

**Grundkurs "Öffentliches Recht III -  
Allgemeines Verwaltungsrecht  
Montag, den 27. Oktober 2003**

---

**I. Aufgaben und Erscheinungsformen der Verwaltung**

**1. Einführungsfall**

Gegenstand und Ziel dieser Vorlesung seien einleitend an einem alltäglichen Fall demonstriert. Stellen Sie sich vor, Sie gehen ins Schwimmbad, und zwar in das Stadtbad Wilmersdorf an der Mecklenburgischen Straße.

Rechtsträger dieses Schwimmbades sind die Berliner Bäder-Betriebe, eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Dies führt auf ein Problem, das im Rahmen dieser Vorlesung zu behandeln ist: die Organisation der Verwaltung. Im Rahmen Ihrer zivilrechtlichen Ausbildung haben Sie es überwiegend mit natürlichen oder mit einfach strukturierten juristischen Personen zu tun. Die öffentliche Verwaltung ist dagegen komplizierter; sie setzt sich aus mehreren juristischen Personen zusammen, nämlich dem Bund und den Ländern, denen jeweils rechtsfähige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen zugeordnet sind. Von diesen juristischen Personen der mittelbaren Staatsverwaltung (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen) sind die Gemeinden (sie sind Körperschaften) am wichtigsten; in Berlin als Stadtstaat (im Unterschied zu Flächenbundesländern, ähnlich wie Hamburg, wegen der Trennung von Bremen und Bremerhaven anders als dort) treten an ihre Stelle die Bezirke. Weiterhin sind Bund und Land in sich nach sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten vielfältig in Organe gegliedert. All dies möchte ich als kompliziert erst einmal nennen, um dann den Blick wieder dem Stadtbad Wilmersdorf zuzuwenden, einem Teil einer Anstalt des öffentlichen Rechts des Landes Berlin.

In dem Stadtbad begeben Sie sich an die Kasse, um eine Eintrittskarte zu lösen. Schon vom Zivilrecht her können Sie sich vorstellen, dass die juristische Rekonstruktion des Vorgangs überraschend schwierig ist. Es stellt sich hier insbesondere die Frage, ob ein zivilrechtlicher Schwimmbadbenutzungsvertrag zustande gekommen oder ob ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis begründet, ob etwa ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen worden ist. Von dem Fall abstrahiert, stellt sich die Frage nach den Handlungsformen der Verwaltung. Ähnlich wie es im Zivilrecht für bestimmte Rechtsgeschäfte bestimmte Regelungstypen gibt, etwa Kaufverträge oder Hypotheken, gibt es im öffentlichen Recht rechtliche Regeln, die an die Handlungsform anknüpfen. Um diese abstrakte Aussage zu verdeutlichen, um also deutlich zu machen, was von der Qualifikation der Schwimmbadbenutzung als zivilrechtlicher Vertrag oder als öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis abhängt, kehre ich zurück ins Stadtbad Wilmersdorf und lasse den Fall weiterspielen.

Wir stellen uns vor, dass ein Badegast, nachdem er die Kasse passiert hat, auf dem Weg in die Umkleidekabinen auf einer Bananenschale ausgleitet, die herumliegt, weil der Betreiber seine Verkehrssicherungspflicht verletzt hat, und zu Schaden kommt. Es stellt sich dann die Haftungsfrage, die zivilrechtlich - u.a. pVV des Schwimmbadbenutzungsvertrags - oder öffentlich-rechtlich - Amtshaftung - beantwortet werden kann. Welche Antwort richtig ist, hängt von der gewählten Handlungsform ab. Wenn das Schwimmbadbenutzungsverhältnis zivilrechtlich ist, was sich "an der Kasse" entscheidet, beurteilen sich Nebenpflichten und ihre Verletzung zivilrechtlich, infolgedessen gelangt man im Fall der verkehrssicherungspflichtwidrig herumliegenden Bananenschale zur pVV. Wenn das Schwimmbadbenutzungsverhältnis dagegen öffentlich-rechtlich ist, beurteilen Nebenpflichten und ihre Verletzung sich dagegen nach öffentlichem Recht, in-

folgedessen gelangt man zur Amtshaftung aus § 839 BGB. Dieser Unterschied hat weitere Auswirkungen. Liegt der Schaden z.B. bei 3000 Euro, so wäre eine Klage, die sich auf eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage stützt, an das örtlich zuständige Amtsgericht, hier das Amtsgericht Berlin-Charlottenburg, zu richten. Eine Amtshaftungsklage, die ein öffentlich-rechtliches Schwimmbadbenutzungsverhältnis voraussetzt, ginge dagegen aus hier noch nicht näher darzustellenden Gründen zwar auch zu den ordentlichen Gerichten, aber zum Landgericht Berlin. Die Frage nach der Handlungsform hat demnach erhebliche materiell-rechtliche und prozessrechtliche Auswirkungen.

Sie wird dadurch weiter kompliziert, dass die öffentliche Verwaltung grundsätzlich die Wahl hat, ob sie zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich handelt. Im vorliegenden Fall, wo wir es mit den Berliner Bäderbetrieben und damit der öffentlichen Verwaltung zu tun haben, besteht ein solches Wahlrecht und gilt es herauszufinden, in welcher Richtung es ausgeübt worden ist. Dazu müssen wir gedanklich zur Kasse des Schwimmbades zurückkehren. Für **Zivilrecht** würde sprechen, wenn die Benutzungsbedingungen für das Schwimmbad Allgemeine Geschäftsbedingungen und keine Satzung sind oder wenn für die Benutzung ein Entgelt und keine Gebühr erhoben wird. Für **öffentliches Recht** würde sprechen, wenn eine Satzung zugrunde liegt und wenn eine Gebühr erhoben wird. Im ersten Fall ergibt der Anspruch sich aus pVV und ist vor dem Amtsgericht geltend zu machen. Im zweiten Fall ergibt der Anspruch sich aus Amtshaftung und ist vor dem Landgericht geltend zu machen.

Allerdings gibt es auch Situationen, in denen es kein Wahlrecht gibt, sondern die sich allein nach öffentlichem Recht beurteilen. Um dies zu verdeutlichen, lasse ich den Fall im Stadtbad Wilmersdorf noch ein Stück weiter laufen. Stellen Sie sich vor, der imaginäre Badegast humpelt nach dem Malheur mit der Bananenschale an der Kasse des

Schwimmbades vorbei, um das Weite zu suchen. Dort erlebt er, dass ein Obdachloser abgewiesen wird, der sich in dem warmen Schwimmbad aufwärmen möchte. Es fragt sich nun, ob der Obdachlose einen Anspruch auf Benutzung des Schwimmbades hat. Die Frage des Ob der Schwimmbadbenutzung ist - im Unterschied zur Frage des Wie der Schwimmbadbenutzung - bei Schwimmbädern in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft notwendig öffentlich-rechtlich. Es stellt sich dabei Frage nach einem subjektiven öffentlichen Recht, nach einem Anspruch, der seine Grundlage im öffentlichen Recht findet.

Doch soll auch diese Frage nur angerissen, nicht vertieft sein, weil anderenfalls das Beispiel seinen Zweck - Probleme deutlich zu machen - verfehlte, indem es verwirrte. Ich möchte vielmehr den Ertrag des Beispielsfalls zusammenfassen: Die Fragen, um die es im Allgemeinen Verwaltungsrecht geht, lassen sich reduzieren auf zwei Hauptfragen: die Organisationsfrage und die Frage nach der Handlungsform. Beide Fragen sind wichtig für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Verwaltungshandeln. Die Organisationsfrage führt über Zuständigkeitsregeln zur Rechtmäßigkeitsfrage; die Frage der Handlungsformen über handlungsformspezifische Rechtmäßigkeitsanforderungen.

## **2. Die verschiedenen Verwaltungsbegriffe**

Ich löse mich nun von dem Beispielsfall und gehe über zu einer Frage, die im Ansatz organisatorisch ist, die aber auch handlungsformbezogen verstanden werden kann, nämlich der Frage, was Verwaltung ist, und zwar staatliche Verwaltung, unter Ausschluss privater Verwaltung, etwa einer Konzernverwaltung, oder supra- oder internationaler Verwaltung, etwa der EG-Kommission. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Eine allgemein anerkannte Definition des Wortes "Verwaltung" gibt es nicht.

Entsprechend der Aufteilung in Organisationsfragen und

Fragen der Handlungsformen, zu denen uns der Beispielsfall geführt hat, unterscheidet man zwischen der Verwaltung im organisatorischen und der Verwaltung im materiellen oder, was das Gleiche bedeutet, im funktionellen Sinne.

Im organisatorischen Sinne ist Verwaltung die Gesamtheit der staatlichen Stellen, die im Sinne des Gewaltenteilungsgrundsatzes nicht zur Legislative und nicht zur Judikative, sondern zur Exekutive gehören. Für den organisatorischen Verwaltungsbegriff kommt es in keiner Weise darauf an, was diese Stellen tun, sondern nur darauf, wie sie innerhalb der Staatsorganisation zugeordnet werden. Die organisatorische Verwaltungsdefinition ist negativ. Sie setzt voraus, dass man die Begriffe Legislative und Judikative klarer fassen kann als den Begriff Exekutive.

Im materiellen Sinne ist Verwaltung diejenige Staatstätigkeit, die die Wahrnehmung von Verwaltungsangelegenheiten zum Gegenstand hat. An dieser Definition fällt zweierlei auf. Für sie spielt erstens überhaupt keine Rolle, welche staatliche Stelle die Verwaltungsangelegenheit wahrnimmt. Und sie ist zweitens tautologisch, weil das zu Definierende in der Definition wieder vorkommt. Trotzdem ist ein materieller Verwaltungsbegriff unentbehrlich, um nicht nur negativ, sondern positiv zu umschreiben, was Verwaltung ist.

Organisatorischer und materieller Verwaltungsbegriff betreffen nicht denselben Gegenstand. Man kann nicht sagen, dass alles das, was die Verwaltung im organisatorischen Sinne tut, Verwaltung im materiellen Sinne ist. Es gibt nämlich einmal den Fall, dass die Verwaltung im organisatorischen Sinne materielle Gesetzgebung betreibt (Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen). Es gibt zum anderen den Fall, dass Verwaltung im materiellen Sinne von Organen der Legislative oder der Judikative betrieben wird (Parlamentsverwaltung: Art. 40 II 1 GG, Justizverwaltung:

Abnahme juristischer Staatsprüfungen).

Zieht man an dieser Stelle eine erste Bilanz, so muss man feststellen, dass ein organisatorischer Verwaltungsbegriff sich relativ klar definieren lässt, dass diese Definition aber nicht viel weiterhilft, solange man nicht weiß, was Verwaltung in einem materiellen Sinne ist.

### **3. Definition des materiellen Verwaltungsbegriffs**

Die Fragestellung spitzt sich damit zu auf eine Definition des Begriffs der materiellen öffentlichen Verwaltung. In der Literatur werden hierzu zwei Lösungsvorschläge angeboten.

Weit verbreitet ist auch hier eine Negativdefinition, die auf einer sogenannten Subtraktionsmethode beruht. Danach ist Verwaltung im materiellen Sinne die gesamte Staatstätigkeit, die nicht Gesetzgebung oder Rechtsprechung im materiellen Sinne ist. Es handelt sich hier um das Spiegelbild zur Definition der Verwaltung im organisatorischen Sinne. Dass eine solch parallele Definition sich bilden lässt, folgt daraus, dass die Gewaltenteilungslehre zwei Größen einander zuordnet: nämlich Staatstätigkeit und Staatsorganisation.

Diese Definition ist aber aus mehreren Gründen problematisch:

1. Sie berücksichtigt nicht, dass zur Exekutive im Sinne der Gewaltenteilungslehre nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Regierung gehört, und gibt insoweit kein Abgrenzungskriterium.
2. Sie kann deswegen nicht eindeutig sein, weil die Begriffe "Gesetzgebung" und "Rechtsprechung" ebenfalls definitionsbedürftig sind. Sie verlagert das Definitionsproblem nur auf andere Begriffe.
3. Die Negativdefinition erfüllt nicht die an sie gestellten Erwartungen. Es sollte definiert werden, was Verwaltung im materiellen Sinne ist, nicht, was sie nicht

ist.

Verwaltung müsste also positiv definiert werden. Solche Definitionsversuche gibt es. Sie sind aber hochabstrakt, schwer nachvollziehbar und für die praktische Arbeit wenig geeignet. Im Laufe der Zeit hat sich darum die Erkenntnis durchgesetzt, dass man den Begriff der öffentlichen Verwaltung im materiellen Sinne gar nicht definieren kann. Dieses Ergebnis mag Sie überraschen. Es gibt aber in der Begriffe, die man wegen ihrer Komplexität nur schlecht oder gar nicht definieren kann. Solche Begriffe nennt man in der Methodenlehre Typusbegriffe, und Verwaltung ist einer von ihnen. Typusbegriffe kann man nicht im Sinne der Benennung eines Oberbegriffs und einer abschließenden Liste spezifizierender Merkmale definieren. Wohl kann man sie beschreiben, indem man eine Liste typischer Merkmale aufmacht. Man muss sich dabei aber der Tatsache bewusst sein, dass diese Liste nie vollständig sein kann und dass die einzelnen Merkmale nicht regelmäßig und auch nicht immer in gleicher Weise vorliegen werden.

#### **4. Typische Merkmale der Verwaltung im materiellen Sinne**

Ich möchte Ihnen nun einige typische Merkmale der Verwaltung im materiellen Sinne aufzählen:

1. Öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne wird in der Regel von öffentlich-rechtlich organisierten Rechtsträgern, kurz vom Staat, ausgeübt. Private nehmen nur ausnahmsweise Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahr. Das setzt voraus, dass sie auf gesetzlicher Grundlage mit der Ausübung öffentlicher Gewalt beliehen sind. Man spricht deshalb auch von Beliehenen. Beispiel ist der TÜV mit seinen Befugnissen bei der Überwachung von Kfz.

2. Öffentliche Verwaltung ist Sozialgestaltung im Rahmen der Gesetze und auf dem Boden des Rechts. Das Kriterium der

"Sozialgestaltung" grenzt die Verwaltung als zumindest teilweise aus eigener Initiative handelnde und nicht voll rechtlich determinierte Staatsfunktion von der Gerichtsbarkeit ab, die keinen Einfluss auf die ihr zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalte nimmt. Rechtsprechung ist die zu rechtskräftiger Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden Rechts durch ein unbeteiligtes Staatsorgan. Das Kriterium der Bindung an Gesetz und Recht grenzt die Verwaltung zur Gesetzgebung, also zur Setzung abstrakt-genereller Normen ab, die an eine Vielzahl von Personen adressiert sind und eine Vielzahl von Sachverhalten regeln, ebenso teilweise zur Regelung, insgesamt damit zur Politik.

3. Öffentliche Verwaltung unterliegt umfassender Leitung und Kontrolle nach Recht- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten. Das unterscheidet sie von der Regierung, der die wesentlich vom Politischen her bestimmte Leitung des Gemeinwesens obliegt. Die in der Regierung gipfelnde Verwaltungshierarchie ist Ausdruck des Demokratieprinzips, weil vermittelt durch die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung die Verwaltung an die Volksvertretung rückgekoppelt wird.

4. Die Verwaltung trifft konkrete Maßnahmen zur Regelung von Einzelfällen und zur Verwirklichung bestimmter Vorhaben. Auch insoweit unterscheidet sie sich von der Gesetzgebung, und auch von der Regierung.

## **II. Differenzierungen nach Handlungsform und Tätigkeitsgebiet**

Weiteren Aufschluss über die Verwaltung im materiellen Sinne erhält man durch Unterteilungen dieses Begriffes, die nach zahlreichen Kriterien möglich sind. Eine Unterteilung orientiert sich an den Rechtswirkungen, die das Handeln der Verwaltung für die betroffenen Bürger hat, und differenziert



im Wesentlichen zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung. Eine zweite Unterteilung orientiert sich an den Rechtsformen, derer die Verwaltung sich bedient: hoheitliches, schlicht-hoheitliches, verwaltungsprivatrechtliches oder fiskalisches Handeln. Weitere Einteilungen richten sich nach der Verwaltungsorganisation. So wird unterschieden zwischen der Bundes-, der Landes- und der Kommunalverwaltung. Eine für das Besondere Verwaltungsrecht wichtige Einteilung erfolgt nach dem Gegenstand, den Aufgaben und der Zwecksetzung der Verwaltung: So wird unterschieden zwischen Bauverwaltung, Finanzverwaltung, Sozialverwaltung, Wirtschaftsverwaltung, Schulverwaltung, usw. Diese verschiedenen Einteilungen sind auf den ersten Blick unsystematisch. Zwischen den verschiedenen Arten der Einteilung besteht in der Tat kein sachlicher oder gar logischer Zusammenhang. Der Grund, weshalb ich sie Ihnen vorstelle, erschließt sich nicht aus ihrer Anhäufung, sondern von den einzelnen Einteilungskriterien, die, jedes für sich, ein Schlüssel zu dem Gesamtphänomen "Verwaltung" sind.

### **1. Eingreifende und leistende Verwaltung**

Eingriffsverwaltung liegt vor, wenn die Verwaltung in die Rechtssphäre, in die Grundrechte des Bürgers eingreift, wenn sie also dem Bürger Verpflichtungen oder Belastungen auferlegt. Leistungsverwaltung liegt vor, wenn die Verwaltung dem Bürger Leistungen oder sonstige Vergünstigungen gewährt. Im ersten Fall tritt die Verwaltung dem Bürger befehlend gegenüber, im zweiten Fall helfend und fördernd. Die Unterscheidung hat rechtliche Bedeutung für den Gesetzesvorbehalt. Nur die Eingriffsverwaltung bedarf einer umfassenden gesetzlichen Ermächtigung, die Leistungsverwaltung dagegen nicht, zumindest nicht aus grundrechtlich-rechtsstaatlicher Sicht.

Die Unterscheidung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung

ist nicht trennscharf. Es ist möglich, dass die Leistungsverwaltung sich im Einzelfall des Instruments des Eingriffs bedient, z.B. wenn zu viel gezahlte Studienbeihilfen zurückgefordert werden oder wenn deren Gewährung von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig gemacht wird. Umgekehrt bedient die Eingriffsverwaltung sich zur Erfüllung ihrer Zwecke zwar in der Regel auch des Mittels des Eingriffs. Es ist aber auch möglich, dass sie Leistungen gewährt, z.B. die Polizei, die für Hinweise zur Ergreifung eines Täters eine Belohnung aussetzt. Überschneidungen zwischen den Begriffen Eingriffs- und Leistungsverwaltung können mithin daraus entstehen, dass beide Begriffe sowohl einen Zweck als auch ein Mittel des Verwaltungshandelns bezeichnen können.

## **2. Öffentlich-rechtliche, verwaltungsprivatrechtliche und fiskalische Verwaltung**

Ich komme nun zu der Einteilung der Verwaltung nach den Rechts- und Handlungsformen, derer sie sich bedient, und damit auch zu der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. Um diese Zusammenhänge anschaulicher zu machen, möchte ich einen weiteren Fall vorstellen.

### **a) Die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht - schlicht-hoheitliche Verwaltung**

Gestützt auf Untersuchungsergebnisse der Berliner Lebensmittelüberwachungsbehörden gibt der Senator für Gesundheit folgende Mitteilung an die Medien. "In Babynahrung der Firmen Schlecker, Milupa und Hipp sind Pflanzenschutzmittel gefunden worden. Eine Gesundheitsgefahr besteht nicht. Diese Zusatzstoffe werden aber vom Lebensmittelrecht verboten." Im Folgenden werden die betroffenen Produkte genau bezeichnet. Nachträglich stellt sich heraus, dass, soweit es um Produkte der Firma Hipp geht, die Mitteilung des Senators für Gesundheit nicht zutrifft.

1. Die Firma Hipp verlangt wegen des durch diese Meldung verursachten

Umsatzeinbruchs vom Land Berlin Schadensersatz nach § 839 BGB, Art. 34 GG (Amtshaftung). Das Land verteidigt sich u.a. mit dem Argument, Amtshaftung komme schon deshalb nicht in Betracht, weil diese ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes voraussetze, der Senator aber nicht anders gehandelt habe wie die in gleicher Sache tätigen privaten Verbraucherschutzorganisationen auch. Trifft dieses Argument zu?

2. Die Firma Hipp verlangt vom Senator für Gesundheit den öffentlichen Widerruf der von ihm aufgestellten Behauptungen. Als dieser sich weigert, erhebt sie vor dem VG Berlin Widerrufsklage. Ist für diese Klage der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten gegeben?

#### **aa) Anspruchsgrundlage**

Ein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung setzt ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes voraus. Fraglich ist darum, ob der Senator für Gesundheit so gehandelt hat, als er die Mitteilung über Babynahrung an die Medien gegeben hat? Dieselbe Fallfrage würde sich in dem eingangs geschilderten Schwimmbadfall stellen, wenn nach einem Badeunfall Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht geltend gemacht werden; es müsste dann geklärt werden, ob die Badeanstalt bei der von ihr schuldhaft schlecht oder nicht erfüllten Verkehrssicherungspflicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes oder privatrechtlich gehandelt hat, wobei Unterlassen hier einem Handeln gleichsteht.

#### **aaa) "In Ausübung eines öffentlichen Amtes"**

Die Formulierung "in Ausübung eines öffentlichen Amtes" (Art. 34 S. 1 GG) ist so zu verstehen, dass es darauf ankommt, ob die umstrittene Handlung sich nach öffentlichem Recht beurteilt. Eine Handlung, hier eine Medienmitteilung, erfolgt dann in Ausübung eines öffentlichen Amtes, wenn sie nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Sollte die Handlung dagegen nach privatem Recht zu beurteilen sein, ist

nicht § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG einschlägig, sondern die §§ 823 ff. BGB, also die zivilrechtliche Deliktshaftung. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht.

Zur Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht sind verschiedene Theorien entwickelt worden. Fraglich ist zweierlei: Welche Theorien sind das? Was ergeben sie für den vorliegenden Fall?

### **bbb) Theorien zur Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht**

Im Wesentlichen werden drei Theorien vertreten, um öffentliches und privates Recht voneinander abzugrenzen:

Interessentheorie: Öffentliches Recht sind die dem öffentlichen Interesse, privates Recht sind die privaten Interessen dienenden Rechtssätze. Diese Theorie trifft einen Kerngedanken der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, liefert aber kein präzises Kriterium, weil viele Rechtssätze sowohl öffentliche wie private Interessen berücksichtigen.

Subjektionstheorie: Sie stellt auf das Verhältnis der Beteiligten ab. Das öffentliche Recht wird durch das Verhältnis der Über- und Unterordnung (= Subjektion) gekennzeichnet, das Privatrecht durch das der Gleichordnung. Typisch für das öffentliche Recht ist deshalb die einseitig verbindliche Regelung, die für den Adressaten ohne Rücksicht auf seinen Willen gilt. Diese Theorie ist auf die Bedürfnisse der hoheitlich handelnden Eingriffsverwaltung zugeschnitten und berücksichtigt die Besonderheiten der privatrechtlich handelnden und der Leistungsverwaltung nicht hinreichend, weil diese nicht einseitig und befehlend, möglicherweise aber doch öffentlich-rechtlich agiert.

Modifizierte Subjektstheorie (Sonderrechts-, Zuordnungstheorie): Dem öffentlichen Recht gehören diejenigen Rechtssätze an, die nur den Staat oder einen sonstigen Träger öffentlicher Gewalt zum Zuordnungssubjekt

haben, die sich also ausschließlich an den Staat oder einen sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt wenden, und zwar in deren Eigenschaft als Hoheitsträger; dem Privatrecht sind dagegen die für jedermann geltenden Rechtssätze zuzurechnen, den Staat hier einbegriffen, weil er hier keine Sonderrolle beansprucht. Das öffentliche Recht ist also ein Sonderrecht des Staates, das Privatrecht das Jedermannsrecht.

Zum Verhältnis dieser drei Theorien ist zu sagen, dass sie einander nicht ausschließen. Das Verhältnis darf man sich nicht als einen Meinungsstreit vorstellen, der zugunsten einer dieser Theorien zu entscheiden ist. Vielmehr werden im Einzelfall alle drei Theorien herangezogen und je nach ihrer Ergiebigkeit angewandt. Dies ist naheliegend, weil alle drei einen richtigen Kern haben: Sowohl das öffentliche Interesse wie die Innehabung von Herrschaftsgewalt wie der Bezug auf den Staat sprechen für die Annahme öffentlichen Rechts. Die drei Theorien bilden also einen Kriterienkatalog, der in jedem Einzelfall anzuwenden und auszuschöpfen ist. Fraglich ist, wie ergiebig die einzelnen Kriterien sind; fraglich ist aber nie, ob die einzelnen Kriterien richtig sind.

### **ccc) Ergiebigkeit der Abgrenzungstheorien für den vorliegenden Fall**

Alle drei Abgrenzungstheorien haben eines gemeinsam: Sie qualifizieren Rechtsnormen und ordnen diese entweder dem Bereich des öffentlichen oder demjenigen des privaten Rechts zu. Darum geht es im vorliegenden Fall aber letztlich nicht. Dass § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, also die Regelung über die Staatshaftung, öffentliches Recht und dass die §§ 823 ff. BGB privates Recht sind und dass nur einer dieser beiden Normenkomplexe in Betracht kommt, ist auch ohne großen Theorieaufwand einsichtig. Fraglich ist, welchem dieser beiden Normenkomplexe die Mitteilung des Senators für Gesundheit an die Medien zuzuordnen ist. Hierauf geben die zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht

entwickelten Theorien keine, zumindest keine unmittelbare Antwort.

Man kann, dies verallgemeinernd, sagen, dass die Bedeutung des Theorienstreits um die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht leicht überschätzt wird. Dieser Theorienstreit betrifft nur die Qualifikation einer Rechtsnorm nach dem Schema öffentliches Recht / privates Recht, nicht die Zuordnung eines Sachverhalts zu Rechtsnormen. Die Qualifikation einer Rechtsnorm ist zumeist unproblematisch. Dass das Ausländergesetz oder das Stasi-Unterlagen-Gesetz dem öffentlichen Recht angehören, ist unproblematisch. Die Zahl echter Zweifelsfälle ist gering.

#### **ddd) Die Zuordnung von Sachverhalten zu Rechtsnormen**

Weiter häufiger als Zweifel über die Qualifikation einer Rechtsnorm sind Zweifel über die Zuordnung von Sachverhalten zum Regime des öffentlichen oder des privaten Rechts. Soweit überhaupt nur eine Rechtsnorm für die Beurteilung eines Sachverhalts in Betracht kommt, stellt sich das Problem in aller Regel nicht, weil die Zugehörigkeit dieser Rechtsnorm zu einem der beiden Rechtskreise klar zu ermitteln ist. Schwierig wird es insbesondere, wenn zwei sich inhaltlich ähnliche, wegen der Alternativität von Zivilrecht und öffentlichem Recht sich aber trotzdem gegenseitig ausschließende Rechtsnormen des öffentlichen und des privaten Rechts zur Verfügung stehen. Die Schadensersatzforderung der Firma Hipp ist entweder nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG oder nach den §§ 823 ff. BGB zu beurteilen, je nachdem, ob der Schädiger in Ausübung eines öffentlichen Amtes oder wie ein Jedermann gehandelt hat.

Die Mitteilung des Senators für Gesundheit an die Medien ist ein Realakt. Sie ist nicht final auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet, sondern bezweckt ein tatsächliches Verhalten: nämlich dass die Verbraucher von Babynahrung von

den Ergebnissen der chemischen Untersuchungen Kenntnis erlangen und ihren Konsum danach ausrichten. Fraglich ist nun, wie ein solcher Realakt im Verhältnis von öffentlich-rechtlichem Handeln - dann § 839 BGB, Art. 34 GG - und privatrechtlichem Handeln - dann §§ 823 ff. BGB - einzuordnen ist. Da der Realakt selbst kein Rechtsakt ist, kann man ihn nicht nach öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich qualifizieren. Medienmitteilungen sind gegenüber dieser Unterscheidung indifferent. Wäre dies nicht so, so läge der Fall einfach. Die Haftung für öffentlich-rechtliche Rechtsakte richtete sich nach öffentlichem und die Haftung für zivilrechtliche Rechtsakte nach Zivilrecht. Die Antwort auf die sich hier stellende Frage nach dem anzuwendenden Haftungsregime ergibt sich statt dessen aus folgenden Kriterien, die ich erst darstellen und dann auf den Fall anwenden möchte.

Erste Frage ist, ob der Realakt von einer Person oder einer Stelle stammt, die der Staatsgewalt zuzuordnen ist. Ist dies nicht der Fall, so steht fest, dass Privatrecht anzuwenden ist. Ist dies aber der Fall, so geht die Prüfung weiter. Es kommt darauf an, ob die Zielsetzung, in deren Sinn die handelnde Person tätig geworden ist, dem hoheitlichen Aufgabenbereich zuzuordnen ist (Kriterium des Aufgabencharakters), und es kommt weiter darauf an, ob der Realakt zu diesem Aufgabenbereich in einem so engen Zusammenhang steht, dass er als Bestandteil der hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung angesehen werden kann. Ist beides der Fall, so ist auf den Realakt Verwaltungsrecht anzuwenden. Im anderen Fall beurteilt er sich nach Zivilrecht.

Nach diesen Kriterien ist die Mitteilung an die Medien öffentlich-rechtlich zu beurteilen. Denn sie steht in einem engen Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe. Dies ist die Lebensmittelüberwachung. Frage 1 ist damit beantwortet.

Am Anfang der Überlegungen zu dem Babynahrungs-Fall stand die Frage, ob die Verwaltung hier hoheitlich, d.h. öffentlich-rechtlich, oder privatrechtlich gehandelt hat. Die Antwort steht nun fest: die Verwaltung hat hoheitlich gehandelt, allerdings durch Realakt. In diesem Fall spricht man von schlicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln. Schlicht meint dabei Realakt im Unterschied zum Rechtsakt; hoheitlich meint öffentlich-rechtlich im Unterschied zu privatrechtlich. Für die Haftungsfrage ergibt sich damit als Konsequenz, dass ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vorliegt. Statt nun die weiteren, unproblematischen Voraussetzungen der Amtshaftung zu prüfen, wende ich mich der 2. Fallfrage zu.

#### **bb) Rechtsweg**

Materiell-rechtlich haben Schadensersatz und Widerruf gemeinsam, dass sie sich auf inhaltlich entsprechende Anspruchsgrundlagen des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts stützen lassen: Amtshaftung bzw. Deliktshaftung, quasi-negatorischer Anspruch bzw. Folgenbeseitigungsanspruch. Da das Handeln des Senators hier öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, ist der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch gegeben.

Dieser Folgenbeseitigungsanspruch ist vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, die um Normen des öffentlichen Rechts geführt wird.

Dies trifft auf eine Streitigkeit um Schadensersatz aufgrund von Amtshaftung zwar auch zu. Trotzdem sind für solche Streitigkeiten nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig. Für sie gibt es nämlich sogenannte abdrängende Sonderzuweisungen im Sinne von § 40



Abs. 1 Satz 1 (soweit-Satz). Gemäß Art. 34 Satz 3 GG entscheiden über Amtshaftungsklagen nicht die Verwaltungs-, sondern die ordentlichen Gerichte. Eine entsprechende Verweisung gibt es für den Widerrufsanspruch nicht.