Materialien, Fälle, Lösungen
zu HINNERK WISSMANN: Verwaltungsrecht, 2. A. (Mohr Siebeck Lehrbuch, ISBN 978-3-16-200577-9)
Mohr Siebeck

Begleitartikel: Grundbegriffe des öffentlichen Rechts

*Juli Gorkisch**

Die Zweistufentheorie (VerwR, Rn. 366)

A. Was versteht man unter der Zweistufentheorie?

Die Verwaltung kann entscheiden, in welcher Handlungsform sie ihre Aufgaben erfüllt (sog. Handlungsformenwahlfreiheit). So kann sie die Benutzungsregelungen einer Einrichtung öffentlich-rechtlich (z. B. durch eine Satzung) oder privatrechtlich (z. B. durch einen Miet- oder Leihvertrag nach dem BGB) regeln. Von der Handlungsformenfreiheit zu unterscheiden ist die Freiheit der Organisationsform. Eine Gemeinde kann ein Schwimmbad beispielsweise unmittelbar als Teil ihrer Verwaltung betreiben oder hierfür ein eigenes Unternehmen in privater Rechtsform gründen, wie etwa eine GmbH oder AG. Der Staat nutzt privatrechtliche Handlungsformen meist aus Praktikabilitätsgründen. Jene ermöglichen eine flexiblere Aufgabenwahrnehmung und eine bessere Kooperation mit privaten Partnern. Die Verwaltung bleibt dabei unabhängig von der rechtlichen Kategorisierung ihrer Handlung an die Grundrechte gebunden (Art. 1 III GG).

Dies spielt vor allem bei Leistungen der Verwaltungen eine besondere Rolle. Die Verwaltung kann Leistungen nicht willkürlich vergeben, sondern ist an den Gleichheitssatz gebunden (Art. 3 I GG; Selbstbindung der Verwaltung). Betreibt die Verwaltung ein Schwimmbad als öffentliche Einrichtung, kann sie den Zugang zu Räumen nicht beliebig verwehren. Insofern unterscheidet sie sich von einem privaten Eigentümer, der auswählen kann, wer in seinem privaten Pool schwimmen darf. Zudem verfolgt die Verwaltung selbst dann, wenn sie privatrechtlich handelt, zumeist ein öffentlich-rechtliches Interesse. So dient das Betreiben einer kommunalen Einrichtung wie einem Schwimmbad der Daseinsfürsorge. Auch Subventionen werden vergeben, um Unternehmen im öffentlichen Interesse, wie z.B. zur Förderung des Klimaschutzes, zu lenken. Dies ändert sich nicht dadurch, dass die Verwaltung die konkrete Förderung durch einen privatrechtlichen Darlehensvertrag ausgestaltet.

Dies aufgreifend wurde die Zweistufentheorie entwickelt.[1] Sie findet vor allem auf Subventionsverhältnisse und die Nutzung öffentlicher Einrichtungen Anwendung. Mit ihr wird das Handeln der Verwaltung in zwei Stufen aufgeteilt. Die erste Stufe (das „Ob“) betrifft die Grundentscheidung darüber, ob ein Bürger eine Leistung erhält oder eine Einrichtung nutzen darf. Die zweite Stufe (das „Wie“) betrifft die eigentliche Abwicklung der Leistung oder die konkreten Modalitäten des Nutzungsverhältnisses. Wenn also ein Bürger ein öffentliches Schwimmbad betritt, ein Ticket kauft und anschließend schwimmen geht, wird dieser einheitliche Lebensvorgang in zwei Stufen aufgeteilt. Die Entscheidung, ob eine Bürgerin das Bad betreten darf (Bewilligung), fällt unter die erste Stufe („ob“). Der Benutzungsvertrag, welcher zur Zahlung des Eintrittsgeldes verpflichtet, und die Hausordnung (Abwicklung) gehören der zweiten Stufe („wie“) an. Dabei ist die Entscheidung über den Zugang stets als Hoheitsakt und damit öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Während die zweite Stufe sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein kann. Dies soll eine „Flucht ins

---

* Die inhaltliche und didaktische Ausarbeitung dieses Artikels wurde durch fachliche Rückmeldungen und Überarbeitungshinweise von Marie Weiser begleitet. Zudem nahm sie die abschließende Überarbeitung des Textes vor.

[1] Sie geht auf H. P. Ipsen zurück: *H. P. Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956.

Privatrecht“ verhindern.[2] Der Staat soll sich seinen öffentlich-rechtlichen Bindungen und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle[3] nicht entziehen können, indem er eine privatrechtliche Handlungsweise wählt.

B. Relevanz von der Zweistufentheorie in der gutachterlichen Prüfung

Relevant wird die Zweistufentheorie in der Prüfung unter dem Punkt „Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs“, und zwar bei der Voraussetzung des § 40 I 1 VwGO, dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Hier dient die Zwei-Stufentheorie zur Abgrenzung zwischen einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis und einem privatrechtlichen.

C. Wie prüfe ich mithilfe der Zweistufentheorie?

Fraglich ist, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Im Normalfall lässt sich dies mithilfe der modifizierten Subjektstheorie bestimmen. Man fragt dabei, ob die streitentscheidende Norm ausschließlich einen Hoheitsträger in seiner Funktion als solchen berechtigt oder verpflichtet. Bezieht sich die Streitigkeit allerdings auf Subventionsverhältnisse oder die Nutzung öffentlicher Einrichtungen, liegen oft zwei potenziell streitentscheidende Normen vor: eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche. Wird auf die Gewährung einer Subvention geklagt, welche die Verwaltung mit den Unternehmen durch Darlehensverträge abwickelt, so kommt als streitentscheidende Norm sowohl ein öffentlicher Anspruch aus Art. 3 I GG i. V. m. der Selbstbindung der Verwaltung als auch ein Darlehensvertrag in Betracht. Dies ist zunächst herauszustellen und anschließend die Zweistufentheorie anzuwenden. Dabei muss zunächst geklärt werden, welche Stufe einschlägig ist.

Die Entscheidung über die Zulassung (Stufe 1: das „Ob“) ist immer öffentlich-rechtlicher Natur, insofern liegt hier eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Wenn die zweite Stufe einschlägig ist, muss man durch Auslegung des Sachverhalts ermitteln, welche Rechtsnatur das in Rede stehende Rechtsverhältnis hat. Auf privatrechtliche Ausgestaltung deutet zum Beispiel hin, dass die Nutzung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) geregelt ist oder dass die Zahlung eines Nutzungsentgelts verlangt wird. Im Gegensatz dazu werden bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen Regelungen durch Satzungen festgelegt und die Zahlung einer Gebühr statt eines Entgelts verlangt.

[2] Zu dem Zeitpunkt, in welchem die Theorie entwickelt wurde, war noch nicht h.M., dass die Verwaltung, auch wenn sie privatrechtlich handelt und sich privatrechtlich organisiert an die Grundrechte gebunden bleibt.
[3] Im Verwaltungsprozessrecht gilt der Amtsermittlungsgrundsatz, während im Zivilprozessrecht der Beibringungsgrundsatz gilt.