

Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO

Wysk

3. Auflage 2020
ISBN 978-3-406-74951-3
C.H.BECK

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Hingegen sind Ansprüche unmittelbar gegen **privatrechtlich organisierte Anlagenbetreiber** (die DB AG, → Art. 87e GG, Flughafengesellschaften usw.) und erst recht gegen Anlagenbenutzer (Verkehrsteilnehmer, Fluggesellschaften) vor den Zivilgerichten zu verfolgen (Kopp/Schenke Rn. 9b). Sie wurzeln in privatrechtlichen Normen wie §§ 1004, 906 BGB oder § 14 BImSchG. Das gilt auch, wenn die Ansprüche nach der neueren Rspr. des BGH durch eine Genehmigung, Planfeststellung usw. überlagert oder ausgeschlossen sind (→ Rn. 33).

3. Ersatz- und Erstattungsansprüche

a) Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Das Institut der GoA besteht auch im öffentlichen Recht BVerwG NVwZ-RR 2004, 84; BVerwGE 80, 170; BayVGH BayVBl. 2012, 177). Für die öffentlich-rechtlichen Aufwendungsersatzansprüche gelten die §§ 677 ff. BGB entspr. (Eyer- mann Rn. 76; Kopp/Schenke Rn. 26). Zwei **Fallgruppen** sind zu unterscheiden:

(1) Ein privater Geschäftsführer erledigt ein Geschäft aus dem öffentlich-rechtlichen Pflichtenkreis eines Trägers hoheitlicher Verwaltung (zum Tierfund BVerwGE 162, 63). Der Aufwendungsersatzanspruch ist öffentlich-rechtlich, weil nach hM auf den Rechtscharakter des getätigten Geschäfts und nicht auf die Rechtsqualität des Handelns abzustellen ist (BVerwGE 80, 170). Hätte die Verwaltung als Geschäftsführer Wahlfreiheit, kommt es auf ihren mutmaßlichen Willen an; dabei gilt wie stets eine widerlegliche Vermutung für öffentlich-rechtliches Handeln (→ Rn. 128).

(2) Erledigt ein Träger öffentlicher Gewalt ein Geschäft für einen privaten Geschäftsherrn, können Ersatzansprüche der Verwaltung nach dem allgemeinen Ansatz nur privatrechtlich sein. Die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag der Verwaltung für den Bürger verbietet sich nicht einmal dann oW, wenn die öffentliche Hand bei dem betreffenden Vorgang hauptsächlich zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten tätig geworden ist (stRspr, BGHZ 156, 394 (397 f.) mwN auch zu den gegen diese Betrachtungsweise im Schrifttum erhobenen Bedenken).

b) Erstattungsansprüche, öffentlich-rechtliche. Der (allgemeine) öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist ein eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, abgeleitet aus allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts, insbes. der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (BVerwGE 112, 351 (353 f.); 100, 56 (59); 87, 169 (172); 71, 85 (88)). Er dient der Rückabwicklung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen oder sonstiger Vermögensverschiebungen. Sonderformen sind **spezialgesetzlich** geregelt (vgl. § 49a VwVfG, § 53 BeamtVG oder § 12 II BBesG), wobei Sonderzuweisungen den Rechtsweg regeln können (wie § 54 I BeamStG). **Anspruchsvoraussetzungen** und **Rechtsfolgen** iÜ entsprechen denen des zivilrechtlichen Bereicherungsanspruchs (BVerwGE 131, 153 Rn. 13). Ausnahmen davon hat das BVerwG lediglich dann anerkannt, wenn und soweit den §§ 812 ff. BGB eine Interessenbewertung zugrunde liegt, die in das öffentliche Recht nicht übertragbar

ist (BVerwGE 71, 85). Die Parallelität der Institute wirft die Frage der Abgrenzung auf. Bei Leistungen teilt der Erstattungsanspruch die Rechtsnatur der rückabzuwickelnden Vermögensverschiebung (→ Rn. 127). Demgem. kommt es auf die Rechtsgrundlage der Leistung an. Bei sonstigen Vermögensverschiebungen („Erlangung von etwas auf sonstige Weise“) ist auf den Sachzusammenhang der Verschiebung abzustellen.

- 143 c) Schadensersatzansprüche.** Ansprüche **gegen Hoheitsträger** auf Ersatz von Schäden können privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich sein, je nachdem, ob sie aus der Verletzung einer privat- oder öffentlich-rechtlichen Pflicht folgen (→ Rn. 23 zu deliktischen Ansprüchen nach §§ 823 ff. BGB; → Rn. 38 zur Verkehrssicherungspflicht; → Rn. 22 zu Amtspflichten). Handelt es sich um Amtshaftung oder Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, schreiben Art. 34 S. 2 GG, § 40 II 1 den ordentlichen Rechtsweg vor.
- 144** Macht der Staat Ansprüche **gegen den Bürger** geltend oder wird anderes als Geldschadensersatz verlangt (→ Rn. 23), bleibt es aber auch dann beim Verwaltungsrechtsweg (I 1). Dasselbe gilt, wenn wegen der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten Ansprüche auf Naturalrestitution, Widerruf einer Erklärung oder eine Amtshandlung geltend gemacht werden (BVerwGE 15, 143; 39, 173; Kopp/Schenke Rn. 59; Eyermann Rn. 117).

4. Folgenbeseitigungsansprüche

- 145** Folgenbeseitigungsansprüche sind iSv Naturalrestitution auf Wiederherstellung des Status quo ante gerichtet. Ihre Rechtsnatur entspricht als Kehrseite derjenigen des Eingriffs, der beseitigt werden soll (zum Widerruf ehrverletzender Behauptungen → Rn. 162). Wird Rückgabe von Geld als Folgenbeseitigung (und nicht als Schadensersatz) verlangt, bleibt die Generalklausel in I 1 einschlägig. Eine spezielle Form des Folgenbeseitigungsanspruchs betrifft den Vollzug von VA nach deren gerichtlicher Aufhebung (Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch § 113 I 2).

5. Öffentliche Sachen und Einrichtungen

- 146** Öffentliche Sachen und Einrichtungen sind solche, mit denen ein Hoheitsträger öffentliche Zwecke und Aufgaben erfüllt. Es kann sich um Sachen im Gemeingebrauch (zB Straßen, Schulen, Bäder), im Anstaltsgebrauch (Stadhallen oder Plätze) oder im Verwaltungsgebrauch handeln (Näheres bei Papier in Erichsen/Ehlers AllgVerwR § 37 ff.). Im Zusammenhang mit öffentlichen Sachen sind beim Rechtsweg **drei Problembereiche** zu erörtern: (a) Hausrechtsausübungen bei öffentlichen Gebäuden, (b) Herausgabeansprüche und (c) Zulassung zur und Ausgestaltung der Nutzung.
- 147 a) Hausrechtsausübungen.** Die Zuordnung von Hausrechtsausübungen durch Träger öffentlicher Verwaltung im Zusammenhang mit Gebäuden ist differenziert zu betrachten. Es kann sich um Hausverbote handeln, dh die Untersagung, ein Gebäude zu betreten, oder auch nur um die Modalitäten

des Betretens wie etwa die Anordnung, sich auf Waffen durch- oder untersuchen zu lassen. Sofern kein gesetzlich geregelter Fall vorliegt (solche finden sich beim Bundestagspräsidenten nach Art. 40 II 1 GG sowie im Kommunalrecht), kann sich die **Rechtsgrundlage** sowohl aus Eigentum oder Besitz ergeben (§§ 1004, 903 oder §§ 859 f. BGB) als auch aus der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft, dem Widmungsakt. Kann der Hausrechtsinhaber Befugnisse des privaten wie des öffentlichen Rechts ausüben (nicht bei einer privatrechtlich organisierten Einrichtung), ist zunächst zu fragen, ob eine **eindeutige Formenwahl** getroffen ist (Indizien sind die Wortwahl und die Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung, vgl. VG Neustadt LKRZ 2010, 178).

Führt die Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, ist streitig, 148 worauf abzustellen ist. Die heute hM stellt auf den **Zweck des Hausverbots** und dessen Zusammenhang mit der Aufgabenwahrnehmung der Einrichtung ab (vgl. OVG NRW NVwZ-RR 1989, 316; HessVGH NJW 1990, 1250; Jutzi LKRZ 2009, 16; Eyermann Rn. 66; Kopp/Ramsauer VwVfG § 35 Rn. 37; Kopp/Schenke Rn. 22; NK-VwGO Rn. 387). Das von einem öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträger ausgesprochene Hausverbot hat dann öffentlich-rechtlichen Charakter, wenn es dazu dient, (allgemein) die Erfüllung der staatlichen Aufgaben im Verwaltungsgebäude zu sichern bzw. (konkret) die unbeeinträchtigte Wahrnehmung einer bestimmten staatlichen Sachkompetenz zu gewährleisten (BSG SozR 4-1500 § 51 Nr. 6; OVG NRW NVwZ-RR 1989, 316; städtisches Bibliotheksgebäude; BayVGH NJW 1980, 2722 und SchlHOVG NJW 1994, 340: Anordnung durch einen Gerichtspräsidenten). **Abzulehnen** ist das von der Rspr. früher vertretene Abstellen auf den **Aufenthaltszweck** des Besuchers oder Benutzers.

Der **Präsident** eines Gerichts ist aufgrund seines gewohnheitsrechtlich 148a anerkannten Hausrechts befugt, zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Dienstbetriebs verhältnismäßige (Ordnungs)Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung im Gerichtsgebäude zu ergreifen. Für die Überprüfung damit verbundener Eingriffe in die Rechte Betroffener und ihrer Grenzen (§ 169 und § 176 GVG) ist der Verwaltungsrechtsweg nach I 1 gegeben (BVerwG NJW 2011, 2530 und BVerfG NJW-RR 2007, 1053).

Zur Entscheidung eines Rechtsstreits um die Ausübung des „virtuellen 148b Hausrechts“ (**Sperre eines Accounts**) auf einer kirchlich verantworteten Facebook-Seite sind die Zivilgerichte berufen (BVerwG CR 2019, 529).

b) Herausgabeansprüche. Öffentliche Sachen bleiben Gegenstand der Pri- 149 vatrechtsordnung, ihre Nutzung wird aber durch eine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft überlagert, die in der Regel durch einen ausdrücklichen oder konkludenten Widmungsakt begründet wird (Konstruktion des sog. **modifizierten Privateigentums**). Die Herausgabe einer öffentlichen Sache ist daher nach § 40 I 1 vor den VG geltend zu machen, wenn die öffentliche Zweckbindung in Rede steht. Der Anspruch findet seine Stütze im öffentlichen Widmungsakt (vgl. nur § 8 X FStrG; BVerwGE 29, 248). IÜ sind die Vorschriften des BGB über Eigentum und Besitz anzuwenden, also der Zivil-

rechtsweg gegeben. Entspr. liegen die Dinge bei sonstigen öffentlichen Sachen (BVerwGE 87, 115; weitere Bsp. bei Eyermann Rn. 78).

- 150 c) Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen.** Bei der Zulassung zu öffentlichen Veranstaltungen (Volksfesten, Jahrmärkten) und Einrichtungen (Sport- und Spielplätzen, Festplätzen, Mehrzweckhallen) ist oft – aber nicht zwangsläufig – zu trennen zwischen der Zulassung zur Nutzung und der Abwicklung des Nutzungsverhältnisses (Kopp/Schenke Rn. 16). Die erste Stufe ist durchweg öffentlich-rechtlich, wenn eine Auswahlentscheidung bei begrenztem Kontingent zu treffen ist. Teilweise ist der Zugang ausdrücklich oder gewohnheitsrechtlich durch Rechtssätze geregelt ist, die als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind (wie bei kommunalen Einrichtungen → Rn. 151). IdR liegt ein Widmungsakt vor, der die Sache einer definierten (allgemeinen oder begrenzten) Zugänglichkeit unterstellt. Die Widmung kann durch Rechtssatz oder durch VA und auch konkludent erfolgen. Soweit keine gesetzliche Grundlage besteht, kommt eine (konkludente) Widmung durch eine von einem Widmungswillen getragene faktische Indienststellung in Betracht (VGH BW NVwZ-RR 1996, 681).
- 151** Über die Zulassung zu **Eigenbetrieben** der kommunalen Gebietskörperschaften (gemeindlichen Kindergärten, Veranstaltungsräumen, Plätzen) ist öffentlich-rechtlich zu entscheiden (BVerwGE 31, 368; NVwZ 1982, 194). Die kommunalrechtlichen Vorschriften räumen Einwohnern meist einen Zulassungsanspruch ein, andere einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung (Eyermann Rn. 51). Entspr. gilt für Zulassungsstreitigkeiten mit den Trägern anderer öffentlicher Einrichtungen (wie kirchliche Friedhöfe, staatliche Kunsthallen, Universitäten). Bei **Einrichtungen der Daseinsvorsorge** ist die öffentlich-rechtliche Zulassung zu vermuten (Kopp/Schenke Rn. 16). Der Zulassungsanspruch einer **Partei** aus § 5 I PartG ist öffentlich-rechtlich (BVerwGE 32, 333 f.; NJW 1990, 134).
- 152** Das **Benutzungsverhältnis** kann sodann öffentlich- oder privatrechtlich ausgestaltet sein. Die Zuordnung ist anhand von **Indizien** vorzunehmen (→ Rn. 124); im Zweifel liegt eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung vor (→ Rn. 128; Kopp/Schenke Rn. 13; gemeindliche Kindertagesstätte: OVG RhPf NVwZ-RR 2008, 129; OVG NRW NJW 1976, 820).
- 153** Wird die Einrichtung von einer kommunal beherrschten juristischen **Person des Privatrechts** betrieben (Bsp. Krankenhäuser), gehört der Streit mit dieser auch über die Zulassung vor die Zivilgerichte, sofern es sich nicht ausnahmsweise um Beliehene handelt (→ Rn. 109). Daneben kann der öffentlich-rechtliche **Träger der Einrichtung** darauf in Anspruch nehmen, von seinen Einwirkungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen (sog. **Verschaffungsanspruch**; vgl. BVerwG NJW 1990, 134; Eyermann Rn. 57).

6. Realakte

- 154 a) Allgemeines.** Die Realakte sind ihrer Natur nach weder öffentlich- noch privatrechtlich. Nicht sie müssen zugeordnet werden, sondern die Ansprüche, die sie auslösen können. Es handelt sich um Abwehr- bzw. Unterlassungs-

ansprüche (→ Rn. 132), soweit – einwirkende oder drohende – Immissionen (→ Rn. 156) oder nachteilige Verlautbarungen (→ Rn. 162) in Rede stehen, hingegen um Folgenbeseitigungsansprüche, wenn es um die Rückgängigmachung von Eigentumseingriffen in Vollzug staatlicher Entscheidungen geht (zB durch Überbau oder Abgrabung eines Grundstücks beim Bau einer Straße, Überschwemmung durch eine Kläranlage, Abbuchung von einem Konto). Über Ansprüche auf Auskunft oder Einsichtnahme in Unterlagen (→ Rn. 158) ist oft durch VA zu entscheiden, womit die öffentlich-rechtliche Natur des Anspruchs feststeht (→ Rn. 116). IÜ sind die speziellen Rechtsgrundlagen der Ansprüche zu qualifizieren, die auf andere Rechtswege verweisen können.

Soweit „parallele“ Anspruchsgrundlagen im bürgerlichen und im öffentlichen Recht bestehen (Erstattungs-, Ersatzansprüche, GoA), nimmt die hM die Zuordnung nach dem **Sachzusammenhang** vor (NK-VwGO Rn. 322 ff.). Abwehransprüche sind öffentlich-rechtlich, wenn die sie auslösenden Realakte mit der öffentlichen Aufgabenerfüllung in einem unmittelbaren funktionellen oder organisatorischen Zusammenhang stehen (Eyer mann Rn. 80 ff.; Kopp/Schenke Rn. 29). Im Zweifel greift die Vermutung zugunsten öffentlich-rechtlichen Handelns ein (BVerwGE 71, 183 (186), → Rn. 128).

b) Immissionen. Die Einwirkungen öffentlicher Anlagen iSd § 3 II BImSchG (Lärm, Licht, Staub usw.) außerhalb fachplanungs- oder immissionsschutzrechtlicher Zulassung können öffentlich-rechtliche Abwehransprüche begründen (→ Rn. 136). Soweit Immissionen indes hinreichend gewichtig (unzumutbar) sind, lösen sie Entschädigungsansprüche aus, die den Zivilgerichten zugewiesen sind (→ Rn. 29, 32; zum Lärm von Militärflugplätzen vgl. BGHZ 129, 124; NVwZ-RR 2006, 669; NVwZ 1992, 404).

c) Verlautbarungen von Behörden und Amtswaltern. aa) Amtliche Erklärungen. Bei amtlichen Verlautbarungen entscheidet der **Sachzusammenhang** über die Rechtsnatur. Sie unterfallen dem öffentlichen Recht, wenn sie in Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgen oder beansprucht werden. Bei Erklärungen mit **nachteiligem Inhalt** ist die Funktion entscheidend, in der eine Erklärung abgegeben wurde (BVerwGE 131, 171; Unterlassen von nachteiligen Aussagen in einem Verfassungsschutzbericht; BGHZ 34, 99; BVerwG NJW 1970, 1990, BVerwGE 44, 351; NJW 1988, 2399; VGH BW DÖV 2002, 348). Öffentlich-rechtlich sind **Warnungen** einer Behörde vor Religionsgemeinschaften oder Sekten (BVerwGE 82, 76; NJW 1994, 162) sowie etwa vor Produkten (BVerwG 87, 39).

bb) Informationen (Auskunft, Akteneinsicht). Der Rechtsweg für Ansprüche auf Auskunft, Einsichtnahme oder Information ist heterogen geregelt. Zu unterscheiden sind **verfahrensakzessorische** Ansprüche und **verfahrensunabhängige** Auskunftsansprüche. Letztere sind häufig sondergesetzlich zugewiesen. Die verfahrensakzessorischen Ansprüche sind demgegenüber idR unter dem Aspekt des Sachzusammenhangs in demselben Rechtsweg zu verfolgen wie die Ansprüche, denen die Information dienen sollen.

- 159 **Sondergesetzlich** vorgeschrieben ist der **Verwaltungsrechtsweg** für den verfahrensunabhängigen Anspruch auf Zugang zu Umweltinformationen nach dem **UIG** (vgl. § 6 I UIG; HessVGH NVwZ 2007, 348) und über Auskünfte nach dem **IFG** (§ 9 IV IFG; vgl. zu Ansprüchen gegen die **BaFin** nach § 1 I IFG: BVerwG NVwZ 2012, 1563). Das gilt auch für Ansprüche **gegen die DB Netz AG** aus § 3 I 1 UIG auf Auskunft über Planung und Bau von Schienenwegen (BVerwG NVwZ 2017, 1775).
- 159a Hingegen entscheidet der **Sachzusammenhang** über den Rechtsweg bei **verfahrensakzessorischen Akteneinsichtsansprüchen**: Wurzelt das Begehren auf Gewährung von Einsicht im **Steuerrechtsverhältnis**, ist auch für bereichsübergreifend ausgestaltete außersteuerrechtliche Einsichtsansprüche der Rechtsweg zu den Finanzgerichten nach § 33 I Nr. 1 FGO eröffnet (zu § 4 I IFG NRW: BVerwG NWVBl 2019, 26 mwN). Betrifft die begehrte Auskunft die in § 51 SGG erwähnten **Sozialleistungsbereiche**, ist für eine auf Auskunft auf der Grundlage von § 15 SGB I der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet (VGH BW ESVGH 65, 191). Entspr. gehören Auskunftsverlangen bei **Amtshaftungsansprüchen** als Nebenansprüche in den ordentlichen Rechtsweg (→ Rn. 22).
- 160 Mangels sondergesetzlicher Zuweisung im **Verwaltungsrechtsweg** zu verfolgen sind nach § 40 I 1 **Informationsansprüche** des Bürgers und der Presse gegen die Verwaltung sind. Die **Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung** erfolgt in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Informationspflichten (BVerwGE 47, 247; NJW 1989, 412). Das gilt für **presserechtliche Auskunftsansprüche** aus den **Landespressegesetzen**, und zwar auch dann, wenn er ein von der öffentlichen Hand beherrschtes Unternehmen betrifft (BGH NJW 2005, 1720). Dasselbe gilt für den verfassungsunmittelbaren presserechtlichen Informationsanspruch **aus Art. 5 I GG** gegen Bundesbehörden (BVerwGE 146, 56; K&R 2015, 529). Entsprechendes gilt für die Pressearbeit der **Gerichte** und für die Verbreitung ihrer Entscheidungen (BVerwGE 104, 105; BGH NJW 1978, 1860). Der presserechtliche Informationsanspruch wird nicht durch **strafprozessuale Auskunftsansprüche** aus §§ 475 I, 478 I, III StPO, für den der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, verdrängt (VG Gelsenkirchen AP 2019, 366).
- 160a Der **Verwaltungsrechtsweg** ist ferner gegeben für öffentlich-rechtliche (Unterlassungs)Ansprüche auf **Nichtveröffentlichung** der sog. Arzneimittel-Transparenzlisten (BVerwGE 71, 183), gegen amtliche Verlautbarungen des Bundesgesundheitsamtes im Bundesanzeiger (BVerwG DVBl 1982, 636), gegen die Kassenärztliche Bundesvereinigung wegen Verbreitung einer Stellungnahme zur therapeutischen Wirksamkeit eines Arzneimittels (BVerwGE 58, 167 (168)) sowie gegen Arzneimittelempfehlungen der Allgemeinen Ortskrankenkasse (BGH NJW 1964, 2208), gegen öffentliche **Warnungen** eines Gesundheitsministeriums vor dem Handel und Verkauf von E-Zigaretten (BVerwG NVwZ-RR 2015, 425).
- 161 Für das Begehren des **Soldaten** auf Einsichtnahme in seine Sicherheitsakte ist der Rechtsweg zu den allgemeinen VG gegeben (BVerwGE 113, 116). Für Streitigkeiten um **Personalakten** der Beamten, Richter und Soldaten gelten die aufdrängenden Sonderzuweisungen des öffentlichen Dienstrechts (→ Rn. 60).

cc) Ehrverletzende Äußerungen. Die vorstehenden Grundsätze gelten auch bei ehrverletzenden Äußerungen von Bediensteten anlässlich der Amtsausübung. Stehen Behauptungen im Raum, geht der Anspruch auf Richtigstellung oder **Widerruf**; handelt es sich um (ab)wertende Äußerungen, kommt nur ein Anspruch auf **Entschuldigung** in Betracht. **162**

Die Klage ist gegen die Behörde bzw. deren Rechtsträger und nicht gegen den Bediensteten persönlich zu richten; gegen diesen könnten nur privatrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden (Eyer mann Rn. 83). Indes kann es im Einzelfall schwierig sein zu entscheiden, ob eine Äußerung dem Organträger oder dem Organwalter persönlich **zuzurechnen** ist. Diese Bewertung hängt von vielerlei Umständen des Einzelfalles ab, insbes. von Inhalt und Form der Äußerung, von ihrer Veranlassung und damit von dem Zusammenhang, in dem sie abgegeben worden ist (BVerwG Buchh 11 Art. 2 GG Nr. 58; Buchh 232 § 2 BBG Nr. 1; OVG RhPf NJW 1987, 1660). Nicht jede Überschreitung der dienstlichen Befugnisse gibt einer Erklärung ein privatrechtliches Gepräge; ein **Exzess** ist erst dann anzunehmen, wenn ein Vorwurf so sehr Ausdruck der persönlichen Meinung oder Einstellung ist, dass die Ehrkränkung eine unvertretbare persönliche Leistung des Bediensteten darstellt (Eyer mann Rn. 83; str.). **163**

dd) Sendungen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten. Für Unterlassungsansprüche von Bürgern, die sich durch die Sendung einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt in ihren Persönlichkeitsrechten betroffen sehen, ist grds. der **Zivilrechtsweg** gegeben (BVerwG NJW 1994, 2500 im Anschluss an BGHZ 66, 182). Die früher verbreitete Unterscheidung von redaktionellen Äußerungen (für die der Verwaltungsrechtsweg gegeben sei) und Werbesendungen ist heute hinfällig geworden (Eyer mann Rn. 85). Zur Klage gegen eine medienrechtliche Verfügung einer Landesmedienanstalt gegen einen Rundfunkveranstalter auf **Änderung des Programms** BVerwGE 152, 122. **164**

7. Subventionsvergabe

Die Entscheidung über Vergabe von Subventionen in jeder Form (Zuschüsse, Darlehen uä, näher Eyer mann Rn. 50) gehört dem öffentlichen Recht an und hat im Regelfall durch VA zu erfolgen; das gilt auch für die Festlegung der Subventionsbedingungen, soweit der öffentliche Subventionszweck abgesichert werden soll. Ist keine weitere Abwicklung erforderlich, handelt es sich um eine **einstufige Vergabe**, die nach der Generalklausel in I 1 vor die VG gehört. Besonders bei sog. verlorenen Zuschüssen ist die Auszahlung Erfüllung der Bewilligung, eine etwa eingeschaltete private Bank bloße Verwaltungshelferin (BVerwG NJW 1977, 1838; BGH NJW 2000, 1042; NVwZ 1985, 517). Entspr. gilt bei der Vergabe einer Subvention aufgrund öffentlich-rechtlichen Vertrages, soweit er zugleich Bewilligung und Abwicklungsmodalitäten regelt. **165**

Ist eine gesonderte **Abwicklung** der Subventionsvergabe erforderlich (etwa in Form der [un]verzinslichen Rückzahlung), kann sich die Verwaltung für **166**

die Stufe der Abwicklung für eine öffentlich- oder privatrechtliche Ausgestaltung entscheiden. Wählt sie letztere Gestaltung, erfolgt eine zweistufige Subventionsvergabe durch einen Bewilligungsbescheid auf der ersten und einen privatrechtlichen Akt (Darlehensvertrag, staatliche Garantie oder Bürgschaft) auf der zweiten Stufe (BVerwG NVwZ-RR 2012, 628). Dies macht prozessual die Anwendung der Zweistufentheorie (→ Rn. 108) erforderlich. Danach unterliegt die Rückabwicklung der Subvention bei Störungen des Subventionsverhältnisses (rechtswidrige Bewilligung, Zweckverfehlung uä) vollständig dem öffentlichen Recht (Eyermann Rn. 50); denn Rücknahme oder Widerruf (§§ 48 ff. VwVfG) unterliegen demselben Regime wie die Bewilligung. Dasselbe gilt für die Änderung von Subventionsbedingungen (BVerwGE 13, 47). Die Beziehungen zwischen Subventionsempfänger und (rück)abwickelnder Bank bei ungestörten Subventionsbeziehungen sind regelmäßig zivilrechtlich (BVerwG MDR 1968, 1035). Auch auf Rückzahlung eines Darlehens muss die Bank vor den Zivilgerichten klagen (BVerwG DVBl 2006, 118). Die Verletzung einer begleitenden **Betreuungspflicht** ist öffentlich-rechtlich (BVerwGE 30, 46; 32, 283), für **Geldschadensersatzansprüche** des Bürgers gegen den Staat greift jedoch die abdrängende Zuweisung des § 40 II 1 Fall 3 ein (→ Rn. 38).

8. Verträge

- 167 a) Vertragsbeziehungen.** Der Vertrag ist zwar das typische Gestaltungsmittel des Privatrechtsverkehrs, bestimmt jedoch seit langem auch das Staatsrecht, Völkerrecht und allgemein das öffentliche Recht (vgl. §§ 54 ff. VwVfG). Über die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht entscheidet sein **Gegenstand**, nicht aber die Rechtsnatur der Vertragsschließenden (GmS-OGB BVerwGE 74, 368; 42, 331; Eyermann Rn. 67 ff.; Kopp/Schenke Rn. 23). Die Zuordnung unterliegt nicht der Disposition der Parteien; es kommt auf die objektive Qualifikation des Vertragsgegenstandes an.
- 168** Unter dem Gegenstand sind die durch ihn begründeten oder mit ihm verknüpften Rechtsfolgen zu verstehen (vgl. auch § 54 S. 1 VwVfG). Sie sind öffentlich-rechtlich, wenn sie in Vollzug einer öffentlich-rechtlichen Regelung erfolgen, wie dies im BauGB (für Erschließungs[kosten]verträge nach § 124, § 133 BauGB), im PBefG (§ 28 III, V, VI) und FStrG (§ 13 VI) vorgesehen ist. Wo eine ausdrückliche Ordnung des Vertragsgegenstandes fehlt, müssen der Zweck und das weitere Bezugsfeld des Vertrages einbezogen werden (Eyermann Rn. 69). Sind auf beiden Seiten Verwaltungsträger beteiligt, ist dies lediglich ein Indiz für den öffentlich-rechtlichen Charakter koordinationsrechtlicher Verträge. Zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand iÜ → Rn. 172 ff.
- 169** Bei mehreren Vertragselementen mit sowohl öffentlich- wie privatrechtlichen Verpflichtungen (sog. **Mischverträge**) ist die Zuordnung streitig. Das BVerwG stellt auf die Rechtsnatur des jeweils streitigen Vertragsteils ab (DÖV 1981, 878), der BGH hingegen auf den Schwerpunkt des gesamten Vertrages (NJW 2004, 253; NJW-RR 2000, 845).