Schriften des Interdisziplinären Zentrums
für Internationales Finanz- und Steuerwesen –
International Tax Institute – der Universität Hamburg

53

Nele Marlena Lapp

Der privatrechtliche Vertrag als Handlungsform im Steuerverfahrensrecht

Zu den Hauptanwendungsfällen privatrechtlichen Handelns der Finanzverwaltung

Nomos

Schriften des Interdisziplinären Zentrums
für Internationales Finanz- und Steuerwesen –
International Tax Institute – der Universität Hamburg
Herausgeber: Der Geschäftsführende Direktor

Band 53

Nele Marlena Lapp

Der privatrechtliche Vertrag als Handlungsform im Steuerverfahrensrecht

Zu den Hauptanwendungsfällen privatrechtlichen Handelns der Finanzverwaltung

Nomos

Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8394-6 (Print)
ISBN 978-3-7489-2816-4 (ePDF)

1. Auflage 2021
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Kann der privatrechtliche Vertrag eine Handlungsform der Finanzverwaltung im Rahmen ihrer originären Aufgabe der Steuerverwaltung darstellen? Welche Grenzen und Bindungen bestehen und welche Konsequenzen ergeben sich hieraus? Über diese, bis dato von der Literatur nur punktuell behandelten Fragen, diskutierten Professor Dr. Lars Hummel, LL.M. und ich erstmals im März 2016. Einer eingehenden Beantwortung ging ich in den darauffolgenden Jahren nach. Das Ergebnis meiner Mühen wurde vom Promotionsausschuss der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg im September 2020 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis dahin berücksichtigt.

Dankbar bin ich Professor Dr. Hummel nicht nur für die Initialzündung, sondern auch für die damit verbundene Eröffnung des Weges ins Steuerrecht, sein stets offenes Ohr, die Freiheit der eigenen Gestaltung meiner Arbeit sowie die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Professor Dr. Gerrit Frotscher danke ich für die zügige Zweitbegutachtung.

Ohne die Konrad-Adenauer-Stiftung wäre mir eine so unbeschwerte Promotion, wie ich sie erleben durfte, nicht möglich gewesen. Für die finanzielle und ideelle Förderung, allem voran aber für die Möglichkeit, so vielen großartigen Menschen begegnen zu dürfen, danke ich der Konrad-Adenauer-Stiftung von Herzen.

Danken möchte ich auch denen, die darüber hinaus zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Dies sind in erster Linie meine Eltern Martina und Ralph, die mir durch ihre bedingungslose Unterstützung in jeder Lebensphase, ihre Liebe und die Vermittlung ihrer Werte meinen Werdegang, meine Ausbildung und das glückliche Leben, das ich führen darf, erst ermöglicht haben. Meine Mutter widmete sich zudem mit großer Sorgfalt dem Manuskript dieser Arbeit und verdient dafür einen besonderen Dank. Meinem großen Bruder und Vorbild Sebastian danke ich für zahlreiche gute Gespräche über das Leben und dafür, dass er mir die stets allgegenwärtige Frage nach dem Zeitpunkt der Beendigung des Promotionsverfahrens gänzlich erspart hat. Meine Großeltern Ingrid und Fritz haben mir durch ihre Anteilnahme, ihren moralischen Rückhalt, ihre Begeisterung für meine Sache und den Stolz auf ihre Enkel stets den Rücken gestärkt. Auch dafür bin ich zutiefst dankbar. Justus danke ich für den facettenreichen und fachlichen Austausch in jede Richtung,

seine Zeit und seinen Humor in den richtigen Momenten, Christin und Hans-Peter für ihre umfassende Unterstützung fernab der Bibliothek und ihren stets guten und ehrlichen Rat. Dank gebührt auch meinen lieben Schwiegereltern Marianne und Eddie und allen Freunden, die mich in den letzten Jahren begleitet, unterstützt und für viele schöne Stunden der Ablenkung und Zerstreuung gesorgt haben.

Meinem Mann Matthias danke ich von ganzem Herzen für seine Geduld, seine Liebe, neue Blickwinkel, seinen bedingungslosen Rückhalt, das Zusprechen neuen Mutes in schweren Phasen und dass er jeden Tag meines Lebens bereichert. Dass wir uns während der Erstellung dieser Arbeit kennenlernen durften, ist mein größtes Glück.

Ihm und meinen Eltern ist diese Arbeit gewidmet.

Stuttgart, im Juni 2021
Nele Marlena Lapp

Inhaltsverzeichnis

1. Teil Einführung 13

A. Der privatrechtliche Vertrag als Handlungsform der Verwaltung 14
I. Handlungsform 15
II. Zuordnung zum öffentlichen und privaten Recht 18
1. Allgemeine Abgrenzung 19
a) Interessentheorie 21
b) Subordinationstheorie 22
c) Subjektstheorie 24
aa) Formale Subjektstheorie 25
bb) Modifizierte Subjektstheorie 26
d) Stellungnahme 26
2. Zuordnung im Hinblick auf die Handlungsform Vertrag 28
a) Abgrenzung nach Vertragsparteien 29
b) Abgrenzung nach dem Vertragsgegenstand 30
III. Konsequenzen 31
1. Wahlfreiheit der Verwaltung 32
2. Öffentlich-rechtliche Bindungen 33
3. Privatrechtliche Bindungen 34

B. Prinzipien und Zielsetzung des Steuer(verfahrens)rechts 34
I. Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung 34
1. Gesetzmäßigkeit der Besteuerung 36
2. Gleichmäßigkeit der Besteuerung 38
II. Leistungsfähigkeitsprinzip 41
III. Ziele des Steuerverwaltungsverfahrens 42

C. Zusammenfassung 42

2. Teil Zulässigkeit des privatrechtlichen Vertrages im Steuerverfahrensrecht 44

A. Möglichkeiten nach der Abgabenordnung 45
I. § 48 Abs. 2 AO 45
1. Entstehungsgeschichte des heutigen § 48 Abs. 2 AO 46

2. Struktur des § 48 Abs. 2 AO 50
a) Leistungen aus dem Steuerschuldverhältnis gegenüber der Finanzbehörde 52
b) Dritter 54
c) Leistungsangebot des Dritten zur Sicherung 55
d) Keine Veränderung der Steuerschuld 56
3. Rechtsnatur des Vertrages nach § 48 Abs. 2 AO 57
4. Arten des vertraglichen Einstehens 59
a) Bürgschaft 59
b) Garantievertrag 62
c) Patronatserklärung 64
d) Schuldversprechen 65
e) Befreiende Schuldübernahme 68
f) Kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt, Schuldmitübernahme) 69
g) Anweisung 71
h) Hingabe eines Wechsels 74
i) Vergleich 75
j) Hypothek 79
k) Grundschuld 82
l) Pfandrecht und Duldungspflicht 84
5. Annex: Vertragliche Verpflichtung durch den (Mit-)Schuldner 84
II. §§ 241 Abs. 1 Nr. 7, 244 AO 86
1. Der Kontext der Steuerbürgschaft 88
2. Rechtsnatur der Steuerbürgschaft 88
3. Voraussetzungen und Besonderheiten 93
a) Anwendungsbereich der §§ 241 ff. AO 93
b) Tatbestand 94
aa) Verpflichtung zur Erbringung einer Sicherheitsleistung 94
bb) Schuldversprechen, Bürgschaft, Wechselverpflichtung 95
cc) Tauglicher Steuerbürge im Sinne des § 244 AO 95
(1) Eignung im Einzelfall (§ 244 Abs. 1 AO) 96
(2) Allgemeine Steuerbürgen (§ 244 Abs. 2 AO) 97
dd) Vorgaben von Verwaltungsvorschriften 98
(1) SiLDV 105
(2) Anwendungserlass zur Abgabenordnung (AEAO) 108

(3) Verfügung der Oberfinanzdirektion Niedersachsen 109
(4) Zusammenfassung und rechtliche Einordnung 112
ee) Weitere Besonderheiten 113
c) Verhältnis zur Steuerschuld 114
4. Verhältnis der Bürgschaft für Steuerschulden zur Steuerbürgschaft 114
III. Annex: Vertrag zugunsten Dritter, §§ 328 ff. BGB 118
IV. § 192 AO 119

B. Handeln der Finanzverwaltung im Insolvenzplanverfahren 120
I. Die Steuerschuld im Insolvenzverfahren 120
II. Insolvenzplanverfahren 123
1. Annahme eines Insolvenzplans 126
2. Rechtsnatur des Insolvenzplans 129
a) Rechtsnormtheorie 130
b) Urteilstheorie 131
c) Vertragstheorie 133
d) Insolvenzplan als Rechtsinstitut eigener Art 137
e) Stellungnahme 138
3. Die Stellung der Finanzbehörde im Insolvenzplanverfahren 141

C. Zusammenfassung 142

3. Teil Der Vertragsschluss 145

A. Der Entscheidungsrahmen 145
I. Handlungsformenfreiheit 145
II. Vertragsfreiheit 147
III. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch den Kontrahierungszwang 151

B. Der jeweilige Vertragsschluss 152
I. Verträge nach § 48 Abs. 2 AO 152
1. Technischer Vertragsschluss 152
2. Entscheidungsrahmen der Behörde beim Vertragsschluss 155
a) Ermessen 156
aa) Ermessensbegriff 157
bb) Wortlaut 158
cc) Entstehungsgeschichte 159

dd) Systematik 160
ee) Telos 161
ff) Lösung 162
b) Von der Behörde zu berücksichtigende Aspekte 164
II. Verträge nach §§ 241 Abs. 1 Nr. 7, 244 AO 165
1. Technischer Vertragsschluss 166
2. Spielraum der Behörde beim Vertragsschluss 170
a) Begünstigende Maßnahme und Anordnung der Sicherheitsleistung 170
b) Zulassung als allgemeiner Steuerbürge, § 244 Abs. 2 AO 172
c) Annahme der Steuerbürgschaft/Tauglichkeit des Einzelsteuerbürgen 173
d) Vertragsschluss 175
e) Keine Anwendung der Zweistufentheorie 177
III. Insolvenzplan 178
1. Technischer Vertragsschluss 178
2. Spielraum der Finanzbehörde beim Vertragsschluss 180
a) Rechtliche Grundlage 180
aa) §§ 233, 234 InsO 181
bb) §§ 163, 222, 227 AO 184
cc) Rechtsgedanke der §§ 163, 222, 227 AO 189
b) Ermessen 190
3. Verhältnis zu den Billigkeitsentscheidungen nach der AO 192
4. Besonderheiten bei der Zuständigkeit 192

C. Zusammenfassung 195

4. Teil Die Vertragsdurchführung 197

A. Verhältnis des privatrechtlichen Vertrages zum Steuerschuldverhältnis 197
I. Verträge im Rahmen von § 48 Abs. 2 AO 198
II. Verträge im Rahmen von §§ 241 Abs. 1 Nr. 7, 244 AO 200
III. Insolvenzplan 201

B. Vertragserfüllung 202
I. Verträge im Rahmen von § 48 Abs. 2 AO 202
1. § 48 Abs. 1 AO 202
2. § 48 Abs. 2 AO 204
3. Rechtsnatur der zedierten Forderung 205

II. Verträge im Rahmen von §§ 241 Abs. 1 Nr. 7, 244 AO 208
III. Insolvenzplan 210

C. Störungen, Probleme, Besonderheiten 210
I. Im privatrechtlichen Vertragsverhältnis 211
II. Im zugrunde liegenden Steuerschuldverhältnis 213
1. Nichtigkeit des Steuerbescheides 215
2. Rechtswidrigkeit des Steuerbescheides 216
a) Korrektur nach § 130 AO 217
b) Korrektur nach §§ 172 ff. AO 219
3. Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes 220
4. Kassation 222
5. Auswirkungen anderer Besonderheiten auf die (Steuer-)Bürgschaft 223
III. Im Insolvenzplanverfahren 226

D. Zusammenfassung 226

5. Teil Geltendmachung/Rechtsdurchsetzung 228

A. Ansprüche nach der Abgabenordnung 228
I. Steuerforderung 228
1. Ansprüche des Fiskus 228
2. Einwendungen des Steuerschuldners 229
II. Exkurs: Gesetzliche Haftung und Duldung 230
III. Privatrechtliche Verträge im Rahmen der Abgabenordnung 231
1. Ansprüche des Fiskus 232
a) Geltendmachung 233
b) Rechtsweg 235
2. Ansprüche des Dritten 237
a) Im Verhältnis zur Finanzbehörde 237
b) Im Verhältnis zum Steuerschuldner 238
IV. Entscheidung über die Inanspruchnahme 240

B. Ansprüche aus dem Insolvenzplanverfahren 242
I. Rechtsschutz gegen den Bestätigungsbeschluss 242
II. Planerfüllung/Geltendmachung der Ansprüche 245
III. Überprüfung des Verhaltens der Finanzbehörde 246

C. Zusammenfassung 247

6. Teil Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse 249

A. Privatrechtliche Verträge im Rahmen von § 48 Abs. 2 AO 250

B. Privatrechtliche Verträge im Rahmen von §§ 241 Abs. 1 Nr. 7, 244 AO 251

C. Der Insolvenzplan als privatrechtlicher Vertrag 253

Abkürzungen 255

Literaturverzeichnis 257

1. Teil Einführung

Das öffentliche Recht ist auf den Akteur *Staat* bezogen, während das Privatrecht auf den *Bürger* im Sinne von *Privater* bezogen ist.[1] Der Staat ist mit einem spezifischen Auftrag betraut – der Verwirklichung des Gemeinwohls, die Bürger hingegen genießen die Freiheit zur grundsätzlich beliebigen Verwirklichung ihrer Individualinteressen.[2] Die klassische Grundfigur und ein zentrales Instrument verwaltungsrechtlichen Handelns ist der einseitige Verwaltungsakt,[3] die Grundfigur des privaten Handelns hingegen ist der zweiseitige Vertrag[4].

Obgleich sich die Verwaltung auch auf die Ebene des Privatrechts begeben und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auch in privatrechtlichen Formen geschehen kann,[5] erscheint es doch zumindest überraschend, dass der privatrechtliche Vertrag eine Handlungsform der *Finanzbehörden* darstellen soll. Überraschend, weil das Steuer(verfahrens)recht sowohl vom privatrechtlichen als auch vom konsensualen Handeln weiter entfernt ist als andere Referenzgebiete des öffentlichen Rechts. Das Steuerrecht ist ein Recht der Eingriffsverwaltung,[6] die Finanzbehörden handeln überwiegend durch Verwaltungsakte (§ 118 AO[7]), die sie selbst vollstrecken können.[8] Im Steuerrecht gelten als systemtragende Prinzipien das Prinzip der Leis-

---

1 *Burgi*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 18 Rn. 7, 13.

2 *Burgi*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 18 Rn. 7, 13.

3 *Korte*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 45 Rn. 2; *von Alemann/Scheffczyk*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 35 Rn. 1 f.; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 5 Rn. 3.

4 *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 27.

5 Vgl. *Burgi*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 18 Rn. 56 ff.; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 903.

6 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. Januar 2006 – 2 BvR 2194/99, juris Rn. 34, BVerfGE 115, 97; *Kirchhof*, in: Kirchhof/Seer, EStG, Einleitung Rn. 26; vgl. auch *Mayer*, Verwaltungsrecht (1895), S. 245 ff., 378 ff.

7 Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 29. Juni 2020 (BGBl. I S. 1512).

8 *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 1 Rn. 26.

tungsfähigkeit[9] und das Gebot der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung.[10] Aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG[11]) und dem Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) folgt ein Verbot der Steuervereinbarung.[12] Zudem steht die Finanzverwaltung unter der Bedingung einer Massenverwaltung,[13] die es ihr gebietet, den Gesamtvollzug sicherzustellen,[14] was wiederum zu einem Spannungsverhältnis zwischen der Verfahrensvereinfachung und der Einzelfallgerechtigkeit führt.[15] Für individuelle Absprachen, die das Steuerschuldverhältnis betreffen, ist somit grundsätzlich kein Raum. Diese Situation wirft insbesondere zwei Fragen auf:

– In welchen Konstellationen steht ein privatrechtlicher Vertrag als Handlungsinstrument der Finanzbehörde zur Verfügung?
– Welche Konsequenzen ergeben sich daraus?

Bevor die aufgeworfenen Fragen einer Antwort zugeführt werden sollen, kommt auch diese Bearbeitung nicht ohne theoretische Grundlagen aus. Diese soll die (im Spannungsverhältnis) gegenüberstehenden Themenkomplexe des privatrechtlichen Vertrages auf der einen und dem Legalitätsprinzip, dem Prinzip der Gleichmäßigkeit der Besteuerung sowie der Sicherung des Steueraufkommens auf der anderen Seite abdecken.

A. Der privatrechtliche Vertrag als Handlungsform der Verwaltung

Der Titel dieser Bearbeitung lässt erkennen, dass der privatrechtliche Vertrag als Handlungsform der Finanzbehörde anzuerkennen ist, die Begründung hierfür wird im nachfolgenden Abschnitt angeführt. Zudem ist eine allgemeine Abgrenzung und Zuordnung des öffentlich-rechtlichen Vertrages zum privatrechtlichen Vertrag vorzunehmen, damit an späteren Stellen die spezifische Zuordnung erfolgen kann.

---

9 *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 3 Rn. 121.
10 *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 21 Rn. 1.
11 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100- 1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. November 2019 (BGBl. I S. 1546).
12 U.a. RFH, Urteil vom 20.10.1925 – II A 453/25, RFHE 15, 92 (95 f.); BFH, Urteil vom 27.01.1955 – IV 281/54 U, juris Rn. 13, BFHE 60, 235; BFH, Urteil vom 17.12.1963 – VII 182/60 U, juris Rn. 13, BFHE 78, 225; *Seer*, BB 1999, 78 (78).
13 *Seer*, DStJG 31 (2008), 7 (8 ff.).
14 Vgl. *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 21 Rn. 5.
15 *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 3 Rn. 146.

I. Handlungsform

Das Handeln der Verwaltung ist überaus vielfältig und durch die politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen einem steten Wandel unterworfen.[16] Die „flutende Masse der Verwaltungstätigkeit“[17] ist nicht nur durch das Gesetz einzudämmen, der Rechtsstaat lässt zudem zu, „mittendrin fort und fort feste Punkte auftauchen zu lassen, welche dem Einzelnen Halt gewähren und ihn darüber sicherstellen, wohin es geht.“[18] Die Verwaltungsrechtswissenschaft begegnet diesem Bedürfnis mit der *Lehre von den Rechtsformen* und bietet unterschiedliche Ansätze, um die Formenvielfalt zu systematisieren und „durch rechtliche Formen zu kanalisieren“[19].[20] Von der „Grobstrukturierung“[21] des Handelns der Verwaltung hängen die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Handlung, deren rechtliche Wirkungen sowie die Frage nach dem zulässigen Rechtsweg ab.[22] Es stellt sich die Frage, ob auch der privatrechtliche Vertrag als Handlungs- oder sogar als Rechtsform der Verwaltung definiert werden kann und damit bestimmten Anforderungen und Rechtsfolgen unterliegt.

Wenngleich häufig synonym verwendet, ist begrifflich zwischen Rechtsformen und Handlungsformen zu unterscheiden: Soweit die in der Rechtsordnung genannten Instrumente für die staatliche Verwaltung näher ausgestaltet worden sind, die insbesondere durch feststehende Rechtmäßig-

---

16 *Stober/Korte*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 44 Rn. 1, 16 ff.; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, S. 1.

17 *Mayer*, Verwaltungsrecht (1924), S. 92 f.

18 *Mayer*, Verwaltungsrecht (1924), S. 92 f.

19 *Ossenbühl*, JuS 1979, 681 (681).

20 Auf die Lehre von den Rechtsformen und die von der Verwaltungsrechtswissenschaft entwickelten Teillehren soll im Rahmen dieser Bearbeitung nicht detailliert eingegangen werden; vertiefend hierzu u.a.: *Ernst*, Die Verwaltungserklärung, S. 32 ff.; *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33; *König/Dose*, Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen, S. 24 ff.; *Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 18 ff.

21 Als „grob“ bezeichnet *Hoffmann-Riem* die Strukturierung der traditionellen „Gussformen“ des Verwaltungshandelns (Verwaltungsakt, Verordnung, Satzung etc.), da sie grundsätzlich nur die Grundsätze erfassen; spezifische Anforderungen müssen anhand problemspezifischer Vorgaben untersucht werden, *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 45.

22 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 3; *von Alemann/Scheffcyk*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK, VwVfG, § 35 Rn. 28.

keitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen eine rechtsverbindliche Entscheidung durch die Verwaltung ermöglichen, handelt es sich um Rechtsformen der Verwaltung.[23] *Schmidt-Aßmann* spricht von einer Rechtsform als „Speicher", welche das Auffinden konkreter Lösungen erleichtert,[24] da die Rechtsformen als weitgehend fertige Zuordnungsmuster (*Hoffmann-Riem* spricht von „Schubladen"[25] bzw. an anderer Stelle von „Bausteinen"[26]) dienen und sowohl im Hinblick auf das Auffinden konkreter Lösungen als auch auf die Zuordnung bestimmter Rechtsfolgen praktisch genutzt werden können.[27] Hierdurch entsteht zugleich eine Entlastung der Behörden,[28] die nicht bei jeder ihrer Handlungen etwas Bestehendes nochmals erstellen müssen, sondern auf ein Repertoire an ausgestalteten Rechtsformen zurückgreifen können. Typischerweise werden Rechtsformen mit einer hohen Abstraktheit ausgestaltet, die ihr einen Einsatz in unterschiedlichen Feldern administrativen Verhaltens ermöglichen.[29] Der Begriff der Handlungsform umfasst über den Begriff der Rechtsform hinaus jede Verwaltungsmaßnahme, die (noch) nicht zu einer Rechtsform erstarkt ist oder sich nicht auf die Wahl einer bestimmten Rechtsform beschränken will.[30]

Die Bildung einer Handlungsform erfolgt nach *Schmidt-Aßmann* in zwei Schritten: Zunächst sind einzelne Elemente aus der komplexen Realität des Verwaltungshandelns herauszubilden, die im Anschluss auf ihre

---

23 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 11; *Stober/Korte*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, § 44 Rn. 6; vgl. auch *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 3 mit Fn. 9; *Remmert*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17 Rn. 2.

24 *Schmidt-Aßmann*, VerwBl. 1989, 533 (533).

25 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 3

26 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 44.

27 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 3.

28 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 3

29 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 12; *Schmidt-Aßmann*, VerwBl. 1989, 533 (534).

30 *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 15; *Remmert*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 17 Rn. 2; *Pauly*, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/von Schwanenflügel, Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 25 (34).

Bedeutung im Handlungszusammenhang zu untersuchen sind.[31] Diese Elemente werden in einem zweiten Schritt anhand fester Systemfolgen geordnet und typisiert.[32] Die Einteilung der Handlungsformen richtet sich an Merkmalen wie Verfahrensweisen, Funktionen und Rechtsfolgen aus.[33] Einen *numerus clausus* der Handlungsformen gibt es nicht,[34] gleichwohl ist der Kanon der wählbaren Handlungsformen nicht beliebig erweiterbar,[35] da das Verwaltungshandeln nicht frei, sondern gebunden ist. *Ipsen* nimmt eine Beschränkung der Handlungsformen indes im Hinblick auf das Rechtsregime vor und begrenzt die Quelle der Handlungsformen auf das öffentliche Recht, ohne der Verwaltung das Privatrecht als Rechtsregime zu verwehren; einzig aus dem „Kanon der Handlungsformen" soll es wegen seiner Privatrechtlichkeit herausfallen.[36]

Begreift man aber einen privatrechtlichen Vertrag als Form zur einzelfallbezogenen Erledigung von Verwaltungsaufgaben und nicht als Akt der Selbstbestimmung,[37] tritt die privatrechtliche Komponente zurück. Die Verwaltung verwirklicht sich durch den privatrechtlichen Vertrag nicht selbst, sondern instrumentalisiert die privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeit für die Verfolgung der ihr obliegenden Aufgaben.[38] Zudem wird die Verwaltung in den persönlichen Anwendungsbereich der privatrechtlichen Vorschriften einbezogen.[39] Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind grundsätzlich *vollrechtsfähig* im Sinne des BGB[40].[41] Das BGB setzt sogar voraus, dass sich der Staat der Handlungsformen des Privatrechts bedienen kann. Juristische Personen des öffentlichen Rechts haften nach § 89 BGB allerdings nur, soweit sie sich wie ein Privatrechtssubjekt

---

31 *Schmidt-Aßmann,* DVBl. 1989, 533 (533).
32 *Schmidt-Aßmann*, DVBl. 1989, 533 (533).
33 *Ernst*, Die Verwaltungserklärung, S. 53.
34 U.a. *Ernst*, Die Verwaltungserklärung, S. 49 f.; *Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 8.
35 *Pauly*, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/von Schwanenflügel, Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 25 (25).
36 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 287.
37 Der Verwaltung kommt keine Vertragsfreiheit zu, vgl. unten, *Vertragsfreiheit*, 3. TeilA.II, S. 147 ff.
38 *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, S. 786 f.; Reimer differenziert nach dem persönlichen Anwendungsbereich der privatrechtlichen Vorschriften, *Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 63 f.
39 *Reimer*, Zur Theorie der Handlungsformen des Staates, S. 64.
40 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1245).
41 *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, S. 64 ff.

betätigen.[42] Eine *öffentlich-rechtliche* Rechtsform stellt der privatrechtliche Vertrag indes nicht dar; hierfür fehlt es an einer entsprechenden abstrakten öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung. Der privatrechtliche Vertrag ist eine durch und durch privatrechtliche Rechtsform, der zugleich aber eine öffentlich-rechtliche Handlungsform darstellt.

II. Zuordnung zum öffentlichen und privaten Recht

Die Problematik einer Verwaltung in Privatrechtsform wird erst vor dem Hintergrund einer Zweiteilung des Rechts verständlich.[43] Hin und wieder findet man in der (älteren) Literatur Stimmen, die die Ansicht vertreten, eine Differenzierung von öffentlichem und privatem Recht und das der Zweiteilung zugrunde liegende „Koordinatensystem" habe „seine Existenzberechtigung verloren"[44], da eine Zweiteilung der Rechtsordnung auf der veralteten Vorstellung eines Obrigkeitsverhältnisses zwischen dem Staat und seinen Bürgern beruhe, zudem träten sowohl im öffentlichen als auch im privaten Recht häufig dieselben Problemstellungen auf und es gebe einige Rechtsgebiete, wie das Kartellrecht, bei dem eine Zuordnung zu dem einen oder anderen Rechtsgebiet nicht mehr einheitlich möglich sei.[45] Obgleich sich das Verhältnis zwischen Staat und Bürger in den vergangenen Jahrzehnten geändert hat und sie sich immer häufiger auch „auf Augenhöhe" in einem Gleichordnungsverhältnis gegenübertreten, ist eine Zweiteilung der Rechtsordnung gleichwohl noch immer geboten[46] und wird von der geltenden Rechtsordnung an verschiedenen Stellen aufgenommen und festgelegt.[47]

Eine Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem privaten Recht wird an unterschiedlichen Stellen notwendig. So knüpfen nicht nur das Verwaltungsverfahrensgesetz und die Verwaltungsgerichtsordnung als wichtigste einfachgesetzliche Kodifikationen des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts an verschiedenen Stellen an den

---

42 *Leuschner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 89 Rn. 22; *Schnapp*, DöV 1990, 826 (829) mit Verweis auf *Anschütz*, in: Meyer/Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, § 177 II 2, S. 758.
43 *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 30.
44 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft (1968), S. 167 f.
45 *Wiethölter*, Rechtswissenschaft (1968), S. 167 f.
46 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 19.
47 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 7.

Begriff des öffentlichen Rechts an,[48] sondern auch auf verfassungsrechtlicher Ebene wird in Art. 33 Abs. 4 GG[49] und Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG[50] von einer Zweiteilung der Rechtsregime ausgegangen – man kann „getrost von einer Rezeption dieser Unterscheidung durch die Verfassung sprechen"[51].

Soll an späterer Stelle der Vertrag als Handlungsinstrument der Finanzverwaltung dem Privatrecht zugewiesen werden, ist eine vorherige Darstellung der klassischen Abgrenzungstheorien und -kriterien notwendig.

1. Allgemeine Abgrenzung

Ob das Handeln des Staates als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich einzustufen ist, wird von dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich beantwortet. So wurde beispielsweise im Rahmen von § 40 VwGO[52], nach welchem der Verwaltungsrechtsweg in allen *öffentlich-rechtlichen* Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist, bewusst auf eine Definition des

---

48 Auch eine Vielzahl weiterer einfachgesetzlicher Regelungen unterscheidet zwischen öffentlichem und privatem Recht und knüpft an den tatbestandlichen Bezug zum *öffentlichen Recht* an; so zum Beispiel unter anderem § 1 VwVG (Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 201-4, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 1 des Gesetzes vom 7. Mai 2021 (BGBl. I S. 850)), § 1 SGB X (Das Zehnte Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2001 (BGBl. I S. 130), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 9. Juli 2021 (BGBl. I S. 2467)), § 14 BImSchG (Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274; 2021 I S. 123), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3146)), § 243 EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 16. Juli 2021 (BGBl. I S. 2947)).

49 Art. 33 Abs. 4 GG verwendet den Begriff des *öffentlich-rechtlichen* Dienst- und Treueverhältnisses im Hinblick auf Angehörige des öffentlichen Dienstes, denen die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe übertragen wird. Das Dienstverhältnis selbst wird grundsätzlich als privatrechtliches Rechtsverhältnis klassifiziert; vgl. auch *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 33 Rn. 59.

50 Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG weist das bürgerliche Recht der konkurrierenden Gesetzgebung zu.

51 *Püttner*, in: Geis/Lorenz, FS Maurer, 713 (713).

52 Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch Artikel 181 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328).

Begriffes der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit verzichtet,[53] obwohl gerade hier eine Abgrenzung zur privaten Streitigkeit und damit zum ordentlichen Rechtsweg zu treffen ist. Es wurde an dieser Stelle der Rechtsprechung und Lehre überlassen, eine Klärung des Merkmals vorzunehmen.[54] Die Rechtsprechung beantwortet die Frage, ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur ist, dahingehend, dass im Falle des Fehlens einer ausdrücklichen Rechtswegzuweisung durch den Gesetzgeber die „Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird"[55], ausschlaggebend sei. Dieser Grundsatz ist sowohl für die Auslegung von § 40 VwGO als auch für § 13 GVG[56], § 51 Abs. 1 SGG[57] und § 33 FGO[58] entscheidend.[59] Diese Abgrenzung ist jedoch nicht vollumfänglich auf das sich von dem verwaltungsprozessualen Verfahren unterscheidende Verwaltungsverfahren übertragbar: Im Prozess[60] wird die Natur des Rechtsverhältnisses nur von der konkreten Rechtsbeziehung zwischen Behörde und Bürger bestimmt, im Verwaltungsverfahren ist die Tätigkeit der Behörde und ihre Ableitung aus Zuständigkeitsregelungen unabhängig von einer konkreten Außenrechtsbeziehung oder einem konkreten Anspruch (des Bürgers) zu betrachten.[61]

---

53 Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf der Verwaltungsgerichtsordnung vom 05.12.1957, BT-Drucks. 3/55, S. 30.

54 Vgl. Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf zur Verwaltungsgerichtsordnung, BT-Drucks. 3/1094, S. 29; *von Nicolai*, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, § 40 Rn. 6.

55 GmS-OGB, Beschluss vom 10.04.1986 – GmS-OGB 1/85, juris Rn. 10, BVerwGE 74, 386; BGH, Beschluss vom 25.07.2013 – III ZB 18/13, juris Rn. 8, BGHZ 198, 105; VG München, Beschluss vom 22.07.2015 – M 10 K 15.2200, juris Rn. 8.

56 Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Juli 2020 (BGBl. I S. 1648).

57 Sozialgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1975 (BGBl. I S. 2535), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1248).

58 Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 (BGBl. I S. 442, 2262; 2002 I S. 679), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2633).

59 *W.-R. Schenke/Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 54 Rn. 6.

60 Im Hinblick auf die im Zusammenhang mit § 40 VwGO vorgenommene Abgrenzungsproblematik sei darauf hingewiesen, dass sich § 40 VwGO nach herrschender Meinung lediglich auf das Erkenntnisverfahren bezieht; im Vollstreckungsrecht ist der Rechtsweg nach der Herkunft des Titels zu bestimmen, so: *Kraft*, in: Eyermann, VwGO, § 168 Rn. 1; *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn. 37; *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 26.

61 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 89.

Die Frage nach der Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht stellt sich selbstverständlich nicht nur, wenn es darum geht, den Rechtsweg zu bestimmen. Die Problematik wird an vielen anderen Stellen ebenso relevant und kann deswegen als abstraktes Rechtsproblem verstanden werden.[62]

Um die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmen zu können, ist ein Blick auf die Rechtsnorm, nach der dieses zu beurteilen ist, zu werfen. Hierbei ist in einem ersten Schritt die entsprechende Norm zu ermitteln, um sie dann in einem zweiten Schritt dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen.[63] Für die Ermittlung der streitentscheidenden Norm (erster Schritt) kommt es auf die „wahre Rechtsnatur"[64] der behördlichen Maßnahme und nicht auf dessen Rechtmäßigkeit an.[65] Für die Zuordnung dieser Norm (zweiter Schritt) sind verschiedene Abgrenzungstheorien entwickelt worden, von denen zumeist die folgenden herangezogen werden:

a) Interessentheorie

Wie die Bezeichnung bereits vermuten lässt, knüpft die (ältere) *Interessentheorie*[66] an die durch die entscheidungserhebliche Norm geschützten Interessen an.[67] Diejenigen Vorschriften, die dem Allgemeininteresse dienen, gehören dem öffentlichen Recht an, während die dem Individualinteresse dienenden Rechtssätze dem privaten Recht zuzuordnen sind.[68] Auf den ersten Blick scheint eine Abgrenzung nach diesem Kriterium vermeintlich einfach – sie ist jedoch ebenso ungenau. Gegen diese Theorie als alleiniges

---

62 *Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, S. 344.

63 *Seckelmann*, in: Terwiesche/Prechtel, Handbuch Verwaltungsrecht, Kap. 12 Rn. 45.

64 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 205.

65 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 4.

66 Die Interessentheorie geht auf die Definition von Ulpianus (Dig. 1,1,1,2), zitiert nach *Ipsen*, Allgmeines Verwaltungsrecht, Fn 24, zurück: „Publicum ius quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem." – Gegenstand des öffentlichen Rechts seien die Belange des (römischen) Staates, während das private Recht dem Nutzen des Bürgers diene.

67 *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 17; *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 219; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 95.

68 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 219; *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 16; *W.-R. Schenke/Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 11.

Abgrenzungskriterium spricht einerseits, dass sich das öffentliche und private Interesse nicht hinreichend präzise voneinander trennen lassen und der Schutz privater Rechte auch vom öffentlichen Interesse umfasst werden kann.[69] Ein Beispiel hierfür bildet das Sozialrecht, bei dem das Interesse des Einzelnen gerade im öffentlichen Interesse enthalten ist. Überspitzt man dieses Beispiel, kann der Interessentheorie entgegengehalten werden, dass letztendlich jedes Recht, damit auch das Privatrecht, der Erhaltung der Gesellschaftsordnung und somit auch immer öffentlichen Interessen dient.[70]

Zudem können auch Private öffentliche Interessen verfolgen: Ein Beispiel hierfür bilden die gemeinnützigen Organisationen, die zwar in den Formen des Privatrechts organisiert sind, sich aber an Gemeinwohlzwecken orientieren und (sogar) öffentlich-rechtlich (nämlich steuerlich) privilegiert sind.[71]

Diese Umstände zeigen, dass die Interessentheorie nicht dazu führen kann, eine Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht in zweifelsfreier und finaler Weise herbeizuführen. Sie findet zwar in der Literatur immer wieder Erwähnung, darüber hinaus wird sie jedoch nicht vertreten.[72]

b) Subordinationstheorie

Die *Subordinationstheorie*, die synonym unter dem Namen *Subjektionstheorie* geführt wird, stellt auf das Verhältnis der Beteiligten ab[73] und weist Rechtssätze, die das Verhalten von Hoheitsträgern betreffen, dann dem öffentlichen Recht zu, wenn sie – in Abgrenzung zum Privatrecht, wo sich die Beteiligten in einem Gleichordnungsverhältnis gegenübertreten[74] – ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis betreffen.[75] Diesem Ansatz liegt

69 *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 55.
70 Vgl. *Kasten*, NVwZ 1986, 708 (710).
71 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 18.
72 Vgl. *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Fn 21.
73 *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 18; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 12.
74 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 7.
75 BVerfG, Beschluss vom 22.04.1958 – 2 BvL 32/56, 2 BvL 34/56, 2 BvL 35/56, juris Rn. 63, BVerfGE 7, 342; GmS-OGB, Beschluss vom 10.04.1986 – GmS-OGB 1/85, juris Rn. 11, BVerwGE 74, 368; *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 220; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1 Rn. 95.

eine Typisierung der Handlungsformen zugrunde: Im öffentlichen Recht gibt es staatliche Regelungen mit einseitiger Verbindlichkeit, im privaten Recht gibt es vertragliches Handeln.[76]

Die Schwäche dieser Theorie besteht zum einen darin, dass die Frage, was unter Hoheitsträger zu verstehen ist, offen bleibt; da es aber auch im Privatrecht Über- und Unterordnungsverhältnisse geben kann (angeführt werden die Hausrechtsmaßnahmen im Sachenrecht, die elterliche Gewalt im Familienrecht sowie das Direktionsrecht des Arbeitgebers im Arbeitsrecht[77]), ist die Antwort hierauf nicht unerheblich.[78] Im Hinblick auf das Vorhandensein von Über- und Unterordnungsverhältnissen im privaten Recht kann zumindest bei jenen, die vertraglich vereinbart wurden, entgegengehalten werden, dass gerade eine solche Vereinbarung aufgrund der Gleichstellung der Parteien getroffen werden konnte; bei den Subordinationsverhältnissen, die nicht auf ein Rechtsgeschäft zurückzuführen sind, vermag diese Argumentation die Kritik indes nicht zu entkräften.[79] Des Weiteren kann auch der Staat dem Bürger auf der privatrechtlichen Ebene der Gleichordnung begegnen, was zum Beispiel beim Abschluss von Verträgen der Fall ist.[80] An dieser Stelle wird auf ein logisches Defizit der Theorie hingewiesen:[81] Wegen dieser Möglichkeit des Staates, dem Bürger auf gleicher Ebene zu begegnen, beruhe die Über-/Unterordnung gerade auf der Anwendung des öffentlichen Rechts, was aber zu einem Zirkelschluss führe; brächte man das Subordinationsverhältnis durch die Geltung des öffentlichen Rechts hervor, könne nicht umgekehrt die Qualifizierung als öffentlich-rechtlich auf dem Bestehen eines Subordinationsverhältnisses beruhen.[82] *Ipsen* sieht eine solche Zirkularität nicht: Ein Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Bürger entstehe gerade nicht aufgrund einzelner Normen, sondern sei *a priori* in einem verfassungsrechtlichen Subordinationsverhältnis begründet, sodass das Subordinationsverhältnis des Bürgers zum Staat „durch öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht *begründet*, sondern *ausgestaltet*" werde, und unter einer solchen Prämisse seien eben diejenigen Rechtssätze, „die im Rahmen des ‚allgemeinen Gewaltverhältnisses' dem Bürger konkrete Verhaltenspflichten im

76 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 7.
77 *Ipsen/Koch*, JuS 1992, S. 809 (811).
78 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 220.
79 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 23; vgl. auch: *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 18.
80 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 7.
81 Vgl. auch *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 101.
82 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 7.

Verhältnis zum Staat auferlegen", als öffentlich-rechtlich zu begreifen.[83] Unter diesem Aspekt käme man zu dem Ergebnis, dass ein Zirkelschluss nicht vorläge; allerdings ist in einem modernen Verständnis nicht davon auszugehen, dass das Verhältnis von Staat und Bürger ein vorrechtliches Subordinationsverhältnis darstellt.[84] Des Weiteren kann der Subordinationstheorie entgegengehalten werden, dass eine vollständige und lückenlose Zuordnung jeglichen Verwaltungshandelns nicht gewährleistet wird: Sie versagt bei dem sogenannten faktischen Verwaltungshandeln, bei dem keine Willensbildung in Rede steht,[85] bei Realakten der Verwaltung sowie bestimmten Anspruchsberechtigungen der Verwaltung;[86] zudem lässt sich der Bereich des öffentlichen Vertragsrechts nicht vollständig mit der Subordinationstheorie in Einklang bringen[87]. Sogar im Kernbereich des Verwaltungsrechts ist ein Subordinationsverhältnis nicht immer gegeben; bei öffentlich-rechtlichen Verträgen im Sinne der §§ 54 ff. VwVfG[88] kann nicht von einem Subordinationsverhältnis ausgegangen werden.[89]

c) Subjektstheorie

Die *Subjektstheorie* unterscheidet nach dem Zuordnungssubjekt der die Rechtsordnung bildenden Rechtssubjekte. Berechtigt oder verpflichtet eine Norm jedermann, so ist sie dem Privatrecht zuzuordnen.[90] Wendet sich die Norm hingegen an den Staat, so gehört sie dem öffentlichen Recht an.[91] Zutreffend geht die Subjektstheorie im Ansatz davon aus, dass es qualitative Unterschiede in den Rechtsbeziehungen zwischen dem Staat und Privaten und Privaten untereinander gibt und das öffentliche Recht somit als Sonderrecht bzw. „Amtsrecht" des Staates begriffen werden kann.[92]

---

83 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 22.
84 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 22.
85 *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn. 42.
86 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 220.
87 *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 27.
88 Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 25 des Gesetzes vom 21. Juni 2019 (BGBl. I S. 846).
89 *Reimer*, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 40 Rn. 45.3.
90 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 222.
91 *Ehlers*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 19; *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 222.
92 *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn. 44.

Hinsichtlich der genauen Ausgestaltung der Subjektstheorie besteht Uneinigkeit, es werden zwei verschiedene Ausprägungen vertreten: die formale Subjektstheorie und die modifizierte Subjektstheorie.

aa) Formale Subjektstheorie

Die (ältere) *formale Subjektstheorie* stellt auf die beteiligten Rechtssubjekte ab.[93] Hat eine öffentlich-rechtlich verfasste juristische Person gehandelt, so soll das Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich einzustufen sein. Die formale Subjektstheorie geht auf die von *H.J. Wolff* entwickelte Formel zurück, nach der das öffentliche Recht der „Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt *ausschließlich* ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist"[94]. Dieser Ansatz lässt jedoch zum einen die Frage offen, welche Rechtsgebilde des Trägers der öffentlichen Gewalt erfasst werden. Würde man nur diejenigen Subjekte darunter fassen, welche durch Rechtssatz oder durch Staatsakt errichtet werden[95], so sei dem entgegen gehalten, dass auch Subjekte des privaten Rechts durch Staatsakt oder Rechtsakt errichtet werden können (so erhält beispielsweise ein wirtschaftlicher Verein gemäß § 22 BGB seine Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung).[96] Fasst man unter das Zuordnungssubjekt hingegen neben dem Staat auch seine Untergliederungen[97] und versteht unter Untergliederungen nur solche des öffentlichen Rechts, so ergibt sich das Problem, dass der zu definierende Begriff in der Definition vorausgesetzt wird; bezöge man hingegen auch private Gebilde als Untergliederung ein, wären eben jene Normen, die das Handeln der Privatrechtsträger regeln, dem öffentlichen Recht zuzuordnen.[98] Untauglich ist dieser Ansatz auch bei der Zuordnung von fiskalischen Hilfsgeschäften, deren Zulässigkeit anerkannt ist und bei denen für Streitigkeiten die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Auf der anderen Seite gibt es private Beliehene, die mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet sind und deren Handeln von den Verwaltungsgerichten zu überprüfen ist.[99] Die (alleinige) Anknüpfung an das

93 *W.-R. Schenke/Ruthig*, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rn. 11.
94 *Wolff*, Verwaltungsrecht I (1956), S. 70.
95 *Stober*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 22 Rn. 28.
96 *Bachof/Heigl*, Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, S. 10.
97 *Erichsen*, Jura 1982, 537 (540).
98 *Ehlers/Schneider,* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 224.
99 *Reimer*, in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, § 40 Rn. 45.2.

Zuordnungssubjekt eines Rechtssatzes lässt somit kein endgültiges Urteil über den Charakter des Rechtssatzes zu.[100]

bb) Modifizierte Subjektstheorie

Die *modifizierte Subjektstheorie* (auch *Sonderrechtstheorie* oder *Zuordnungstheorie* genannt)[101] versucht, der eben aufgezeigten Kritik an einem rein formalen Abstellen auf das Zuordnungssubjekt Rechnung zu tragen, indem sie dem öffentlichen Recht diejenigen Rechtssätze zuweist, nach welchen ausschließlich ein Träger der öffentlichen Gewalt berechtigt oder verpflichtet wird.[102] Die für jedermann geltenden Rechtssätze ordnet sie dem Privatrecht zu.[103]

Träger der öffentlichen Gewalt sind hiernach neben dem Staat auch alle Organisationen, hinter denen unmittelbar oder mittelbar allein der Staat steht, sodass auch Privatrechtssubjekte des Staates (zum Beispiel Eigengesellschaften) als Träger der Staatsgewalt verstanden werden.[104]

An der modifizierten Subjektstheorie wird einerseits kritisiert, dass sie bei der Erfüllung einer typischen Aufgabe der Leistungsverwaltung ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage nicht unmittelbar anwendbar sei.[105] Zudem gehe der Gewinn der Sonderrechtstheorie weitgehend verloren, indem das materielle Kriterium einer Berechtigung oder Verpflichtung des Hoheitsträgers herangezogen werde.[106]

d) Stellungnahme

Jeder Ansicht sind, wie aufgezeigt, mehr oder weniger gewichtige Argumente entgegenzubringen, sodass lediglich festgehalten werden kann, dass es Theorien gibt, die vorzugswürdiger als andere sind. Keine der

---

100 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 225.
101 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 13, vgl. auch *Lange*, NVwZ 1983, 313 (313 ff.).
102 *Rennert*, in: Eyermann, VwGO, § 40 Rn. 44; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 8.
103 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 8.
104 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 227.
105 *Krüger*, JuS 2013, 598 (602); vgl. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, Rn. 104 ff.
106 *Krüger*, JuS 2013, 598 (600), mit Verweis auf: *Rennert*, in: Eyermann, VwGO (2010), § 40 Rn. 44.

beschriebenen Theorien konnte sich bislang durchsetzen.[107] Im Ergebnis spricht jedoch nichts gegen eine kumulative Heranziehung der Ansätze auf den Einzelfall.[108] Die modifizierte Subjektstheorie wird zunehmend vertreten, aber auch die Interessentheorie wird – trotz ihres Alters und ihrer Schwächen – noch immer zumindest subsidiär herangezogen. Die Subordinationstheorie wird ebenfalls nach wie vor vertreten. Für eine Anwendung aller Theorien auf den Einzelfall spricht, dass jede Theorie einen „zutreffenden Kern" enthält: Das öffentliche Interesse, das Innehaben von Hoheitsgewalt, aber auch der Bezug zum Staat sprechen jeweils für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht.[109] Die Tatsache, dass keine der angeführten Theorien allein eine Abgrenzung vorzunehmen vermag, führte zu der Bildung weiterer Theorien, wie beispielsweise der *Wichtigkeitstheorie*[110] (hiernach werden die wichtigen, das gesamte Sozialleben betreffenden Regelungen dem öffentlichen und weniger wichtige Detailregelungen dem privaten Recht zugeordnet), der *Traditionstheorie*[111] (hiernach wird auf die bisher übliche Zuordnung abgestellt, sofern nicht erhebliche Gründe für einen Wandel sprechen), der *Hoheitstheorie* (hiernach ist das Handeln der Hoheitsträger grundsätzlich nach dem öffentlichen Recht zu beurteilen)[112], der *Kompetenztheorie* (hiernach ist auf die Kompetenz zum staatlichen Handeln abzustellen)[113] und der *Sachwaltertheorie* (hiernach ist als öffentliches Recht dasjenige zu qualifizieren, in denen einer der beteiligten Rechtssubjekte als Sachwalter des Gemeinwohls auftritt; der Sachwalter muss seine Position aufgrund eines weiteren, hierzu legitimierenden Rechtsverhältnisses innehaben)[114]. Allerdings verhalfen auch diese Theorien und Ansätze zu keinem klaren Ergebnis: Die Traditionstheorie nicht, da die Einordnung schon immer unklar war[115], und die Wichtigkeitstheorie nicht, da auch das Attribut der Wichtigkeit nicht zweifelsfrei definiert und als Maßstab angelegt werden kann. Die Hoheitstheorie ver-

---

107 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 14.
108 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 14; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 67 Rn. 9.
109 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 14.
110 „Wichtiges ist öffentlich-rechtlich", *Püttner*, in: Geis/Lorenz, FS Maurer, 713 (717).
111 „Im Zweifel gilt, was schon bisher galt", *Püttner*, in: Geis/Lorenz, FS Maurer, 713 (717).
112 *Zuleeg*, VerwArch 1982, 384 (393 ff).
113 *Gern*, ZRP 1985, 56 (60 f.).
114 *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 3; *Haack*, in: Gärditz, VwGO, § 40 Rn. 41.
115 *Püttner*, in: Geis/Lorenz, FS Maurer, 713 (717).

mag nicht zu klären, wann ein sachlicher Grund für die Inanspruchnahme des Privatrechts besteht,[116] die Sachwaltertheorie als besondere Variante der Interessentheorie teilt zugleich auch dessen Schwächen.[117]

So bleibt im Zweifel nur der „Weg der Dezision auf der bekannten Grundlage der ‚Würdigung aller Umstände'"[118].

2. Zuordnung im Hinblick auf die Handlungsform Vertrag

Die Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht allein lässt noch keine Qualifizierung des Vertrages als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu. Das Handeln der Verwaltung kann teilweise entweder an den Bestimmungen des öffentlichen oder auch an denen des privaten Rechts zu messen sein. So kann ein Vertrag (entsprechend der oben genannten Theorien) entweder nach den §§ 54 ff. VwVfG oder aber nach den Vorschriften des Privatrechts geschlossen werden. Die Qualifikation von Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten stellt sich besonders schwierig dar.[119]

Ist eine Behörde als Organ[120] der öffentlichen Verwaltung an einem Vertrag beteiligt, gibt es die Möglichkeit, dass es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag oder aber um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, denn auch privatrechtliches Verwaltungshandeln wird entgegen der Auffassung einiger weniger Literaturstimmen[121] als zulässig erachtet.[122] Die Notwendigkeit der Zuordnung zu einem der beiden Rechtsbereiche besteht schon deshalb, weil sich diese auf die Anwendbarkeit des jeweiligen Normensystems und dessen materiellen Gestaltungsmöglichkeiten, den Gang des Verfahrens und im Falle von Streitigkeiten auf den zu wählenden Rechtsweg auswirkt:[123] Handelt die Verwaltung öffentlich-rechtlich, ist ihr Handeln an den Normen des öffentlichen Rechts zu messen und unter anderem dem VwVfG (des Bundes und der Länder) unterworfen, handelt sie hingegen privatrechtlich, wird grundsätzlich das Privatrecht angewendet. Im Falle von Rechtsstreitigkeiten gehören die bürgerli-

116 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 254.
117 *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 219.
118 *Püttner*, in: Geis/Lorenz, FS Maurer, 713 (718).
119 *Püttner*, in: Geis/Lorenz, FS Maurer, 713 (718).
120 Vgl. *Hummel*, DVBl 2019, 211 (211).
121 Vgl. *Burmeister*, in: VVDStRL 52 (1993), 190 (213 ff).
122 Vgl. *Gurlit*, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 30 Rn. 1.
123 Vgl. *Schliesky*, in: Knack/Henneke, VwVfG, Vorbem. zu § 54 Rn. 38.