



Lösung Übersicht 10 Vertiefungsfall (Rn. 261)

Die Klage der D hat Erfolg, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und die Klage begründet ist.

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten erfüllt sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Eine aufdrängende Sonderzuweisung liegt nicht vor. Der Verwaltungsrechtsweg ist daher gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt und keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Es müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Eine Streitigkeit ist dann als öffentlich-rechtlich zu charakterisieren, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört. Das ist der Fall, wenn sie allein einen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie).

D möchte mit ihrem Unternehmen auf der Stadtwerke-Website gelistet werden. Über die Aufnahme in die Liste, entscheidet die B-GmbH, eine Gesellschaft in einer privatrechtlichen Rechtsform, weshalb ein Bezug zum Privatrecht gegeben sein könnte. Andererseits hat D sich für eine Klage gegen die Stadt B entschieden, um Zugang zur Dienstleisterliste zu erhalten. Ein entsprechender Anspruch der D gegen die Stadt B könnte aus § 8 Abs. 2 GO NW folgen, der ausschließlich die Stadt als Träger hoheitlicher Gewalt verpflichtet und daher dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

Die Bestimmung der Natur des im Streit stehenden Rechtsverhältnisses, m.a.W. die Identifikation der einschlägigen streitentscheidenden Norm, bereitet vor diesem Hintergrund Schwierigkeiten. Diese könnten mit Hilfe der sogenannten Zwei-Stufen-Theorie¹ zu lösen sein. Die Zwei-Stufen-Theorie findet bei mehrstufigen Verwaltungsentscheidungen über den Zugang zu öffentlichen Einrichtungen Anwendung. Danach ist die Frage der Zulassung zur Nutzung, also die Frage des „Ob“ des Zugangs (Erste Stufe), immer öffentlich-rechtlich zu beurteilen. Bei der Frage nach der näheren Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses, dem „Wie“ des Zugangs (Zweite Stufe), steht dem Träger der hoheitlichen Gewalt hingegen grundsätzlich ein Wahlrecht zu, er kann also selbst entscheiden, ob er das Benutzungsverhältnis im konkreten Fall privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet.

Das Wahlrecht im Hinblick auf das „Wie“ besteht allerdings nicht mehr, wenn sich die Behörde dazu entschieden hat den Betrieb der öffentlichen Einrichtung auf einen privatrechtsförmig organisierten Träger, also bspw. eine GmbH zu übertragen. Der unmittelbare Träger der öffentlichen Einrichtung kann sich, als Subjekt des Privatrechts, keiner öffentlich-rechtlichen Handlungsformen bedienen, sodass das Wahlrecht erlischt.

¹ Vgl. dazu § 8 Rn. 366.



Die Anwendung der Zwei-Stufen-Theorie im vorliegenden Fall setzt freilich voraus, dass die Stadtwerke-Website mit ihrer Dienstleisterliste als öffentliche Einrichtung im Sinne des § 8 GO NW zu qualifizieren ist.

„Der Begriff der öffentlichen Einrichtung umfasst jede Zusammenfassung personeller Kräfte und sächlicher Mittel, die von der Gemeinde für bestimmte öffentliche Zwecke unterhalten wird und die durch ausdrückliche oder konkludente Widmung der bestimmungsgemäßen Nutzung durch die Einwohner bzw. einen in der Zweckbestimmung festgelegten Personenkreis zugänglich gemacht wird, wobei die Benutzung einer besonderen Zulassung bedarf.“²

Der Betrieb der Stadtwerke-Website setzt sowohl die Bereitstellung sachlicher (z. B. Server) wie auch personeller Mittel voraus, sodass die Website sich als Zusammenfassung sachlicher und personeller Mittel einordnen lässt. Eine öffentliche Einrichtung braucht derweil auch nicht zwingend „gegenständlich“ zu sein, eine Website kommt daher als „digitale Einrichtung“ in Betracht.

Die Website hat den Zweck die Einwohner wirtschaftlich zu betreuen. Dienstleister sollen sich zur besseren Sichtbarkeit listen lassen können, den übrigen Einwohnern soll der Zugang zu den entsprechenden Dienstleistungen erleichtert werden. Mithin geht es um eine Versorgung der Einwohner im weiteren Sinne, die Website verfolgt damit auch einen öffentlichen Zweck.

Die Website mit der Liste kann über die Homepage der Stadt B und der B-GmbH aufgerufen werden. Sie ist daher grundsätzlich der Allgemeinheit zugänglich. Allerdings ist die Website passwortgeschützt. Es werden zudem nur ortsansässige Dienstleister in die Liste aufgenommen. Die Website ist durch die Freischaltung damit entsprechend der Zweckbestimmung (nur) den Einwohnern der Gemeinde konkludent zur Nutzung gewidmet worden.

Fraglich ist aber, wie es sich auswirkt, dass die Website nicht von der Gemeinde selbst, sondern von der B-GmbH, einem privatrechtsförmigen Unternehmen, betrieben wird. Es ist allerdings zu beachten, dass die Stadt B 100% der Gesellschaftsanteile an der GmbH hält, diese also vollständig beherrscht. Unter anderem kann die Stadt B gem. § 37 GmbHG Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen und so auf die B-GmbH einwirken. Im Ergebnis ist es daher für die Einordnung als öffentliche Einrichtung unschädlich, dass die Website von der B-GmbH und nicht unmittelbar von der Stadt selbst betrieben wird. Alles andere würde der Stadt B zudem ermöglichen sich dem öffentlich-rechtlichen Benutzungsanspruch zu entziehen („keine Flucht ins Privatrecht“).

Folglich handelt es sich bei der Website um eine öffentliche Einrichtung i. S. d. § 8 Abs. 2 GO NW. Die Zwei-Stufen-Theorie ist somit anwendbar. Da es sich um eine Frage des „Ob“ des Zugangs handelt, ist die öffentlich-rechtliche Norm des § 8 Abs. 2 GO NW einschlägig.

Dieser öffentlich-rechtliche Zulassungsanspruch des durch die Widmung begünstigten Personenkreises besteht ungeachtet des Umstands, dass die privatrechtlich organisierte B-GmbH die Zulassung zur Website organisiert. Er wandelt sich in einen (öffentlich-rechtlichen und aus § 8 Abs. 2 GO NW abzuleitenden) Verschaffungsanspruch gegenüber der Stadt B mit

² Peters, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 25. Ed., § 8 GO NRW, Rn. 7.



dem Ziel, diese dazu zu verpflichten, auf die von ihr beherrschte B-GmbH dahingehend einzuwirken, dass Zugang zur Dienstleisterliste gewährt wird.³

Nach alledem geht es hier im Hinblick auf den Verschaffungsanspruch um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 Abs. 1 S.1 VwGO.

2. (Keine) Verfassungsrechtliche Streitigkeit

Da weder D noch die Stadt B als kommunale Gebietskörperschaft Träger verfassungsrechtlicher Gewalt (Verfassungsorgane) sind und sie im Kern – obwohl Grundrechte eine Rolle spielen können – nicht um Rechte und Pflichten aus der Verfassung, sondern um solche aus dem Verwaltungsrecht, namentlich dem Kommunalrecht, streiten (keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit), handelt es sich auch um eine nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit.

3. (Keine) Abdrängende Sonderzuweisung

Eine abdrängende Sonderzuweisung zu einer anderen Gerichtsbarkeit ist nicht ersichtlich.

4. Zwischenergebnis

Der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist mithin eröffnet

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, an welches das Gericht gem. § 88 VwGO gebunden ist. Die D möchte mit ihrem Unternehmen in der Dienstleisterliste gelistet werden.

1. Verpflichtungsklage

Für den Zulassungsanspruch ist eine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO statthaft, wenn der Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts gem. § 35 S. 1 VwVfG NW begehrt wird. Problematisch ist hier das Merkmal der Regelung, also das Setzen einer einseitigen Rechtsfolge auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.

Die Zulassungsentscheidung gem. § 8 Abs. 2 GO NW stellt grundsätzlich eine solche Regelung dar. Aufgrund der privatrechtlichen Struktur der B-GmbH kann die Stadt B hier jedoch keine Zulassung durch eine solche Regelung gewähren. Soweit ein Verschaffungsanspruch der D besteht, muss sie vielmehr im Rahmen eines Gesellschafterbeschlusses (vgl. §§ 45 ff. GmbHG) auf die B-GmbH einwirken, dass diese einen entsprechenden Vertrag mit D abschließt. Da das Begehren der D demnach nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet ist, scheidet eine Verpflichtungsklage aus.

2. Allgemeine Leistungsklage

In Betracht kommt eine allgemeine Leistungsklage, die zwar nicht ausdrücklich in der VwGO geregelt ist, aber von der VwGO vorausgesetzt wird (vgl. §§ 43 Abs. 2 S.1, 111 VwGO). Sie ist

³ VG Gelsenkirchen, BeckRS 2023, 4594 Rn. 11f.



bei der Vornahme einer schlichthoheitlichen Handlung, Duldung oder Unterlassung statthaft, die nicht im Erlass eines Verwaltungsakts besteht. Das Einwirken durch einen Gesellschafterbeschluss ist ein schlichthoheitliches Handeln, sodass das Begehren der D so auszulegen ist, dass die Stadt B mittels der allgemeinen Leistungsklage verpflichtet werden soll, dahingehend auf die B-GmbH einzuwirken die D in die Dienstleisterliste aufzunehmen.

3. Zwischenergebnis

Statthaft ist dementsprechend die allgemeine Leistungsklage.

III. Kläger

1. Klagebefugnis

D müsste klagebefugt sein. Zur Vermeidung von Popularklagen ist § 42 Abs. 2 VwGO bei der allgemeinen Leistungsklage nach herrschender Meinung analog anzuwenden. Die Klagebefugnis liegt vor, wenn D geltend machen kann, durch die Ablehnung der Aufnahme in die Dienstleisterliste möglicherweise in einem subjektiven öffentlichen Recht verletzt zu sein. Dies ist dann der Fall, wenn die D möglicherweise einen Anspruch auf die begehrte schlichthoheitliche Handlung hat. Ein Anspruch auf Aufnahme in die Dienstleisterliste der Website könnte sich aus § 8 Abs. 2 GO NRW ergeben, sodass D klagebefugt ist.

2. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

D ist als natürliche Person beteiligungsfähig nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO. Ihre Prozessfähigkeit folgt aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

3. Rechtsschutzbedürfnis

D hat sich vor Klageerhebung erfolglos an die B-GmbH und die Stadt B gewandt hat. Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist mithin gegeben.

IV. Klagegegner

1. Prozessführungsbefugnis

Richtiger Klagegegner ist aufgrund des für die allgemeine Leistungsklage geltenden Rechtsträgerprinzips analog § 78 Abs.1 Nr. 1 VwGO die Stadt B.

2. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

Die Stadt B ist als (Gebiets-)Körperschaft des öffentlichen Rechts, § 1 Abs. 2 GO NW und damit als juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligungsfähig nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Sie ist zudem, vertreten durch den Bürgermeister, § 63 Abs. 1 GO NRW, gem. § 62 Abs. 3 VwGO auch prozessfähig.

V. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen der Klage sind erfüllt.



B. Begründetheit

Die Klage der D ist begründet, soweit ihr gegen die Stadt B ein Verschaffungsanspruch dahingehend zusteht, dass diese auf die B-GmbH einzuwirken hat, sie in die Dienstleisterliste aufzunehmen.

I. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage ist hier der § 8 Abs. 2 GO NW (s. o.).

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Die D hat einen entsprechenden Antrag bei der Stadt B und der B-GmbH gestellt (s. o.).

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

1. Öffentliche Einrichtung

Die Website der Stadtwerke kann als öffentliche Einrichtung i. S. d. § 8 Abs. 2 GO NW qualifiziert werden (s. o.).

2. Anspruchsberechtigung

D ist als Einwohnerin (§ 21 Abs. 1 GO NRW) der Stadt B und in der Gemeinde ansässige Gewerbetreibende gem. § 8 Abs. 2 GO NRW anspruchsberechtigt.

3. Im Rahmen des geltenden Rechts

Der gebundene Zulassungsanspruch ist nur im Rahmen des geltenden Rechts gewährleistet. Ein Anspruch auf Zulassung zur Nutzung kommunaler Einrichtungen besteht deshalb nur unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung (Widmung) der öffentlichen Einrichtung.⁴

Zweck der Website ist es, Bürgern, die einen regionalen Dienstleister benötigen bzw. beauftragen möchten, den Kontakt zu einem solchen zu vermitteln, und umgekehrt regionalen Dienstleistern eine Präsentation ihrer Dienstleistungen zu ermöglichen. Die D möchte mit ihrem Unternehmen in die Dienstleisterliste aufgenommen werden, entspricht mit ihrem Anliegen also der Zweckbestimmung.

4. Zwischenergebnis

Die materiellen Anspruchsvoraussetzungen sind dementsprechend erfüllt.

IV. Anspruchsinhalt

Fraglich ist aber welchen Inhalt der Anspruch der D hat.

⁴ OVG NRW MMR 2015, 775, 775 m. w. N.



1. Zulassungsanspruch

Möglicherweise hat die D einen (gebundenen) Anspruch auf Aufnahme in die Dienstleisterliste. Grundsätzlich ergibt sich aus dem § 8 Abs. 2 GO NW ein derartiger gebundener Zulassungsanspruch („sind [...] berechtigt“). Dann wäre die Stadt B dazu verpflichtet entsprechend auf die B-GmbH einzuwirken.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Website aus Kapazitätsgründen (knapper Speicherplatz, hoher Verwaltungsaufwand) nur die Listung von 100 Dienstleistern erlaubt. Diese Kapazitäten sind hier bereits erschöpft. Einen Anspruch darauf, dass die Kapazitäten erweitert werden hat der Bürger und damit auch D allerdings nicht. Demnach ist der (gebundene) Anspruch auf Aufnahme in die Dienstleisterliste erloschen.

2. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

Der Anspruch auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung, hier also auf Aufnahme in die Liste, wandelt sich in einem solchen Fall aber in einen Anspruch auf gerechte Teilhabe bzw. ermessensfehlerfreie Entscheidung um. Die D könnte hier daher einen Anspruch darauf haben, dass die Stadt B durch ihre Einwirkung eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der B-GmbH herbeiführt. Das setzt allerdings voraus, dass die bisherigen Auswahlentscheidungen der B-GmbH ermessensfehlerhaft waren.

Der Antrag auf Aufnahme in die Dienstleisterliste hat zuerst die B-GmbH und dann auch die Stadt B unter Verweis darauf abgelehnt, dass das Unternehmen der D noch nicht bekannt genug sei. Einziges Auswahlkriterium war demnach der Bekanntheitsgrad. Kriterien für die Bestimmung des Bekanntheitsgrades waren die Dauer des Bestehens des Unternehmens, die bereits vorhandene Internetpräsenz des Betriebes sowie die Zahl der positiven Kundenbewertungen.

Die Entscheidung knüpft damit an sachliche Kriterien an.

Das Anknüpfen an die Bekanntheit ist auch unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung der öffentlichen Einrichtung legitim: Sie soll den Bürgern gerade einen Überblick über die in der Stadt B vertretenen Dienstleister bieten. Indem die Entscheidung insbesondere an die positiven Bewertungen anknüpft, stellt sie sicher, dass allein solche Unternehmen gelistet werden, die bereits über ein gewachsenes Vertrauen in der Gemeindebevölkerung verfügen. So kann verhindert werden, dass auch unseriöse Dienstleister gelistet werden, bei denen das Risiko einer „bösen Überraschung“ besteht.

Allerdings ist zu bedenken, dass die Präsentation auf der Liste sich auch wiederum auf den Bekanntheitsgrad der Unternehmen auswirkt: Die Liste erfreut sich großer Beliebtheit, sodass davon ausgegangen werden kann, dass die Einwohner sich bei der Suche nach einem Dienstleister an dieser zumindest orientieren. Somit wird die Chance der noch nicht etablierten Dienstleister sich am Markt zu bewähren eingeschränkt. Das wirkt sich dann wiederum auf die weiteren Auswahlentscheidungen aus – sie knüpfen eben nur an die Bekanntheit an. Der Verweis auf private Portale vermag hier keine Abhilfe zu schaffen, sie verfügen nicht über dieselbe Reichweite wie die Website der Stadtwerke und sind zudem kostenpflichtig.

Das alleinige Anknüpfen an das Kriterium der Bekanntheit ist somit nicht statthaft. Es bevorzugt unzulässig bereits etablierte Marktteilnehmer. Somit hat die B-GmbH ihre



Auswahlentscheidung nicht ermessensfehlerfrei getroffen. Die D hat einen Anspruch darauf, dass die Stadt B eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der B-GmbH herbeiführt.

3. Zwischenergebnis

Somit hat die D zwar keinen Anspruch auf die Aufnahme in die Liste, allerdings darauf, dass die Stadt B eine ermessensfehlerfreie Entscheidung der B-GmbH bewirkt.

V. Zwischenergebnis

Die Klage der D ist somit nur teilweise begründet.

C. Ergebnis

Folglich sind die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt und die Klage insofern begründet, als D einen Verschaffungsanspruch gegen die Stadt B dahingehend hat, dass diese die B-GmbH dazu veranlasst, eine erneute (und dieses Mal ermessensfehlerfreie) Entscheidung über sein Zulassungsgesuch zu treffen und dabei berücksichtigt, dass der Bekanntheitsgrad für die Dienstleisterauswahl der Website kein ausreichendes Auswahlkriterium ist.

Zur Vor- und Nachbereitung der Falllösung:

- zu den Grundformen öffentlicher Sachen Rn. 254-260.
- weitere Hinweise in Übersicht 10, Rn. 261.