

**Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand ausgewählter
Materien des Besonderen Verwaltungsrechts**
aus Zeitgründen nicht vorgetragen

Öffentliche Einrichtungen sind Sachen oder Sachgesamtheiten, die durch Widmung den Einwohnern einer Gemeinde zur Nutzung zur Verfügung gestellt werden. Bei öffentlichen Einrichtungen setzt die Nutzung eine Zulassung voraus, auf die ggf. ein sich aus der Widmung ergebender Anspruch besteht. Das unterscheidet öffentliche Einrichtungen von öffentlichen Sachen, bei denen ein unmittelbares, d.h. zulassungsfreies Nutzungsrecht im Rahmen der Widmung besteht.

Bei der rechtlichen Erfassung öffentlicher Einrichtungen sind drei Fragekreise zu unterscheiden: die Frage nach der Organisationsform, bei der Gesetzgeber und Kommune ein Wahlrecht haben, die Frage nach dem Benutzungsverhältnis, das bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform wahlweise öffentlich- oder privatrechtlich sein kann, und die Frage nach einem Zulassungsanspruch, der in jedem Fall öffentlich-rechtlich ist und sich im Fall einer privatrechtlich organisierten Einrichtung in Form eines Verschaffungsanspruchs gegen den Träger richtet.

Die Frage nach der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses ist zu unterscheiden von der Frage, ob ein Anspruch auf Begründung eines Nutzungsverhältnisses besteht. In dem einen Fall geht es um das Ob der Nutzung, in dem anderen Fall um das rechtliche Wie der Nutzung. Diese Unterscheidung zwischen dem Ob und dem Wie stammt von der Zwei-Stufen-Theorie. Je nach der Organisationsform und dem Benutzungsverhältnis der öffentlichen Einrichtung lassen sich im Hinblick auf den Zulassungsanspruch drei Konstellationen unterscheiden:

1. Die öffentliche Einrichtung wird in Organisationsformen des Privatrechts betrieben. In diesem Fall besteht gegen den

privatrechtlichen Träger der Einrichtung kein Zugangsanspruch (str.), denn dieser Anspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur. Er richtet sich gegen das Land Berlin und ist darauf gerichtet, dass das Land so auf den privatrechtlichen Träger einwirkt, dass dieser die Nutzung zulässt. Der Nutzungsanspruch ist dann in der Form eines Verschaffungsanspruchs, ggfs. verwaltungsgerichtlich, geltend zu machen, während Streitigkeiten über das Wie der Benutzung im Verhältnis von Nutzer und privatem Träger, ggfs. unter Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichte, zu klären sind. Das Ob und das Wie der Nutzung können hier klar unterschieden werden, weil daran jeweils unterschiedliche Rechtssubjekte auf kommunaler Seite beteiligt sind.

2. Die öffentliche Einrichtung ist in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts organisiert und das Benutzungsverhältnis ist privatrechtlich. Im Unterschied zur ersten Fallkonstellation haben wir es hier nicht mit einem Drei-, sondern mit einem Zwei-Personen-Verhältnis zu tun: Gemeinde oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Träger auf der einen Seite und Nutzer auf der anderen Seite. Allerdings wird dieses Rechtsverhältnis gemäß der Zwei-Stufen-Theorie in zwei Teile aufgespalten. Die Entscheidung über das Ob der Nutzung ergeht öffentlich-rechtlich, in der Form des Verwaltungsaktes, das Wie der Nutzung ist privatrechtlich geregelt. Es ist wichtig festzuhalten, dass die Entscheidung der Gemeinde für eine privatrechtliche Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses der von ihr selbst und damit in Organisationsformen des öffentlichen Rechts betriebenen Einrichtung nur das Wie der Nutzung betrifft. Die Entscheidung über das Ob der Nutzung bleibt in jedem Fall öffentlich-rechtlich, denn der Benutzungsanspruch ist unabhängig von Organisationsform und Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses stets ein öffentlich-rechtlicher Anspruch. Diese Aufspaltung führt zu einer Zweispurigkeit des Rechtsschutzes. Streitigkeiten über das Ob der Nutzung werden von den Verwaltungsgerichten entschieden; da die Entscheidung über das Ob der Nutzung, also die Zulassungsentscheidung, als Verwaltungsakt ergeht, ist richtige Klageart die Verpflichtungsklage. Streitigkeiten über das Wie der Nutzung gehören dagegen vor die ordentlichen Gerichte-

te.

3. Die öffentliche Einrichtung ist sowohl in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts organisiert als auch vom Benutzungsverhältnis her öffentlich-rechtlich. Auch in diesem Fall kann man zwischen dem Ob und dem Wie der Nutzung unterscheiden. Diese Unterscheidung ist jedoch nur noch gedanklicher Natur. Aus ihr ergeben sich keine praktischen Konsequenzen, weil zwischen dem Ob und dem Wie der Nutzung in dieser Konstellation nicht mehr die Grenzlinie zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht verläuft.

Die Rechtsfragen, die mit der Benutzung öffentlicher Einrichtungen zusammenhängen, sind, zusammenfassend betrachtet, kompliziert, weil die Gemeinde zwei unterschiedliche Wahlrechte hat: Sie hat ein Wahlrecht hinsichtlich der Organisationsform der Einrichtung, und sie hat bei öffentlich-rechtlicher Organisationsform ein Wahlrecht hinsichtlich des Benutzungsregimes. Andererseits wird der Umgang mit Zweifelsfragen durch zwei von der Rechtsprechung entwickelte Vermutungsregeln entkräftet: Wird eine Einrichtung tatsächlich von der Öffentlichkeit genutzt, so spricht eine Vermutung für eine dieser Benutzung inhaltlich entsprechende Widmung. Ist zweitens eine Einrichtung öffentlich-rechtlich organisiert, so spricht eine Vermutung für ein öffentlich-rechtliches Benutzungsregime.