

**Klausurenkurs im Universitätsrepetitorium
Klausur am 13.5.2006 (Ö9)**

Lösungsskizze

A. Erfolgsaussichten der Klage zum Verwaltungsgericht

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

a) Maßgeblich für die Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gemäß § 40 I VwGO vorliegt, ist die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Kläger seinen Anspruch ableitet. A begehrt Zugang zur Premiere von "Miss Saigon" im T -Theater. Der Verkauf der Eintrittskarten ist zwar ein privatrechtlicher Vertrag. Der öffentlich-rechtliche Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen A und dem Land Berlin könnte sich aber daraus ergeben, dass es sich beim T-Theater möglicherweise um eine öffentliche Einrichtung handelt.

Unter einer öffentlichen Einrichtung ist jede Einrichtung der Daseinsvorsorge oder Daseinsfürsorge zu verstehen, die durch Widmung der Allgemeinheit im öffentlichen Interesse zur Verfügung gestellt wird (vgl. zum Begriff der öffentlichen Einrichtung Musil/Kirchner, Das Recht der Berliner Verwaltung, 2002, Rz. 487 ff.; Erichsen, Jura 1986, 148 ff.; Püttner/Lingemann, JA 1984, 121 f.). Das T-Theater wurde durch Widmung der Allgemeinheit im öffentlichen Interesse zugänglich gemacht; das Land Berlin erfüllt mit Hilfe der von ihm beherrschten Musical-Berlin-GmbH Aufgaben der kommunalen Daseinsvorsorge. Es handelt sich daher um eine öffentliche Einrichtung.

Soweit es um den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen geht, also um das "Ob" der Benutzung, liegt im Verhältnis zum Einrichtungsträger stets eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit gemäß § 40 I 1 VwGO vor, selbst wenn die Benutzungsmodalitäten privatrechtlich ausgestaltet sind (sog. Zwei-Stufen-Theorie, BVerwG, NVwZ 91, 59 m. w. N.). Dies gilt auch bei solchen Einrichtungen, die nicht vom Einrichtungsträger selbst, sondern von einer von ihm beherrschten juristischen Person betrieben werden (BVerwG aaO).

Auf die in der Literatur teilweise an der Zwei-Stufen-Theorie geäußerte Kritik muss nicht eingegangen werden, da die Zwei-Stufen-Theorie weitgehend anerkannt ist und die abweichende Ansicht, die von einem stets einheitlich öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis ausgeht (vgl. Axer NVwZ 1996, 114 ff.), hier zum gleichen Ergebnis kommt.

Soweit Ansprüche auf Zugang zu öffentlichen Einrichtungen aus Gemeindeordnungen oder besonderen gesetzlichen Regelungen abgeleitet werden können, die ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt verpflichten, lässt sich zur Begründung der öffentlich-rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses auch die modifizierte Subjektstheorie heranziehen. Im vorliegenden Fall führt diese Theorie jedoch nicht weiter, da solche Regelungen nicht ersichtlich sind. Als Grundlage des von A geltend gemachten Anspruchs kommt in erster Linie Art. 3 GG (in Verbindung mit der Widmung) in Betracht, der nicht nur Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet, sondern auch im Verwaltungsprivatrecht Geltung beansprucht.

b) Da es sich um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, für die keine anderweitige Rechtswegzuweisung besteht, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

2. Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). A begehrt Zugang zur Premiere des Musicals "Miss Saigon". Ansprüche auf Zugang zu öffentlichen Einrichtungen berechtigen nach allgemeiner Meinung nicht zum unmittelbaren Zugriff auf die Sache selbst, da eine Benutzung nur im Rahmen der vorhandenen Kapazität möglich ist. Eine Benutzung setzt vielmehr einen Zulassungsakt voraus. Der Anspruch auf einen solchen Zulassungsakt ist grundsätzlich mit einer Verpflichtungsklage gemäß § 42 I 2. Alt. VwGO durchsetzbar.

Das T-Theater wird allerdings nicht vom Land Berlin selbst, sondern von der Musical-Berlin-GmbH betrieben. Man könnte auch in dieser Konstellation an eine Verpflichtungsklage auf Erlass eines Zulassungsbescheids denken. Ein solcher Bescheid würde aber den gewünschten Erfolg noch nicht herbeiführen, sondern allenfalls einen "nachfolgenden privatrechtlichen Kontrahierungszwang" zu Lasten der Musical-Berlin-GmbH begründen (vgl. OVG Münster, DVBl. 1968, 842).

Das Land Berlin könnte andererseits in seiner Eigenschaft als Alleingesellschafter der Musical-Berlin-GmbH direkt darauf hinwirken, dass der A der Zugang zur Premiere von "Miss Saigon" gewährt wird. Das Klagebegehren der A dürfte daher in dem Sinne zu interpretieren sein, dass eine gesellschaftsrechtliche Einflussnahme des Landes Berlin auf die Musical-Berlin-GmbH erstrebt wird. Da eine solche gesellschaftsrechtliche Einwirkung keinen Verwaltungsakt darstellt, ist dieses Begehren mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen (Püttner, DVBl. 1975, 353, 357; Gorning/Jahn, JuS 1992, 857 f.).

Entscheidend ist an dieser Stelle nicht, welche Klageart gewählt wird, sondern dass das Problem der unterschiedlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Landes Berlin auf die Musical-Berlin-GmbH erkannt wird. Vertretbar ist auch die Annahme einer Verpflichtungsklage; in diesem Fall sind nachfolgend die Sachurteilsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage zu prüfen.

3. Klagebefugnis

Nach überwiegender Auffassung muss der Kläger bei der allgemeinen Leistungsklage entsprechend § 42 II VwGO geltend machen, einen Anspruch auf die begehrte Leistung zu haben, da auch insoweit Popularklagen ausgeschlossen werden sollen: Wenn - wie im vorliegenden Fall - einfachgesetzliche Ansprüche auf Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen nicht ersichtlich sind, kann sich ein Zugangsrecht aus Art. 3 GG in Verbindung mit der Widmung der jeweiligen Einrichtung ergeben (Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 23). Da der A der Zugang zum T-Theater gerade aufgrund ihrer körperlichen Behinderung verweigert wird, hat sie möglicherweise einen Anspruch auf Verschaffung des Zugangs zur Premiere von "Miss Saigon" aus Art. 3 III 2 GG in Verbindung mit der Widmung des T-Theaters. Wird wegen einer der in Art. 3 III GG genannten Eigenschaften differenziert, ist ein Rückgriff auf Art. 3 I GG ausgeschlossen (Dürig in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand 2006, Art. 3 III Rn. 3).

Die Klagebefugnis kann auch mit einem möglichen Zulassungsanspruch der A aus Art. 11 S. 1 der Verfassung von Berlin in Verbindung mit der Widmung begründet werden. Vertretbar ist es auch, einen möglichen Zulassungsanspruch auf eine allein durch die Widmung begründete Selbstbindung des Landes Berlin zu stützen, ohne dabei auf Art. 3 GG zu rekurrieren (vgl. Axer, NVwZ 1996, 114, 116). Man könnte auch an einen einfachgesetzlichen Anspruch aus § 51 II BauO Berlin denken. Diese Vorschrift vermittelt jedoch kein subjektives Recht, sie verfolgt vielmehr einen allgemeinen sozialpolitischen Zweck. Die in dieser Vorschrift genannten Personengruppen werden nur reflexhaft als Teil der Allgemeinheit geschützt (vgl. zur Parallelvorschrift in der Bayerischen Bauordnung Simon, Bayerische Bauordnung, Kommentar, Art. 54 Rn. 1). Ohnehin ist § 51 II BauO Berlin lediglich auf die Schaffung der baulichen Voraussetzungen für den Zugang von Behinderten zu öffentlichen Einrichtungen gerichtet und nicht auf die Zulassung zu einer bestimmten Veranstaltung in einer öffentlichen Einrichtung.

4. Beteiligtenfähigkeit

A ist gemäß § 61 Nr. 1, 1. Alt. VwGO, das Land Berlin gemäß § 61 Nr. 1, 2. Alt. VwGO beteiligtenfähig.

5. Prozessfähigkeit

A ist gemäß § 62 Nr. 1 VwGO prozessfähig. Für das Land Berlin handelt gemäß § 62 III VwGO ein Vertreter.

6. Klagegegner

Das Land Berlin ist entsprechend § 78 I Nr. 1 VwGO richtiger Klagegegner.

7. Zwischenergebnis

Die Klage der A ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn A einen Anspruch darauf hat, dass das Land Berlin ihr den Zugang zur Premiere von "Miss Saigon" im T -Theater verschafft.

1. Anspruch auf Zulassung zur Premiere von "Miss Saigon"

a) Der Bürger hat grundsätzlich einen Anspruch auf Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen im Rahmen des Widmungszwecks. Dieser Anspruch ergibt sich in den Flächenstaaten bei kommunalen Einrichtungen regelmäßig aus der jeweiligen Gemeindeordnung. In bestimmten Fällen gibt es spezielle gesetzliche Zugangsansprüche (z. B. § 5 PartG, § 70 GewO). Fehlen einfachgesetzliche Regelungen, so kann sich ein Zugangsanspruch aus Art. 3 GG in Verbindung mit der Widmung der Einrichtung ergeben.

Da im Falle der A einfachgesetzliche Zugangsansprüche nicht eingreifen, ist als Anspruchsgrundlage für die begehrte Zulassung zur Premiere von "Miss Saigon" Art. 3 III 2 GG in Verbindung mit der Widmung heranzuziehen.

Art. 3 III 2 GG gibt hingegen grundsätzlich keine originären Leistungsansprüche (Rüfner in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Bonner Kommentar, Stand 2006, Art. 3 Rn. 873 m.w.N). Zur Begründung eines Zulassungsanspruchs muss Art 3 III 2 GG daher in Bezug zur Widmung des T-Theaters bzw. zur Verwaltungspraxis gesetzt werden. Als Anspruchsgrundlage für einen möglichen Zulassungsanspruch kann neben Art. 3 III 2 GG auch der nahezu gleichlautende Art. 11 S. 1 der Berliner Verfassung in Verbindung mit der Widmung dienen. Vertretbar ist es auch, allein auf eine durch die Widmung begründete Selbstbindung des Landes Berlin abzustellen (vgl. Axer NVwZ 1996, 114, 116).

Im Rahmen des Widmungszwecks haben Gehbehinderte in gleicher Weise wie Gehfähige Anspruch darauf, Veranstaltungen in einer kommunalen Einrichtung zu besuchen (OVG Berlin, NVwZ-RR 1993, 319). Das Land Berlin ist verpflichtet, auf eine Ausgewogenheit des Platzangebots für Gehfähige und Gehbehinderte hinzuwirken, damit Zugangsansprüche behinderter Bürger nicht leerlaufen (vgl. OVG Berlin, NVwZ-RR 1993, 319 f.). Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn der Zugang für Gehbehinderte wie im Falle der A ohne Weiteres ermöglicht werden kann. Der Umstand, dass für die Rollstuhlfahrerin A zwei Stühle beseitigt

werden müssen und es dadurch gegebenenfalls zu Mindereinnahmen kommt, ist vor dem Hintergrund der objektiven Wertentscheidung des Art. 3 III 2 GG als atypische Konsequenz der Gehbehinderung unbeachtlich.

b) Ein Zulassungsanspruch besteht nur im Rahmen des Widmungszwecks. Das T-Theater ist durch Widmung der Allgemeinheit zum Besuch der angebotenen Veranstaltungen zugänglich gemacht worden. Der Besuch der Premiere von "Miss Saigon" wird damit vom Widmungszweck erfasst. Die Tatsache, dass A in Eberswalde wohnt, steht einem Zulassungsanspruch nicht entgegen, da eine ausdrückliche oder konkludente Beschränkung des Zugangsrechts auf Einwohner des Landes Berlin nicht erkennbar ist. Vielmehr sind Musical-Theater in aller Regel auf einen überregionalen Besucherkreis ausgerichtet (zur Erweiterung des Kreises der Nutzungsberechtigten über die Gemeindeeinwohner hinaus Axer, NVwZ 1996, 114, 116).

c) Der Zulassungsanspruch wird durch die vorhandenen Kapazitäten begrenzt. Für die Premiere sind noch Karten verfügbar, so dass der Zulassungsanspruch der A auch hieran nicht scheitert. A hat mithin einen Anspruch auf Zulassung zur Premiere von "Miss Saigon".

2. Ergebnis

Die zulässige Klage der A ist auch begründet.

B. Gerichtliches Vorgehen gegen die Musical-Berlin-GmbH

I. Rechtsweg für eine Klage gegen die Musical-Berlin-GmbH

Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 I VwGO grundsätzlich nur für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten gegeben. Zwar geht es der A um den Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung.

Gleichwohl ist der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit zu verneinen, da die Klage gegen die Musical-Berlin-GmbH, also eine juristische Person des Privatrechts gerichtet ist. Die Tätigkeit juristischer Personen des Privatrechts unterfällt, auch wenn sie in den Dienst der öffentlichen Daseinsvorsorge gestellt wird, dem Privatrecht und infolgedessen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, es sei denn, die juristische Person wäre durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes mit öffentlich-rechtlichen Befugnissen ausgestattet (BVerwG

NVwZ 1991, 59). Die Musical-Berlin-GmbH unterliegt zwar möglicherweise öffentlich-rechtlichen Bindungen, sie ist jedoch nicht zum öffentlich-rechtlichen Handeln ermächtigt. Es fehlt damit an einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit im Sinne des § 40 I VwGO.

Die Streitigkeit wird den Verwaltungsgerichten auch nicht durch andere Vorschriften zugewiesen. Gemäß § 13 GVG ist damit der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zu beschreiten (entsprechend dem Begehren der A wäre eine Leistungsklage gegeben).

Teilweise wurde versucht, die Nutzung öffentlicher Einrichtungen stets einheitlich öffentlich-rechtlich zu erfassen. Gegen eine solche Konstruktion bestehen aber unter anderem im Hinblick auf das Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG Bedenken (siehe im Einzelnen Axer NVwZ 1996, 114 ff). Eine Kenntnis dieses Problemkreises kann von den Klausurteilnehmern nicht verlangt werden.

II. Begründetheit einer Klage gegen die Musical-Berlin-GmbH auf Verkauf einer Premierenkarte für einen rollstuhlgerechten Platz

Eine Klage der A wäre begründet, wenn A einen (einredefreien und fälligen) Anspruch auf die begehrte Leistung hat.

1. Anspruch aus § 826 BGB

Im Privatrecht gilt grundsätzlich die Vertragsfreiheit. In der Ablehnung eines Vertragsschlusses kann aber eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne von § 826 BGB liegen, wenn der Anbieter einer Leistung eine Monopolstellung für lebenswichtige Güter hat und sachliche Gründe für die Ablehnung nicht bestehen. In diesem Fall unterliegt der Anbieter der Leistung einem Abschlusszwang. Nach der Rechtsprechung folgt dies aus der Verpflichtung zur Naturalrestitution (BGHZ 21, 1, 8; 44, 283). Nach anderer Auffassung folgt das Gebot eines Vertragsschlusses unmittelbar daraus, dass der Nichtabschluss verboten sei (Palandt, 65. Aufl., Einführung vor § 145 Rn. 10 m.w.N.).

Ein Kontrahierungszwang aus § 826 BGB wird bejaht bei Museen, Theatern und ähnlichen Einrichtungen, sofern nicht sachliche Gründe einem Vertragsschluss entgegenstehen (Palandt, vor § 145 Rn. 10; a.A. für Theater noch RGZ 133, 388). Auch die Musical-Berlin-GmbH unterliegt danach im Rahmen der vorhandenen Kapazitäten einem Abschlusszwang gemäß § 826 BGB. Die Tatsache, dass A Rollstuhlfahrerin ist, stellt keinen sachlichen Ablehnungsgrund dar, zumal ein rollstuhlgerechter Platz ohne Aufwand und ohne Verstoß gegen Sicherheitsbestimmungen zur Verfügung gestellt werden kann.

Vertretbar ist es, einen Abschlusszwang mit der Begründung abzulehnen, dass es sich bei Musicals nicht um lebenswichtige Güter handelt.

2. Anspruch aus Art. 3 III 2 GG

Soweit das Land Berlin mit Hilfe der Musical-Berlin-GmbH öffentliche Aufgaben erfüllt, unterliegt diese den Bindungen des Verwaltungsprivatrechts (vgl. dazu Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 2000, S. 238ff.). Unabhängig davon, ob eine Monopolstellung zu bejahen ist, ergibt sich daher ein Anspruch auf Verkauf einer Eintrittskarte aus Art. 3 III 2 GG und Art. 11 S. 1 der Verfassung von Berlin (jeweils in Verbindung mit dem Widmungszweck), die auch im Verwaltungsprivatrecht unmittelbar gelten ("keine Flucht ins Privatrecht").

3. Ergebnis

Eine Klage der A gegen die Musical-Berlin-GmbH auf Verkauf einer Premierenkarte für einen rollstuhlgerechten Platz wäre begründet.