

Fälle zum Allgemeinen Verwaltungsrecht

Kempny / Reifegerste

2022

ISBN 978-3-406-79151-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Teil 2

Das Hausverbot ist gem. § 35 S. 1 VwVfG ein Verwaltungsakt, wenn es eine hoheitliche (dazu C) Maßnahme (dazu A), die eine Behörde (dazu B) zur Regelung (dazu D) eines Einzelfalls (dazu F) auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft (dazu G) und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (dazu E), darstellt. 22

A. Maßnahme

Mit dem Hausverbot erklärt S willentlich gegenüber den Eindringlingen, dass diese die Räumlichkeiten des Bundestags zu verlassen haben. Das Verhalten besitzt damit Erklärungswert und stellt eine Maßnahme dar.⁵¹ 23

B. Behörde

Maßnahmen können nur Verwaltungsakte sein, wenn sie einer Behörde zuzurechnen sind.⁵² Eine Behörde i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG ist nach § 1 Abs. 4 VwVfG jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Die Legaldefinition stellt hiermit auf die Tätigkeit ab, nicht darauf, ob die handelnde Stelle organisatorisch zur öffentlichen Verwaltung gehört. Wenngleich S als Bundestagspräsidentin Organteil des Bundestages, also einem Verfassungsorgan vornehmlich der Gesetzgebung,⁵³ ist, könnte sie demnach Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. 24

Zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gehört jedenfalls nicht die Gesetzgebung, womit nicht nur das parlamentarische Setzen von abstrakt-generellen Regelungen, die auf Außenwirkung gerichtet sind, zählt, sondern auch das Erlassen aller anderen Parlamentsgesetze.⁵⁴ Dasselbe gilt für die Rspr. als das, verkürzt ausgedrückt, Entscheiden von Rechtsstreitigkeiten durch unabhängige Staatsorgane.⁵⁵ S setzt weder ein Parlamentsgesetz, noch entscheidet sie mit dem Hausverbot eine Rechtsstreitigkeit. Das Hausverbot ergeht daher nicht in Wahrnehmung von Aufgaben der Gesetzgebung oder Rspr. 25

Es könnte indes eine Wahrnehmung einer Verfassungsaufgabe sein. Dafür spricht, dass gem. Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG der Bundestagspräsident das Hausrecht ausübt. Gleichwohl kann ein Handeln nur auf der (hohen) Ebene der Verfassung angesiedelt werden, wenn es aus jedem Blickwinkel betrachtet dahin gehört. Berück- 26

sie für eine schulmäßige Entwicklung der Definitionen der Verwaltungsaktsmerkmale herangezogen werden. Bei Ablegung einer Prüfungsleistung hätte es ausgereicht, verkürzten Gutachtenstil (dabei wird direkt das Erfüllen einer gängigen Definition bejaht, z. B.: „Mit der Beseitigungsanordnung wird die Rechtspflicht begründet, die Garage abreißen zu müssen, sodass sie zur Regelung ergeht“) zu verwenden. In aller Regel kann überdies darauf verzichtet werden, den Maßnahmencharakter anzusprechen, schließlich besitzt dieses Merkmal gegenüber der „Regelung“ keine eigenständige Bedeutung.

⁵¹ Ausführlicher → Rn. 2 mit Fn. 10.

⁵² Vgl. auch → Rn. 3.

⁵³ Vgl. *Korioth* StaatsR I Rn. 379, 381, 383 ff.

⁵⁴ Vgl. Ehlers/Pünder AllgVerwR/Ehlers § 1 Rn. 8, 11.

⁵⁵ Die zugrunde liegende begriffsreichere Definition entstammt Ehlers/Pünder AllgVerwR/Ehlers § 1 Rn. 11 m. w. N. (Hervorhebung weggelassen): „Unter Rechtsprechung ist die zu rechtskräftiger Entscheidung führende rechtliche Beurteilung von Sachverhalten in Anwendung des geltenden objektiven Rechts durch ein unbeteiligtes Staatsorgan zu verstehen, das auf gesetzlicher Grundlage in sachlicher und personeller Unabhängigkeit tätig wird“.

sichtigt werden muss bei der Zuordnung, dass Verfassungsrechtsstreit gem. Art. 93 GG – nicht selten ohne vorherige fachgerichtliche Behandlung – vor dem BVerfG ausgetragen wird. Aus systematischen Gründen sind deshalb hohe Anforderungen an das Bejahen der Wahrnehmung einer Verfassungsaufgabe zu stellen. So wird man ein verfassungsrechtliches Tätigwerden nur bei einer sog. **doppelten Verfassungsunmittelbarkeit** annehmen können, also wenn nicht nur der auf Grundlage von Verfassungsrecht Handelnde, sondern auch der Angesprochene unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt ist.⁵⁶ Die Eindringlinge sind Bürger und damit nicht unmittelbar am Verfassungsleben beteiligt. Das Hausverbot ergeht also nicht aus jedem Blickwinkel betrachtet auf der Ebene der Verfassung. Mithin handelt S nicht in Wahrnehmung einer Aufgabe (ausschließlich) der Verfassung, vielmehr nimmt sie eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahr.⁵⁷ Folglich ist das Hausverbot S als Behörde zuzurechnen; es handelt sich um eine Maßnahme einer Behörde.

C. Hoheitlich

- 27 Das den Bundestag betreffende, ohne Mitspracherecht der Eindringlinge ausgesprochene, von der Eigentumslage unabhängige Hausverbot könnte nicht auch der Bundestagspräsidentin durch die Eindringlinge erteilt werden, weswegen es hoheitlich i. S. v. § 35 VwVfG ist.⁵⁸

⁵⁶ In Anlehnung an Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO Stelkens/Bonk/Sachs/H. *Schmitz* VwVfG § 1 Rn. 137 m. w. N.

⁵⁷ Zum Hausrecht des Bundestagspräsidenten als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung Beck-OK VwVfG/Ronellenfitsch VwVfG § 1 Rn. 39; *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 9 Rn. 23.

⁵⁸ Ausführlicher → Rn. 4 ff. und noch → Rn. 43 ff. Zu Hausverboten auch → 2. Teil Fall 1 Teil 3b. Offen gestanden, könnte man an der Hoheitlichkeit zweifeln, wenngleich es abwegig klingt, verfassungsrechtlich angelegte Rechte eines Verfassungsorganteils als nicht-hoheitlich anzusehen: Ob eine Person nun aus dem Bundestag oder von einem in Privateigentum stehenden Grundstück verwiesen wird – in beiden Fällen muss sie die Räumlichkeiten verlassen und darf sie (in nächster Zeit) nicht mehr betreten (teilweise wird ohnehin vertreten, dass das Hausrecht des Bundestagspräsidenten eine dem Eigentum entspringende privatrechtliche Befugnis sei [dazu noch bei und → Fn. 63]; falls man dies vertritt, spricht nichts mehr für die Hoheitlichkeit). Letzten Endes könnte auch der randalierende Bundestagspräsident aus privaten Räumlichkeiten verwiesen werden. Man wird die Hoheitlichkeit aber deshalb bejahen können, weil **allein** der Bundestagspräsident im Bundestag das Hausrecht ausübt: Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG weist dem Bundestagspräsidenten das Hausrecht unabhängig von der Eigentumslage zu. Das gilt nicht für das „Jedermannhausrecht“ aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. MüKoBGB/Raff, 8. Aufl. 2020, § 1004 Rn. 25), das im Grundsatz dem privatrechtlichen Eigentum i. S. v. § 903 S. 1 BGB folgt (vgl. MüKoBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 903 Rn. 53; BeckOGK/Lakkis, 1.12.2021, BGB § 903 Rn. 112.1). Die Grundstücke des Bundestags scheinen deshalb mit einem besonderen, eben hoheitlichen Hausrecht belegt zu sein (zur Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts noch → Rn. 31 ff.). Betrifft das behördliche Hausverbot indes ein Grundstück, woran das Hausrecht einem Privaten zustünde, wäre er Eigentümer der Sache, kann die Hoheitlichkeit noch stärker bezweifelt werden (ein Verwaltungsakt wird aber beispielsweise angenommen von OVG Münster Urt. v. 5.5.2017 – 15 A 3048/15, BeckRS 2017, 114361 Rn. 22; näher Stelkens/Bonk/Sachs/U. *Stelkens* VwVfG § 35 Rn. 104, 106, 131 ff., für den das Hausverbot [überzeugenderweise] jedenfalls nicht-hoheitlich ist, wenn es privatrechtlich ergeht). Zwar kann das Hausverbot Ausdruck der öffentlichrechtlichen Widmung und dem verwaltungsrechtlichen Verhältnis zwischen Behörde und Bürger sein, mithin auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ergehen – doch muss man daraus schließen, dass ein solches öffentlichrechtliches Hausverbot grundlegend verschieden wäre von dem, was ein Bürger für sein Grundstück – mit den gleichen Folgen – aussprechen kann? Zu einem Beispiel einer nicht-hoheitlichen Maßnahme zur Regelung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts → Rn. 36 ff.

D. Zur Regelung

Mit der hoheitlichen behördlichen Maßnahme wird das Verbot, sich in den Räumlichkeiten des Bundestags aufzuhalten, und das Gebot, selbige zu verlassen, gesetzt. Daher wird mit der Maßnahme eine Regelung getroffen.⁵⁹ 28

E. Auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet

Das Hausverbot ist darauf gerichtet, ohne Umschweife gegenüber Bürgern (mithin jenseits des Verwaltungsträgers der Erlassbehörde) Rechtswirkungen zu entfalten, sodass sie auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.⁶⁰ 29

F. Einzelfall

Mit dem Hausverbot werden zeitlich und räumlich genau bestimmte Regelungen gegenüber namentlich bekannten, mithin individualisierbaren, Bürgern gesetzt. Somit betrifft die Regelung einen Einzelfall i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG.⁶¹ 30

G. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ergeht die Einzelfallregelung, wenn sie in einem verwaltungsrechtlichen Verhältnis bzw., negativ formuliert, nicht in einem bereits zwischen der Behörde und dem Adressaten bestehenden nichtverwaltungsrechtlichen Verhältnis, insb. privatrechtlichen Schuldverhältnis, wirken soll.⁶² Einerseits kann man annehmen, dass zwischen den Eindringlingen und S nur ein bürgerlichrechtliches gesetzliches Schuldverhältnis (wie eines nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB) besteht, das Hausrecht also letztlich aus dem Eigentum an den Grundstücken des Bundestags folge.⁶³ Hiernach erginge die Regelung auf dem Gebiet des Privatrechts, nicht auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG. 31

Andererseits kann man darauf abstellen, dass alle Grundstücke des Bundestags der (verfassungsrechtlich erwünschten) Funktionsfähigkeit des Parlaments und der Bundestagsverwaltung dienen und hierfür öffentlichrechtlich gewidmet seien. Hausverbote, welche diese Grundstücke betreffen, werden hiernach auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen.⁶⁴ Dafür spricht, dass das den Bundestag betreffende Hausverbot nicht Einzelinteressen (denen des Eigentümers) dient, sondern vornehmlich der Funktionsfähigkeit eines unmittelbar demokratisch legitimierten Verfassungsorgans und damit der Allgemeinheit. Eine gewisse öffentlichrechtliche Auf- ladung des Hausverbots erkennen aus diesem Grund auch Vertreter der zuerst genannten Ansicht an.⁶⁵ Man stelle sich daneben vor, es bestünde **kein** eigentumsrechtliches „Jedermannhausrecht“, wie es § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB entnommen wird – das änderte nichts daran, dass der Bundestagspräsident im Einklang mit Art. 40 Abs. 2 S. 1 GG das Hausrecht zum Schutz des Parlaments ausüben könnte. Aus alledem folgt, dass es sich nicht um ein bloßes bürgerlichrechtliches Hausverbot handelt. Dementsprechend ergeht die Regelung nicht in einem privatrechtlichen 32

⁵⁹ Ausführlicher → Rn. 10, → Rn. 36 ff. und → Rn. 55.

⁶⁰ Ausführlicher → Rn. 11 und → Rn. 60 ff.

⁶¹ Ausführlicher → Rn. 12 und → Rn. 71 ff.

⁶² Dazu schon bei und in → Fn. 44.

⁶³ Vgl. BeckOK GG/Brockner GG Art. 40 Rn. 45 m. w. N.; Koriotoh StaatsR I Rn. 384.

⁶⁴ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Schliesky GG Art. 40 Rn. 27 m. w. N.; Dreier/Morlok GG Art. 40 Rn. 35; zur Öffentlichrechtlichkeit neigend Jarass/Pieroth/Jarass GG Art. 40 Rn. 12.

⁶⁵ So beispielsweise BeckOK GG/Brockner GG Art. 40 Rn. 45 m. w. N.

gesetzlichen Schuldverhältnis. Zudem wird von der Regelung niemand unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligtes betroffen, weswegen sie auch nicht auf dem Gebiet des Verfassungsrechts getroffen wird.⁶⁶ Das Hausverbot ergeht daher in einem verwaltungsrechtlichen Verhältnis und infolgedessen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gem. § 35 S. 1 VwVfG.

H. Ergebnis

- 33 Bei dem Hausverbot handelt es sich um eine hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist, mithin um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG.

Teil 3:

- 34 Bei der Aufrechnungserklärung handelt es sich um einen Verwaltungsakt i. S. v. § 118 S. 1 AO (abgedruckt) – dessen entsprechende Anwendung von § 12 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b KAG NRW (abgedruckt) angeordnet wird –, wenn sie eine hoheitliche (dazu C) Maßnahme einer Behörde (dazu A), die zur Regelung (dazu B) eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (dazu C) getroffen wird und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist, darstellt. (Dasselbe gälte, richtete sich der Verwaltungsaktscharakter nach § 35 S. 1 VwVfG.)

A. Maßnahme einer Behörde

- 35 Mit dem Bescheid erklärt die Stadt D ihren Willen, Geldforderungen zum Erlöschen bringen zu wollen. Die Aufrechnungserklärung ist also eine Maßnahme. Die Maßnahme steht im Zusammenhang zu einer von D in einer gemeindeeigenen Abfallentsorgungsanlage durchgeführten Abfallentsorgung, mithin einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Daher ist die Maßnahme D als einer Behörde zuzurechnen. Bei der Aufrechnungserklärung handelt es sich somit um eine Maßnahme einer Behörde.⁶⁷

B. Zur Regelung

- 36 Fraglich ist, ob die Aufrechnungserklärung eine Regelung i. S. v. § 118 S. 1 AO enthält.
- 37 Man kann erstens annehmen, dass eine Maßnahme „zur Regelung“ erlassen wird, wenn mit ihr Recht gesetzt werden soll.⁶⁸ Die **Rechtsetzung** der Aufrechnungserklärung lässt sich darin sehen, dass mit ihr Forderungen zum Erlöschen gebracht werden. So besäße die Aufrechnungserklärung den geforderten Regelungscharakter.
- 38 Zweitens kann man zur Bejahung des Verwaltungsaktsbegriffs verlangen, dass die Regelung „**anordnenden Charakter**“ habe; das sei nicht der Fall, wenn die Maßnahme lediglich eine gesetzliche Voraussetzung erfülle, sodass nur die **Regelung des Gesetzes** eintrete.⁶⁹ Gem. § 226 Abs. 1 AO (abgedruckt) – dessen entsprechende

⁶⁶ Vgl. bei und in → Fn. 56.

⁶⁷ Ausführlicher → Rn. 2 f. und, zur Behörde, → Rn. 24 ff.

⁶⁸ Vgl. → Rn. 10 mit Fn. 29.

⁶⁹ Deshalb die Verwaltungsakteigenschaft von Aufrechnungserklärungen ablehnend *Maurex/Waldhoff* AllgVerwR § 9 Rn. 10 (dort auch das Zitat [Hervorhebung hinzugefügt]); *Erbguth/Guckelberger* AllgVerwR § 12 Rn. 17; *Detterbeck* AllgVerwR Rn. 456 (die beiden zuletzt genannten Werke verneinen zugleich die Hoheitlichkeit); wohl sinngleich HSV GVerwR II/*Bumke* § 35 Rn. 2 Fn. 92.

Anwendung von § 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG NRW vorgeschrieben wird – gelten für die Aufrechnung mit Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis – in entsprechender Anwendung durch das KAG NRW also für das Kommunalabgabenverhältnis – sinngemäß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts.⁷⁰ Die Folge einer Aufrechnungserklärung ergibt sich daher vordergründig allein aus § 389 BGB. Man kann daraus ableiten, dass die behördliche Maßnahme nur eine gesetzliche Voraussetzung erfülle und nichts selbst „anordne“,⁷¹ womit es an der Regelung i. S. d. Verwaltungsaktsmerkmale fehle.

Die beiden Deutungen kommen scheinbar zu unterschiedlichen Ergebnissen, weswegen eine **Stellungnahme** erforderlich ist. Wenn man darauf abstellt, dass die Maßnahme selbst nichts anordne, sofern sich die Regelung nur aus dem Gesetz ergebe, geht man schon von dem Ergebnis aus, dass die behördliche Aufrechnung eben kein Verwaltungsakt sei (so verstanden ist die Deutung zirkulär und daher unbrauchbar): Wenn es sich um einen Verwaltungsakt handelte, folgte **auch aus dem Verwaltungsakt selbst** eine Regelung, und zwar unabhängig davon, ob die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind oder nicht. Ähnlich verhält es sich bei „gebundenen“ Verwaltungsakten⁷² oder sog. feststellenden Verwaltungsakten. Jene werden erlassen, obwohl schon eine gesetzliche Pflicht zum Erlass besteht, mit diesen will eine (rechtstreue) Behörde lediglich eine bestehende Rechtslage (nach Rechtsbehelfsfristablauf) verbindlich machen⁷³. Keinesfalls wird eine Regelungswirkung verneint, selbst wenn der Verwaltungsakt „nur von deklaratorischer Bedeutung ist“⁷⁴. Darüber geht eine Aufrechnungserklärung sogar hinaus: ohne sie tritt die Aufrechnung nicht ein, sodass sie jedenfalls konstitutiv ist.⁷⁵ Subsumierte man eine Aufrechnungserklärung unter § 118 S. 1 AO (oder in allgemeinverwaltungsrechtlichen Fällen unter § 35 S. 1 VwVfG) käme es nicht einmal darauf an, ob irgendein Gesetz bestünde, das eine Aufrechnung zuließe – die Erlaubnis zum Erlass ist keine begriffliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Handlungsform Verwaltungsakt⁷⁶. Wenn gesetzlich nicht einmal angedeutete Rechte oder Pflichten und vor allem bloße Wiederholungen der Gesetzeslage Regelungen eines Verwaltungsakts sein können, wird deutlich, dass **allein von der Gesetzeslage nicht darauf geschlossen werden kann**, ob eine behördliche Maßnahme eine Regelung enthält oder nicht. Vielmehr ist die Maßnahme an sich auszulegen und danach zu fragen, ob sie erklärt, dass sich **jedenfalls** aus ihr und ungeachtet etwaiger Rechtsmängel⁷⁷ eine Regelung ergeben

⁷⁰ Es ist im Übrigen anerkannt, dass mit öffentlichrechtlichen Forderungen in entsprechender Anwendung der §§ 387 ff. BGB aufgerechnet werden darf und kann (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens VwVfG § 35 Rn. 138 m. w. N.).

⁷¹ Vgl. *Erbguth/Guckelberger* AllgVerwR § 12 Rn. 17.

⁷² Dazu → 1. Teil Rn. 99 ff.

⁷³ Mann/Sennekamp/Uechtritz/Windoffer VwVfG § 35 Rn. 20.

⁷⁴ Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens VwVfG § 35 Rn. 33. Der Begriff „deklaratorisch“ ist nicht dahingehend misszuverstehen, dass ein solcher Verwaltungsakt keine Wirkung habe; jedenfalls die „Titel- und Rechtsgrundfunktion“ (dazu ebd. Rn. 39 ff.) wird von einem solchen Verwaltungsakt erfüllt. Die Unterschiede zwischen (angeblich) deklaratorischen und konstitutiven Verwaltungsakten ebenfalls einblendend *Seibert*, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten, 1989, S. 89 ff.

⁷⁵ Vgl. v. *Rath* DÖV 2010, 180 (182): Es handele sich nicht „nur um die Mitteilung über eine eingetretene Rechtsfolge“.

⁷⁶ Vgl. → Fn. 15 und → Fn. 23 a. E.

⁷⁷ Ähnlich auch *Ehlers* NVwZ 1983, 446 (448): Zu der Setzung einer „Rechtsfolge“ müsse hinzukommen, dass „die Rechtsfolge einseitig bestimmt wird und prinzipiell unabhängig von Rechtsmängeln sowohl für die Behörde als auch für den betroffenen Adressaten verbindlich sein soll“; eine behördliche Aufrechnungserklärung besitze eine solche Bindungs-

solle.⁷⁸ Die Aufrechnungserklärung enthält, aus einem objektiven Empfängerhorizont betrachtet, den Erklärungsgehalt, dass durch sie Forderungen zum Erlöschen gebracht werden sollen. Sie besitzt daher den Aussagegehalt, dass ein Recht, etwas zu fordern (damit einhergehend auch die Pflicht, das Geforderte erbringen zu müssen), nicht mehr bestehen solle. Die Maßnahme ist nach alledem darauf gerichtet, eine Regelung zu setzen. Mithin hat sie Regelungscharakter.⁷⁹

C. Hoheitlich und auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts

- 40 Ferner gilt es zu prüfen, ob die Aufrechnungserklärung hoheitlich i. S. d. Norm ist und auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ergeht. Die Bedeutung dieser Merkmale und die Beziehung zueinander ist umstritten. Jedenfalls müsste die Aufrechnungserklärung aber dem Verwaltungsrecht zuzuordnen sein, um Verwaltungsakt sein zu können (dazu I). Ist dies zu bejahen, stellt sich die Frage, welche Qualität sie darüberhinausgehend aufweisen muss, damit sie Verwaltungsakt sein kann (dazu II).

I. Verwaltungsrechtlich

- 41 Man könnte erstens vertreten, dass die Aufrechnungserklärung verwaltungsrechtlich sei, wenn sie in **Vollzug von verwaltungsrechtlichen Vorschriften** erlassen werde.⁸⁰ Die Aufrechnungserklärung ergeht in Vollzug von § 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG NRW, § 226 Abs. 1 AO und §§ 389 ff. BGB. Die beiden erstgenannten Vorschriften erklären ausdrücklich die Vorschriften des **bürgerlichen Rechts** über die Aufrechnung für sinngemäß anwendbar. Wenn man allein auf die vollzogenen Normen abstellt, ist die Aufrechnungserklärung daher (wohl) dem bürgerlichen Recht, nicht dem Verwaltungsrecht zuzuordnen. Hiernach wäre die Aufrechnungserklärung nicht hoheitlich.
- 42 Es bestehen Zweifel daran, dass das Abstellen auf die vollzogenen Normen zu einem sachgerechten Ergebnis führt. Die Aufrechnungserklärung bringt Forderungen, mithin ein Stück Recht, zum Erlöschen. Deshalb ist in den Blick zu nehmen, wo die Wirkung der Aufrechnungserklärung eintreten soll. Die Aufrechnung kommt durch die Erklärung des Aufrechnenden zustande, sodass es für die Zuordnung zum Verwaltungsrecht entscheidend sein sollte, woher die Gegenforderung (die Forderung, womit der Aufrechnende aufrechnet) stammt; ist sie verwaltungsrechtlich, ist es die Aufrechnungserklärung auch.⁸¹ Aufgerechnet werden soll mit einem Benutzungsgebührenanspruch i. S. v. § 4 Abs. 2 Fall 2, § 6 KAG NRW (abgedruckt). Gebühren sind Abgaben, die von Kommunen nur auf Grund einer Satzung erhoben werden dürfen (§ 2 Abs. 1 S. 1 KAG NRW [abgedruckt]), wobei hiermit eine **kommunale**

kraft im Übrigen nicht, vielmehr handele es sich um eine schuldrechtsgeschäftliche Erklärung, weil sie „nicht aus einer spezifisch hoheitlichen Position abgegeben“ werde.

⁷⁸ Anstatt eines Vergleichs mit der Gesetzeslage bietet sich der Vergleich mit anderen behördlichen Maßnahmen an: Es gibt Maßnahmen, die selbst eine Regelung enthalten (Verwaltungsakte), solche, die eine Regelung vorbereiten sollen (Vorbereitungsakte [dazu *Maurer/Waldhoff* AllgVerwR § 9 Rn. 9]), oder auch solche, die eine bestehende Rechtslage **unverbindlich** wiederholen (Auskünfte [dazu *Erbguth/Guckelberger* AllgVerwR § 12 Rn. 12]).

⁷⁹ BSG Beschl. v. 25.2.2010 – B 13 R 76/09 R = BeckRS 2010, 69513 Rn. 17, problematisiert die Regelungswirkung nicht (und bejaht die Verwaltungsaktseigenschaft einer Verrechnungserklärung, die in Bezug auf die Verwaltungsaktsmerkmale keine Unterschiede zu Aufrechnungserklärungen aufweist).

⁸⁰ Vgl. → Rn. 5 und → Rn. 7.

⁸¹ Vgl. *Ehlers* NVwZ 1983, 446 (447).

Satzung, also eine hoheitliche Handlungsform, gemeint ist (vgl. § 4 Abs. 1 KAG NRW). Weiter werden Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme einer **öffentlichen** Einrichtung oder Anlage erhoben (vgl. § 4 Abs. 2 Fall 2 KAG NRW). Schließlich zeigt § 6 Abs. 1 S. 1 KAG NRW, unabhängig davon, ob dessen Voraussetzungen vorliegen, dass Gebühren anstatt privatrechtlichen Entgelten erhoben werden.⁸² Damit ist die Benutzungsgebühr eine Geldforderung, die kraft Verwaltungsrechts besteht,⁸³ weswegen sie dem Verwaltungsrecht angehört. Die Gegenforderung ist deshalb verwaltungsrechtlich. Somit soll die Wirkung der Aufrechnungserklärung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts eintreten.

II. Hoheitlich

Es bleibt zu prüfen, ob die Aufrechnungserklärung „hoheitlich“ ist. Die folgenden drei Auslegungen sind möglich: 43

1. Gleichbedeutend mit verwaltungsrechtlich

Wenn man den Verwaltungsaktsbegriff gem. § 118 S. 1 AO so deutet, dass die Merkmale „hoheitlich“ und „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ **gleichermaßen Verwaltungsrechtlichkeit** voraussetzen,⁸⁴ erfüllt die Aufrechnungserklärung diese Voraussetzung (vgl. → Rn. 42). 44

2. Hoheitlich bedeutet Einseitigkeit

Vertretbar ist es, dem Merkmal der Hoheitlichkeit einen über die Verwaltungsrechtlichkeit hinausgehenden Gehalt dergestalt beizumessen, dass eine behördliche Maßnahme nur hoheitlich ist, wenn sie **einseitig in einem Über-Unter-Ordnungs-Verhältnis** getroffen wird; eine auf einer Einigung zwischen Behörde und Bürger beruhende Maßnahme ist hiernach nicht hoheitlich.⁸⁵ Eine Aufrechnungserklärung setzt indes keine Einigung zwischen Behörde und Betroffenen voraus, weswegen die Hoheitlichkeit bei diesem Verständnis zu bejahen ist.⁸⁶ 45

3. Rechtliches Mehr der Behörde

Ferner kann vertreten werden, dass die **Maßnahme hoheitlich** ist, wenn sie **einseitig** ergeht und die gleiche Maßnahme **nicht auch von dem Empfänger** (unterstellt, er sei geschäftsfähig) gegenüber der handelnden Behörde **getroffen werden** 46

⁸² Das bedeutet auch, dass das Verhältnis der Benutzung öffentlicher Einrichtungen (die 2. Stufe der sog. Zweistufentheorie) privatrechtlich ausgestaltet sein kann (dazu auch *Erbguth/Guckelberger* AllgVerwR § 5 Rn. 14 und → 2. Teil Fall 1 Rn. 19).

⁸³ Vgl. *Gern/Ch. Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 1283, 1354.

⁸⁴ Vgl. → Rn. 5 und → Rn. 14.

⁸⁵ Vgl. → Rn. 7 insb. bei und in Fn. 21.

⁸⁶ Damit es besser nachvollziehbar wird, dass das Merkmal der Hoheitlichkeit sinnvollerweise so definiert wird, dass es mehr als bloße Einseitigkeit voraussetzt, soll es bei diesem Zwischenergebnis bleiben. Vgl. auch BVerwG Urt. v. 18.7.2012 – BVerwG 8 C 4.11, BVerwGE 143, 335 (345) = BeckRS 2012, 57991 Rn. 43: „Wesensmerkmal des Verwaltungsakts [ist es], dass die Behörde die Regelung einseitig, kraft ihrer Hoheitsmacht, trifft“; ähnlich Ehlers/Pünder AllgVerwR/Ruffert § 21 Rn. 17: „Hoheitlich sind solche Maßnahmen, die ein Träger öffentlicher Gewalt in Wahrnehmung seiner Zuständigkeit zu verbindlichem einseitigen Handeln trifft“; beide Quellen lassen vermuten, dass hoheitlich mehr bedeute als bloße Einseitigkeit. Oftmals fehlt es aber an einer schlüssigen Begriffsbildung (sinnbildlich insofern *Detterbeck* AllgVerwR Rn. 456: „die Aufrechnungserklärung [erfolgt] nicht subordinationsrechtlich, also nicht hoheitlich“).

könnte.⁸⁷ § 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG NRW, § 226 Abs. 1 AO ist nicht zu entnehmen, dass nur die Behörde mit Forderungen aus dem Kommunalabgabenverhältnis – worunter gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b KAG NRW, § 37 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 AO (abgedruckt) auch Erstattungsansprüche des Bürgers fallen – aufrechnen könnte. Insb. ist durch § 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG NRW, § 226 Abs. 1 AO auch eine Aufrechnung gegen die Ansprüche aus dem Kommunalabgabengesetz in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts möglich. Zwar ergibt eine entsprechende Anwendung des § 226 Abs. 3 AO, dass gegen die zuletzt genannten Forderungen nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen aufgerechnet werden kann. Doch zumindest gleichen sich Aufrechnungen mit solchen Forderungen. B hätte folglich genauso mit Wirkung nach § 389 BGB gegenüber D mit ihrer unbestrittenen Forderung aufrechnen können. Die Aufrechnung ist deshalb keine Maßnahme, die nur von der Behörde getroffen werden kann.⁸⁸ Hiernach fehlte es an der für die Annahme eines Verwaltungsakts notwendigen Hoheitlichkeit. (Dasselbe gölte, wenn keine fachrechtliche Verweisung auf die §§ 387 ff. BGB bestünde.)⁸⁹

4. Stellungnahme

- 47 Die ersten beiden Deutungen kommen zu dem Schluss, dass die Aufrechnungserklärung hoheitlich ist, mit der letzten ist sie nicht hoheitlich. Deshalb bedarf es einer weiteren Stellungnahme.
- 48 § 118 S. 1 AO (und § 35 S. 1 VwVfG) lautet im maßgeblichen Punkt (Hervorhebung hinzugefügt): „Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder **andere** hoheitliche Maßnahme“. Insb. der Begriff „Verfügung“ dient als Vorbild für die Hoheitlichkeit, sodass jedenfalls nicht alle öffentlichrechtlichen Maßnahmen zugleich hoheitlich sind, sondern nur solche, die einer Verfügung i. d. S. ähneln. Hoheitlich bedeutet demnach nicht bloß öffentlichrechtlich.⁹⁰
- 49 Darüber hinaus ist streng genommen jede Willenserklärung einseitig (auch wenn sie auf ein zweiseitiges Rechtsgeschäft gerichtet ist). Bedeutete „hoheitlich“ nur „einseitig“, würde § 118 S. 1 AO (und § 35 S. 1 VwVfG) den Begriff der Maßnahme

⁸⁷ So wird es auch hier vertreten (dazu → Rn. 8 bei und in Fn. 23).

⁸⁸ Die Behörde besitzt im Übrigen ein rechtliches Mehr gegenüber Privaten, mit **bestrittenen** Forderungen aufzurechnen (vgl. Klein/Rüsken, AO, 15. Aufl. 2020, § 226 Rn. 46). Damit lässt sich gut begründen, dass Aufrechnungen mit solchen Gegenforderungen hoheitlich sind. Man könnte jedoch ebenso annehmen, dass die Aufrechnung dennoch „ihrer Art nach“ auch durch den Bürger erfolgen kann und mithin die Hoheitlichkeit ablehnen (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens VwVfG § 35 Rn. 103 [Hervorhebung weggelassen]).

⁸⁹ Überzeugend Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens VwVfG § 35 Rn. 138 ff.

⁹⁰ Das wird davon gestützt, dass sich die Formulierung des heutigen § 35 S. 1 VwVfG (ausweislich BT-Drs. 7/910, 57) an § 25 Abs. 1 der Verordnung Nr. 165 der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet betreffend die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (VBl. für die Britische Zone 1948, 263 [265]) anlehnt, mithin an eine Vorschrift, die in ihrer Verwaltungsaktsdefinition das Wort „hoheitliche“ nicht, die Wendung „auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts“ aber sehr wohl enthielt. Die amtliche Begründung zum VwVfG schweigt aber dazu, was mit der Abweichung zu diesem Vorbild der Verwaltungsaktsdefinition erreicht werden sollte. Die Gesetzesbegründung rückt den Begriff „hoheitliche Maßnahme“ vielmehr in den Zusammenhang zu Maßnahmen im „sog. Betriebsverhältnis“ eines „besonderen Gewaltverhältnis[ses]“ (BT-Drs. 7/910, 57), was die Definition der Hoheitlichkeit eher verunklart als erhellt. Zum Verhältnis der Merkmale „hoheitliche“ Maßnahme und Regelung „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ (von denen – wenn überhaupt – das letztere obsolet ist, „hoheitlich“ also in jedem Falle eine bestimmte Unterart von Öffentlichrechtlichkeit markiert) → Rn. 5 ff. und → Rn. 13 ff.