



## I.

### **Ist eine GmbH, deren Anteile zu 80 % dem Hoheitsträger gehören, noch als „öffentliche Einrichtung i.S.d. § 8 Abs.2 GO zu qualifizieren ?**

Der kommunalrechtliche Begriff der öffentlichen Einrichtung meint „Betrieb, Unternehmen, Anstalten und sonstige Leistungsapparaturen höchst unterschiedlicher Struktur und Zweckbestimmung, denen letztlich nur die Funktionsweise gemeinsam ist, die Voraussetzungen für die Daseinsfürsorge und Daseinsvorsorge der Bevölkerung zu schaffen und zu gewährleisten“ (OVG NW DVBl. 1976, 398).

Auf die Organisationsrechtsform der öffentlichen Einrichtung kommt es nicht an. Öffentliche Einrichtungen können auch als Aktiengesellschaft oder als Gesellschaft mit beschränkter Haftung geführt werden. Es ist nicht notwendig, dass die Gemeinde die ausschließliche Vermögensträgerin ist. Eine öffentliche Einrichtung der Gemeinde liegt bei Einschaltung eines Privaten vor, wenn die Gemeinde einen ausreichenden Einfluss auf die Einrichtung hat, entweder aufgrund ihrer Kapitalbeteiligung oder aufgrund besonderer Verträge. (SächsOVG SächsVBl. 2005, 14; Schmidt-Aßmann/Röhl in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 1.Kap, Rn. 106)

Ist ein solcher Einfluss gegeben, so richtet sich der Anspruch aus § 8 Abs. 2 GO (bzgl. des „ob“) weiterhin gegen die Gemeinde, lediglich das Abwicklungsverhältnis (das „wie“) kommt unmittelbar zwischen dem privaten Träger der Einrichtung und dem Einwohner zustande. Gegen die Gemeinde besteht dann ein Verschaffungsanspruch, also ein Anspruch darauf, dass die Gemeinde auf dem privaten Rechtsträger einwirkt, damit dieser die Leistung erbringt. (BVerwG NVwZ 1991, 59; NJW 1990, 134, 135; VGH Mannheim 19.05.2003 – Az: S 1449/01; Gornig/Jahn JuS 1992,857(858); Dietlein Jura 2002, 445 (446); Schmidt-Aßmann/Röhl aaO. Rn. 113)

## II.

### **Rechtsfolgen für den Verwaltungsrechtsweg**

Erbringt die Gemeinde die Leistungen der öffentlichen Einrichtung selbst ohne Zwischenschaltung einer Person des Privatrechts, so kann sie wählen, ob sie das Nutzungsverhältnis insgesamt öffentlich-rechtlich abwickeln oder sich des Privatrechts bedienen will. Wählt sie das Privatrecht, erfolgt die Leistungserbringung in der Form eines privatrechtlichen Vertrages.

Ist eine öffentliche Einrichtung als juristische Person des Privatrechts organisiert, vollzieht sich die Leistungserbringung zwangsläufig in der Form des Privatrechts. Prozessual führt das zu einer Doppelung in Rechtswegfragen. Das hat auch zur Konsequenz, dass dem Kläger bei den Prozessen zwei unterschiedliche Beklagte gegenüber stehen. Im Verwaltungsprozess auf Zulassung zur Nutzung ist es die Gemeinde selbst, die auf Verschaffung des Zugangs in Anspruch zunehmen ist (BVerwG NVwZ 1991, 59). In Prozessen über Fragen der Leistungserbringung ist die Betreiberin der öffentlichen Einrichtung vor den Zivilgerichten zu verklagen.