

## Fälle Verwaltungsrecht AT/VwGO

Bearbeitet von  
Von Horst Wüstenbecker, Rechtsanwalt

6. Auflage 2019. Buch. 144 S. Softcover  
ISBN 978 3 86752 618 0  
Format (B x L): 16,5 x 23,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Allgemeines Verwaltungsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## 1. Teil: Allgemeines Verwaltungsrecht

### 1. Abschnitt: Abgrenzung Öffentliches Recht – Privatrecht

#### Fall 1: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

B ist Journalist einer überörtlichen Tageszeitung und im politischen Ressort tätig. Um über möglichst brisante Themen berichten zu können, verschafft er sich wiederholt Zutritt zu einer Nebenstelle des Bundesministeriums für Gesundheit und befragt unter einem Vorwand Behördenmitarbeiter zu bestimmten Gesetzgebungsvorhaben. Bei seinen Besuchen steckt er auch das „ein oder andere“ Diskussionspapier ein. Nachdem dies bekannt wird, verhängt der Behördenleiter ein Hausverbot gegen B. B ist damit nicht einverstanden und meint, bei dem Gebäude handele es sich um Räumlichkeiten, die allgemein für die Öffentlichkeit zugänglich seien. B möchte sich gegen das Hausverbot zur Wehr setzen und fragt, vor welchem Gericht er klagen muss.

Handelt es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit, so ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet (§ 13 GVG). Liegt dagegen eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, so sind hierfür grds. die **Verwaltungsgerichte** zuständig. Nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, die keinem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen ist.

#### § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO:

- öffentlich-rechtliche Streitigkeit
- nichtverfassungsrechtlicher Art
- keine anderweitige Zuweisung

**I. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit** liegt vor, wenn der Streitgegenstand unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts ist. Dies ist der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.

**1.** Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens ist hier die Rechtmäßigkeit eines **Hausverbots**. Ein solches kann seine Grundlage in den zivilrechtlichen Besitz- und Eigentumsrechten (§§ 859 ff., 903, 1004 BGB) finden, aber auch aus der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft über die öffentliche Einrichtung resultieren. Damit können sowohl Normen des öffentlichen Rechts als auch solche des Zivilrechts streitentscheidend sein. Aus diesem Grund lässt sich die Zuordnung des Streitgegenstandes allein auf Grundlage der das Hausverbot tragenden Rechtsnormen nicht beantworten.

**2.** Deshalb ist auf weitere Abgrenzungskriterien zurückzugreifen. Hierbei kann zunächst auf die **Rechtsnatur** der streitbetroffenen Handlung abgestellt werden. Denn im Abwehrfall richtet sich die Rechtsnatur der Streitigkeit nach der Rechtsnatur des abzuwehrenden Verwaltungshandelns. Damit stellt sich die Frage, welche Rechtsnatur das Hausverbot hat. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.<sup>1</sup>

**a)** Zunächst könnte die Rechtsnatur des Hausverbots danach beurteilt werden, welchen **Zweck der Besucher** verfolgt hat.<sup>2</sup> Steht der Besuch im Sachzusammenhang mit hoheitlicher Tätigkeit (z.B. eines Verwaltungsverfahrens)

<sup>1</sup> Zur umstrittenen Herleitung des Hausrechts vgl. Günther DVBl. 2015, 1147 ff.

<sup>2</sup> Vgl. OVG NRW NVwZ-RR 1998, 595, 596.

rens i.S.d. § 9 VwVfG), handelt es sich nach diesem Ansatz um ein öffentlich-rechtliches Hausverbot, während bei der Wahrnehmung privater Interessen ein privatrechtliches Hausverbot vorliegt.

B hat das Gebäude betreten, um in eigener Sache kommerzielle und damit private Interessen zu verfolgen. Stellt man darauf ab, welchen **Zweck der Adressat** des Hausverbots verfolgt hat, läge im vorliegenden Fall ein zivilrechtliches Hausverbot vor, für das der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gemäß § 13 GVG eröffnet wäre.

**b)** Demgegenüber vertritt die Literatur<sup>3</sup> und die neuere Rechtsprechung<sup>4</sup> die Ansicht, dass nicht der Zweck des Besuchs maßgebend sei, sondern vielmehr der **Zweck des Hausverbotes**. Wenn das Verbot dazu dienen soll, den öffentlich-rechtlichen Widmungszweck sicherzustellen bzw. wiederherzustellen, liegt nach dieser Auffassung ein öffentlich-rechtliches Hausverbot vor.

Gedankengang bei der Abgrenzung:

- eindeutige Zuordnung
- Indizien, insbes. Sachzusammenhang
- Abgrenzungstheorien
- Zweifelsregelung

Zweck des gegenüber B ausgesprochenen Hausverbotes war es, die ordnungsgemäße Nutzung des Verwaltungsgebäudes zu gewährleisten. Stellt man auf den Zweck des Hausverbotes ab, läge folglich eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vor.

**c)** Gegen den erst genannten Ansatz spricht insbesondere, dass der Hausrechtsinhaber bei der Wahrnehmung der ihm zustehenden Befugnisse regelmäßig keine Kenntnis darüber haben dürfte, welche Interessen der Besucher im konkreten Einzelfall verfolgt. Die Frage des Motivs dürfte für den Inhaber des Hausrechts zudem auch von untergeordneter Bedeutung sein. Damit ist mit der überwiegend vertretenen Auffassung auf den **Zweck des Hausverbotes** abzustellen. Dieses diene hier der Sicherung der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben in dem Verwaltungsgebäude und ist folglich öffentlich-rechtlicher Natur.

Damit liegt eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vor.

**II.** Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO nur in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten **nichtverfassungsrechtlicher Art** eröffnet. Verfassungsrechtlich sind grds. nur Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen oder sonst unmittelbar am Verfassungsleben beteiligten Personen, bei deren Hauptfrage es um die Auslegung und Anwendung von Verfassungsrecht geht (sog. doppelte Verfassungsunmittelbarkeit).<sup>5</sup> Dies ist hier nicht der Fall.

**III.** Eine **abdrängende Zuweisung** an ein anderes Gericht ist nicht ersichtlich.

**Ergebnis:** Damit sind die Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO erfüllt, sodass über die Rechtmäßigkeit des Hausverbotes im Verwaltungsrechtsweg zu befinden ist.

<sup>3</sup> Maurer/Waldhoff § 3 Rn. 35.

<sup>4</sup> VGH BW RÜ 2017, 670, 671.

<sup>5</sup> Vgl. AS-Skript VwGO (2017), Rn. 77.

**Fall 17: Rückforderung**

Das Land L gewährte der Gemeinde G im August 2011 eine Zuwendung in Höhe von „bis zu 1,25 Mio €“ aus Mitteln der Finanzhilfen des Bundes für Investitionen zur Verbesserung der Verkehrsverhältnisse der Gemeinde. Eine Nebenbestimmung sah vor, dass sich die Zuwendung anteilig ermäßigt, wenn sich nach der Bewilligung die zuschussfähigen Gesamtausgaben reduzieren. G rief die gesamte Zuwendung Ende Januar 2012 ab und stellte die geförderte Baumaßnahme am 01.06.2017 fertig.

Nach abschließender Prüfung des von G vorgelegten Verwendungsnachweises erließ die zuständige Landesbehörde nach Anhörung der G am 01.06.2018 einen „Schlussbescheid“, in dem die zuschussfähigen Gesamtkosten auf 1,7 Mio und der daraus resultierende hälftige Zubetrag rückwirkend auf 850.000 € festgesetzt wurden. Zugleich forderte L die zuviel gezahlten 400.000 € zurück und beanspruchte Zinsen für die Zeit vom 01.02.2012 bis 01.06.2018 in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz.

G hat den Schlussbescheid und den Rückforderungsbescheid nicht angefochten und die Rückzahlungssumme von 400.000 € fristgerecht beglichen. Die Zinsforderung hält sie jedoch für unberechtigt, da hierfür keine gesetzliche Grundlage bestehe, jedenfalls sei der Anspruch für die Jahre bis einschließlich 2014 verjährt. Das Land ist demgegenüber der Auffassung, dass die G mit einer Rückforderung rechnen musste und ein Ausgleich dafür geleistet werden muss, dass ihr der Gesamtbetrag seit 2012 zur Verfügung stand. Wie ist die Rechtslage?

Bei der Zinsforderung handelt es sich um eine belastende Maßnahme, die nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes einer **Ermächtigungsgrundlage** bedarf.

**1.** Als Ermächtigungsgrundlage kommt **§ 49 a Abs. 3 S. 1 VwVfG** in Betracht. Danach sind zu erstattende Beträge vom Eintritt der Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz (§ 247 BGB) zu verzinsen. Der zu erstattende Betrag ergibt sich aus § 49 a Abs. 1 VwVfG, wonach bereits erbrachte Leistungen zu erstatten sind, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen oder widerrufen oder infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist.

**1.** Eine **unmittelbare Anwendung** des § 49 a Abs. 3 S. 1 und Abs. 1 VwVfG scheidet aus, da nach dem Sachverhalt weder eine Rücknahme oder ein Widerruf noch der Eintritt einer auflösenden Bedingung vorliegt. Die Landesbehörde hat vielmehr einen „Schlussbescheid“ erlassen, der an die Bewilligung als sog. **vorläufiger VA** (auch VA mit vorläufiger Regelung) anknüpft. Denn im Bewilligungsbescheid war ausdrücklich vorgesehen, dass sich die gewährte Zuwendung automatisch anteilig ermäßigt, wenn sich die Gesamtausgaben für das geförderte Projekt reduzieren.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Vgl. BVerwG RÜ 2010, 188, 189; anders BVerwG RÜ 2015, 739, 741 bei nur nachträglich geänderter Rechtsauffassung der Behörde.

a) Der Annahme eines vorläufigen VA könnte entgegenstehen, dass das VwVfG diese **Handlungsform nicht ausdrücklich** regelt. Auch der vorläufige VA ist indes ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG. Seine Besonderheit liegt nicht in seiner Art oder Form, sondern allein in seinem Regelungsinhalt. Im Unterschied zu bloß vorbereitenden Maßnahmen (*oben Fall 6*) wird beim vorläufigen VA die Rechtslage bereits mit seinem Erlass – wenn auch nur vorläufig – geändert. Unabhängig von der rechtlichen Einordnung (VA sui generis, Inhaltsbestimmung oder besondere, in § 36 VwVfG nicht vorgesehene, aber gleichwohl zulässige Nebenbestimmung) besteht Einigkeit, dass auch der vorläufige VA uneingeschränkt VA-Qualität besitzt.<sup>77</sup>

b) Wird im Bewilligungsbescheid lediglich eine **Regelung mit vorläufigem Charakter** getroffen, stellt der Schlussbescheid keine Rücknahme und keinen Widerruf dar. Vielmehr ersetzt der Schlussbescheid automatisch den ursprünglichen Zuwendungsbescheid. Der Vorbehalt endgültiger Regelung bewirkt, dass die Behörde die vorläufige Regelung im Ausgangsbescheid durch die endgültige Regelung im Schlussbescheid ersetzen kann. Der Regelungsgehalt des vorläufigen Bewilligungsbescheides besteht darin, dass der Begünstigte die bewilligte Zuwendung nur vorläufig bis zum Erlass der endgültigen Entscheidung behalten darf. Das bedeutet, dass es bei der späteren endgültigen Regelung **keiner Aufhebung** der unter Vorbehalt ergangenen Regelung bedarf.<sup>78</sup>

Der Schlussbescheid stellt damit keine Rücknahme und keinen Widerruf i.S.d. §§ 48, 49 VwVfG dar, sondern ersetzt den Bewilligungsbescheid, der damit automatisch gegenstandslos wird. Der Rückforderungsbescheid beruht daher nicht auf § 49 a Abs. 1 VwVfG, sodass sich auch der Zinsanspruch nicht unmittelbar aus § 49 a Abs. 3 VwVfG ergeben kann.

2. In Betracht kommt eine **analoge Anwendung** des § 49 a Abs. 3 VwVfG. Dann muss eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Sach- und Interessenlage vorliegen.

a) Die §§ 35, 36 VwVfG enthalten – wie oben festgestellt – keine ausdrückliche Regelung für vorläufige Verwaltungsakte, sodass eine **Regelungslücke** besteht. Dass § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG als Gründe für das Entstehen einer Erstattungspflicht lediglich die Rücknahme, den Widerruf und den Eintritt einer auflösenden Bedingungen nennt, lässt nicht den Schluss zu, dass die Regelung **abschließend** sein soll und der Gesetzgeber damit anders begründete Erstattungspflichten privilegieren und von der Zinspflicht ausnehmen wollte.<sup>79</sup> Die Regelungslücke ist auch **planwidrig**, da der Gesetzgeber bei Schaffung des VwVfG im Jahre 1975 diesen Fall nicht vorgesehen hat. Die Möglichkeit, einen Verwaltungsakt mit vorläufigen Regelungen zu treffen, wurde durch die Rspr. erst später anerkannt.

b) Des Weiteren müsste eine mit § 49 a Abs. 3 und Abs. 1 VwVfG **vergleichbare Sach- und Interessenlage** bestehen.

Dafür spricht, dass dem Zuwendungsempfänger die Zweckbestimmung bekannt ist. Er genießt wie in den Fällen der §§ 48, 49 VwVfG keinen Ver-

<sup>77</sup> Vgl. AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2017), Rn. 260.

<sup>78</sup> Vgl. BVerwG RÜ 2010, 188, 190.

<sup>79</sup> Vgl. BVerwG RÜ 2010, 188, 190 f.; ebenso BVerwG RÜ 2016, 803, 804.

**Rechtsgrundlage** für den Widerspruchsbescheid ist die Regelung im Landesgebührengesetz i.V.m. der einschlägigen Gebührenordnung.

I. Die Erhöhung im Widerspruchsbescheid könnte bereits deswegen rechtswidrig sein, weil die Behörde die Entscheidung **zum Nachteil des Widerspruchsführers** geändert hat. Ob eine solche **Verböserung** (reformatio in peius) im Widerspruchsverfahren überhaupt zulässig ist, ist umstritten.

1. Für die Zulässigkeit spricht vor allem, dass die Widerspruchsbehörde gemäß § 68 VwGO eine **umfassende Recht- und Zweckmäßigkeitskontrolle** vorzunehmen hat. Davon werden auch Entscheidungen zulasten des Widerspruchsführers erfasst. Dieser erlangt eine schutzwürdige Rechtsposition erst mit der Bestandskraft des Verwaltungsaktes.<sup>231</sup>

2. Dem wird entgegengehalten, dass das Risiko der Verböserung den Bürger von der Einlegung von Rechtsbehelfen abhalten könnte, was zu einer faktischen Einschränkung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG führe. Die Regelungen in den §§ 48, 49 VwVfG seien für nachträgliche Änderungen des Verwaltungsakts abschließend.<sup>232</sup>

3. Dagegen spricht jedoch, dass die VwGO in den §§ 71, 79 Abs. 2 S. 1 VwGO davon ausgeht, dass der Widerspruchsbescheid eine zusätzliche Beschwerde enthalten kann. Auch wenn diese Vorschriften lediglich die **prozessualen Folgen** einer Verböserung und nicht deren materiell-rechtliche Zulässigkeit regeln, kann daraus geschlossen werden, dass der Gesetzgeber von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Verböserung im Widerspruchsverfahren ausgeht. Vertrauensschutzgesichtspunkte stehen einer Verböserung regelmäßig nicht entgegen, da sich der Widerspruchsführer des Schutzes durch Erhebung des Widerspruchs selbst begeben hat. Im Übrigen muss der Rechtsmittelführer auch im gerichtlichen Verfahren mit Anschlussrechtsbehelfen des Gegners rechnen (vgl. §§ 127, 141 VwGO) und kann daher keinesfalls sicher darauf vertrauen, dass eine Verschlechterung seiner Rechtsposition nicht erfolgt.

Eine Verböserung ist daher im Widerspruchsverfahren nicht generell ausgeschlossen.

II. Fraglich ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen eine Verböserung im konkreten Fall **rechtmäßig** ist.

1. Die **Zuständigkeit** für die verbösernde Entscheidung ist unproblematisch, wenn wie im vorliegenden Fall Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind. Denn die Kompetenzen der Ausgangsbehörde werden durch das Widerspruchsverfahren nicht eingeschränkt.

2. Die vor der Verböserung gemäß § 71 VwGO erforderliche **Anhörung** des G ist erfolgt.

3. Der Bescheid in seiner verschärften Form ist nur rechtmäßig, wenn er durch eine **Ermächtigungsgrundlage** gedeckt ist.

a) In den §§ 68 ff. VwGO findet sich eine solche Rechtsgrundlage nicht, da die Vorschriften die Verböserung weder im positiven noch im negativen

Sind Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde nicht identisch, ist die Herleitung der Zuständigkeit überaus kontrollvers (Devolutiveffekt, Selbsteintrittsrecht, Annex zum Aufsichtsrecht).

<sup>231</sup> BVerwG DVBl. 1987, 238, 239; Schoch Jura 2003, 752, 759.

<sup>232</sup> Hufen § 9 Rn. 17.

Sinne regeln. Zwar geht § 79 Abs. 2 S. 1 VwGO von der Möglichkeit einer zusätzlichen selbstständigen Beschwer im Widerspruchsbescheid aus, regelt jedoch nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen diese rechtmäßig ist.

b) Teilweise wird die Verböserung deshalb stets als **teilweise Aufhebung** des ursprünglichen VA verstanden, sodass die Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG einzuhalten wären.<sup>233</sup>

Dagegen spricht jedoch, dass die §§ 48, 49 VwVfG nicht für die Entscheidung über den Widerspruch selbst gelten. Ist der Widerspruch begründet, so muss die Widerspruchsbehörde den Verwaltungsakt aufheben, hat also gerade nicht das in §§ 48, 49 VwVfG eingeräumte Ermessen.

c) Die Widerspruchsbehörde trifft ihre Entscheidung vielmehr auf der Grundlage der **sachlichen Ermächtigungsgrundlage**, die auch der Ausgangsbehörde für den Erlass des Bescheides zur Verfügung stand.<sup>234</sup> Dies ist hier das Landesgebührengesetz i.V.m. der einschlägigen Gebührenordnung. Die Widerspruchsbehörde hat danach die **ursprüngliche Entscheidungskompetenz** der Ausgangsbehörde. Nach der Gebührenordnung beträgt die zu erhebende Gebühr 2.000 €. Der Widerspruchsbescheid erweist sich daher auch in der Sache als rechtmäßig.

**Ergebnis:** Die Anfechtungsklage des G ist zulässig, aber unbegründet und wird deshalb keinen Erfolg haben.

233 So im Ergebnis BVerwGE 65, 313, 319; BVerwG NVwZ 1983, 33, 34.

234 BVerwG DVBl. 1987, 238; Schoch Jura 2003, 752, 759.