetzung für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges gemäß § 40 I 1 VwGO vorliegt. Diese Frage wird in erster Linie in den folgenden drei Fallkonstellationen diskutiert:

- **Organ-**, insbesondere **Kommunalverfassungsstreitverfahren**³.
- Maßnahmen im **besonderen Gewaltverhältnis** (Sonderstatusverhältnis) – Schüler, Beamte, Lehrer, Soldaten, Zivildienstleistende: Seit der Strafvollzugsentschei-

1 Ebenso *Fischer*, Jura 2003, 748 ff.; *Rozech*, JuS 1996, 87 f.; *Schenke*, JZ 1996, 998, 1003; a.A. *Gröpl/Wehr*, JuS 1995, L 76, 77; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rdnr. 75.

2 Vgl. ausführlich *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Nomos Kommentar zur VwGO, § 40 Rdnr. 131 ff.; *Schmidt*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnr. 25 ff.

3 Vgl. hierzu noch unten Rdnr. 240.

derung des Bundesverfassungsgerichts⁴ steht fest, dass Grundrechte auch in besonderen Gewaltverhältnissen gelten; Maßnahmen in diesem Bereich sind demnach uneingeschränkt justiziabel.

- Demgegenüber sollen **Gnadenakte** nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerichtlich nicht überprüfbar sein, weil es rechtlicher Maßstäbe für die Überprüfung entsprechender Hoheitsakte ermangele („Gnade vor Recht“)⁵. Für den Fall des Widerrufs hat das Gericht hingegen für eine gerichtliche Überprüfbarkeit plädiert⁶. Unter Berufung darauf, dass es im Lichte der Art. 19 IV, 20 III GG keine verfassungsrechtlich ungebundene Staatsgewalt geben kann, spricht sich der wohl überwiegende Teil der Literatur⁷, aber auch ein Minderheitenvotum des BVerfG⁸ für die generelle Justiziabilität von Gnadenakten aus.

Hinweis: Zu bedenken ist indes, dass für die Überprüfung ablehnender Gnadenentscheidungen die abdrängende Sonderzuweisung des § 23 EGGVG⁹ Platz greift und damit die Verwaltungsgerichtsbarkeit unzuständig ist¹⁰.

- Regierungsakte (Auflösung des Deutschen Bundestages, Ausübung der Richtlinienkompetenz durch den Bundeskanzler etc.) sollen nach überwiegender Auffassung nicht justiziabel sein¹¹.

b) Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit

Ob eine **öffentlich-rechtliche** Streitigkeit vorliegt, bemisst sich nach den für die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Recht entwickelten Kriterien. Hierbei ist zu differenzieren¹²:

- (1) Sonderrechtstheorie: Abgrenzungsmaßstab für den gesetzlich geregelten Bereich (der Eingriffsverwaltung)

- 3 Prinzipiell ist bei der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht mit der **Sonderrechtstheorie** oder so genannten **modifizierten Subjektstheorie** zu arbeiten. Die Sonderrechtstheorie ist immer dann anzuwenden, wenn das streitige Rechtsverhältnis gesetzlich geregelt ist, eine **streitentscheidende Norm** also vorhanden ist. Eine solche gesetzliche Regelung liegt wegen des Vorbehalts des Gesetzes regelmäßig im Bereich der Eingriffsverwaltung vor. Daher ist in allen Fällen der Eingriffsverwaltung für die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gegeben ist, nach Maßgabe der Sonderrechtstheorie vorzugehen.

4 BVerfGE 33, 1.

5 Grundlegend BVerfGE 25, 352, 361.

6 BVerfGE 30, 108, 110.

7 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rdnr. 8; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnr. 91; *Schmitt-Glaeser*, in: Schmitt-Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, Rdnr. 41.

8 BVerfGE 25, 352, 363.

9 Vgl. unten Rdnrn. 14 ff.

10 Vgl. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnrn. 91, 142.

11 Zum Streitstand und mit abweichender Auffassung *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnrn. 92 ff.

12 Vgl. zu den einzelnen Theorien ausführlich *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rdnrn. 15 ff.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnrn. 99 ff.

Nach der Sonderrechtstheorie ist die streitentscheidende Norm immer dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie **ausschließlich** einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet¹³; nur in diesem Fall liegt Sonderrecht eines Hoheitsträgers vor. Kommen als Normadressaten hingegen **auch** Private in Betracht, hat die Streitigkeit privatrechtlichen Charakter.

4



Beispiel Sofern ein Hoheitsträger mit einem Privaten einen Kaufvertrag abschließt, ist die öffentlich-rechtliche Hand Zuordnungsobjekt von § 433 BGB. Da diese Norm aber auch Private berechtigen und verpflichten kann, also als Zuordnungsobjekt nicht **ausschließlich** ein Hoheitsträger in Betracht kommt, ist diese Norm und damit auch die entsprechende Streitigkeit privatrechtlicher Natur. Demgegenüber berechtigen entsprechende Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Ordnungsverfügungen nach allgemeinem oder besonderem Ordnungsrecht ausschließlich den jeweils zuständigen Hoheitsträger; sie stellen demnach Sonderrecht des Hoheitsträgers, also öffentliches Recht dar.

Im Rahmen der konkreten Fallbearbeitung ist also zunächst auf die streitentscheidende Norm abzustellen und sodann zu fragen, ob nach Maßgabe der Sonderrechtstheorie die Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder privater Natur ist.

Hinweis: Auf die anderen Theorien (Subordinationstheorie, Interessentheorie) ist im Rahmen der praktischen Fallbearbeitung regelmäßig nicht einzugehen; es handelt sich um einen Stoff, der allenfalls für die mündliche Prüfung relevant sein könnte. Nach der **Subordinationstheorie** liegt bei einem Über- und Unterordnungsverhältnis öffentliches Recht, bei einem auf Gleichordnung beruhenden Verhältnis hingegen privates Recht vor. Gegenargumente: Auch im Privatrecht kann es Über- und Unterordnungsverhältnisse geben (Beispiele: Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie zwischen Eltern und Kind); und umgekehrt zeigt das Beispiel des koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrages (vgl. § 54 VwVfG), dass auch im öffentlichen Recht entsprechende Gleichordnungsverhältnisse bestehen können. Nach der **Interessentheorie** sind Vorschriften dann dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn sie zumindest überwiegend im öffentlichen Interesse liegen. Gegenargument: Das Kriterium des „öffentlichen Interesses“ ist zu vage, um eine verlässliche Abgrenzung zwischen beiden Rechtskreisen vornehmen zu können. Letztlich findet nur ein Austausch der Begrifflichkeiten statt, ohne dabei selbst die notwendigen Kriterien für die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht beziehungsweise zwischen öffentlichem und privatem Interesse zu benennen.

In dem Standardfall einer hoheitlichen Maßnahme belastenden Charakters auf dem Gebiet des allgemeinen oder besonderen Ordnungsrechts kann das Gutachten wie folgt ausformuliert sein:

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I 1 VwGO setzt voraus, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Nach der Sonderrechtstheorie liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet. Streitentscheidende Norm ist hier die entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nach dem ... (Gesetz des allgemeinen oder besonderen Ordnungsrechts). Die Vorschrift berechtigt allein die ... (Polizei- oder Ordnungsbehörde) zum Einschreiten und insbesondere zum Erlass entsprechender Ordnungsverfügungen. Sie stellt damit nach Maßgabe der Sonder-

¹³ OLG Köln, VersR 1994, 1087; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rdnrn. 17 ff.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnr. 104.

rechtstheorie öffentliches (Sonder-)Recht dar. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt somit vor.

Hinweis: Die streitentscheidenden Normen müssen im Rahmen der Prüfung des § 40 I 1 VwGO noch nicht im Einzelnen erwähnt werden. Teilweise bildet die Frage, welche Vorschrift als Ermächtigungsgrundlage für das hoheitliche Vorgehen dient, einen der Schwerpunkte des zu bearbeitenden Falles; dieser Punkt ist erst im Rahmen der Begründetheit der Klage im Einzelnen zu erörtern und zu entscheiden. Für § 40 VwGO reicht der Hinweis aus, dass die Ermächtigungsgrundlagen etwa im Polizeigesetz zu finden sind. Steht indes ohne jeden Zweifel fest, dass die hoheitliche Maßnahme etwa auf die polizeiliche Generalklausel gestützt ist, so spricht auch nichts dagegen, die entsprechende Vorschrift bereits im Rahmen des § 40 VwGO zu nennen und sie unter Berufung auf die Sonderrechtstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

Beachte: Für die Begründung des öffentlich-rechtlichen Charakters der polizeilichen Generalklausel oder anderer Vorschriften des allgemeinen oder besonderen Ordnungsrechts reicht es nicht aus, darauf hinzuweisen, dass die jeweiligen Vorschriften allein einen Träger hoheitlicher Gewalt berechtigen und verpflichten. Auch Private können aus der polizeilichen Generalklausel oder aus anderen Ordnungsvorschriften verpflichtet sein. Entscheidend ist, dass nach den entsprechenden Vorschriften ausschließlich die Ordnungsbehörden zum Einschreiten und insbesondere zum Erlass entsprechender Ordnungsverfügungen berechtigt sind. Deshalb stellen diese Ermächtigungsgrundlagen nach Maßgabe der Sonderrechtstheorie Sonderrecht des Staates, also öffentliches Recht dar.

(2) Abgrenzungskriterien für den gesetzlich nicht geregelten Bereich
(der Leistungsverwaltung)

- 5 Die Sonderrechtstheorie hilft immer dann nicht weiter, wenn das im Einzelnen streitige Rechtsverhältnis gesetzlich nicht geregelt ist; wenn es also an einer streitentscheidenden Norm fehlt, die mithilfe der Sonderrechtstheorie dem öffentlichen oder privaten Recht zugeordnet werden kann. Da der Vorbehalt des Gesetzes nach ganz überwiegender Auffassung¹⁴ regelmäßig¹⁵ nur im Bereich der Eingriffsverwaltung gilt, mangelt es im Bereich der Leistungsverwaltung regelmäßig an einer gesetzlichen Normierung und damit an einem Anknüpfungspunkt für die Sonderrechtstheorie. Daher ist im Bereich der Leistungsverwaltung nach anderen Abgrenzungskriterien Ausschau zu halten.
- 6 (a) Für die rechtliche Qualifizierung der Leistungserbringung durch öffentliche Einrichtungen ist zwischen der **Organisations-** und der **Handlungsform** zu differenzieren. Während die Organisationsform die Frage nach der rechtlichen Ausgestaltung der Einrichtung betrifft¹⁶, geht es bei der Handlungsform um die rechtliche Einordnung der Betätigung der Einrichtung¹⁷. Die öffentliche Hand besitzt nach herrschender Meinung ein Wahlrecht, ob sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben der Leistungsverwaltung privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Organisationsformen bedient¹⁸. Entscheidet sich

14 BVerfGE 8, 155, 167; OVG Münster, DVBl. 1993, 1321; BVerwGE 6, 282, 287 (für Subventionen genügt die Bereitstellung der Mittel im Haushaltsplan).

15 Eine Ausnahme wird im Bereich der Leistungsverwaltung dann gemacht, wenn durch die Leistung gleichzeitig Grundrechte Dritter tangiert werden (vgl. BVerwGE 90, 112, 126), wie zum Beispiel bei der Pressesubventionierung.

16 Beispiel: AG oder GmbH etc. als privatrechtliche im Gegensatz zur Anstalt etc. als öffentlich-rechtliche Organisationsform.

17 Beispiel: Abschluss eines privatrechtlichen oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrages.

18 Vgl. statt vieler BVerwGE 96, 71, 73 f.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rdnr. 25.

die öffentliche Hand für eine privatrechtliche **Organisationsform**¹⁹, so bestimmt sich auch die **Handlungsform** nach Privatrecht. Die privatrechtliche Organisationsform zieht also die privatrechtliche Handlungsform nach sich, es sei denn, es liegt der besondere Fall der Beilehung vor. Streitigkeiten mit Eigen- und Beteiligungsgesellschaften der öffentlichen Hand sind demnach regelmäßig privatrechtlicher Natur. Anders liegen indes die Dinge, wenn öffentliche Aufgaben durch einen öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltungsträger wahrgenommen werden. Auch insoweit (also nicht nur bei der Wahl der **Organisationsform**) hat die öffentliche Hand ein Wahlrecht; sie kann sich für eine öffentlich-rechtliche oder aber für eine privatrechtliche **Handlungsform** entscheiden. Folgende Indizien sprechen für eine öffentlich-rechtliche Handlungsform:



- Gebühr (im Gegensatz zum Entgelt als privatrechtliche Handlungsform).
- Satzung (im Gegensatz zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen).
- Androhung von Zwangsmitteln.
- Anschluss- und Benutzungszwang.



(b) Im Übrigen kann in bestimmten Konstellationen mit der so genannten **Zwei-Stufen-Theorie** gearbeitet werden²⁰. Danach ist zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der Leistungsgewährung zu unterscheiden.

7



Hinweis für die praktische Fallbearbeitung:

Die Prüfung erfolgt hierbei in zwei Schritten:

1. Ist das „Ob“ oder das „Wie“ streitig?
2. Ist der Streitgegenstand („Ob“ oder „Wie“) öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu qualifizieren?

Das „Ob“ bemisst sich stets nach öffentlichem Recht; im Rahmen des „Wie“ ist dagegen nach allgemeinen Kriterien zu differenzieren. Folgende Anwendungsfelder der Zwei-stufentheorie sind zu nennen:

8

- **Benutzung öffentlicher Einrichtungen** (z.B. Stadthalle, Schwimmbad): Die Zulassung, also das „Ob“, erfolgt durch einen VA (Zulassungsbescheid), die Benutzung als solche, also das „Wie“, kann dagegen privatrechtlich (Mietvertrag mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen) oder öffentlich-rechtlich (Satzung) ausgestaltet sein. Hier ist wiederum entsprechend den oben genannten Kriterien zu differenzieren.

Hinweis: Hierbei können immer dann Probleme entstehen, wenn eine Gemeinde den Betrieb entsprechender öffentlicher Einrichtungen auf eine von ihr beherrschte Gesellschaft (GmbH, AG etc.) überträgt. Weigert sich die Gesellschaft, einen entsprechenden Benutzungsvertrag mit dem Einzelnen abzuschließen, so muss dieser (Leistungs-)Klage gegen die Gemeinde erheben; und zwar mit dem Antrag, der Beklagten aufzugeben, durch Einwirkung auf die von ihr abhängige Gesellschaft dem Kläger den Zugang zu der Einrichtung zu verschaffen.

¹⁹ Beispiel: „Stadtwerke GmbH oder AG“ im Bereich der Daseinsvorsorge.

²⁰ Vgl. BVerwGE 45, 13, 14; *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rdnr. 46; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 11 Rdnr. 32; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 35 Rdnrn. 41 f.; *Kopp/Schenke*, VwGO, § 40 Rdnrn. 16 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17 Rdnrn. 11 ff.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnrn. 106, 118.

- **Subventionsrecht:** Subventionen werden im Allgemeinen als vermögenswerte Zuwendungen des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers an Privatpersonen zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zweckes verstanden²¹. Die Anwendung der Zweistufentheorie ist von der Art der gewährten Zuwendung abhängig²². Hierbei ist wie folgt zu unterscheiden:

Zuwendungstypus	Anwendbarkeit der Zweistufentheorie?
Verlorene Zuschüsse (Geldleistungen des Staates, die seitens des Bürgers nicht zurückgezahlt werden müssen)	(-), da über Leistungsgewährung in einem einstufigen öffentlich-rechtlichen Verfahren entschieden wird: die rein tatsächliche Auszahlung stellt nach h.M. lediglich die Erfüllung des Zuwendungsbescheides, aber keine eigene „zweite Stufe“ dar
Darlehen , die unter günstigeren Voraussetzungen gewährt werden als im privatwirtschaftlichen Bereich (z. B. niedrigere Zinsen, bessere Rückzahlungsbedingungen)	(+), da zweiaktiges Zuwendungsverfahren: 1. Darlehensbewilligungsbescheid 2. Abschluss des Darlehensvertrages (§ 488 BGB)
Bürgschaften und vergleichbare Sicherheiten des Staates für Darlehen, die der Subventionsnehmer von dritter Seite, insbesondere von Privaten erhalten hat oder erhalten will	(+), da zweiaktiges Zuwendungsverfahren: 1. Bewilligungsbescheid (Verpflichtung zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages) 2. Abschluss des Bürgschaftsvertrages zwischen Staat und Darlehensgeber

VA (Verpflichtung zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages ggü. Gläubiger zugunsten des Schuldners)

```

graph TD
    Staat["Staat  
- Subventionsgeber  
- Bürger"]
    Schuldner["Schuldner  
- Subventionsempfänger"]
    Gläubiger["Gläubiger  
(Bank)"]
    
    Staat -- Bürgschaftsvertrag --> Gläubiger
    Schuldner -- Darlehensvertrag --> Gläubiger
    
    VA["VA (Verpflichtung zum Abschluss  
eines Bürgschaftsvertrages ggü.  
Gläubiger zugunsten des  
Schuldners)"]
    VA --- Schuldner
  
```

21 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17 Rdnr. 5; vgl. auch die Legaldefinition in § 264 Abs. 7 StGB.

22 Vgl. ausführlich *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17 Rdnrn. 3-31.

Zuwendungstypus	Anwendbarkeit der Zweistufentheorie?
<p>Realförderungen Hauptfall: bevorzugte Berücksichtigung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge</p>	<p>Vergabeentscheidung innerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB (-), da Sonderzuweisung an Vergabekammern des OLG (§ 104 II GWB: „Vergaberechtsweg“)</p> <p>Vergabeentscheidung außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 97 ff. GWB (str.)²³: BVerwG (-), da einheitlicher privatrechtlicher Vorgang (Entscheidung über die Auswahl zwischen mehreren Bietern erfolgt unmittelbar durch den Abschluss des privatrechtlichen Vertrages)²⁴</p> <p>a.A. (+),</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Auswahl des Geförderten (eigentliche Vergabeentscheidung) 2. Abwicklung der Vergabeentscheidung (z.B. durch Abschluss eines Werkvertrages)²⁵

- Gemeindliches Vorkaufsrecht: Die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts („Ob“) erfolgt durch VA (§ 28 II 1 BauGB); dadurch kommt zwischen der Gemeinde und dem Verkäufer ein Kaufvertrag zustande, dessen Abwicklung sich nach den §§ 463 ff. BGB bemisst (§ 28 II 2 BauGB).

Die Zweistufentheorie geht mithin davon aus, dass bestimmte einheitliche Lebenssachverhalte in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Bestandteil zerfallen können²⁶. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass sich das „Wie“ (im Gegensatz zum „Ob“) nicht zwingend nach öffentlichem Recht bemessen muss. Die Zweistufentheorie besagt nur, dass sich die zweite Stufe nach Privatrecht richten **kann**. Der öffentlichen Hand bleibt es regelmäßig unbenommen, auch diese zweite Ebene öffentlich-rechtlich auszugestalten; dies freilich nur dann, wenn durch öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht das Privatrecht als Handlungsform zwingend vorgeschrieben ist (so im Fall des gemeindlichen Vorkaufsrechts, vgl. § 28 II 2 BauGB). Im Falle des der öffentlichen Hand regelmäßig zustehenden Wahlrechts ist nach Maßgabe der oben genannten Kriterien die Frage zu beantworten, für welche Handlungsform sich der Hoheitsträger entschieden hat, ob er also die Rechtsbeziehung zum Einzelnen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet hat.

(c) Wendet sich der Kläger gegen ein ihn belastendes Realhandeln der Verwaltung, so richtet sich die Rechtsnatur der Streitigkeit nach dem Rechtscharakter der abzuwehren-

²³ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow*, Nomos Kommentar zur VwGO, § 40, Rn. 334.

²⁴ BVerwG, NJW 2007, 2275.

²⁵ *Burgi*, NVwZ 2007, 737, 740 f.

²⁶ Kritisch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17 Rdnrn. 14 f.

den Verwaltungstätigkeit²⁷. Dabei ist maßgeblich auf den **Sachzusammenhang** abzustellen²⁸. Steht das abzuwehrende Verwaltungshandeln in engem Zusammenhang mit einer öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit, so ist auch der streitige Sachverhalt dem öffentlichen Recht zuzuordnen (Beispiel: abzuwehrende Immissionen im Rahmen öffentlicher Daseinsvorsorge).

- 11 (d) Bei **ehrerletzenden Äußerungen** eines Hoheitsträgers ist darauf abzustellen, ob sie im Sachzusammenhang mit einer öffentlichen oder einer privaten Tätigkeit stehen²⁹. Erfolgt die geltend gemachte Ehrverletzung in Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Befugnisse oder aber im Rahmen einer fiskalischen (privatrechtlichen) Tätigkeit? Umstritten ist allerdings die Einordnung von Unterlassungsansprüchen bei Äußerungen in Sendungen **öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten**. Die herrschende Meinung³⁰ geht insoweit von einer zivilrechtlichen Streitigkeit aus, weil es sich um die Durchsetzung des Persönlichkeitsrechts des von der Rundfunksendung Betroffenen auf der **Ebene der Gleichordnung** handele. Dem ist jedoch mit dem Argument zu begegnen, dass der Grundrechtsübergreif in Wahrnehmung des durch **öffentlich-rechtliche Vorschriften** begründeten Programmauftrages der Rundfunkanstalten erfolgt. Nach Maßgabe der Sonderrechtstheorie sind demnach entsprechende Rechtsstreitigkeiten dem öffentlichen Recht zuzuweisen³¹. Insoweit ergibt sich kein Unterschied zu dem Fall, dass ein Amtswalter in Wahrnehmung seiner ihm obliegenden öffentlich-rechtlichen Funktionen entsprechende ehrverletzende Äußerungen macht. Da in diesem Fall eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, muss gleiches auch für ehrverletzende Äußerungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten gelten.

Hinweis: Hinter der herrschenden Meinung steht letztlich das rechtspolitische Ansinnen, die Behandlung von Gegendarstellungs- und Unterlassungsansprüchen bei öffentlich-rechtlichen Rundfunksendungen einem einheitlichen Gerichtszweig zuzuordnen. Kraft der ausdrücklich gesetzlich geregelten (abdrängenden Sonder-)Zuweisungen (vgl. nur § 12 V NDR-StV; § 15 V MDR-StV; § 9 VI ZDF-StV) entscheiden die ordentlichen Gerichte über **Gegendarstellungsansprüche**. Rechtspolitisch macht es wenig Sinn, mit der Durchsetzung entsprechender **Unterlassungsansprüche** im Zusammenhang mit der Ausstrahlung von Rundfunksendungen die Verwaltungsgerichte zu betrauen. Indes besteht der entscheidende Unterschied, dass es bei den Unterlassungsansprüchen – im Gegensatz zu den Gegendarstellungsansprüchen – keine gesetzlich geregelte Sonderzuweisung gibt. Solange der Gesetzgeber eine solche Sonderzuweisung nicht vornimmt, muss es bei Anwendung tradierter Abgrenzungskriterien bei der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bleiben.

27 *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rdnr. 1325; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rdnrn. 121 f.

28 BGH, NJW 1992, 2882; BGH, NJW 1993, 1258, 1259; BVerwG, NJW 1974, 817, 818.

29 BGHZ 34, 99, 106 f.; *Frotscher*, JuS 1978, 505.

30 BGHZ 66, 182, 187; BVerwG, NJW 1994, 2500.

31 Siehe nur VGH München, DVBl. 1994, 642, 643.