

Teil I                    **Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, elektronische Kommunikation, Amtshilfe, europäische Verwaltungszusammenarbeit**

Abschnitt 1           **Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, elektronische Kommunikation**

§ 1      **Anwendungsbereich**

**(1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden**

- 1. des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,**
- 2. der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Bundesrecht im Auftrag des Bundes ausführen, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.**

**(2) <sup>1</sup>Dieses Gesetz gilt auch für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der in Absatz 1 Nr. 2 bezeichneten Behörden, wenn die Länder Bundesrecht, das Gegenstände der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft, als eigene Angelegenheit ausführen, soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten. <sup>2</sup>Für die Ausführung von Bundesgesetzen, die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassen werden, gilt dies nur, soweit die Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates dieses Gesetz für anwendbar erklären.**

**(3) Für die Ausführung von Bundesrecht durch die Länder gilt dieses Gesetz nicht, soweit die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden landesrechtlich durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz geregelt ist.**

**(4) Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.**

Übersicht	Rn.
I. Bedeutung der Vorschrift .....	1, 2
II. Systematik der Anwendbarkeit des VwVfG .....	3–20
1. Geltung im Bereich der Bundesverwaltung (Abs. 1 Nr. 1) .....	3–7
a) Unmittelbare Bundesverwaltung .....	4, 5
b) Mittelbare Bundesverwaltung .....	6, 7
2. Geltung im Bereich der Landesverwaltung (Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1) .....	8–12
3. Die Subsidiarität gegenüber den LVwVfGen (Abs. 3) .....	13–16
a) Die VwVfGe der Länder .....	14
b) Reichweite der Subsidiarität .....	15, 16
4. Vorrang speziellen Bundesrechts .....	17–20
III. Öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit .....	21–31
1. Zuordnung zum öffentlichen Recht .....	22–26
a) Abgrenzungstheorien .....	23, 24
b) Zuordnung im Einzelfall .....	25, 26
2. Geltung für privatrechtliche Tätigkeit .....	27, 28
3. Verwaltungstätigkeit .....	29–31
IV. Der Behördenbegriff .....	32–37
1. Organisatorische Selbstständigkeit .....	33
2. Aufgaben der öffentlichen Verwaltung .....	34
3. Privatrechtssubjekte .....	35–37

## I. Bedeutung der Vorschrift

- 1 In § 1 als Eingangsbestimmung wird zunächst in Abs. 1–3 der grundsätzliche **sachliche Anwendungsbereich des VwVfG** definiert und in Abs. 4 der maßgebende Behördenbegriff erläutert. Der im Ansatz weitreichende Geltungsanspruch des Gesetzes mit der Erfassung der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit (→ Rn. 21 ff.) der Behörden auf Bundes- wie auf Landesebene wird jedoch in vielfältiger Weise relativiert. So gehen dem VwVfG des Bundes gem. Abs. 1 a. E. und Abs. 2 S. 1 inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen auf Bundesebene aus Spezialitätsgründen vor (→ Rn. 17 ff.). Darüber hinaus werden in § 2 bestimmte Bereiche vom Anwendungsbereich der Vorschrift zumindest teilweise wieder ausgenommen. Die grundsätzliche Erstreckung auf die Landesverwaltung wird zudem durch die Subsidiaritätsklausel gegenüber den LVwVfGen der Länder in Abs. 3 in ihrer Wirkung erheblich eingeschränkt (→ Rn. 13 ff.). Andererseits haben sich die Länder beim Erlass ihrer LVwVfGe weitgehend am VwVfG des Bundes orientiert oder gar auf dieses Bezug genommen, so dass im Ergebnis auf Bundes- und Landesebene oftmals gleiche oder zumindest sehr ähnliche Anforderungen gelten (→ Rn. 13 f.).<sup>1</sup> Schließlich sind einzelne Vorschriften des VwVfG zumindest in ihrer unmittelbaren Anwendung bestimmten Verfahrensarten zugeordnet, wie etwa die §§ 9 ff. dem auf Erlass eines VA oder dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichteten Verwaltungsverfahren nach § 9 (→ § 9 Rn. 5 ff.).
- 2 Die Vorschrift knüpft an die **Verteilung der Verwaltungskompetenzen** zwischen dem Bund und den Ländern nach Art. 83 ff. GG an. Danach ist zu unterscheiden zwischen der Ausführung von (Bundes-)Recht durch den Bund, durch die Länder im Bundesauftrag sowie durch die Länder als eigene Angelegenheit, während die Kompetenz zur Ausführung von Landesgesetzen gem. Art. 30 GG ohnehin bei den Ländern liegt.<sup>2</sup> Nach seinem Grundverständnis erfasst § 1 die Bundesverwaltung und die Landesverwaltung einschließlich der jeweils zugeordneten sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung.<sup>3</sup> Während die Bestimmung des Behördenbegriffs nach funktionellen Gesichtspunkten erfolgt (→ Rn. 32 ff.), richtet sich die Zugehörigkeit zur Bundes- oder Landesverwaltung grds. nach organisatorischen Kriterien.<sup>4</sup> Die Zuordnung der sog. Beliehenen (→ Rn. 35) erfolgt danach, wessen Hoheitsgewalt sie ausüben.<sup>5</sup>

## II. Systematik der Anwendbarkeit des VwVfG

1. **Geltung im Bereich der Bundesverwaltung (Abs. 1 Nr. 1)**
- 3 Das VwVfG gilt nach Abs. 1 Nr. 1 zunächst für die Behörden des Bundes sowie der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Der Anwendungsbereich des VwVfG erstreckt sich somit sowohl auf die **unmittelbare** als auch auf die **mittelbare Verwaltung des Bundes**. Bei der organisatorischen Ausgestaltung seiner Verwaltungseinrichtungen steht dem Bund grds. ein Gestaltungsspielraum zu; dieser findet jedoch seine Grenzen in den Vorschriften der Art. 83 ff. GG. Ist im GG eine obligatorische mittelbare Bundesverwaltung vorgesehen, so steht dies der Schaffung einer unmittelbaren Bundesverwaltung entgegen.<sup>6</sup>

1 Kopp/Ramsauer § 1 Rn. 1.

2 Hierzu Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 18 Rn. 1 ff.

3 Zum Begriff der Träger öffentlicher Verwaltung und zur Abgrenzung vom Behördenbegriff Siegel, Die Verfahrensbeteiligung von Behörden und anderen Trägern öffentlicher Belange, 2001, S. 18 ff. und 43 f.

4 Kopp/Ramsauer § 1 Rn. 21b.

5 OVG Münster NVwZ 1990, 678, 679.

6 Hierzu BVerfGE 63, 1, 36.

a) **Unmittelbare Bundesverwaltung.** Zur bundesunmittelbaren Verwaltung und damit zu den **Bundesbehörden i. e. S.** gehören alle dem Bund direkt, also ohne Zwischenschaltung eines weiteren Rechtsträgers, zugeordneten Behörden.<sup>7</sup> Hierzu zählen zunächst die mit Verfassungsrang versehenen **obersten Bundesbehörden**, insbes. die Bundesministerien. Hinzu kommen die den obersten Bundesbehörden zugeordneten, mit Zuständigkeiten für das gesamte Bundesgebiet versehenen **Bundesoberbehörden**, so etwa das dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zugeordnete Umweltbundesamt. Den Bundesoberbehörden nach Art. 87 I 2 GG gleichgestellt sind **Zentralstellen**, deren spezifische Aufgabe in der Koordination der betreffenden Sachmaterie mit den zuständigen Stellen der Länder liegt, wie etwa das Bundeskriminalamt.

Soweit im Bereich des Bundes ein **Verwaltungsunterbau** auf der mittleren und unteren Ebene besteht, wie etwa im Bereich der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung, ist auch dieser Bestandteil der bundesunmittelbaren Verwaltung. Bisweilen weisen Behörden **bifunktionalen Charakter** auf, sind also sowohl als Bundes- als auch als Landesbehörden tätig. Dies gilt etwa für die Oberfinanzdirektionen. Hier richtet sich die Zuordnung nach der funktionellen Rolle im Einzelfall, also danach, ob Aufgaben des Bundes bzw. der Länder wahrgenommen werden.<sup>8</sup>

b) **Mittelbare Bundesverwaltung.** Zur mittelbaren Bundesverwaltung (Bundesbehörden i. w. S.) gehören neben den vom Bund Beliehenen (→ Rn. 35)<sup>9</sup> die Behörden der bundesunmittelbaren **Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts**. Diese juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind gegenüber dem Bund rechtlich verselbstständigt, werden kraft Bundesrechts errichtet und unterliegen der Aufsicht des Bundes.<sup>10</sup> Gemeinsames Merkmal der juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach Abs. 1 Nr. 1 ist zudem das Erfordernis der **Errichtung durch oder aufgrund eines Gesetzes**. Nicht darunter fallen deshalb durch Staatsvertrag oder Verwaltungsabkommen geschaffene Einrichtungen, wie etwa die Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen.<sup>11</sup>

Zu den bundesunmittelbaren **Körperschaften** des öffentlichen Rechts mit der für sie typischen mitgliedschaftlichen Verfassung zählt etwa – trotz der abweichenden Bezeichnung – die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte.<sup>12</sup> Die Bundesagentur für Arbeit ist – trotz der Bezeichnung als Körperschaft in § 367 I SGB III – als rechtsfähige **Anstalt** des öffentlichen Rechts einzustufen, da sie keinen mitgliedschaftlichen, sondern einen nutzerbezogenen Charakter aufweist.<sup>13</sup> Spezifisches Merkmal einer **Stiftung** des öffentlichen Rechts ist die Verwaltung des übertragene Vermögens zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Zwecke.

## 2. Geltung im Bereich der Landesverwaltung (Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1)

Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 S. 1 statuieren einen grundsätzlichen Geltungsanspruch des VwVfG des Bundes für die Verwaltungstätigkeit auch der Landesbehörden. Durch den **Vorrang der LVwVfGe** nach Abs. 3 wird dieser Anspruch jedoch weitgehend relativiert (→ Rn. 13 ff.). Entsprechend der Terminologie auf Bundesebene erfasst der Begriff der Landesbehörden zunächst die **Landesbehörden i. e. S.**, also die den Bundesländern als Verwaltungsträgern direkt eingegliederten Behörden der unmittelbaren Landesverwaltung.

<sup>7</sup> Hierzu und zum Folgenden *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers § 8 Rn. 3 ff.

<sup>8</sup> *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 65 m. w. N.

<sup>9</sup> *Schliesky*, in: Knack/Henneke § 1 Rn. 31.

<sup>10</sup> BVerfGE 11, 105, 108 (zur Körperschaft).

<sup>11</sup> *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 24.

<sup>12</sup> *Hoffmann*, in: Obermayer § 1 Rn. 19.

<sup>13</sup> Zum Streitstand *Niesel*, in: ders., Sozialgesetzbuch, Arbeitsförderung – SGB III, 4. Aufl. 2007, § 367 Rn. 2 m. w. N.

- 9 Ihnen gleichgestellt werden Behörden der **mittelbaren Landesverwaltung** als Landesbehörden i. w. S., also die Behörden der juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf Landesebene unter Einbeziehung der Behörden der **Gemeinden** und der **Gemeindeverbände**. Letztere werden unabhängig von ihrer Selbstverwaltungsgarantie organisatorisch den Ländern zugerechnet.<sup>14</sup> Der Begriff der Gemeindeverbände erstreckt sich neben den echten Gemeindeverbänden, deren Mitglieder die verbandsangehörigen Gemeinden sind, auf unechte Gemeindeverbände, deren Mitglieder nicht die verbandsangehörigen Gemeinden selbst, sondern deren Einwohner sind.<sup>15</sup> Zu den Landesbehörden i. w. S. gehören auch die Behörden der Landkreise. Nicht rechtsfähige Organisationseinheiten der Gemeinden und der Gemeindeverbände, wie etwa nicht rechtsfähige Anstalten, sind dabei als deren Bestandteil anzusehen.<sup>16</sup>
- 10 Weiter erforderlich ist, dass die betreffende juristische Person des öffentlichen Rechts unter der **Aufsicht des Landes** steht. Unter Aufsicht versteht man die Beobachtung, Begleitung und Beeinflussung des Beaufsichtigten durch generelle oder im Einzelfall wirkende Maßnahmen des Aufsichtführenden. Während sich die Rechtsaufsicht nur auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns der beaufsichtigten Einheit beschränkt, bezieht die Fachaufsicht zusätzlich auch die Überprüfung der Zweckmäßigkeit von deren Entscheidungen mit ein. Zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 1 I Nr. 2 genügt das Bestehen eines rechtsaufsichtlichen Verhältnisses.<sup>17</sup> Ausreichend ist auch, dass die Aufsicht – wie bei den von mehreren Ländern getragenen Rundfunkanstalten – von mehreren Ländern gemeinsam oder im Wechsel ausgeübt wird.<sup>18</sup>
- 11 Zu den sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** gehören – ebenso wie auf Bundesebene – rechtsfähige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Beispiele für (sonstige) Körperschaften des öffentlichen Rechts auf Landesebene bilden etwa die Industrie- und Handelskammern nach § 3 I IHK-G oder die Handwerkskammern nach § 90 I HandWO. Maßgebliches Abgrenzungskriterium für die Zuordnung einer juristischen Person zu den Ländern ist nicht die Errichtung aufgrund Landesrechts, sondern die Aufsichtsführung durch das Land.<sup>19</sup>
- 12 Hinsichtlich der unterschiedlichen Vollzugsarten erfasst Abs. 1 Nr. 2 zunächst die im GG vorgesehenen Fälle der **Bundesauftragsverwaltung**, die unabhängig von den fachaufsichtlichen Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes als Landesverwaltung einzustufen ist.<sup>20</sup> Abs. 2 S. 1 erweitert den Anwendungsbereich des VwVfG des Bundes auf die **landeseigene Ausführung von Bundesgesetzen** als praktisch bedeutsamsten Fall des Vollzuges von Bundesgesetzen. Insofern ist das VwVfG des Bundes jedoch nach dem Gesetzeswortlaut lediglich im Hinblick auf Gegenstände der ausschließlichen und konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes anwendbar. Nicht erfasst werden somit die Materien der Rahmen- sowie der Grundsatzgesetzgebung des Bundes, zumal der Bund in diesen Fällen von vornherein auf die Regelung eines Rahmens bzw. der Grundsätze beschränkt ist.<sup>21</sup> Außerhalb des Anwendungsbereichs des VwVfG liegt der Vollzug von Landesrecht, da die Zuständigkeit insoweit nach Art. 30 GG alleine bei den Ländern liegt.<sup>22</sup>

14 BVerfGE 83, 363, 375; 86, 148, 215; BVerwG DÖV 1996, 210; NVwZ 1996, 595, 596.

15 Hierzu *Schmidt-Aßmann*, in: ders., Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, 1. Kap. Rn. 136 und 150.

16 *Schliesky*, in: Knack/Henneke § 1 Rn. 45.

17 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2010, 215.

18 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2010, 215 für den NDR.

19 *Schliesky*, in: Knack/Henneke § 1 Rn. 44.

20 BVerfGE 81, 310, 331.

21 *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 28.

22 *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 73.

### 3. Die Subsidiarität gegenüber den LVwVfGen (Abs. 3)

Das VwVfG des Bundes gilt nach Abs. 3 bei der Ausführung von Bundesrecht nicht, soweit die Verwaltungstätigkeit der Behörden durch das LVwVfG eines Bundeslandes geregelt ist. Da alle Bundesländer entsprechende Gesetze erlassen haben, kommt im Ergebnis dem theoretischen Geltungsanspruch des VwVfG des Bundes für die Tätigkeit der Landesbehörden im Ergebnis eine allenfalls geringe praktische Bedeutung zu.<sup>23</sup> Diese **Nachrangigkeit des VwVfG des Bundes** gegenüber den LVwVfGen erfasst auch solche Bereiche, in denen dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zusteht. Dies begegnet auch vor dem Hintergrund des Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht“) keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, da die Regelung in Abs. 3 eine ausdrückliche Ermächtigung der Länder darstellt.<sup>24</sup>

**a) Die VwVfGe der Länder.** Die VwVfGe der Länder weisen überwiegend den Charakter einer Vollregelung auf. Die VwVfGe in Berlin, Brandenburg, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen und Sachsen-Anhalt enthalten hingegen eine Rückverweisung auf das VwVfG des Bundes und inkorporieren auf diese Weise die in Bezug genommenen Bestimmungen des VwVfG des Bundes in das jeweilige Landesrecht. Die **Verweisung** in Niedersachsen ist statischer Natur und begegnet deshalb von vornherein keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>25</sup> In den anderen fünf genannten Bundesländern wird hingegen auf das VwVfG des Bundes in seiner jeweils gültigen Fassung verwiesen. Auch eine solche dynamische Verweisung steht in Einklang mit dem GG, da klar erkennbar ist, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen und damit dem Gebot der Rechtsklarheit genügt wird.<sup>26</sup>

**b) Reichweite der Subsidiarität.** Der in Abs. 3 statuierte Vorrang der LVwVfGe steht einer parallelen Anwendbarkeit des VwVfG des Bundes und des jeweiligen LVwVfG grds. entgegen. Gleichwohl kann es im Einzelfall zu einer **subsidiären Anwendung von Bestimmungen des VwVfG des Bundes** kommen.<sup>27</sup> Eine solche Ausnahmekonstellation, die im Wortlaut des Abs. 3 angelegt ist („soweit“), erfordert, dass der betreffende Fragenkomplex im jeweiligen Landesgesetz nicht abschließend geregelt ist. Dies ist unter Anwendung der allgemeinen Auslegungsmethoden zu ermitteln. Eine Lücke ist jedoch im Zweifelsfall zu verneinen, insbes. wenn ein Fragenkomplex eine ausführliche Regelung im LVwVfG gefunden hat.<sup>28</sup> Andererseits müssen sich die LVwVfGe nicht auf die im VwVfG des Bundes geregelten Fragen beschränken, sondern können auch darüber hinaus gehende Aspekte vorsehen.<sup>29</sup>

Die Subsidiarität nach Abs. 3 beschränkt sich ausdrücklich auf das **Verhältnis des VwVfG des Bundes zu den LVwVfGen**. Somit gehen einerseits bundesrechtliche Spezialvorschriften zum Verwaltungsverfahren den Regelungen der LVwVfGe nach Art. 31 GG vor.<sup>30</sup> Andererseits besteht die Subsidiarität nach Abs. 3 lediglich gegenüber den Bestimmungen der LVwVfGe, nicht hingegen im Verhältnis zu sonstigen Spezialgesetzen auf Landesebene. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn im betreffenden LVwVfG eine entsprechende Subsidiarität

23 *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 71.

24 *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 42 m. w. N., auch zur Gegenansicht.

25 *Schliesky*, in: Knack/Henneke § 1 Rn. 61. Für eine dynamische Verweisung hingegen *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 43.

26 BVerfGE 26, 338, 366 f.; BVerwG NVwZ 2005, 699, 700; BayVerfGH DVBl. 1989, 621. Ebenso *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 75. A. M. *Riedl*, in: Obermayer, Einleitung Rn. 61 f. Umfassend zu den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen einer dynamischen Verweisung *Debus*, Verweisungen in deutschen Rechtsnormen, 2008, S. 106 ff.

27 BVerwG NVwZ 1987, 488; *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 79.

28 *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 49.

29 *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 79 mit Beispielen.

30 OVG Bremen NordÖR 2011, 88.

gegenüber sonstigen landesrechtlichen Bestimmungen vorgesehen ist. Denn in einem solchen Falle ersetzt die Subsidiarität nach Landesrecht lediglich eine ausdrückliche Regelung im LVwVfG selbst.<sup>31</sup>

#### 4. Vorrang speziellen Bundesrechts

- 17 Nach Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 gehen den Bestimmungen des VwVfG des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Rechtsvorschriften des Bundes vor. Dieser Vorrang bezieht sich auf das **Verhältnis zwischen dem VwVfG des Bundes einerseits und speziellem Bundesrecht** andererseits. Die Vorrangigkeit bundesrechtlicher Sonderregelungen gegenüber den Bestimmungen der LVwVfGe ergibt sich bereits aus Art. 31 GG. Existieren hingegen keine speziellen Rechtsvorschriften des Bundes, so verbleibt es bei der Subsidiarität des VwVfG des Bundes gegenüber den LVwVfGen nach Abs. 3 (→ Rn. 13 ff.). Die LVwVfGe sehen ihrerseits typischerweise eine Subsidiarität gegenüber landesrechtlichen Sonderregelungen vor.<sup>32</sup>
- 18 Der Vorrang erfasst **Rechtsvorschriften auf Bundesebene**. Darunter sind solche Regelungen zu verstehen, die vom Bund selbst oder seinen ihm zugeordneten Behörden und Organen erlassen werden. Keinen Vorrang genießen hingegen die Vorschriften der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, da sie diesen Rechtsträgern, nicht hingegen dem Bund zuzurechnen sind.<sup>33</sup> Da Rechtsvorschriften des Bundes ihrerseits einem Anwendungsvorrang entgegenstehender Vorschriften des **Unionsrechts** unterliegen,<sup>34</sup> gehen auf diesem Wege auch etwaig abweichende Bestimmungen des primären und sekundären Unionsrechts den Regelungen des VwVfG vor.<sup>35</sup>
- 19 Unter Rechtsvorschriften i. S. d. Abs. 1 und des Abs. 2 S. 1 sind **Gesetze im materiellen Sinne** zu verstehen.<sup>36</sup> Zu diesen gehören zunächst Parlamentsgesetze und Rechtsverordnungen auf Bundesebene. Rein begrifflich erfasst wären auch Satzungen; da sie jedoch typischerweise nicht vom Bund selbst, sondern von gegenüber dem Bund verselbstständigten Rechtsträgern im Rahmen ihrer Autonomie erlassen werden, entfalten sie keine Vorrangwirkung gegenüber dem VwVfG. Bereits rein begrifflich um keine Rechtsvorschriften handelt es sich bei gewohnheitsrechtlich anerkannten Maßstäben oder sonstigen ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen auf Bundesebene.<sup>37</sup> Mangels unmittelbarer Außenwirkung ebenfalls nicht als Rechtsvorschriften i. S. d. § 1 einzustufen sind Verwaltungsvorschriften (→ § 40 Rn. 30 ff.). Dies gilt auch für normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften.<sup>38</sup>
- 20 Die **Feststellung des Vorrangs im Einzelfall** bemisst sich nach allgemeinen Auslegungskriterien. Danach ist zu ermitteln, ob ein Gegenstand in einer Sondervorschrift eine abschließende Regelung erfahren hat oder nicht.<sup>39</sup> Nicht erforderlich ist die Statuierung einer ausdrücklichen Vorrangbestimmung. Oftmals wird im Rahmen einer teleologischen Auslegung auf den Sinn und Zweck einer Regelung abzustellen sein.<sup>40</sup> Bedeutsame Sonderregelungen finden sich etwa im Recht der Planfeststellung, wo für viele Bereiche der Fachplanung Spezialrege-

31 Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 76.

32 Kopp/Ramsauer § 1 Rn. 31 f.

33 OVG Münster 2.7.2008 – 19 A 3506/07.

34 Zu Umfang und Grenzen dieses Anwendungsvorrangs BVerfGE 89, 155, 186 ff.

35 Bonk/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 298 ff.

36 Zu diesem Begriff und zur Abgrenzung von formellen Gesetzen *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 63 Rn. 1.

37 BVerfGE 85, 79, 83.

38 Hierzu Bonk/Schmitz, in: Bonk/Stelkens/Sachs § 1 Rn. 214.

39 BVerfGE 81, 282, 284. Beispiel bei OVG Berlin OVGBl. 24, 172, 176 ff. (zur Frage der Anwendbarkeit des § 48 VwVfG bei der Einbürgerung) m. w. N., auch zur Gegenansicht.

40 BVerwG NVwZ 1987, 488; Kopp/Ramsauer § 1 Rn. 34.

lungen gegenüber den §§ 72 ff. VwVfG bestehen (→ § 72 Rn. 22).<sup>41</sup> Ergibt die Auslegung kein eindeutiges Ergebnis, so ist zu berücksichtigen, dass der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung im Zweifelsfall auf die Sicherung eines **möglichst weiten Anwendungsbereichs** des VwVfG abzielt.<sup>42</sup> Die Vorrangwirkung spezieller Bundesvorschriften beschränkt sich auf die im VwVfG abschließend geregelten Fragen; dies erlaubt die ergänzende Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu nicht oder zumindest nicht abschließend im VwVfG geregelten Aspekten, wie etwa zur sachlichen Zuständigkeit (→ § 3 Rn. 4).<sup>43</sup>

### III. Öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit

Das VwVfG gilt auch im Rahmen seines Anwendungsbereichs (→ Rn. 3 ff.) nicht für jegliches Handeln der Behörden, sondern lediglich für ihre öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit. Dies impliziert zweierlei Einschränkungen: Zum einen erstreckt sich der Anwendungsbereich des VwVfG grds. nicht auf privatrechtliche Maßnahmen der Behörden. Zum anderen genügt nicht jegliche Zuordnung zum öffentlichen Recht; vielmehr muss das Handeln als Verwaltungstätigkeit einzustufen sein. Das Merkmal der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit bildet damit die **verwaltungsverfahrenrechtliche Entsprechung** zum verwaltungsprozessualen Begriff der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art.<sup>44</sup> **21**

#### 1. Zuordnung zum öffentlichen Recht

Die Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht bemisst sich nach der **Natur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses**. Hierzu ist die entscheidungssteuernde Rechtsnorm zu ermitteln. Dabei ist zwischen der Rechtsnatur und der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme zu unterscheiden: Maßgebend für die Zuordnung ist nicht, welche Maßnahme eine Behörde nach den normativen Vorgaben hätte treffen dürfen, sondern welche sie tatsächlich getroffen hat.<sup>45</sup> Anschließend ist zu bewerten, ob die entscheidungssteuernde Norm dem privaten oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Hätte die fragliche Handlung zwar in privatrechtlicher Form vorgenommen werden müssen, wurde sie ihrer äußeren Form nach aber als VA erlassen, so liegt ein Handeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts vor. Denn die Inanspruchnahme der Möglichkeit zum Erlass einseitiger hoheitlich-verbindlicher Regelungen besteht nur auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.<sup>46</sup> **22**

**a) Abgrenzungstheorien.** Für die Zuordnung der maßstabsgebenden Norm sind Abgrenzungstheorien entwickelt worden. Die (ältere) **Interessentheorie**<sup>47</sup> stellt auf das durch die entscheidungsrelevante Norm geschützte Interesse ab. Dem Allgemeininteresse dienende Normen gehören danach dem öffentlichen Recht an, dem Individualinteresse dienende dem Privatrecht. Die Interessentheorie sieht sich dem Haupteinwand ausgesetzt, dass sich private und öffentliche Interessen nicht immer scharf voneinander trennen lassen, insbes. bei der Verfolgung öffentlicher Interessen durch die Förderung privater Interessen. Nach der (ebenfalls älteren) **Subordinationstheorie**<sup>48</sup> bildet das Vorliegen eines Über-Untergeordnetungsverhältnisses das Kriterium für eine Zuordnung zum öffentlichen Recht, während bei einer Gleichordnung das Privatrecht einschlägig ist. Aller- **23**

41 Weitere Beispiele bei *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 210.

42 *Schliesky*, in: Knack/Henneke § 1 Rn. 52.

43 *Kopp/Ramsauer* § 1 Rn. 37.

44 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 86.

45 OVG Münster NVwZ-RR 2010, 587, 588.

46 OVG Münster NVwZ-RR 2010, 587, 588.

47 Beispiel bei BVerwGE 5, 325, 327.

48 Beispiel bei BVerwGE 29, 159, 161 f.

dings existieren zum einen auch im öffentlichen Recht Gleichordnungsverhältnisse und umgekehrt im Privatrecht Verhältnisse der Über- und Unterordnung. Zum anderen ist der Ansatz der Subordinationstheorie zirkulär, weil das Subordinationsverhältnis gerade durch die Geltung öffentlichen Rechts hervorgebracht wird, so dass nicht umgekehrt die Qualifizierung als öffentliches Recht auf dem Bestehen eines Subordinationsverhältnisses beruhen kann.

- 24** Die (heute überwiegend vertretene) **Sonderrechtstheorie**,<sup>49</sup> die auch als modifizierte Subjektstheorie bezeichnet wird, definiert als öffentliches Recht die Gesamtheit derjenigen Rechtsnormen, die ausschließlich den Staat oder eine seiner Untergliederungen als solche berechtigen oder verpflichten. Auch die Sonderrechtstheorie sieht sich der Kritik ausgesetzt, letztlich zirkulär zu sein. Träger öffentlicher Gewalt ist derjenige, der zur Ausübung der spezifischen Gewalt durch besondere Rechtssätze berechtigt ist. Die Gesamtheit dieser Rechtssätze bildet das öffentliche Recht. Dann kann aber nicht umgekehrt das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift davon abhängen, dass ein Träger öffentlicher Gewalt berechtigt oder verpflichtet wird.<sup>50</sup>
- 25** **b) Zuordnung im Einzelfall.** Aufgrund der jeweils genannten Bedenken sollten die genannten Theorien als Erklärungsansätze im Einzelfall **kumulativ herangezogen** werden.<sup>51</sup> Bei einer Befugnis zur Entscheidung mit einseitiger Verbindlichkeit führt oftmals bereits die Subordinationstheorie zu einer Zuordnung zum öffentlichen Recht. Ansonsten wird im Sinne der Sonderrechtstheorie darauf abzustellen sein, ob der Inhalt der Berechtigung oder Verpflichtung dem Staat und seinen Untergliederungen vorbehalten ist oder ob ihre Wahrnehmung jedem Bürger möglich wäre.<sup>52</sup> In den verbleibenden Konstellationen ist – im Sinne der Interessentheorie – zu eruieren, ob eine dem Gemeinwohl dienende Aufgabe erfüllt wird.
- 26** **Zuordnungsprobleme** bereiten diejenigen Konstellationen, in denen eine entscheidungssteuernde Rechtsnorm fehlt, in denen sowohl das öffentliche Recht als auch das Privatrecht eine solche Norm bereithält sowie bei einer Überlagerung von öffentlich-rechtlichen Elementen mit denjenigen des Privatrechts.<sup>53</sup> So stellt die überwiegende Rspr. bei der Erteilung eines Hausverbots darauf ab, innerhalb welcher Rechtsbeziehungen das Verbot erfolgt.<sup>54</sup> Bei der Abwehr von Immissionen oder Störungen ist auf den Sachzusammenhang abzustellen: Erfolgt die Störung bei der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks oder in unmittelbarem Zusammenhang mit einer hoheitlichen Aufgabe, so ist der Sachverhalt dem öffentlichen Recht zuzuordnen.<sup>55</sup> Auch bei Streitigkeiten um die Gewährung oder Unterlassung von Informationen sowie um die Unterlassung oder den Widerruf ehrverletzender Äußerungen durch einen Hoheitsträger bildet der jeweilige Sachzusammenhang das entscheidende Kriterium.<sup>56</sup> Die Zuordnung eines Vertrages zum öffentlichen oder privaten Recht bemisst sich nach dem Ge-

49 Beispiel bei BVerwGE 82, 278, 281. Eingehend Wolff AöR 1950/51, 205, 208 ff.

50 Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 67 Rn. 8.

51 Beispiele bei GSOGB, BGHZ 108, 284, 286 f.; BGHZ 121, 126, 128; BVerwG NVwZ 2007, 820 (Kombination von Subordinations- und Sonderrechtstheorie); zusammenfassend Sodan, in: Sodan/Ziekow § 40 Rn. 306 ff.

52 So z. B. das Vorgehen von BVerwG NVwZ-RR 2010, 682.

53 Zur sog. – insbes. im Bereich der Subventionsvergabe und bei der Nutzung öffentlicher Einrichtungen relevanten – Zweistufentheorie Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 67 Rn. 17 ff. m. w. N.

54 BVerwGE 35, 103, 106; BVerwG NVwZ 1987, 677. Die Literatur stellt hingegen überwiegend auf den mit dem Hausverbot verfolgten Zweck ab, Nachweise bei Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 67 Rn. 11; ebenso etwa VG Neustadt/Weinstr. 23.2.2010 – 4 L 103/10.NW.

55 BVerwG DVBl. 1974, 239, 240; BVerwGE 81, 197, 199; 88, 143, 144.

56 BVerwG BayVbl. 1986, 699, 700 (Erlangung von Informationen); BVerwGE 58, 167, 169; 59, 319, 325; 75, 354, 356 (Widerruf und Unterlassung ehrverletzender Äußerungen).



genstand des Vertrages, in Zweifelsfällen ist auf den Schwerpunkt der vertraglichen Regelungen abzustellen (→ § 54 Rn. 20 ff.).<sup>57</sup>

## 2. Geltung für privatrechtliche Tätigkeit

Die Beschränkung auf die öffentlich-rechtliche Tätigkeit impliziert, dass das VwVfG beim Handeln einer Behörde in den Formen des Privatrechts grds. **keine Geltung** entfaltet. Dies gilt nicht nur in den Fällen der erwerbswirtschaftlichen Betätigung und der bedarfsdeckenden Hilfsgeschäfte der öffentlichen Hand, sondern auch dann, wenn sie sich – ggf. nach einer vorausgegangenen Privatisierung – im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts für die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe in den Formen des Privatrechts entscheidet. Denn die Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe genügt alleine nicht, um eine entsprechende Maßnahme als öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit einzustufen.<sup>58</sup> Hiervon unberührt bleibt jedoch die Frage einer Grundrechtsbindung in den besagten Bereichen.<sup>59</sup> Darüber hinaus ist in den Fällen, in denen sich Behörden durch die Wahl von Handlungsformen des Privatrechts nicht der Bindung an bestimmte Grundsätze des öffentlichen Rechts entziehen können (sog. **Verwaltungsprivatrecht**) ein Rückgriff auf einzelne Vorschriften des VwVfG möglich, wenn diese verallgemeinerbare Wertungen enthalten.<sup>60</sup>

Grds. dem Privatrecht zuzuordnen ist auch die **Vergabe öffentlicher Aufträge**.<sup>61</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der europäischen Vergaberichtlinien für die sog. wettbewerbsrechtliche Lösung entschieden und die grundlegenden Bestimmungen des Vergaberechts in den §§ 97 ff. GWB geregelt. Zwar ergeht die Entscheidung der Vergabekammern im sog. Nachprüfungsverfahren gem. § 114 III 1 GWB durch VA, so dass das Nachprüfungsverfahren als Verwaltungsverfahren i. S. d. § 9 einzustufen ist.<sup>62</sup> Die grundsätzliche Verortung im GWB als originär zivilrechtlicher Materie steht jedoch im Übrigen der Zuordnung des Vergaberechts zum öffentlichen Recht entgegen. Folglich sind die Bestimmungen des VwVfG weder unmittelbar noch analog anwendbar. Die Sonderstellung des Vergabeverfahrens als „privatrechtlich verfasstes Verwaltungsverfahren“<sup>63</sup> und damit als Verwaltungsverfahren im weitesten, formellen Sinn rechtfertigt jedoch eine Anwendung derjenigen Bestimmungen des VwVfG, die Ausdruck eines allgemeinen, rechtsstaatlich fundierten Rechtsgedankens sind. Dies gilt etwa für das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Neutralitätsgebot.<sup>64</sup>

## 3. Verwaltungstätigkeit

Das VwVfG erfasst nicht jegliches öffentlich-rechtliche Handeln der Behörden, sondern lediglich dasjenige, das als Verwaltungstätigkeit einzustufen ist. Der Begriff der Tätigkeit impliziert zunächst den grundsätzlichen Ausschluss der Organisation der Verwaltung, wobei andererseits einzelne Organisationsakte als Verwaltungstätigkeit eingestuft werden können.<sup>65</sup> Vor allem aber unterliegen durch die Beschränkung auf die Verwaltungstätigkeit – oftmals in Zusammenschau mit den Regelungen des § 2 – weite Bereiche des öffentlichen Rechts nicht den Vorschriften des VwVfG. Zu den nicht erfassten Bereichen zählen zunächst

57 BVerwGE 42, 331, 333 f.; BGH DVBl. 1992, 615, 616; NVwZ 2003, 371, 372; zusammenfassend Ziekow/Siegel VerwArch 2003, 593, 597 ff.

58 BGHZ 155, 166, 172 f.; OVG Münster NVwZ-RR 2003, 800, 801. Eingehend hierzu Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 112 ff. m. w. N.

59 Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 67 Rn. 14, 21, 22.

60 BGH NVwZ 2010, 531, 535.

61 BVerwG NVwZ 2007, 820.

62 Ziekow/Siegel ZfBR 2004, 30, 31 f.

63 Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, S. 429, 435.

64 Eingehend hierzu Ziekow/Siegel ZfBR 2004, 30, 32 ff.

65 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 158 und 200.

Justizakte im Bereich der Rechtsprechung.<sup>66</sup> Das Gleiche gilt für Maßnahmen der Gesetzgebung sowie allgemein für die Verfassungstätigkeit als Gesamtheit derjenigen Maßnahmen, die im materiellen Verfassungsrecht wurzeln.<sup>67</sup> Deshalb unterliegen etwa die Wahlen zum Bundestag von vornherein nicht den Anforderungen des VwVfG, ohne dass es einer ausdrücklichen Regelung bedurft hätte.<sup>68</sup> Aber auch Maßnahmen des Völkerrechts,<sup>69</sup> des supranationalen Rechts sowie des inneren Kirchenrechts (→ § 2 Rn. 8)<sup>70</sup> sind nicht als Verwaltungstätigkeit einzustufen. Anders wird hingegen die Regierungstätigkeit zu beurteilen sein, sofern sie nicht im Einzelfall dem Verfassungsrecht zuzuordnen ist.<sup>71</sup> Schließlich sind auch Gnadenakte grds. als Verwaltungstätigkeit anzusehen, wobei im Bereich der Justizverwaltung § 2 III Nr. 1 zu beachten ist (→ § 2 Rn. 24 f.).<sup>72</sup>

- 30** Bisweilen wird auch in den grds. ausgenommenen Bereichen **materielle Verwaltungstätigkeit** ausgeübt. Die Ausübung des Hausrechts durch den Bundestagspräsidenten stellt eine materielle Verwaltungstätigkeit dar.<sup>73</sup> Gleiches gilt für die Ladung eines Zeugen durch einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss, während die Einsetzung eines solchen Ausschusses der Verfassungstätigkeit zuzuordnen ist.<sup>74</sup> Weiterhin können auch Kirchen bei Überschreiten des innerkirchlichen Bereichs Verwaltungstätigkeit ausüben (→ § 2 Rn. 9). Diese Beispiele belegen, dass die Ermittlung des jeweiligen Tätigkeitsbereichs zwar eine grundlegende Weichenstellung ermöglicht; entscheidend bleibt jedoch die Einordnung der betreffenden Maßnahme im Einzelfall.
- 31** Handelt es sich um eine Verwaltungstätigkeit im genannten Sinne, so nimmt § 1 **keine weitere Einschränkung** der Handlungsformen vor. Der Anwendungsbereich des VwVfG beschränkt sich also nicht auf die Handlungsformen des VA oder des öffentlich-rechtlichen Vertrages, auch wenn in den §§ 9 ff. besondere Anforderungen für die auf diese Handlungsformen abzielenden Verwaltungsvorgänge aufgestellt werden. Der in § 1 definierte Anwendungsbereich des VwVfG erfasst somit grds. auch schlicht-hoheitliche Handlungen.<sup>75</sup> Darüber hinaus ist auch der Erlass von Rechtsverordnungen oder Satzungen als materielle Verwaltungstätigkeit einzustufen. In Abgrenzung zum engen Begriff des Verwaltungsverfahrens nach § 9 können die zum Erlass der genannten sonstigen Handlungsformen führenden Verfahren auch als **Verwaltungsverfahren** im weiteren, nämlich im materiellen Sinne, bezeichnet werden.<sup>76</sup>

#### IV. Der Behördenbegriff

- 32** Abs. 4 definiert Behörden im Sinne des VwVfG als Stellen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Dem VwVfG liegt somit ein **aufgabenorientierter, funktioneller Behördenbegriff** zugrunde.<sup>77</sup> Dieser ist zu unterscheiden vom organisatorischen Behördenbegriff, dessen zentrales Merkmal die or-

66 Schliesky, in: Knack/Henneke § 1 Rn. 26.

67 Kopp/Ramsauer § 1 Rn. 19.

68 BTDrucks. 7/910 S. 33.

69 OVG Münster MDR 1981, 435; NJW 1989, 2209, 2210.

70 Allgemein zum Verhältnis von Staat und Kirche Kazele VerwArch 2005, 267 ff. m. w. N.

71 VGH Kassel NJW 1980, 2660, 2661; Schmitz/Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 186. A. M. unter dem Gesichtspunkt der „Rechtlichkeit“ BVerfGE 63, 215, 226.

72 Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 94 Rn. 13. A. M. unter dem Gesichtspunkt der „Rechtlichkeit“ BVerfGE 25, 352, 358 ff.; 30, 108, 110 ff.; 45, 187, 242 ff.; BVerwG NJW 1983, 187, 188 f.

73 VG Berlin NJW 2002, 1063.

74 OVG Münster NVwZ 1987, 608, 609.

75 Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs § 1 Rn. 124 ff.

76 Ziekow/Siegel ZfBR 2004, 30, 31.

77 Schliesky, in: Knack/Henneke § 1 Rn. 68.