

JURA

JURISTISCHE AUSBILDUNG

Herausgeber
 Dagmar Coester-Waltjen
 Dirk Ehlers
 Klaus Geppert
 Jens Petersen
 Helmut Satzger
 Friedrich Schoch
 Klaus Schreiber

Aufsätze

»Versprechungen« der Verwaltung –

Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen

Von Prof. Dr. Timo Hebel, Potsdam und Wiss. Mit. Björn Schäfer, Gießen

Im deutschen Verwaltungsrecht gibt es unterschiedliche Arten von behördlichen Erklärungen, die hier unter der – nicht rechtstechnisch, sondern deskriptiv zu verstehenden – Bezeichnung »Versprechungen der Verwaltung« zusammengefasst und im Einzelnen dargestellt werden. Das gemeinsame Moment dieser behördlichen Erklärungen besteht darin, dass die Verwaltung zwar bereits gegenwärtig handelt, dieses Handeln aber – zumindest wenn man es im größeren Kontext betrachtet – noch nicht abschließend ist, sondern auf weiteres Tätigwerden in der Zukunft gerichtet ist und dieses zukünftige Tätigwerden entweder vorbereitet, teilweise bereits regelt oder sonstwie beeinflusst. Rechtlich können diese behördliche Erklärungen sehr unterschiedlich zu bewerten sein.

I. Zusage und Zusicherung

Fall 1: A ist Schreiner und bewohnt mit seiner Familie ein Einfamilienhaus in einem reinen Wohngebiet. Weil er immer wieder Aufträge aus seiner Nachbarschaft bekommt, möchte er eine kleine Schreinerei auf dem Nachbargrundstück eröffnen. Da er sich nicht sicher ist, ob dies bauplanungsrechtlich dort zulässig ist, fragt er bei der zuständigen Behörde nach. Diese erklärt A, dass dafür zwar eine Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB i. V. m. § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO erforderlich sei, auf Antrag von A sichert die Behörde die Erteilung der Ausnahme aber schriftlich zu. Nachdem mittlerweile über ein Jahr vergangen ist, beantragt A die Erteilung der Baugenehmigung. Diese wird ihm versagt, weil man inzwischen der Ansicht ist, dass eine Schreinerei dort bauplanungsrechtlich nicht zulässig ist. A legt erfolglos Widerspruch ein, woraufhin er Klage beim Verwaltungsgericht einreicht.

Frage 1: Wie wird dieses entschieden?

Frage 2: Kann die Behörde die Bindungswirkung der Zusicherung beseitigen?

Anders als die Zusicherung in § 38 VwVfG hat die Zusage keine Regelung in den Verwaltungsgesetzen von Bund und Ländern erfahren. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei ihr um eine von der Behörde abgegebene »hoheitliche Selbstverpflichtung mit Bindungswillen zu einem späteren Tun oder Unterlassen«². Maßgebliches Charakteristikum für die Annahme einer Zusage ist der Bindungswille der Behörde³. Fehlt es am erforderlichen Willen zur Selbstverpflichtung, liegt bloß eine sog. behördliche Auskunft vor⁴. Die Zusicherung wiederum stellt einen Unterfall der Zusage dar⁵, denn nach § 38 Abs. 1 VwVfG hat diese die behördliche Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt zu erlassen bzw. zu unterlassen, zum Inhalt.

1. Rechtsnatur

Ob es sich bei der Zusage und der Zusicherung selbst um einen Verwaltungsakt handelt, war schon vor Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Jahr 1977 umstritten und bis heute ist keine einheitliche Linie in der Beurteilung dieser Frage in Recht-

sprechung⁶ und Literatur⁷ erkennbar, wobei jedoch eine Tendenz in Richtung der Einordnung als Verwaltungsakt geht. Bei der Zusage und Zusicherung ist vor allem umstritten, ob das Tatbestandsmerkmal »Regelung« gem. § 35 S. 1 VwVfG erfüllt ist. Unter Regelung versteht man eine rechtsverbindliche Anordnung der Behörde, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist⁸. Wählt die Behörde das Mittel der Zusicherung, so hat sie den Willen, dem Betroffenen gegenüber rechtsverbindlich festzustellen, dass ein bestimmter späterer Verwaltungsakt erlassen bzw. unterlassen werden soll. In der Begründung dieses Anspruchs liegt die Regelung⁹. Für die Einordnung der Zusicherung als Verwaltungsakt spricht auch ihre Normierung im systematischen Zusammenhang mit der Regelung des Verwaltungsaktes innerhalb des Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁰. Durch § 38 Abs. 2 VwVfG wollte der Gesetzgeber ferner keine Entscheidung über die Rechtsnatur der Zusicherung treffen, sondern lediglich verschiedene Einordnungsmöglichkeiten offenhalten¹¹. Qualifiziert man den Spezialfall der Zusicherung als Verwaltungsakt, so muss dies auch für den Oberbegriff der Zusage gelten¹². Regelungsgegenstand ist in diesem Fall nicht der Erlass bzw. die Unterlassung eines Verwaltungsaktes, sondern jede andere Verwaltungs-

- 1 Die Lösung von Fall 1 erfolgt erst am Ende von Gliederungspunkt I.
- 2 BVerwGE 26, 31 (36); MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 9, Rdn. 59; DETTERBECK, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2009, Rdn. 517.
- 3 MAURER (Fn. 2) § 9, Rdn. 59; STORR/SCHRÖDER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, Rdn. 177; JACHMANN/DRÜEN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rdn. 96.
- 4 KOPP/RAMSAUER, Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar, 10. Auflage 2008, § 38 Rdn. 10.
- 5 TIEDEMANN, in: Bader/Ronellenfitsch, Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar, 2010, § 38, Rdn. 1.
- 6 Oftmals wird diese Frage offen gelassen, so z. B. BVerwGE 97, 323 (326); OVG NW, NWVBl. 1988, 49 (51); für die Einordnung der Zusicherung als Verwaltungsakt BVerwG, NVwZ 1986, 1011 (1012); BVerwG, NVwZ 2003, 997 (997); für die Zusage SächsOVG, SächsVBl. 2001, 142 (144); VGH BW, NVwZ 1991, 79 (80).
- 7 Die Verwaltungsakteigenschaft bejahen KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 2; U. STELKENS, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2008, § 38, Rdn. 29; HENNEKE, in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar, 9. Auflage 2010, § 38, Rdn. 21; SCHWARZ, in: Fehling/Kastner, Handkommentar Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 38 VwVfG, Rdn. 5; verneinend ZIEKOW, Verwaltungsverfahrensgesetz-Kommentar, 2006, § 38, Rdn. 4; WOLFF/BACHOF/STOBER/KLUTH, Verwaltungsrecht, Bd. I, 12. Aufl. 2007, § 53, Rdn. 9; JAKOBS, JURA 1985, 234 (235); ERICHSEN, JURA 1991, 109 (110).
- 8 ZIEKOW (Fn. 7), § 35, Rdn. 24; IPSEN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rdn. 336; MAURER (Fn. 2), § 9, Rdn. 6.
- 9 U. Stelkens (Fn. 7), § 38, Rdn. 34.
- 10 Vgl. auch TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 2, 13.
- 11 Vgl. BT-Drs. 7/19, S. 559.
- 12 U. Stelkens (Fn. 7) § 38, Rdn. 32.

handlung, deren Erlass bzw. Unterlassung verbindlich festgesetzt werden soll. Zusicherung und Zusage stellen daher Verwaltungsakte i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG dar.

2. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Fall 2: C hat ein Grundstück in der Gemeinde G erworben, um dort ein Einfamilienhaus zu errichten. Allerdings sind seine Vorstellungen von seinem Haus ohne eine Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB nicht in Einklang mit den Vorgaben des Bebauungsplanes zu bringen. Er geht daher zum zuständigen Bauamt und fragt nach, ob diese Befreiung erteilt werden könne. Der zuständige Sachbearbeiter sagt, dass er sich nicht vorstellen könne, dass etwas gegen die Befreiung spräche und Befreiungen in diesem Umfang bisher in G immer erteilt wurden. Daraufhin lässt C den Plan für das Haus nach seinen Vorstellungen anfertigen. Als er die Baugenehmigung einschließlich der Befreiung beantragt, wird dies abgelehnt. C besteht auf Erteilung der Genehmigung und führt an, dass die Befreiung ihm einst verbindlich zugesichert worden sei. Stimmt seine Einschätzung?

Definitionsgemäß haben sowohl die Zusicherung als auch die Zusage die gemeinsame Voraussetzung, dass die Behörde mit ihrer Erteilung beabsichtigt, sich selbst rechtlich binden zu wollen¹³. Der Bindungswille muss unzweideutig zum Ausdruck gebracht worden sein. So reicht es nicht, wenn ein Beamter bloß bekundet, dass er einem Antrag wohlwollend gegenüberstehe¹⁴. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet es ferner für die Annahme einer Zusicherung nicht für ausreichend, wenn in einem Schriftsatz an das Gericht mitgeteilt wird, dass die begehrte Genehmigung in Kürze erteilt werde¹⁵. Neben dem Willen zur rechtlichen Bindung verlangt § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG für die Wirksamkeit einer Zusicherung weiterhin, dass diese von der zuständigen Behörde schriftlich erlassen wird. Zuständig für den Erlass der Zusicherung ist die Behörde, die für die Erteilung bzw. Unterlassung des späteren Verwaltungsaktes sachlich und örtlich zuständig wäre¹⁶. § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG setzt nicht voraus – entgegen einer früheren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁷ –, dass die Zusicherung von einem Bediensteten der Behörde gegeben wurde, der aufgrund seiner Stellung zu solchen Erklärungen befugt ist¹⁸. Dem Wortlaut der Regelung kann nicht entnommen werden, dass zur Ermittlung der Zuständigkeit auch auf die behördeninterne Zuständigkeitsordnung abzustellen ist. Typischerweise schlägt die verwaltungsinterne Organisationsstruktur nicht auf das Außenverhältnis zwischen Staat und Bürger durch¹⁹. Gleiches gilt für den Bereich des Kommunalrechtes. Auch hier kommt es nicht darauf an, dass das nach Kommunalverfassungsrecht zur Sachentscheidung berufene Organ gehandelt hat²⁰. Handelt jedoch ein Amtswalter, der gesetzlich nicht zur Außenvertretung befugt ist, ist die Zusicherung unwirksam²¹. Für die Wahrung der Schriftform muss die Zusicherung die erlassende Behörde erkennen lassen und eine Unterschrift oder Namenswiedergabe enthalten²². Eine E-Mail erfüllt diese Voraussetzungen nicht; für den digitalen Datenverkehr sind vielmehr die Anforderungen des § 3 a Abs. 2 VwVfG zu erfüllen, wonach das elektronische Dokument insbesondere mit einer elektronischen Signatur versehen sein muss. Die Schriftform sorgt für Rechtssicherheit und lässt Zweifel hinsichtlich des erforderlichen Bindungswillens leichter klären. Eine Zusicherung, die von einer unzuständigen Behörde gegeben wurde, ist gem. § 38 Abs. 2 S. 1 i. V. m. Abs. 1 S. 1 VwVfG nichtig und unwirksam²³; gleiches gilt für die mündliche Erteilung der Zusicherung. Auch die allgemeine Zusage ist, wenn sie von der unzuständigen Behörde erlassen wurde, unwirksam²⁴.

Ist vor Erlass des späteren Verwaltungsakts die Anhörung Beteiligter oder die Mitwirkung einer anderen Behörde erforderlich, so darf gem. § 38 Abs. 1 S. 2 VwVfG die Zusicherung auch erst nach der erfolgten Anhörung bzw. der Behördenmitwirkung erteilt werden. Anhörungs- und Mitwirkungsrechte können sich aus allen für den zugesicherten Verwaltungsakt geltenden

Rechtsnormen ergeben²⁵. Ein Verstoß gegen die Anhörungs- und Beteiligungspflicht hat – anders als ein Verstoß gegen Zuständigkeitsregelungen und die Schriftform – nicht die Unwirksamkeit der Zusicherung zur Folge, sondern ist gem. § 38 Abs. 2 VwVfG nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 44 ff. VwVfG zu behandeln. Insbesondere kommt im Falle eines Verstoßes gegen § 38 Abs. 1 S. 2 VwVfG eine Heilung gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 VwVfG in Betracht. Auf § 45 Abs. 1 Nr. 1 und 2, §§ 46, 47, 50 und 51 VwVfG verweist § 38 Abs. 2 VwVfG nicht ausdrücklich, dennoch sollen sie nach überwiegender Ansicht entsprechend anwendbar sein²⁶. Eine rechtswidrig gegebene Zusicherung kann gem. § 38 Abs. 2 VwVfG nach den Regeln des § 48 VwVfG zurückgenommen oder gem. § 49 VwVfG widerrufen werden. Rechtsfolge der Rücknahme bzw. des Widerrufs ist dann aber auch unter den Voraussetzungen der § 48 Abs. 3 und § 49 Abs. 6 VwVfG der Ersatz eines möglicherweise entstandenen Vertrauensschadens. Ob die Zusicherung materiell rechtswidrig ist, entscheidet sich grundsätzlich nach den für den zugesicherten Verwaltungsakt geltenden Vorschriften des Besonderen Verwaltungsrechts²⁷.

Lösung Fall 2: Bei der Erteilung der Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB handelt es sich um einen Verwaltungsakt²⁸, so dass in diesem Fall eine Zusicherung gem. § 38 VwVfG gegeben sein könnte, aus der sich der geltend gemachte Anspruch ergibt. Für die Annahme einer wirksamen Zusicherung fehlt es hier schon am Bindungswillen der Behörde. Die bloße Angabe, dass man »sich die Erteilung der Befreiung vorstellen könne«, oder »das dies bisher immer so gehandhabt worden sei«, lassen nicht auf einen klaren Willen zur Selbstverpflichtung der Behörde schließen. Ferner hätte die Zusicherung gem. § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG schriftlich gegeben werden müssen. Vielmehr handelt es sich vorliegend um eine unverbindliche Auskunft²⁹.

3. Änderung der Sach- oder Rechtslage

Fall 3: B ist Regierungsoberrat bei einem Regierungspräsidium und wartet dort schon länger auf seine Beförderung zum Regierungsdirektor. Diese wurde ihm schließlich von der zuständigen Stelle vor einem halben Jahr schriftlich zum Jahreswechsel zugesichert. Aufgrund der desolaten Haushaltslage des Bundeslandes, in dessen Dienst B steht, die erst nach der Zusicherung vollends bekannt wurde, wurde eine Haushaltssperre erlassen. B wurde daraufhin mitgeteilt, dass man sich dadurch nicht mehr an die Zusicherung gebunden fühle und die Beförderung vorerst nicht stattfinden könne. B besteht indes auf der Beförderung. Ist ein entsprechender Anspruch gegeben?

13 BVerwGE 128, 87 (90); OVG Berlin, NVwZ 1986, 579 (579); HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 5.

14 ERICHSEN, JURA 1991, 109 (110).

15 BVerwGE 74, 15 (17 f.).

16 HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 12; U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 62; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 22; SCHWARZ (Fn. 7), § 38, Rdn. 26.

17 BVerwGE 26, 31 (36); 53, 163 (166); 63, 110 (113).

18 HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 12; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 18; a. A. GUCKELBERGER, DÖV 2004, 357 (359 f.).

19 TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 17.

20 ERICHSEN, JURA 1991, 109 (111); HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 12.

21 TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 18.

22 HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 13.

23 KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 21.

24 HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 35; ERICHSEN, JURA 1991, 109 (111 f.).

25 KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 25 ff.

26 U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 83 f.; TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 37, 40; HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 30; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 32; ZIEKOW (Fn. 7), § 38, Rdn. 11.

27 TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 29; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 23.

28 LÖHR, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch-Kommentar, 11. Auflage 2009, § 31, Rdn. 3.

29 In bestimmten Fällen kann eine rechtswidrig erteilte Auskunft jedoch Schadensersatzansprüche begründen; siehe dazu MAURER (Fn. 2), § 9, Rdn. 62.

Die Bindungswirkung der Zusicherung entfällt gem. § 38 Abs. 3 VwVfG, wenn sich nach Abgabe der Zusicherung die Rechts- oder Sachlage derart geändert hat, dass die Behörde bei Kenntnis der nachträglich eingetretenen Änderung die Zusicherung nicht gegeben hätte oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen. Diese sog. *clausula rebus sic stantibus* trägt dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben Rechnung, dass Parteien dann nicht mehr aneinander gebunden sein sollen, wenn – übertragen auf den Fall der Zusicherung – die Grundlage des behördlichen Bindungswillens entfallen ist. Der Wille zur Selbstverpflichtung seitens der Behörde ist, wie oben dargelegt, ein Definitionsmerkmal der Zusicherung. Entfällt dessen Grundlage, entfällt der Wille und mit ihm die Zusicherung. § 38 Abs. 3 VwVfG erklärt zur alleinigen Basis des behördlichen Willens die Sach- und/oder Rechtslage, vor deren Hintergrund die Zusicherung gegeben wurde. Um von einer veränderten Sachlage ausgehen zu können, müssen sich Tatsachen, die der Zusicherung nach dem für sie geltenden Recht zugrunde gelegt wurden bzw. werden mussten, geändert haben³⁰. Dazu gehören auch Tatsachen, die im Rahmen der Ermessenserwägungen eine Rolle gespielt haben³¹. Eine veränderte Verwaltungspraxis gehört nicht dazu³²; Sinn und Zweck der Zusicherung ist es gerade, die Behörde an ihren Willen zu binden. Diese Bindung darf sie nicht durch eine allgemeine Willensänderung auflösen können. Die Veränderung der Rechtslage verlangt die Änderung der für die Zusicherung im Einzelfall maßgeblichen Rechtsnormen. Eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung fällt nicht darunter³³. Über die veränderte Sach- oder Rechtslage hinaus muss diese Änderung aber auch in der Weise erheblich sein, dass die Behörde bei deren Kenntnis die Zusicherung nicht gegeben hätte (1. Fall) oder aus rechtlichen Gründen nicht hätte geben dürfen (2. Fall). Für den 2. Fall bedeutet dies, dass die Zusicherung vor allem deshalb nicht mehr gegeben werden durfte, weil der zugesicherte Verwaltungsakt aufgrund der nunmehr vorhandenen Sachlage bzw. dem nun geltenden Recht nicht erlassen werden darf³⁴. Für den 1. Fall verlangt der Wortlaut von § 38 Abs. 3 VwVfG anders als im 2. Fall jedoch zusätzlich eine hypothetische Kausalität, d. h. es ist danach zu fragen, ob die Behörde bei Vorliegen der neuen Tatsachen- und/oder Rechtslage im Zeitpunkt der Erteilung der Zusicherung diese trotzdem gegeben hätte³⁵. Maßgeblich für die Beurteilung ist dabei nicht der hypothetische subjektive Wille des handelnden Amtsträgers, sondern ein objektiver Maßstab. Dieser hat sich am Sinn und Zweck der Rechtsätze, deren Vollzug oder Wahrung der zugesicherte Verwaltungsakt dient, zu orientieren; bei einer Rechtsänderung können auch die Gründe für diese Änderung herangezogen werden³⁶.

Sind die Voraussetzungen des Abs. 3 in einem Fall gegeben, so entfällt die Bindungswirkung schon kraft Gesetzes. Es bedarf keinerlei weiterer Akte der Behörde, insbesondere braucht die Zusicherung nicht zurückgenommen oder widerrufen werden³⁷. Unter bestimmten Umständen kommt aber eine Anpassung der Zusicherung an die veränderte Rechts- und/oder Tatsachenlage in Betracht³⁸.

Lösung Fall 3: Ein Anspruch auf Beförderung könnte sich aus der Zusicherung ergeben. Bei der Beförderung handelt es sich um einen Verwaltungsakt, so dass eine Zusicherung i. S. d. § 38 VwVfG gegeben ist. Allerdings könnte die Bindungswirkung der Zusicherung gem. § 38 Abs. 3 VwVfG entfallen sein. Eine Änderung der Haushaltslage wird als Änderung der Sachlage angesehen³⁹. Mangels vorhandener Planstelle konnte die Zusicherung bei (fiktivem) Vorliegen der Haushaltssperre im Erlasszeitpunkt aus rechtlichen Gründen auch nicht gegeben werden. Insofern entfällt die Bindungswirkung der Zusicherung gem. § 38 Abs. 3 VwVfG. B hat daher keinen Anspruch auf Beförderung.

4. Allgemeine Zusage

Fall 4: D ist Informatiker und möchte sich durch die Gründung eines kleinen Unternehmens selbstständig machen. Weil ihm jedoch die finanziellen Mittel fehlen, beantragt er beim Bundeswirtschaftsministerium eine Subvention. Daraufhin wird ihm die Gewährung eines Darlehens in Form eines Vertrages zugesagt. Die Zusage ist mit der Auflage verbunden, dass D binnen drei Monaten dem Ministerium ein Unternehmenskonzept vorlegt. Dem kommt D nicht nach. Kann sich die Behörde von der Zusage lösen oder ist sie zum Abschluss des Darlehensvertrages verpflichtet?

Hinsichtlich der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zusagen, d. h. Zusagen, die sich nicht auf den späteren Erlass bzw. die Unterlassung eines Verwaltungsaktes beziehen, sondern in der die Behörde z. B. die Vornahme eines Realaktes verspricht, ist streitig, ob die Regelungen des § 38 VwVfG zu analoger Anwendung kommen können. Dies soll jedenfalls dann möglich sein, wenn die Verwaltungsmaßnahme im Zusammenhang mit dem Erlass eines Verwaltungsaktes steht⁴⁰. Im Übrigen wird die analoge Anwendung weitestgehend abgelehnt⁴¹, vielmehr sei auf die allgemeinen Rechtsgedanken des Verwaltungsrechts zurückzugreifen⁴², die schon vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes für Zusagen Geltung beansprucht hätten. Begründet wird dies damit, dass die für die Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke nicht auffindbar sei⁴³.

Mit § 38 VwVfG wollte der Gesetzgeber nur die Zusage von Verwaltungsakten regeln, die Behandlung der allgemeinen Zusage aber Rechtsprechung und Literatur überlassen. Auch wenn man eine entsprechende Anwendung von § 38 VwVfG ablehnt, so führt dies nicht zu einer grundsätzlich anderen rechtlichen Beurteilung der Zusage verglichen mit der Zusicherung, da in der Norm größtenteils die schon geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätze normiert wurden⁴⁴. Allein das Schriftformerfordernis in § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG geht darüber hinaus. Für die Zusage ist es daher keine Wirksamkeitsvoraussetzung⁴⁵.

Fraglich ist schließlich, ob für den Bereich der Zusage ein allgemeiner Rechtsgrundsatz existiert, der im Rahmen der Zuständigkeit auch die behördeninterne Zuständigkeit zur Voraussetzung einer wirksamen Zusage macht. Die Rechtsprechung verlangte dies regelmäßig schon vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes und veränderte diese Rechtsprechung auch im Nachhinein nicht⁴⁶; ferner bestand im Erlasszeitpunkt kein ge-

30 BVerwGE 97, 323 (330); U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 106; TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 49; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 42; SCHWARZ (Fn. 7), § 38, Rdn. 51; ZIEKOW (Fn. 7), § 38, Rdn. 12.

31 KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 37.

32 TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 44; a. A. OVG Lüneburg, NJW 1977, 74 (74); NdsOVG, NVwZ-RR 1994, 12 (12).

33 KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 37.

34 HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 34; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 40.

35 U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 104; BAUMEISTER, DÖV 1997, 229 (231 f.); GUCKELBERGER, DÖV 2004, 357 (362); ZIEKOW (Fn. 7), § 38, Rdn. 13; SCHWARZ (Fn. 7), 38, Rdn. 53 f.

36 HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 33; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 39.

37 BVerwGE 97, 323 (330); U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 106; TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 49; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 42; SCHWARZ (Fn. 7), § 38, Rdn. 55.

38 TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 51; KOPP/RAMSAUER (Fn. 4), § 38, Rdn. 43.

39 OVG Berlin, JZ 2005, 672 (675); U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 100.

40 BVerwGE 97, 323 (331); HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 35; U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 47; ERFMEYER, DVBl. 1999, 1625 (1632).

41 U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 45; HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 35.

42 VGH BW, NVwZ 1990, 892 (893); HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 35.

43 TIEDEMANN (Fn. 5), § 38, Rdn. 12; ERICHSEN, JURA 1991, 109 (111); a. A. ERFMEYER, DVBl. 1999, 1625 (1630 f.).

44 ERICHSEN, JURA 1991, 109 (111).

45 BVerwG, NVwZ 1996, 1219 (1219); KREBS, VerwArch 69 (1978), 85 ff.; ERICHSEN, JURA 1991, 109 (111).

46 BVerwGE 26, 31 (36); 53, 163 (166); 63, 110 (113); BVerwG, NVwZ 1996, 1219 (1219).

setzgeberischer Wille, der die Übertragung der Voraussetzungen der Zusicherung auf die Zusage verlangte, wodurch diese Voraussetzung entfallen würde (s. o.). Dennoch ist nicht ersichtlich, wieso hier eine unterschiedliche Behandlung erfolgen soll. Grundsätzlich spielt die Behördenorganisation im Außenverhältnis keine Rolle. Ferner kommt es aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu einer Ungleichbehandlung von Zusagen, die im Zusammenhang mit der Erteilung einer Zusicherung ergehen, und solchen, die allein für sich gegeben werden. Für erstere soll § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG analog angewendet werden⁴⁷, wodurch es nur auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit ankäme; für letztere wäre zusätzlich noch auf die verwaltungsinterne Zuständigkeit abzustellen. Eine derartige Differenzierung entbehrt einer logischen Begründung.

Lösung Fall 4: D wurde der Abschluss eines Darlehens in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zugesagt. In diesem Fall findet die Regelung des § 38 VwVfG keine Anwendung. Aber auch bei der allgemeinen Zusage handelt es sich um einen Verwaltungsakt, auf den die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar sind. Im vorliegenden Fall kann das Ministerium die Zusage gem. § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG widerrufen, weil D die Auflage nicht innerhalb der Frist erfüllt hat. In diesem Fall ist es nicht mehr zum Abschluss des Darlehensvertrages verpflichtet.

5. Rechtsschutzfragen

Verwaltungsprozessual sind hinsichtlich einer Zusage oder Zusicherung verschiedene Konstellationen denkbar. Wird die Erteilung einer Zusage oder Zusicherung angestrebt, so kommt es zunächst auf deren rechtliche Einordnung an. Sieht man in beiden, wie hier vertreten, Verwaltungsakte, so ist nach Ablehnung der Erteilung zunächst ein Widerspruchsverfahren nach § 68 Abs. 2, 1 S. 1 VwGO und im Falle der Erfolglosigkeit Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 2. Fall VwGO zu erheben. Lehnt man die Verwaltungsaktqualität ab, so erfolgt die gerichtliche Erzwingung im Wege der allgemeinen Leistungsklage, die einen zuvor bei der Behörde gestellten Antrag auf Erlass der Zusicherung voraussetzt⁴⁸. Wird dieser Antrag durch Verwaltungsakt abgelehnt, ist die Leistungsklage mit einer Anfechtungsklage gem. § 42 Abs. 1 1. Fall VwGO nach erfolglos durchgeführtem Vorverfahren zu verbinden. Entsprechendes gilt für die Zusage.

Wird die Durchsetzung des zugesicherten Verwaltungsaktes begehrt, so ist zunächst Verpflichtungswiderspruch, danach Verpflichtungsklage zu erheben, wobei sich der Anspruch aus der Zusicherung selbst ergibt⁴⁹. Wurde eine nicht auf einen Verwaltungsakt bezogene Maßnahme zugesagt, ist nach einem entsprechenden Antrag eine allgemeine Leistungsklage, die ggf. wieder mit einer Anfechtungsklage zu verbinden ist, zu erheben. Sicher te die Behörde die Unterlassung eines Verwaltungsaktes zu und erlässt sie diesen dennoch, so ist dagegen die Anfechtungsklage (nach Widerspruch) statthaft. Wurde die Unterlassung einer anderen Maßnahme zugesagt, ist dagegen die allgemeine Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage zu erheben.

In einer Dreierkonstellation kann der belastete Dritte mit Anfechtungswiderspruch und -klage gegen die Zusage der Verwaltungsmaßnahme und die Zusicherung des Verwaltungsaktes vorgehen, wenn er in einer Anhörungs- und/oder Mitwirkungspflicht verletzt wurde bzw. wenn ihm ein sonstiges subjektiv-öffentliches Recht zusteht oder die unzuständige Behörde gehandelt hat⁵⁰. So kann z. B. im Baurecht der Nachbar gegen die Zusicherung einer Baugenehmigung vorgehen, durch die dem Begünstigten eine Bebauung erlaubt wird, die die grundsätzlich drittschützenden Abstandsflächen⁵¹ nicht berücksichtigt. Die Zusicherung an den potenziell Drittbelasteten, einen bestimmten Verwaltungsakt zu unterlassen, kann der potenziell Begünstigte mit der Anfechtungsklage angreifen.

Lösung Fall 1, Frage 1: A begehrt die Erteilung der Baugenehmigung. Dies kann er mit der Verpflichtungsklage erreichen. Der für die

Begründetheit der Klage erforderliche Anspruch auf Genehmigungserteilung ergibt sich aus den entsprechenden Vorschriften der Landesbauordnungen. Danach ist die Genehmigung zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen. Vorliegend könnte die Errichtung der Schreinerei bauplanungsrechtlich unzulässig sein, da ein derartiges Vorhaben in einem reinen Wohngebiet auch durch die Erteilung einer Ausnahme gem. § 31 Abs. 1 BauGB i. V. m. § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO unzulässig ist, da es sich vorliegend um einen störenden Handwerksbetrieb handelt, der zudem nicht der täglichen Bedarfsdeckung dient. Allerdings wurde dem A die Erteilung der Ausnahme wirksam zugesichert⁵². Die Zusicherung ist nicht gem. § 38 Abs. 2 VwVfG i. V. m. § 44 VwVfG nichtig; auch wurde sie nicht von der Behörde gem. § 38 Abs. 2 VwVfG i. V. m. § 48 VwVfG aufgehoben. Daher hat A einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung einschließlich der Erteilung der zugesicherten Ausnahme. Das Verwaltungsgericht wird die Behörde daher entsprechend verpflichten.

Frage 2: Gem. § 38 Abs. 2 VwVfG findet § 48 VwVfG auf die Zusicherung Anwendung. Die Behörde kann also eine rechtswidrige Zusicherung, wie vorliegend der Fall, zurücknehmen. Gem. § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG ist die Rücknahme bei neuer Tatsachenlage jedoch nur innerhalb eines Jahres ab Kenntniserlangung der neuen Tatsachen möglich. Hier hat sich die Tatsachenlage aber nicht geändert, ferner ist mittlerweile mehr als ein Jahr verstrichen. Die Behörde kann die Bindungswirkung der Zusicherung daher nicht mehr mittels Rücknahme beseitigen.

II. Mehrstufiges Verwaltungsverfahren

Vor allem für komplexe und langwierige Entscheidungsprozesse wurden gestufte Genehmigungsverfahren entwickelt. Durch die vorzeitige Genehmigung eines bestimmten Anlagenteils (Teilgenehmigung) oder der Vorabklärung einzelner Fragen der Gesamtgenehmigung (Vorbescheid) erhoffte sich der Gesetzgeber vor allem die Beschleunigung, Rationalisierung und Offenlegung des Verfahrens⁵³. Ferner soll der Antragssteller vor zu hohen Investitionsrisiken bewahrt werden⁵⁴.

1. Vorbescheid

Fall 5: Landwirt L besitzt schon einige Geflügelställe und möchte nun auch in die Eierproduktion einsteigen. Für die Errichtung eines neuen Stalles hat er schon ein seiner Ansicht nach geeignetes Gelände auserkoren. Er ist sich jedoch nicht sicher, ob der Stall an der vorgesehenen Stelle bauplanungsrechtlich zulässig ist und beantragt deshalb zur Beantwortung dieser Frage einen Vorbescheid bei der zuständigen Behörde. Der positive Bescheid wird L Ende 2007 erteilt. Als er im April 2009 schließlich die Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz beantragt, wird diese ihm mit dem Argument versagt, dass der Stall an der gewünschten Stelle gegen Bauplanungsrecht verstoße. Seinerzeit sei der Sachbearbeiter irrig davon ausgegangen, dass es sich um einen Außenbereich i. S. d. § 35 BauGB handle. Die vorhandene Bebauung sei zwar sehr »gestreut«, dennoch mache sie einen Ortsteil nach § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB aus und liege somit im Innenbereich. Da sich der Stall dort nicht i. S. v. § 34 Abs. 1 S. 1 BauGB einfüge, sei er an dieser Stelle unzulässig. Folglich könne die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht erteilt werden. Hat L dennoch einen Anspruch auf Genehmigungserteilung?

47 BVerwGE 97, 323 (331).

48 ERICHSEN, JURA 1991, 109 (112); HENNEKE (Fn. 7), § 38, Rdn. 23.

49 U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 17.

50 U. STELKENS (Fn. 7), § 38, Rdn. 18; SCHWARZ (Fn. 7), § 38, Rdn. 19.

51 Zum drittschützenden Charakter bauordnungsrechtlicher Abstandsflächen siehe KREBS, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Kapitel, 14. Aufl. 2008, Rdn. 242 mit weiteren Nachweisen.

52 Die Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB stellt einen Verwaltungsakt dar, vgl. LÖHR (Fn. 28), § 31, Rdn. 3.

53 SCHMIDT-ASSMANN, in: Festschrift für das Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 569 ff.; U. STELKENS, (Fn. 7), § 35, Rdn. 251; kritisch DIETLEIN/THIEL, DV 38 (2005), 211 (212).

54 RUFFERT, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 2005, § 20, Rdn. 59.

Der Vorbescheid findet sich sowohl im Immissionsschutz- und Atomrecht⁵⁵, als auch in den Bauordnungen der Länder. Gem. § 66 HessBauO kann auf Antrag zu einzelnen Fragen des Bauvorhabens, die im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind, ein schriftlicher Bescheid (Bauvorbescheid) erteilt werden. § 9 BImSchG eröffnet die Möglichkeit, dass durch Vorbescheid über einzelne Genehmigungsvoraussetzungen sowie über den Standort der Anlage entschieden werden kann, sofern die Auswirkungen der geplanten Anlage ausreichend beurteilt werden können und ein berechtigtes Interesse an der Erteilung eines Vorbescheides besteht. Der Vorbescheid sichert weder die Erteilung der späteren Genehmigung zu⁵⁶, noch genehmigt er einen Teil des Vorhabens, sondern legt einen Ausschnitt aus dem feststellenden Teil der Genehmigung im Voraus fest und erledigt diesen Teil mit definitiver Feststellungswirkung⁵⁷. So ist es z. B. möglich, dass durch Vorbescheid abschließend über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer baulichen Anlage entschieden werden kann⁵⁸. Rechtlich ist der Vorbescheid selbst als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG einzuordnen und entfaltet aufgrund dessen die dem Verwaltungsakt eigene Bindungswirkung gegenüber seinen Adressaten⁵⁹. Dies gilt im Gegensatz zur Zusicherung auch dann, wenn sich inzwischen die ihm zugrunde liegende Sach- und Rechtslage geändert hat⁶⁰. Dadurch ist die Genehmigungsbehörde bei der späteren Erteilung der Genehmigung an den feststellenden Teil des Bauvorbescheides gebunden, es sei denn, dass dieser nach den für Verwaltungsakte geltenden Regeln (§§ 48, 49 VwVfG) zwischenzeitlich aufgehoben wurde oder die Bindungswirkung auf andere Weise entfallen ist⁶¹.

Der Aufspaltung eines einheitlichen Genehmigungsverfahrens in einzelne Teilentscheidungen ist aber eine spezifische Unsicherheit stets immanent. Es wird ein einheitliches Gesamtprojekt in für sich selbstständige Teilakte aufgetrennt, die jedoch – weil es eben um ein- und dieselbe Genehmigungsentscheidung geht – funktional aufeinander bezogen sind⁶². Dadurch muss die Teilentscheidung notwendigerweise stets die Gesamtentscheidung mit bedenken; denn scheitert das Gesamtprojekt später an einer Genehmigungsvoraussetzung, so verkehrt sich die Funktion der Teilentscheidung, für Investitionssicherheit durch Rechtssicherheit zu sorgen, in ihr Gegenteil und sie ist zumindest nutzlos, wenn nicht gar schädlich. § 9 Abs. 1 BImSchG ordnet daher an, dass vor dem Erlass des Vorbescheides die Auswirkungen der Gesamtanlage beurteilbar sind und auch beurteilt werden. Streit besteht hinsichtlich der Frage, welchen Umfang und welche Bindungswirkung diese vorgezogene Gesamtbeurteilung auf die später zu erteilende Anlagengenehmigung hat. Im Immissionsschutzrecht wird hinsichtlich des Prüfungsumfanges auf die Regelung der Teilgenehmigung zurückgegriffen⁶³. Nach § 8 S. 1 Nr. 3 BImSchG kann eine Teilgenehmigung nur erteilt werden, wenn eine vorläufige Beurteilung ergibt, dass der Errichtung und dem Betrieb der gesamten Anlage keine von vorneherein unüberwindlichen Hindernisse im Hinblick auf die Genehmigungsvoraussetzungen entgegenstehen. Daran anschließend beinhaltet der immissionsschutzrechtliche Vorbescheid auch ein vorläufiges positives Gesamturteil über die Genehmigungsfähigkeit der Gesamtanlage. Die Bindungswirkung beschränkt sich auf den für die Gesamtanlage geltenden Prüfungsumfang⁶⁴. Ausdrücklich im Vorbescheid geäußerte Vorbehalte verhindern den Eintritt dieser Wirkung. Die Landesbauordnungen limitieren die Bindungswirkung des Vorbescheides in zeitlicher Hinsicht. So gilt dieser in Hessen gem. § 66 Abs. 1 S. 2 HessBauO für drei Jahre.

Lösung Fall 5: Gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist die Vereinbarkeit mit Bauplanungsrecht Voraussetzung für die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung⁶⁵. Daher wäre diese im genannten Fall zu versagen. Allerdings hat L die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit schon durch einen Vorbescheid bescheiden lassen. Dieser wurde auch nicht innerhalb des von § 48 Abs. 4 VwVfG vorgegebenen Zeitraums

zurückgenommen, so dass er für die Behörde im Zusammenhang mit der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz bindend ist. Unter Hinweis auf Bauplanungsrecht konnte L die Genehmigung nicht versagt werden. Er hat daher einen Anspruch auf Erteilung.

2. Teilgenehmigung

Fall 6: U plant die Erweiterung seines Betriebes und möchte dazu eine große Lagerhalle errichten. Da der Winter schon sehr nahe herangerückt ist, ist er sich im Klaren, dass er den Bau in diesem Jahr nicht mehr fertig stellen kann. Er möchte deshalb in diesem Jahr nur die Fundamente herstellen. Braucht er dafür trotzdem die »vollständige« Baugenehmigung?

Neben der Möglichkeit einen Vorbescheid zu erlassen, finden sich sowohl im Immissionsschutz- (§ 8 BImSchG) und Atomrecht (§ 7 Abs. 2 AtG) als auch im Bauordnungsrecht der Länder Regelungen, die einen Teil des Gesamtvorhabens mit endgültiger Wirkung genehmigen⁶⁶. Diese Teilgenehmigungen spalten das Genehmigungsverfahren nicht horizontal, sondern vertikal auf. Teilgenehmigungen sind Ausschnitte aus der Gesamtgenehmigung, die mit dieser auf einer Stufe stehen und sich von ihr nur durch den auf bestimmte Anlagenteile oder Bauabschnitte beschränkten Inhalt unterscheiden⁶⁷. Voraussetzung für die Erteilung einer Teilgenehmigung ist daher, dass das Vorhaben sachlich teilbar ist. So erlaubt § 67 Abs. 1 S. 1 HessBauO z. B. die Genehmigung einzelner Bauteile oder Bauabschnitte noch bevor die Gesamtgenehmigung ausgesprochen wird. Auch § 8 Abs. 1 BImSchG spricht von Anlagen oder Anlagenteilen. Ähnlich wie im Zusammenhang mit dem Erlass eines Vorbescheides muss auch die Bescheidung einzelner Genehmigungsteile auf das Gesamtvorhaben Rücksicht nehmen. So verlangt § 8 S. 1 Nr. 3 BImSchG ausdrücklich, dass eine vorläufige positive Gesamtbewertung der Gesamtanlage vor Erlass der Teilgenehmigung vorliegen muss. Aus § 8 S. 2 BImSchG lässt sich wiederum ableiten, dass dieser vorläufigen positiven Gesamtbewertung Bindungswirkung für weitere Teilgenehmigungen bzw. die Gesamtgenehmigung zukommt. Diese konkretisieren die vorläufige Bewertung und statten sie entsprechend ihrem Genehmigungsumfang mit endgültiger Bindungswirkung aus⁶⁸. Zwar ist die positive vorläufige Gesamtbewertung noch nicht endgültig bindend, dennoch entfällt die Bindungswirkung nach § 8 S. 2 BImSchG nur dann, wenn eine Änderung der Sach- oder Rechts-

55 Vgl. § 9 BImSchG, § 7 a AtG.

56 DIETLEIN/THIEL, DV 38 (2005), 211 (218 ff.).

57 BVerwG, NVwZ 1985, 341 (342); DIETLEIN, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht-Kommentar, Loseblatt, § 9 BImSchG, Rdn. 2; BUMKE, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2008, § 35, Rdn. 116.

58 WOLFF/BRINK, in: Bader/Ronellenfisch (Fn. 5), § 35, Rdn. 158.

59 BUMKE (Fn. 57), § 35, Rdn. 116; DIETLEIN/THIEL, DV 38 (2005), 211 (218).

60 BGHZ 96, 385 (389 f.); HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 116.

61 BUMKE (Fn. 57), § 35, Rdn. 116; MAURER (Fn. 2), § 9, Rdn. 63; SCHMIDT/KAHL, Umweltrecht, 7. Aufl. 2006, § 3, Rdn. 75.

62 BUMKE (Fn. 57), § 35, Rdn. 117.

63 SCHMIDT/KAHL (Fn. 61), § 3, Rdn. 74; DIETLEIN/THIEL, DV 38 (2005), 211 (229 ff.).

64 JARASS, Bundes-Immissionsschutzgesetz-Kommentar, 8. Auflage, München, 2010, § 9, Rdn. 17; SCHMIDT/KAHL (Fn. 61), § 3, Rdn. 75.

65 Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung entfaltet nach § 13 BImSchG Konzentrationswirkung (auch) im Hinblick auf die Baugenehmigung, d. h. letztere ist nicht gesondert einzuholen.

66 RUFFERT, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 54), § 20, Rdn. 60; ZIEKOW (Fn. 7), § 35, Rdn. 26; MAURER (Fn. 2), § 9, Rdn. 63 a; HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 114; WALLERATH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rdn. 74; BULL/MEHDE, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl. 2009, Rdn. 662.

67 Vgl. SCHMIDT/KAHL (Fn. 61), § 3, Rdn. 78.

68 BVerwG, DVBl. 1993, 734 (734 f.); HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 114; SCHWARZ (Fn. 7), § 38, Rdn. 12.

lage oder Einzelprüfungen im Rahmen späterer Teilgenehmigungen zu einer von der vorläufigen Gesamtbeurteilung abweichenden Beurteilung führen. Die Landesbauordnungen ermöglichen darüber hinaus, dass durch die Baugenehmigung weitere Anforderungen an die von der Teilgenehmigung schon erlaubten Bauteile oder Bauabschnitte gestellt werden⁶⁹. Insofern wird die Bindungswirkung der Teilgenehmigung zwar nicht bezüglich des »Ob« der Genehmigung, wohl aber im Rahmen des »Wie« durchbrochen.

Lösung Fall 6: Da es sich bei den Fundamenten um einen einzelnen und damit abtrennbaren Bauteil des Gesamtbauwerks handelt, benötigt U dafür keine »vollständige« Baugenehmigung, sondern kann eine Teilgenehmigung beantragen.

III. Vorläufiger Verwaltungsakt

Fall 7: Bauer B wurden in den Jahren 1976 und 1977 über einen Zeitraum von neun Monaten mehrere Beihilfen für die Verwendung von Magermilch und die Denaturierung von Magermilchpulver in Höhe von insgesamt 2 Mio. DM gewährt. Die Gewährung erfolgte jedoch ausweislich »unter dem Vorbehalt einer noch durchzuführenden Betriebsprüfung«. Diese ergab, dass die Beihilfeberechtigung für einen Teil des Magermilchpulvers nicht nachgewiesen war. Mit endgültigem Bescheid stellte die Behörde im Februar 1979 die Gesamtförderhöhe von 1,9 Mio. DM fest und forderte den überzahlten Betrag von B zurück. Dieser ist der Ansicht, dass zuvor eine Aufhebung des Bescheides nach § 48 VwVfG zu erfolgen habe und daher die Frist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG gelte, die aber bereits abgelaufen sei und einer Rückforderung entgegenstehe. Hat B Recht⁷⁰?

Eine besondere Art des Verwaltungsaktes stellt der vorläufige Verwaltungsakt dar. Als vorläufig wird der Verwaltungsakt deshalb bezeichnet, weil die sich aus dem Verwaltungsrechtsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten aufgrund einer zunächst summarischen Prüfung unter den Vorbehalt einer späteren endgültigen Entscheidung gestellt werden. Der vorläufige Verwaltungsakt ist selbst Verwaltungsakt i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG; er enthält die komplette Regelung des Sachverhaltes, diese ist lediglich durch die Vorläufigkeit temporalisiert⁷¹. Er eröffnet der Verwaltung die Möglichkeit, eine bestimmte Maßnahme zu veranlassen, etwa eine Geldleistung auszuführen, bindet sie aber noch nicht mit endgültiger Wirkung an die Regelung. Der Sinn und Zweck des vorläufigen Verwaltungsaktes wird darin gesehen, dass die Verwaltung in besonders dringlichen Situationen die geforderte Regelung erlassen kann, ohne aufgrund der verkürzten Prüfzeit nachteilig an diese gebunden zu werden⁷². Vorläufige Verwaltungsakte sind z. B. in § 11 GastG, § 20 PBefG und §§ 164, 165 AO geregelt. Durch den vorläufigen Verwaltungsakt wird ein Rechtsgrund geschaffen, der jedoch durch den Erlass des Endbescheides wieder »zurückgenommen« werden kann. Dafür ist jedoch keine Rücknahme oder Widerruf i. S. d. §§ 48, 49 VwVfG erforderlich, vielmehr wird der vorläufige Verwaltungsakt durch den endgültigen ersetzt und i. S. v. § 43 Abs. 2 VwVfG erledigt. Wurde also aufgrund eines vorläufigen Verwaltungsaktes z. B. ein verlorener Zuschuss⁷³ ausgezahlt, kann dieser im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches zurückverlangt werden. Der Vorteil und gleichzeitig auch die Problematik des vorläufigen Verwaltungsaktes werden u. a. darin gesehen, dass die Verwaltung im Rahmen der endgültigen Regelung nicht an die Anforderungen der Rücknahme- und Widerrufsvorschriften gebunden ist. Insbesondere muss die Behörde

nicht die Jahresfrist der §§ 48 Abs. 4 S. 1, 49 Abs. 2 S. 2 VwVfG beachten und keinen Vertrauensschaden nach den genannten Vorschriften erstatten. Ob der vorläufige Verwaltungsakt rechtlich überhaupt zulässig ist, ist umstritten. Sofern er auf einer besonderen gesetzlichen Grundlage basiert, stellen sich jedoch keine Probleme⁷⁴. Fraglich sind Fälle, in denen es an einer entsprechenden Grundlage fehlt. Dabei ist zwischen leistungsgewährenden und eingreifenden vorläufigen Bescheiden zu differenzieren. So sind diese im Falle der Leistungsgewährung zulässig, weil sie dem Bürger ein Mehr gewährleisten, als ihm im Zeitpunkt des Erlasses zusteht⁷⁵. Voraussetzung soll jedoch sein, dass die vorläufige Regelung als endgültige rechtmäßig wäre, d. h. ein »Anspruchsverdacht« begründet ist und dem Bürger das Warten auf die endgültige Entscheidung unzumutbar wäre⁷⁶. Im Bereich der Eingriffsverwaltung werden vorläufige Regelungen für weitestgehend unzulässig erachtet. Ein Eingriff sei nur bei Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale der Rechtsgrundlage rechtmäßig⁷⁷. Auch kann ein vorläufiger eingreifender Bescheid nicht mit der Figur des aus dem Polizeirecht bekannten Gefahrerforschungseingriffs, der zwar einen Eingriff bei Unsicherheit bzgl. des Vorliegens des Tatbestandes zulässt, der sich aber vom vorläufigen Verwaltungsakt insofern unterscheidet, als dass ihm keine endgültige Bescheidung folgt, für zulässig erklärt werden⁷⁸. Daneben kann der vorläufige Verwaltungsakt auch nicht als ein von der Rechtsgrundlage mit abgedecktes Minus qualifiziert werden⁷⁹. Vorläufige Verwaltungsakte sind dementsprechend nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung und im Bereich der Leistungsverwaltung unter den oben genannten Umständen zulässig.

Lösung Fall 7: Im vorliegenden Fall wurde der Verwaltungsakt ausdrücklich unter dem Vorbehalt einer Betriebsprüfung erteilt. Es handelt sich daher um eine vorläufige Regelung, die im Rahmen einer Subventionsbewilligung zulässig ist. Durch den Endbescheid wurde die vorläufige Regelung ersetzt. Insbesondere war keine Rücknahme nach § 48 VwVfG erforderlich, so dass die Behörde auch keine Rücksicht auf die Jahresfrist nehmen musste. Sie kann daher den überzahlten Betrag auf der Grundlage des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches zurückfordern, da für diesen mit dem Erlass des Endbescheides der durch den vorläufigen Verwaltungsakt zunächst gesetzte Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung entfallen war.

69 Vgl. § 67 Abs. 2 HessBauO.

70 Fall nach BVerwGE 67, 99 ff.

71 BVerwGE 67, 99 (103); SCHWARZ (Fn. 7), § 38, Rdn. 14; HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 121; a. A. ESCHENBACH, DVBl. 2002, 1247 (1251).

72 KÖNIG, BayVBl. 1989, 33 (38).

73 Zu diesem Begriff siehe etwa DETTERBECK (Fn. 2), Rdn. 52 ff.

74 KRESSEL, BayVBl. 1989, 65 (68); HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 119; MAURER (Fn. 2), § 9, Rdn. 63 b.

75 HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 122; vgl. auch MAURER (Fn. 2), § 9, Rdn. 63 b.

76 KEMPER, DVBl. 1989, 981 (982); KÖNIG, BayVBl. 1989, 33 (33).

77 HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 123.

78 MARTENS, NVwZ 1991, 1048 (1048); HENNEKE (Fn. 7), § 35, Rdn. 123; a. A. DI FABIO, DÖV 1991, 629 (637).

79 So aber ACHTERBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 1986, § 21, Rdn. 122.