

Sachverhalt

Der Senator für Wirtschaft der Freien und Hansestadt Hamburg hat im April 1993 auf der Grundlage eines entsprechenden Titels im Landeshaushalt ein Förderprogramm für die "Computerunterstützte Produktentwicklung" in innovativen Klein- und Mittelbetrieben beschlossen. Die Einführung von Hochleistungscomputern und die Nutzung von innovativer Software sollen durch verlorene Zuschüsse in Höhe von DM 200.000 - 300.000 erleichtert werden. Die Gelder sollen nach den dazu aufgestellten "Richtlinien" im Interesse der Beschleunigung ggf. auch auf Grund einer standardisierten "Bewilligung unter Vorbehalt" nach globaler Prüfung der Förderungswürdigkeit durch die Behörde zugeteilt werden. Eine endgültige Entscheidung soll in solchen Fällen erst später nach einer Kontrolle der Implementation des Programms durch ein Ingenieurbüro getroffen werden.

A, der ein kleines Spezialunternehmen für Fördertechnik besitzt, hat auf Grund einer solchen "Bewilligung unter Vorbehalt" vom 5.7.1993 (ohne Rechtsmittelbelehrung) einen Betrag in Höhe von DM 200.000 erhalten. Diesen verwendet er, wie im Antrag beschrieben, für die Anschaffung eines Computerprogramms, das Entwurf und Fertigung seiner Produkte flexibilisieren und beschleunigen soll. Dieses Programm, das ein bekanntes Ingenieurbüro für A entwickelt hat, erweist sich später bei der Kontrolluntersuchung, die die Behörde von einem anderen Ingenieurbüro durchführen läßt, als äußerst komplex, es kann deshalb von A's Personal nicht effizient eingesetzt werden. Das Ingenieurbüro legt in seinem "Gutachten" vom Dezember 1993 dar, daß das System für einen Betrieb dieser Größenordnung nicht optimal sei, was A aber nicht habe erkennen können, da es sich um ein ganz neues System handle, das sich in größeren Betrieben auch sehr bewährt habe. Unter Vorlage des "Gutachtens" erklärt die Behörde durch ein Schreiben vom 12.5.1994 die Bewilligung für "gegenstandslos" und fordert A auf, den Zuschuß innerhalb eines Monats zurückzuzahlen.

A will dies nicht hinnehmen. Er bestreitet die in dem Gutachten enthaltenen Schwierigkeiten nicht, ist aber der Auffassung, daß der Behörde hätte bekannt sein müssen, daß gerade die von ihr geförderten Programme im allgemeinen wie auch in seinem Fall nicht ganz frei von Risiken seien, da sie zum Teil noch experimentellen Charakter hätten. Dieses Risiko, dessen Ausmaß ihm selbst nicht bekannt gewesen sei, könne nicht einseitig auf ein innovatives Kleinunternehmen abgewälzt werden. Wenn er gewußt hätte, daß die Behörde den "Vorbehalt" soweit interpretieren würde, hätte er sich auf die Umstellung niemals eingelassen. A will gegen die Behörde im Klagewege vorgehen und bittet um ein Gutachten zur Rechtslage.

Hinweis zur Bearbeitung: A's tatsächliche Angaben sind als zutreffend zu unterstellen. Es ist davon auszugehen, daß zivilrechtliche Ansprüche gegenüber dem Lieferanten des Computersystems nicht bestehen. Europarechtliche Schranken der staatlichen Subventionierung von Unternehmen sind nicht zu prüfen.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Sachverhalt	II
Literaturverzeichnis.....	V
Falllösung	1
I. Zulässigkeit.....	1
A. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO.....	1
1. Rechtsstreitigkeit Öffentlich-Rechtlicher Art.....	1
2. Nichtverfassungsrechtlicher Art	1
3. Sonderzuweisung an ein anderes Gericht	2
B. Statthafte Klageart und klageartabhängige Sachurteils Voraussetzungen	2
1. Statthafte Klageart, § 42 I VwGO.....	2
a) Klageziel	2
b) Erlaß eines Verwaltungsakts.....	4
(1) Hoheitliche Maßnahme einer Behörde	4
(2) Regelung.....	4
(3) Einzelfall	5
(4) Außenwirkung	5
2. Erfolgloser Antrag bei der zuständigen Behörde.....	5
3. Erfolglosigkeit des Vorverfahrens, §§ 68 II, 73 VwGO	6
a) Vorverfahren, § 68 II	6
(1) Oberste Landesbehörde	6
(2) Ergebnis.....	6
b) Widerspruchsbescheid, § 73 I 3 VwGO	6
4. Klagefrist, § 74 VwGO.....	6
C. Klagebefugnis, § 42 II VwGO	7
1. Klagebefugnis	7
2. Beklagtenbefugnis, § 78 VwGO.....	7
D. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO	7
E. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen	7
II. Begründetheit	7
A. Rechtmäßigkeit des ablehnenden Verwaltungsakts.....	8
1. In Betracht kommende Ermächtigungsgrundlage.....	8
a) §§ 48 ff. VwVfG als Ermächtigung.....	8
(1) als Rücknahmevorbehalt	8
(2) als auflösende Bedingung.....	9
(3) als auflösende Befristung.....	9
(4) als Nebenbestimmung sui generis	10
(5) als VA sui generis.....	10
(6) Entscheidung	10
b) Titel im Landeshaushalt.....	12
2. Formelle Rechtmäßigkeit des Endverwaltungsakts	12
a) Zuständigkeit	12
b) Verfahren	12
c) Form, § 37 II 1 VwVfG	12
d) Begründung, § 39 VwVfG.....	12

3. Materielle Rechtmäßigkeit des Endverwaltungsakts	13
a) Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage.....	13
(1) Formelle Rechtmäßigkeit	13
(2) Materielle Rechtmäßigkeit	13
(i) Spezialgesetzliche Anforderungen	14
(ii) Grundrechtsschutz	14
(iii) Allgemeine Anforderungen	14
b) Vereinbarkeit von VA und Ermächtigungsgrundlage	16
(1) Vereinbarkeit mit dem Titel im Landeshaushalt	16
(2) Vereinbarkeit mit den Richtlinien	17
c) Bestimmtheit, § 37 I VwVfG.....	17
d) Möglichkeit der Erfüllung	18
(1) tatsächliche	18
(2) rechtliche	18
e) Verhältnismäßigkeit.....	18
(1) Eignung.....	18
(2) Erforderlichkeit.....	18
(3) Angemessenheit.....	18
f) Ermessensfehler, § 40 VwVfG, § 114 VwGO	18
(1) Nichtgebrauch.....	18
(2) Überschreitung	19
(3) Fehlgebrauch	19
(i) bezogen auf die Ermächtigungsgrundlage.....	19
(ii) bezogen auf Verwaltungsrecht	19
(iii) bezogen auf Grundrechte.....	19
(a) Abweichen von Richtlinien.....	20
(aa) Ermessensüberschreitung	21
(bb) Ermessensfehlgebrauch.....	21
(aaa) Wortlaut	21
(bbb) Zweckbindung.....	21
(☉) richtige Verwendung.....	22
(☉) Stärkung	23
(☉) Förderung	23
(b) Rechtfertigung der Sonderregelung	23
(4) Reduzierung auf Null	24
B. Verletzung subjektiver Rechte	24
C. Spruchreife der Entscheidung	24

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert Allgemeines Verwaltungsrecht
Lehrbuch
5. Auflage
C. F. Müller, Heidelberg 1984
- Azzola, Axel Alternativkommentar
Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepu-
blik Deutschland Band II
2. Auflage
Luchterhand, Reihe Alternativkommentare
Darmstadt 1989
- Bauer, Hartmut Der Gesetzesvorbehalt im Subventionsrecht in DÖV
1983, 53 (60)
- Bieback, Karl-Jürgen Anmerkungen zum Urteil des BSozG
(DVBl 1989, 449 (453)) in DVBl 1989, 453 (455)
- Bronnenmeyer, Helmut Der Widerruf rechtmäßiger, begünstigender Verwal-
tungsakte nach § 49 VwVfG
1. Auflage
Duncker und Humblot, Berlin 1994
zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 1993
- Eyermann, Erich
Fröhler, Ludwig Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
9. Auflage
C. H. Beck, München 1988
- Isensee,
Kirchhof, Paul Handbuch des Staatsrechts Band V
Allgemeine Grundrechtslehren
. Auflage
C. F. Müller, Heidelberg 1992
- Jarass, Hans-Dieter Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen in
NVwZ 1984, 473 (480)
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung
2. Auflage
Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen
Band II, Tübingen 1968
- Kemper, Klaus Der vorläufige Verwaltungsakt
1. Auflage
Nomos-Verlag, Baden-Baden 1990
zugl.: Münster, Univ., Diss., 1989

- Kemper, Klaus
Der vorläufige Verwaltungsakt
in DVBl 1989, 981 (988)
- Knack, Hans Joachim
Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
4. Auflage
Carl Heymanns-Verlag, Bonn 1994
- Kopp, Ferdinand J.
Vorläufiges Verwaltungsverfahren und vorläufiger
Verwaltungsakt
1. Auflage
Europäische Hochschulschriften
Reihe 2, Rechtswissenschaft
Frankfurt, 1992
zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 1991
- Kopp, Ferdinand J.
Verwaltungsakte unter Vorbehalt und sonstige vor-
läufige Verwaltungsakte
in DVBl 1989, 238 (242)
- Kopp, Ferdinand O.
Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
9. Auflage
C. H. Beck, München 1992
- Kopp, Ferdinand O.
Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
5. Auflage
C. H. Beck, München 1991
- Krämer, Erwin
Schmidt, Jürgen
Zuwendungsrecht und Zuwendungspraxis
Kommentar zu den zuwendungsbezogenen haus-
haltsrechtlichen Vorschriften des Bundes und der
Länder, Ordner 2
Stand: Dezember 1993
R. v. Decker, Heidelberg 1993
- Maurer, Hartmut
Allgemeines Verwaltungsrecht
9. Auflage
C. H. Beck, München 1994
- Münch v., Ingo
Grundgesetz-Kommentar
4. Auflage
C. H. Beck, München 1992
- Mußnug, Reinhard
Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Lei-
stungsrecht
in Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechts-
lehrer, Band 47, 133 (141)
de Gruyter, Berlin, New York 1988

- Nöll, Ernst-Wilhelm Die Rückforderung fehlgeschlagener Subventionen
1. Auflage
Wi-Re Verlags Gesellschaft, Göttingen 1987
- Obermayer, Klaus Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
2. Auflage
Luchterhand, Darmstadt 1990
- Oldiges, Martin Richtlinien als Ordnungsrahmen der Subventions-
verwaltung
in NJW 1984, 1927 (1936)
- Redeker, Konrad Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
Oertzen v., Hans Joachim 11. Auflage
Kohlhammer, Stuttgart 1994
- Schenke, Wolf-Rüdiger Subventionen und Gesetzesvorbehalt
in Gewerbe Archiv 1977, 313 (321)
- Schimmelpfennig, Hans-Chr. Vorläufige Verwaltungsakte
in BayVBl 1989, 69 (76)
- Stelkens, Paul Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz
Bonk, Heinz-Joachim 4. Auflage
Sachs, Michael C. H. Beck, München 1993
- Tiedemann, Paul Der vorläufige Verwaltungsakt in der Leistungsver-
waltung in DÖV 1981, 786 (791)
- Tiedemann, Paul Anmerkungen zum BVerwG Urteil (DVBl 1983, 851
(853) in DÖV 1983, 815 (816)
- Weides, Peter Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren
3. Auflage
C. H. Beck, München 1993
- Weides, Peter Widerruf und Rückforderung von Zuwendungen des
Bundes und der Länder
in NJW 1981, 841 (849)
- Wolff, Hans-J. Verwaltungsrecht Band III
Bachof, Otto 4. Auflage
C. H. Beck, München 1978

Falllösung

A könnte gegen die Aufforderung der Behörde, die 200.000 DM zurückzuzahlen, klagen.

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, die richtige Klageart gewählt, und der Kläger zur Klage befugt ist. Des weiteren müssen die üblichen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sein.

A. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I VwGO

Fraglich ist, ob der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 I VwGO gegeben ist. Dazu müßte es sich um eine Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art handeln. Die Streitigkeit dürfte nicht mittels einer Sonderzuweisung an ein anderes Gericht zugewiesen sein.

1. RECHTSSTREITIGKEIT ÖFFENTLICH-RECHTLICHER ART

Öffentlichrechtliche Streitigkeiten sind alle Streitigkeiten, deren Streitgegenstand sich als unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts darstellt, daß heißt bei denen sich das Klagebegehren als Folge eines Sachverhalts darstellt, der nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist.¹ Die streitentscheidende Norm muß demzufolge öffentlichen Recht zuzuordnen sein.

Die streitentscheidende Norm ist der Titel im Landeshaushalt in Verbindung mit den dazu aufgestellten Richtlinien.

Nach der Zuordnungstheorie gehören dem öffentlichen Recht die Rechtssätze an, die nur den Staat oder einen sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt zum Zuordnungssubjekt haben, die sich also ausschließlich an den Staat oder einen sonstigen Träger hoheitlicher Gewalt als solchen, das heißt gerade in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger, wenden.²

Das Titel im Landeshaushalt ermächtigt nur die Behörde Zuschüsse zu vergeben. Die Tätigkeit einer Behörde beruht auf der Übertragung hoheitlicher Befugnisse.³ Sie ist Träger hoheitlicher Gewalt. Sie handelt auch in ihrer Eigenschaft als solcher.

Es handelt sich um eine Rechtsstreitigkeit öffentlich-rechtlicher Art.

¹F. O. Kopp, VwGO § 40 Rz. 6

²Maurer, § 3 Rz. 17, 18

³Redeker/ von Oertzen § 42 Rz. 64

2. NICHTVERFASSUNGSRECHTLICHER ART

Die Rechtsstreitigkeit muß nichtverfassungsrechtlicher Art sein.

Verfassungsrechtlicher Art im Sinne von § 40 VwGO sind Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen und anderen am Verfassungsleben beteiligten Rechtsträgern, sofern sie auf Verfassungsrecht beruhen bzw. dadurch ihr besonderes Gepräge erhalten.⁴

Bürger sind in der Regel weder Verfassungsorgane noch am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger.⁵ A ist Bürger.

Es handelt sich um eine Rechtsstreitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

3. SONDERZUWEISUNG AN EIN ANDERES GERICHT

Eine Sonderzuweisung an ein anderes Gericht ist nicht ersichtlich.

Der Verwaltungsrechtsweg ist zulässig.

B. Statthafte Klageart und klageartabhängige Sachurteilsvoraussetzungen

Die Klageart müßte statthaft und auch die klageartabhängigen Sachurteilsvoraussetzungen müßten gegeben sein. Als mögliche Klageart kommen die Anfechtungsklage sowie die Verpflichtungsklage in Betracht, die inzident stets die Aufhebung etwa entgegenstehender (ablehnender) Verwaltungsakte der Verwaltung enthält,⁶ ohne daß dies besonders beantragt werden müßte.

1. STATTHAFTE KLAGEART, § 42 I VwGO

Die Verpflichtungsklage ist statthaft, wenn das Klageziel der Erlaß eines Verwaltungsakts ist. Der A möchte gegen das Schreiben der Behörde vom 12.05.1994, welches die Bewilligung für gegenstandslos erklärt vorgehen und bestätigt wissen, daß er das Geld behalten könne.

a) Klageziel

Ob das Klageziel des A überhaupt der Erlaß eines Verwaltungsakts sein kann, ist abhängig von der Wesensart des Schreibens der Behörde vom 12.05.1994. Handelt es sich bei diesem um einen Widerruf der "Bewilligung unter Vorbehalt", so steht dem Zuwendungsempfänger als förmlicher Rechtsbehelf die Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO zu,⁷ denn mit der Anfechtung des Widerrufs lebt der ursprüngliche Verwaltungsakt wieder auf.⁸ Dagegen müßte ein Zuwendungsempfänger eine Verpflichtungsklage gemäß § 42 I

⁴BverwGE 51, 69 (71)

⁵Redeker/ v. Oertzen § 113 Rz. 38;
Kopp F. O., VwGO § 42 Rz. 4

⁶Kopp, F. O., VwGO § 40 Rz. 32

⁷Krämer, Zuwendungsrecht, G IV 3

⁸Maurer, § 11 Rz. 20

VwGO anstrengen, wenn es sich um einen Endbescheid im Anschluß an einen "vorläufigen Verwaltungsakt" handelt,⁹ denn dann wäre dessen Rechtsschutzbegehren auf den Erlaß eines (abschließenden) Bewilligungsbescheides gerichtet, der eine Rechtsgrundlage für das endgültige Behaltendürfen der Subvention bildet.¹⁰

Fraglich ist, ob es sich bei dem Schreiben um einen Widerruf oder um einen Endbescheid handelt. Der Widerrufsvorbehalt dient nach § 36 VwVfG dazu, das Vorliegen der Erlaßvoraussetzungen eines Verwaltungsaktes oder anderer Umstände, die gegeben sind, auch für die Zukunft zu sichern, der vorläufige Verwaltungsakt dient dazu, eine Regelung zu ermöglichen, obwohl die Voraussetzungen für ihren Erlaß nicht geprüft sind und ohne an diese Regelung gebunden zu sein, weil sie mit Ergehen der endgültigen Entscheidung nach § 43 VwVfG unwirksam wird.¹¹

Die Behörde soll nach den dazu aufgestellten Richtlinien nach globaler Prüfung der Förderungswürdigkeit die Gelder ggf. auch auf Grund einer "Bewilligung unter Vorbehalt" zuteilen. Eine endgültige Entscheidung soll erst nach der Kontrolle der Implementation des Programms getroffen werden.

Ob es sich bei der "Bewilligung unter Vorbehalt" um einen vorläufigen Verwaltungsakt oder um einen Verwaltungsakt mit Widerrufsvorbehalt handelt, ist analog zu der Unterscheidung zwischen einzelnen Nebenbestimmungen festzustellen.

Danach ist zwar zunächst auf die jeweiligen Bezeichnungen der einzelnen Nebenbestimmungen abzustellen,¹² was hier auf den Widerrufsvorbehalt deutet, da aber die Terminologie in Gesetzgebung (und somit auch in der Richtliniensetzung), sowie in der Verwaltungspraxis oft noch sehr unpräzise ist, kommt es entscheidend auf den Willen der Behörden an, der aus ihren Erklärungen im Zusammenhang mit den jeweiligen konkreten Verhältnissen zu ermitteln ist.¹³ Bei dem Erlaß einer "solchen Bewilligung unter Vorbehalt", also einer, die den Wortlaut der Richtlinien enthält, ist jedoch davon auszugehen, daß eine endgültige Entscheidung vorbehalten ist. Das bedeutet, daß die Voraussetzungen für den zunächst bewilligten Zuschuß nicht abschließend geprüft werden. Also ist doch davon auszugehen, daß die "Bewilligung unter Vorbehalt", eine Regelung ermöglichen soll, ohne die endgültigen Voraussetzungen für ihren Erlaß geprüft zu haben. Ein weiterer Beleg für diese Vermutung ist die Zulässigkeit der jeweiligen Nebenbestimmung, da im Zweifel nicht anzunehmen ist, die Behörde eine rechtswidrige Anordnung treffen wolle.¹⁴ Die Erklärung der

⁹Kemper, Seite 222 ee)

¹⁰Nöll, Seite 73

¹¹Bronnenmeyer, § 4 3 a

¹²Maurer, § 12 Rz. 17

¹³Maurer, § 12 Rz. 17

¹⁴Maurer, § 12 Rz. 17

"Gegenstandslosigkeit" zeigt, daß es sich um einen vorläufigen Verwaltungsakt handelt, ein Verwaltungsakt mit Widerrufsvorbehalt wäre nach § 49 HmbVwVfG¹⁵ zu widerrufen, nur der vorläufige erledigt sich nach § 43 VwVfG nach der Erklärung der Gegenstandslosigkeit.

Will der A sich also gegen die Aufhebung der Bewilligung wehren, und gegensätzlich festgestellt wissen, daß er den Zuschuß endgültig behalten darf, kann das Klageziel nur der Erlaß einer endgültigen Bewilligung des Zuschusses sein.

b) Erlaß eines Verwaltungsakts

Fraglich ist, ob es sich hier tatsächlich um einen Verwaltungsakt handeln würde.

Ein Verwaltungsakt ist nach der Legaldefinition des § 35 VwVfG jede Verfügung, Entscheidung oder andere 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.

(1) Hoheitliche Maßnahme einer Behörde

Unter der hoheitlichen Maßnahme einer Behörde ist eine Maßnahme, die von einer Behörde in ihrer Eigenschaft als solcher getroffen wird, zu verstehen.¹⁶ Der A verlangt von der Behörde eine endgültige (positive) Entscheidung, eine Maßnahme im Sinne des § 35 VwVfG. Des weiteren muß die Maßnahme hoheitlich sein. Das ist dann der Fall, wenn sie dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, insbesondere wenn sie in Vollzug öffentlich-rechtlicher Vorschriften ergeht.¹⁷ Die Maßnahme erginge in Vollzug öffentlich-rechtlicher Vorschriften, wenn die Ermächtigungsgrundlage für das Handeln der Behörde dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre. Als Ermächtigungsgrundlage kommt der Titel im Landeshaushalt in Betracht. Welche Rechtssätze nach der Zuordnungstheorie dem öffentlichen Recht angehören, ist schon unter Punkt(I) A) 1)) dargelegt. Der Titel im Landeshaushalt ermächtigt nur die Behörde verlorene Zuschüsse zu bewilligen. Die Maßnahme ist eine hoheitliche. Die Behörde ist Träger öffentlicher Gewalt, und handelt auch in ihrer Eigenschaft als solcher (siehe oben Punkt I) A) 1)).A verlangt die Maßnahme von einer Behörde im Sinne des § 35 VwVfG. Sie soll in jener Eigenschaft handeln.

A verlangt die hoheitliche Maßnahme einer Behörde.

(2) Regelung

Die Feststellung, daß die Bewilligung bestätigt wird, müßte eine Regelung sein.

Die Behörde entscheidet endgültig über die "Bewilligung unter Vorbehalt".

¹⁵HmbVwVfG desweiteren als VwVfG

¹⁶Kopp,F. O., VwVfG, § 35 Rz. 14

¹⁷Maurer, § 9 Rz. 11

Fraglich ist, ob dieser abschließenden Entscheidung noch Regelungscharakter zukommt.

Als Regelung läßt sich die verbindliche Setzung oder Bestätigung einer Rechtsfolge bezeichnen.¹⁸

Fraglich ist, ob hier wirklich eine Rechtsfolge verbindlich gesetzt oder bestätigt wird, das heißt, ob es sich um einen sogenannten Zweitbescheid¹⁹, oder ob es sich bloß um eine Mitteilung oder aber eine wiederholende Verfügung handelt.

Ein Zweitbescheid (mit Regelungscharakter) läge vor, wenn die Behörde eine neue sachliche Entscheidung trifft.²⁰

Die abschließende Entscheidung über die Bewilligung trifft die Behörde nach einer Kontrolle der Implementation des Programms durch ein Ingenieurbüro. Das festgestellte Ergebnis der Kontrolle der Implementation des Programms fließt in die abschließende, und auch neue Entscheidung der Behörde ein. Die Behörde macht diese Entscheidung von dem Kontrollergebnis abhängig.

Es handelt sich also um eine neue sachliche Entscheidung, somit um einen Zweitbescheid.

A verlangt eine Regelung.

(3) *Einzelfall*

Die Regelung eines Einzelfalls liegt vor, wenn sie einen konkreten Sachverhalt betrifft und sich an eine bestimmte Person richtet, also konkret-individuellen Charakter hat.²¹

A verlangt die Regelung eines konkreten Sachverhalts, nämlich den der (positiven) endgültigen Bewilligung seines Antrags, diese richtet sich nur an ihn.

A verlangt die Regelung eines, nämlich seines, Einzelfalls.

(4) *Außenwirkung*

Unter unmittelbarer Außenwirkung ist zu verstehen, daß die Rechtsfolge bei einer außerhalb der Verwaltung stehenden Person eintritt.²²

Da A nicht der Verwaltung angehört, verlangt er eine Regelung mit unmittelbarer Außenwirkung.

Das Klageziel des A ist der Erlaß eines Verwaltungsakts. Der Verwaltungsrechtsweg ist gemäß § 42 I VwGO eröffnet.

¹⁸vgl. Maurer, § 9 Rz. 6

¹⁹vgl. BVerwGE 44, 333 (335)

Maurer, § 11 Rz. 57

²⁰ebd.

²¹Maurer, § 9 Rz. 15

²²Maurer, § 9 Rz. 26

2. ERFOLGLOSER ANTRAG BEI DER ZUSTÄNDIGEN BEHÖRDE

Der erfolglose Antrag bei der zuständigen Behörde ist gegeben, wenn ein Antrag des A durch einen versagenden Verwaltungsakt abgelehnt wurde oder die Behörde untätig blieb.

Die Behörde lehnte den Antrag des A mit der endgültigen Entscheidung vom 12.05.1994 ab. Fraglich ist, ob es sich hier um einen versagenden Verwaltungsakt handelte.

Da die Verwaltungsaktqualität nicht vom Ergebnis, sondern von der Art des Verwaltungshandelns abhängt, und es sich bei dieser um die gleiche wie bei der zu verpflichtenden handelt, liegt wie oben (siehe Punkt I B) 1) b)) ein Verwaltungsakt vor.

3. ERFOLGLOSIGKEIT DES VORVERFAHRENS, §§ 68 II, 73 VwGO

a) Vorverfahren, § 68 II

Nach § 68 II VwGO ist vor Erhebung der Verpflichtungsklage die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit in einem Vorverfahren nachzuprüfen.

Eine Ausnahmeregel gemäß § 68 I 2 VwGO, sowie die Ausschlußregel durch Gesetz nach § 68 I Satz 2 VwGO sind nicht ersichtlich.

Fraglich ist, ob das Vorverfahren nach § 68 I 1 VwGO nicht notwendig ist. Dazu müßte der Verwaltungsakt von einer obersten Landesbehörde erlassen worden sein und das Vorverfahren gesetzlich nicht ausdrücklich vorgeschrieben sein.

(1) Oberste Landesbehörde

Oberste Landesbehörden sind die Landesregierung sowie der Ministerpräsident und die Minister.²³ Der Zuschuß wird von einer Behörde bewilligt, nicht vom Senator für Wirtschaft, also auch nicht von einer obersten Landesbehörde.

Unter die Ausnahmeregel des § 68 I 1 VwGO fallen jedoch auch Verwaltungsakte, die von anderen Behörden namens und im Auftrag (Mandat) einer obersten Behörde erlassen werden.²⁴ Bloße Zuständigkeitsdelegationen von obersten Bundesbehörden auf andere Behörden, die dann die Verwaltungsakte erlassen, entheben allerdings nicht vom Erfordernis des Vorverfahrens.²⁵

Ob die hier erlassende Behörde im Auftrag einer obersten Landesbehörde handelt, oder ob ihr schlicht die Zuständigkeit für diesen Bereich zugewiesen wurde, ist aus dem Sachverhalt nicht eindeutig ersichtlich. Es ist davon auszugehen, daß die Behörden in der Regel nicht im Auftrag einer obersten Landesbehörde handeln

(2) Ergebnis.

Eine Ausnahmeregel nach § 68 I 1 VwGO ist nicht gegeben.

²³Maurer, § 22 Rz. 1

²⁴Kopp, F. O., VwGO § 68 Rz. 19

²⁵Kopp, F. O., VwGO § 68 Rz. 19

Der Betroffene kann innerhalb eines Monats Widerspruch bei der zuständigen Behörde einlegen. Es wird davon ausgegangen, daß A fristgemäß Widerspruch einlegt.

b) Widerspruchsbescheid, § 73 I 3 VwGO

Des weiteren müßte gemäß § 73 I 3 ein Widerspruchsbescheid ergehen, welcher eine Begründung umfaßt.

Es wird davon ausgegangen, daß ein Widerspruchsbescheid, der den Widerspruch für unbegründet hält, ergeht.

Es wird davon ausgegangen, daß das Vorverfahren nach den §§ 68 II, 73 I 3 VwGO stattfindet.

4. KLAGEFRIST, § 74 VwGO

Nach § 74 VwGO muß die Klage innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben werden.

Es ist davon auszugehen, daß A fristgemäß Klage erhebt.

C. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

1. KLAGEBEFUGNIS

Die Klagebefugnis ist gegeben, wenn nach dem vorliegenden Sachverhalt eine Beeinträchtigung subjektiver öffentlicher Rechte des Klägers nicht eindeutig und nach jeder denkbaren Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint.²⁶

A könnte in seinem subjektiven öffentlichen Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 3 GG im Zusammenhang mit der Selbstbindung der Verwaltung²⁷ verletzt sein.

Er ist demnach klagebefugt.

2. BEKLAGTENBEFUGNIS, § 78 VwGO

Zudem müßte die Behörde beklagtenbefugt sein.

Verpflichtungsklagen sind nach § 78 I 1 VwGO grundsätzlich an die Körperschaft zu richten, deren Behörde den beantragten Verwaltungsakt versagt hat.²⁸ Ausnahmsweise können die Länder durch Landesrecht nach § 78 I 2 VwGO bestimmen, daß die Klage gegen die zuständige Behörde selbst zu richten ist.²⁹

Von der Ermächtigung hat die Hansestadt Hamburg keinen Gebrauch gemacht.³⁰

Demzufolge wäre die Klage des A nicht an die Behörde, sondern an die Stadt Hamburg zu richten. A kann so nur mittelbar "gegen die Behörde im Klagewege vorgehen".

²⁶Kopp, F. O., VwVfG § 42 Rz. 39

²⁷Stein in AK- GG, Art. 3 Rz. 60
vgl. BVerfGE 18, 353 (363)

²⁸Redeker / v. Oertzen § 78 Rz. 1

²⁹Kopp, F. O., VwGO § 78 Rz. 12

³⁰vgl. Redeker/ v. Oertzen § 78 Rz. 10

D. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO

Beteiligtenfähig sind zunächst alle natürlichen und juristischen Personen. A ist beteiligtenfähig nach § 61 VwGO.

E. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen erscheinen nicht erörterungsbedürftig.

Die Klage des A ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Klage nach § 113 V begründet, wenn die Ablehnung des beantragten Verwaltungsakt rechtswidrig ist, der Kläger in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist.

A. Rechtmäßigkeit des ablehnenden Verwaltungsakts

Der Verwaltungsakt müßte sich auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage stützen können, sowie formell und materiell rechtmäßig sein.

1. IN BETRACHT KOMMENDE ERMÄCHTIGUNGSGRUNDLAGE

Fraglich ist, ob sich der Verwaltungsakt der Behörde auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen kann.

Als Ermächtigungsgrundlage kommt der Titel im Landeshaushalt in Betracht (siehe oben Punkt I B) 1) b) (1)), sowie die in den §§ 48, 49 VwVfG geregelten Rücknahme- bzw. Widerrufsermächtigungen, hier modifiziert³¹ durch das Hamburger Gesetz zur Rückforderung von Subventionen (HGüDRvS)³², das lediglich die Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes für die Rücknahme, den Widerruf und anderweitige Aufhebung (auflösende Bedingung) abwandelt, nicht außer Kraft setzt.³³

a) §§ 48 ff. VwVfG als Ermächtigung

Ob die §§ 48 ff. VwVfG die Ermächtigung für den versagenden Endbescheid sein können, hängt von der dogmatischen Einordnung des vorläufigen Verwaltungsakt ab.

Der vorläufige Verwaltungsakt wird zum Teil als Verwaltungsakt sui generis³⁴, Nebenbestimmung sui generis³⁵, Verwaltungsakt mit beigefügter auflösender Bedingung³⁶, auflösend befristeter Verwaltungsakt³⁷ oder inhaltlich beschränkter Verwaltungsakt³⁸

³¹Kopp, F. O., VwVfG § 49 Rz. 66

³²HGuVBl, 1979, 117 (117)

³³Weides, NJW 1981, 841 (844)

³⁴Tiedemann, DÖV 1981, 786 (786)

BVerwG in DVBl 1983, 851 (852)

³⁵BSozG in DVBl 1988, 449 (453)

³⁶Kopp, F. J., DVBl 1989, 238 (240)

³⁷Kemper, DVBl 1989, 981 (983)

³⁸Kopp, F. J., DVBl 1989, 238 (239)

gesehen. Ein anderer Teil der Lehre sieht den vorläufigen Verwaltungsakt allerdings als einen Verwaltungsakt mit Rücknahme- oder Widerrufsvorbehalt³⁹ an, oder als einen Verwaltungsakt mit beigefügter auflösender Bedingung.⁴⁰

(1) als Rücknahmevorbehalt

Eine Mindermeinung vertritt die Auffassung, daß die Vorläufigkeitsklausel zwar kein Widerrufsvorbehalt, aber in Anlehnung an diesen ein sog. Rücknahmevorbehalt sei. Die Vorläufigkeitsklausel könne grundsätzlich nicht als Widerrufsvorbehalt verfügt werden, weil das gegen das Verbot eines rückwirkenden Widerrufs in § 49 II VwVfG verstoßen würde,⁴¹ das durch das HGüdrvS nur aufgehoben wäre, soweit die Zuwendung nicht oder nicht ihrem Zweck entsprechend, unwirtschaftlich oder nicht alsbald nach der Auszahlung oder wenn mit der Zuwendung verbundene Auflagen nicht erfüllt werden. Geht man hier davon aus, das diese Ausnahmetatbestände nicht gegeben sind, wäre das Rückwirkungsverbot wirksam. Die Vorläufigkeitsklausel könnte also kein Widerrufsvorbehalt sein. Bei der Aufhebung der vorläufigen Bewilligung handle es sich jedoch eigentlich nicht um einen Widerruf, sondern eher um eine Rücknahme, für die das Rückwirkungsverbot nicht gelte.⁴² Die vorläufige Bewilligung sei zwar als solche nicht rechtswidrig,⁴³ letztlich ginge es jedoch auch bei der Ablösung der vorläufigen Bewilligung durch einen abschließenden Verwaltungsakt um die Beseitigung einer nach materiellem Recht nicht gerechtfertigten Bewilligung.⁴⁴ Sähe man deshalb die Rücknahme nach § 48 VwVfG, oder jedenfalls in analoger Anwendung davon als zulässig an, müßte man dies auch bei dem Rücknahmevorbehalt. Die Vorläufigkeitsklausel sei ein Rücknahmevorbehalt. Voraussetzung für die Annahme dieses Rücknahmevorbehalts ist allerdings, daß § 36 II VwVfG keine abschließende Aufzählung der zulässigen Nebenbestimmung enthält, was als sachgemäß erscheint. Ein versagender Endbescheid sei die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakt, die über §48 VwVfG zu erfolgen hätte⁴⁵

(2) als auflösende Bedingung

Nach dieser Meinung genüge die auflösende Bedingung allen Erfordernissen einer wirksamen Beendigung des vorläufigen Zustands, sobald sich dieser als rechtswidrig erweise.⁴⁶ In der erklärten Vorläufigkeit des Verwaltungsakts, der unter dem Vorbehalt einer näheren Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen er-

³⁹Kopp, F. J., DVBl 1989, 238 (241)

⁴⁰Kopp, F. J., DVBl 1989, 238 (240)

⁴¹Kopp, F. J., DVBl 1989, 238 (241)

⁴²Kopp, F. J., DVBl 1989, 238 (241)

⁴³ebd.

⁴⁴ebd.

⁴⁵ebd.; vgl. Kopp, F. J., Seite 79

⁴⁶Kopp, F. J., DVBl 1989, 238 (240)

Kopp, F. J., Seite 59

gehe, sei die ausdrückliche oder konkludente Beifügung einer auflösenden Bedingung zu sehen, deren Rückwirkung auch allgemein anerkannt sei.⁴⁷ Der Eintritt der auflösenden Bedingung hätte zur Folge, das als Ermächtigungsgrundlage für den versagenden Verwaltungsakt das HGüdrvZ Absatz 2 in Betracht käme.

(3) *als auflösende Befristung*

Einer anderen Meinung zufolge sei die Vorläufigkeitsklausel als auflösende Befristung zu qualifizieren.⁴⁸ Der Erlaß des abschließenden Verwaltungsakts sei ein zukünftiger gewisser Zeitpunkt, also ein bestimmter, da der Zeitpunkt der Befristung nicht datumsmäßig vorliegen müsse.⁴⁹ Die Befristung verfolge auch genau den Zweck der Vorläufigkeitsklausel, nämlich dem Adressaten des befristeten Verwaltungsakts nur zeitweilig eine Vergünstigung zu gewähren.⁵⁰ Der vorläufige Verwaltungsakt verliere seine bei Erlaß erhaltenen Rechtswirkungen dadurch, das er sich nach Erlaß des endgültigen Verwaltungsakts § 43 II VwVfG erledige.⁵¹ Die §§ 48 ff. VwVfG wären nicht anwendbar.

(4) *als Nebenbestimmung sui generis*

Die Vorläufigkeitsklausel wird einer weiteren Meinung zufolge als Nebenbestimmung sui generis angesehen.⁵² Der Vorbehalt der Überprüfung und Rückforderung sei jedoch eine besondere Nebenbestimmung, ein in § 36 VwVfG nicht vorgesehener Vorbehalt des Widerruf ex tunc.⁵³ Widerrufen werden würde der Verwaltungsakt somit nach § 49 II 1 VwVfG, er könnte ganz, auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden.

(5) *als VA sui generis*

Von einer anderen Meinung wird vertreten, daß der vorläufige Verwaltungsakt ein Verwaltungsakt sui generis, also einer eigener Art sei.⁵⁴ Eine dogmatische Einordnung als Verwaltungsakt mit inhaltlicher Beschränkung⁵⁵ stehe nicht für einen unterschiedlichen Inhalt, sondern bezeichne einen identischen Begriff.⁵⁶ Die Vorläufigkeitsklausel sei als einfache Bestimmung des Inhalts eines Verwaltungsakts zu verstehen, bis dann eine endgültige Regelung ergehe, bei der es sich weder um eine Rücknahme noch um einen Widerruf der vorläufigen Regelung handle.⁵⁷ Die vorläufige Regelung ende automatisch mit dem

⁴⁷ebd.

⁴⁸Kemper, DVBl 1989, 981 (988)

⁴⁹Kemper, DVBl 1989, 981 (983)

⁵⁰Obermayer, VwVfG § 36 Rz. 17

⁵¹Kemper, DVBl 1989, 981 (985)

⁵²BSozG in DVBl 1988, 449 (453)

⁵³Bieback, DVBl 1988, 453 (454)

⁵⁴Tiedemann, DÖV 1981, 786 (787)

BVerwG in DVBl 1983, 851 (853)

⁵⁵Kopp F. J., DVBl 1989, 238 (239)

⁵⁶Tiedemann, DÖV 1983, 815 (816)

⁵⁷Kopp F. J., DVBl 1989, 238 (239)

Wirksamwerden der endgültigen Regelung, weil sie insoweit von vornherein dem Inhalt gemäß keine Geltung beansprucht, also auch nicht aufgehoben oder widerrufen werden müsse, sondern schlicht gegenstandslos werde.⁵⁸ Die §§ 48 ff VwVfG wären nicht anwendbar, da sie voraussetzen, daß der betroffene Verwaltungsakt an sich auf weitere Dauer angelegt sei.⁵⁹

(6) *Entscheidung*

Als Argument gegen den vorläufigen Verwaltungsakt als Rücknahmevorbehalt trifft zu, daß diese Auslegung dem hinreichend deutlich zum Ausdruck gekommenen Erklärungswillen (die Behörde erläßt ja gerade vorläufig aufgrund einer solchen Bewilligung unter Vorbehalt, bei der davon ausgegangen wird, daß der Richtlinieninhalt zum Ausdruck gekommen ist) nicht gerecht wird, denn eine Bewilligung unter dem Vorbehalt der Rücknahme wäre dennoch eine endgültige Entscheidung.⁶⁰ Genau dieses Argument spricht auch gegen die Annahme einer auflösenden Bedingung. Es besteht ein Unterschied zwischen der Vorläufigkeitsklausel und den klassischen Verwaltungsakten mit Nebenbestimmungen, der darin besteht, daß letztere, im übrigen auch ohne Nebenbestimmungen, das Verfahren abschließen können (§ 9 VwVfG), ein mit einer Vorläufigkeitsklausel ausgestatteter Verwaltungsakt vermag dieses nicht.⁶¹ Gegen die Annahme der auflösenden Befristung spricht die Tatsache, daß die Rechtswirkung des Verwaltungsakts nicht von einem zukünftigen gewissen Zeitpunkt abhängig sein soll,⁶² sondern von einer zukünftigen gewissen Entscheidung. Gegen die Annahme einer Nebenbestimmung sui generis spricht wiederum, daß Nebenbestimmungen dazu beitragen sollen, das Verfahren, den Rechtsanwendungsakt bezüglich eines bestimmten Sachverhalts, nicht nur rein äußerlich formell, sondern auch von der materiell-rechtsbeständigen Entscheidung her abzuschließen.⁶³ Die Vorläufigkeitsklausel dagegen trifft eine Aussage über die Regelungsintensität, die aufgrund der in die Rechtsanwendung einbezogenen Unsicherheit eingeschränkt ist und daher noch nicht zum Verfahrensabschluß als der materiell endgültigen Gestaltung führen kann und soll.⁶⁴ In Anbetracht dieser Ausführungen ist davon auszugehen, daß der vorläufige Verwaltungsakt tatsächlich nicht unter die klassischen Nebenbestimmungen zu fassen ist, auch keine Nebenbestimmung sui generis sein kann, sondern von einem Verwaltungsakt sui generis, bzw. von einem inhaltlich beschränkten Verwaltungsakt, auszugehen ist, insofern, als daß

⁵⁸ebd.

⁵⁹Kopp F. J., DVBl 1989, 238 (239)

⁶⁰vgl. BsozG DVBl 1983, 851 (853)

⁶¹Tiedemann, DÖV 1981, 786 (788)

⁶²Stelk./ Bon./ Sac., § 36 Rz. 8;

vgl. Tiedemann, DÖV 1981, 786 (787)

⁶³Schimmelpfennig, BayVBl, 1989, 69 (72)

⁶⁴Schimmelpfennig, BayVBl, 1989, 69 (73)

die Entscheidung, soweit deren Vorläufigkeit reicht, nicht die den Begriff "Regelung" in Sinne des § 35 VwVfG kennzeichnende Verbindlichkeit vermittelt.

Bei dem vorläufigen Verwaltungsakt handelt es sich um einen Verwaltungsakt sui generis.

Für diese Annahme, die den Ausschluß der §§ 48 ff. VwVfG bedeutet, spricht weiterhin auch, daß der Sinn vorläufiger Verwaltungsakte gerade darin besteht diesen zu umgehen. So kann die Leistung in vielen Bereichen des wirtschaftlichen Subventionsrechts ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie möglichst schnell bewilligt wird,⁶⁵ dies aber gerade verhindert wird, wenn die Verwaltung nicht die Möglichkeit hätte, einen eventuell unnötig verteilten Zuschuß problemlos zurückfordern zu können. Es liegt im Interesse der Behörde in der Form des Verwaltungsakt eigener Art zu handeln. Angesichts der Freiheit der Behörden zur Bestimmung des Inhalts des Verwaltungsakts bestünden keine Bedenken gegen eine Inhaltsbeschränkung dahin, daß ein Verwaltungsakt nur vorläufig, nämlich nur, bis er durch eine endgültige Regelung abgelöst wird, gelten solle.⁶⁶

Als Ermächtigungsgrundlage kommen also die §§ 48 ff. VwVfG nicht in Betracht.

b) Titel im Landeshaushalt

Als Ermächtigungsgrundlage für den versagenden Endbescheid kommt folglich nur der Titel im Landeshaushalt in Betracht.

2. FORMELLE RECHTMÄßIGKEIT DES ENDVERWALTUNGSAKTS

Die Behörde müßte zuständig gewesen sein, die Verfahrensvorschriften und Formanforderungen beachtet haben und den Verwaltungsakt begründet haben.

a) Zuständigkeit

Wegen des Verwaltungsakts an sich sind keine Probleme hinsichtlich der Zuständigkeit der Behörde ersichtlich. Zu beachten ist jedoch, daß zuständig für den Erlaß des Endverwaltungsakts ist, wer auch für den Erlaß des vorläufigen Verwaltungsakts ist.⁶⁷

Bei dem versagenden Endbescheid handelte die gleiche Behörde wie bei der "Bewilligung unter Vorbehalt".

Die Behörde ist zuständig.

b) Verfahren

Es sind keine verfahrensimmanenten Probleme ersichtlich.

c) Form, § 37 II 1 VwVfG

Nach § 37 II 1 VwVfG besteht grundsätzlich Formfreiheit für die Verwaltung. Die Behörde hat für den abschließenden Verwaltungsakt die Schriftform gewählt. Diese ist hier grundsätzlich zu-

⁶⁵Tiedemann, DÖV 1981, 786 (786)

⁶⁶BVerwG in DVBl 1983, 851 (853)

⁶⁷Kemper, Seite 151 1)

lässig. Hinsichtlich der Mindestanforderungen an den Verwaltungsakt aus § 37 III VwVfG sind keine Probleme ersichtlich.

d) Begründung, § 39 VwVfG

Zur rechten Form des Verwaltungsakts gehört grundsätzlich auch die Begründung. Der schriftlich erlassene Verwaltungsakt muß begründet werden. In der Begründung sind die entscheidungserheblichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte mitzuteilen.⁶⁸ Die Betroffenen müssen die, für ihren konkreten Fall für die Behörde maßgeblich gewesenen, Gründe erfahren, damit sie ggf. in der Lage sind, sich über einen eventuellen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung schlüssig zu werden, und ihn sachgemäß zu begründen.⁶⁹

Die Behörde erklärt die vorläufige Bewilligung unter Vorlage des Gutachtens zur Kontrolle der Implementation für "gegenstandslos". Das Gutachten teilt die entscheidungserheblichen tatsächlichen Gesichtspunkte mit. Ob die Behörde die entscheidungserheblichen rechtlichen Gesichtspunkte mitgeteilt hat, ist aus dem Sachverhalt nicht eindeutig ersichtlich. Jedoch könnte in diesem Fall ohnehin eine Ausnahme nach § 39 II 2 VwVfG gegeben ist. Das wäre der Fall, wenn die Gründe für die Beteiligten so offensichtlich sind, daß Zweifel vernünftigerweise sich nicht ergeben können, wobei die rechtlichen Gründe müssen ohne weiteres erkennbar sein.⁷⁰ Dies könnte der Fall sein, wenn dem Betroffenen die Auffassung der Behörde schon bekannt ist. Dazu müßte die Behörde die entscheidenden rechtlichen Gründe bereits in dem vorläufigen Verwaltungsakt benannt haben. Sie hat aufgrund einer "solchen Bewilligung unter Vorbehalt" gehandelt. Unter "solchen" sind die hier die Richtlinien zu den Vergabemodalitäten zu verstehen, die auch in der standardisierten "Bewilligung unter Vorbehalt" Erwähnung gefunden haben werden. Die rechtlichen Gründe für den versagenden Endbescheid, nämlich die nur vorläufige Bewilligung bis zum Zeitpunkt der endgültigen Entscheidung, waren beim versagenden Endbescheid für den A also ohne weiteres erkennbar. A ist in der Lage sich über einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung schlüssig zu werden, und ihn sachgemäß zu begründen.

Hatte die Behörde einen Ermessensspielraum, so sollen auch die entscheidungserheblichen maßgeblichen Ermessenserwägungen angegeben werden.⁷¹ Ob die Behörde wirklich einen Ermessensspielraum hatte, und ihre Erwägungen nicht mitgeteilt hat, ist hier nicht zu erörtern. Das Fehlen der Ermessenserwägungen macht den Verwaltungsakt nicht schlechthin rechtswidrig, die Erwägungen sollen nur, müssen aber nicht angegeben werden.

⁶⁸Maurer, § 10 Rz. 13

⁶⁹Kopp, F. O., § 39 Rz. 3

⁷⁰Kopp, F. O., § 39 Rz. 21

⁷¹Maurer, § 10 Rz. 13

Ein Ausschluß der Begründungspflicht nach § 37 II 2 VwVfG lag in Bezug auf die rechtlichen Gründe vor, die tatsächlichen Gründe waren im Endverwaltungsakt genannt. Der Verwaltungsakt ist gemäß § 39 VwVfG begründet.

Der Verwaltungsakt ist formell rechtmäßig.

3. MATERIELLE RECHTMÄßIGKEIT DES ENDVERWALTUNGSAKTS

Der Verwaltungsakt ist materiell rechtmäßig, wenn er sich auf eine wirksame Ermächtigungsgrundlage stützen kann, zu dieser tatbestandsmäßig, ansonsten bestimmt, möglich, verhältnismäßig, ermessensfehlerfrei und mit Schranken aus anderen Gesetzen vereinbar ist.

a) Wirksamkeit der Ermächtigungsgrundlage

Eine wirksame Ermächtigungsgrundlage ist formell und materiell rechtmäßig.

(1) Formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage sind keine Probleme ersichtlich. Sie ist formell rechtmäßig.

(2) Materielle Rechtmäßigkeit

Die Ermächtigungsgrundlage ist materiell rechtmäßig, wenn sie nicht gegen spezialgesetzliche Anforderungen verstößt, bei einem Grundrechtseingriff den Anforderungen des Art. 19 I und II GG standhält und die allgemeinen Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen erfüllt.

(i) Spezialgesetzliche Anforderungen

Rechtmäßigkeitsprobleme in Bezug auf spezialgesetzliche Anforderungen, wie zum Beispiel Art. 79 III oder Art. 80 GG sind nicht ersichtlich.

(ii) Grundrechtsschutz

Die Ermächtigungsgrundlage ermöglicht der Behörde verlorene Zuschüsse zu bewilligen. Nur auf die Ermächtigungsgrundlage bezogen, ist kein Grundrechtseingriff ersichtlich.

(iii) Allgemeine Anforderungen

Im Rahmen der allgemeinen Anforderungen der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen kommt hier der Vorbehalt des Gesetzes in Betracht. Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes wird verschiedentlich aus Art. 20 III GG⁷² hergeleitet, sonst hauptsächlich aus dem Demokratieprinzip⁷³, aber auch aus dem Sozialstaatsprinzip⁷⁴

Die Auffassungen über die Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes sind in der deutschen Staatsrechtslehre geteilt.

Vom Boden der Definition, nach der Gesetze die Regelung von Eingriffen in Freiheit und Eigentum ist, beschränkt sich der

⁷²BVerfGE 40, 237 (238)

⁷³Maurer, § 6 Rz. 5

⁷⁴vgl. Jarras, NVwZ 1984, 473 (474)

Gesetzesvorbehalt auf die Eingriffsverwaltung, auf der Grundlage des Verständnisses des Gesetzes als abstrakt-generelle Regelung dagegen steht der Annahme eines Totalvorbehalts, des Gesetzesvorbehalts insbesondere auch bei der Leistungsverwaltung, nichts im Wege.⁷⁵

Nach der Lehre vom Totalvorbehalt bedarf jedes Handeln der Verwaltung, auch begünstigendes, einer materiellen gesetzlichen Ermächtigung, da auch eine scheinbar nur begünstigende Subvention für den Empfänger und auch für seinen Konkurrenten durchaus belastend sei.⁷⁶ Ohne den Totalvorbehalt werde durch das Handeln der Verwaltung, ohne die dann fehlende gesetzliche Legitimation, das Demokratiegebot verletzt, da sich aus der bestehenden Organsouveränität des Parlaments eine Kompetenzverteilung im Hinblick auf die Legislative zugunsten der Verwaltung ergebe.⁷⁷ Im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip wird argumentiert, daß die Vergabe von Subventionen eine Gestaltung des Sozialstaates bilde, die im sozialen Rechtsstaat ebenso einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, wie ein Eingriff im liberalen Rechtsstaat. Die sozialstaatliche Gestaltung müsse der herkömmlichen Intervention gleichgestellt werden.⁷⁸ Die Verteilung staatlicher Mittel müsse durch Gesetze bestimmt werden, die die Vergabe im einzelnen bindend und voraussehbar macht und dem Bürger subjektive Rechte vermittelt. Es gehe nicht nur um Freiheit vom Staat sondern auch um Freiheit im Staat und durch den Staat.⁷⁹

Würde man sich dieser Meinung anschließen, so genügte die Ermächtigungsgrundlage in Form des Titel im Landeshaushalt dem Vorbehalt des Gesetzes nicht, weil sie der Behörde den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakt freistellt, aber kein materielles Gesetz ist. Die Ermächtigungsgrundlage wäre rechtswidrig.

Der Vorbehalt des Gesetzes wird in der Leistungsverwaltung jedoch auch abgelehnt.⁸⁰ Gegen die Annahme des Totalvorbehalts wird angeführt, daß das Etatrecht des Grundgesetzes als besondere Ausprägung des Gesetzesmäßigkeitsprinzips eine ausreichende Grundlage für Subventionen sei.⁸¹ Dieser Ansicht folgt das BVerwG durchgängig in seiner Rechtsprechung.⁸² Des weiteren wird angeführt, daß eine Erstreckung des Gesetzesvorbehalts der Verwaltung die in diesem Bereich notwendige Flexibili-

⁷⁵Achterberg, Seite 32

⁷⁶Bauer, DÖV 1983, 56 (53); Maurer § 6 Rz. 14

⁷⁷Jesch, Seite 171 ff.

⁷⁸vgl. Jarass, NVwZ 1984, 473 (474)

⁷⁹Maurer, § 6 Rz. 14

⁸⁰Wolf- Bachoff, § 138 Rz. 15 ff

⁸¹ebd.

⁸²BVerwG, DVBl 1963, 859

BVerwG, NJW 1977, 1838

tät nehme.⁸³ Geltend gemacht wird jedoch, daß der Verwaltung auch eigenständige Entscheidungskompetenzen zuständen.⁸⁴

Dieser Auffassung folgend, wäre die Ermächtigungsgrundlage in Form des Titels im Landeshaushalt zur Zuwendungsbewilligung hinreichend, den Anforderungen des Vorbehalts des Gesetzes wäre genüge getan. Die Ermächtigungsgrundlage wäre rechtmäßig.

Das BVerfG hat aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip die Wesentlichkeitstheorie abgeleitet.⁸⁵ Danach muß der Gesetzgeber in grundlegend normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen, das heißt er darf sie nicht an die Verwaltung delegieren.⁸⁶

Die Argumente, die für eine Erstreckung des Gesetzesvorbehalts angeführt werden, sind regelmäßig von höherem Pathos und Engagement sind,⁸⁷ wie zum Beispiel das des Demokratiegebots, dennoch erscheint es doch als zweckmäßiger ein Haushaltsgesetz als hinreichend anzusehen. Allein die Tatsache, daß das Parlament das dem Volk nächste Organ ist, besagt noch nicht, daß nicht auch fernere Organe zu eigener Rechtsetzung befugt sind, aus dem Demokratiegebot läßt sich die Rechtsprechungsprärogative, nicht aber das Rechtsetzungsmonopol des Parlaments ableiten.⁸⁸ Dem Argument, daß Subventionen auch belastend wirken könnten, ist entgegenzustellen, daß dies regelmäßig auch gewollt ist, zum einen bedeutet dies auch nur ein Indiz für eine Grundrechtsbeeinträchtigung,⁸⁹ zum anderen dürfte gerade nur dieses Indiz wohl nach der Wesentlichkeitstheorie nicht zwingend zum Totalvorbehalt führen. Außerdem würde man dann zu dem eigentümlichen Schluß kommen, daß das Gewicht der Einwirkung mit der Höhe der Subvention steige.⁹⁰ Zwar könnte es durchaus geboten sein, den Vorbehalt des Gesetzes auch auf den Bereich der Subventionen auszudehnen, wenn von ihnen institutionelle Gefährdungen, wie die der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Freiheit einhergehen,⁹¹ eine Gefährdung der wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Freiheit ist die Förderung der "Computerunterstützten Softwareentwicklung" jedoch nicht. Um aber schnell und unkompliziert auch solche Aufgaben erfüllen zu können, muß der Leistungsstaat auf seine budgetäre Beweglichkeit bedacht bleiben. Die Leistungssteuerung

⁸³Schenke, GewArchiv, 1977, 313 (315)

⁸⁴vgl. Jarras, NVwZ 1984, 473 (474)

⁸⁵vgl. Bauer, DÖV 1983, 53 (54)

⁸⁶BVerfGE 61, 260 (275)

⁸⁷vgl. Jarras, NVwZ 1984, 473 (474)

⁸⁸Achterberg, Seite 35

⁸⁹Jarras, NVwZ 1984, 473 (477)

⁹⁰ebd.

⁹¹Oldiges, NJW 1984, 1927 (1929)

OVG Berlin in DVBl 1975, 905

über den Haushaltsplan sichert ihm diese. Die lückenlose Durchnormierung indes macht den Leistungsstaat manövrierunfähig.⁹² Deshalb ist es sachgerechter, wenn die von Jahr zu Jahr durch den Haushaltsplan neu zu begründende Ordnung bestehen bleibt.

Die Ermächtigungsgrundlage genügt den Ansprüchen des Gesetzesvorbehalts.

Die Ermächtigungsgrundlage ist materiell rechtmäßig.

Die Ermächtigungsgrundlage ist wirksam.

b) Vereinbarkeit von VA und Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob der Verwaltungsakt mit dem Titel im Landeshaushalt und mit den "Richtlinien" vereinbar ist.

(1) Vereinbarkeit mit dem Titel im Landeshaushalt

Der Verwaltungsakt müßte mit dem Titel im Landeshaushalt vereinbar sein. Das formelle Gesetz im Landeshaushalt hat zum Inhalt, daß Zuschüsse in Höhe von 200.000 DM bis 300.000 DM zur Erleichterung der Einführung der "Computerunterstützten Produktentwicklung" zugeteilt werden sollen.

Fraglich ist, ob die Behörde in Bezug auf diese Ermächtigungsgrundlage auch bei dem versagenden Endbescheid tatbestandsmäßig handelt. Dazu müßte sie die Möglichkeit haben, selbst zu ermitteln, ob sie den Zuschuß gewähren möchte oder nicht. Ob eine Vorschrift der Behörde Ermessen einräumt, ist eine Frage der Auslegung. Dabei ist insbesondere auch der Zusammenhang, in dem die Norm steht, zu berücksichtigen. Worte wie "kann", "darf" oder "soll" sprechen in der Regel für einen Ermessensspielraum.⁹³ Rechtsvorschriften können sich darauf beschränken, bei Vorliegen eines dem normierten Tatbestand entsprechenden Sachverhalts der Behörde ein Handlungsermessen dahingehend einzuräumen, ob sie überhaupt eine Regelung treffen will.⁹⁴ Genau dieses ermöglicht eben auch die "Soll-" Ermächtigungsgrundlage im Landeshaushalt. Die Behörde muß Zuschüsse nicht zuteilen. Der versagende Endbescheid auch tatbestandsmäßig zum Landeshaushaltstitel.

Der Ermessensspielraum hinsichtlich der zugeteilten Förderungssumme ist hier nicht beachtlich.

(2) Vereinbarkeit mit den Richtlinien

Fraglich ist, ob der Verwaltungsakt mit den Richtlinien vereinbar ist. Grundsätzlich handelt es sich bei Richtlinien um Verwaltungsvorschriften.⁹⁵ Fraglich ist, um welche Art von Verwaltungsvorschriften es sich hier handeln könnte. In Betracht kommen hier "gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften", die dann erlassen werden, wenn für bestimmte normbedürftige Be-

⁹²vgl. Mußgnug, VVDStRL 47, 123 (124)

⁹³Kopp, § 40 Rz. 7

⁹⁴Weides, § 9 I 2

⁹⁵Maurer, § 24 Rz. 1

reiche gesetzliche Regelungen fehlen.⁹⁶ Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften liefern die erforderlichen Entscheidungsmaßstäbe.⁹⁷ Die Verwaltungsvorschriften regeln die Vergabemodalitäten der verlorenen Zuschüsse. Diese fehlen im Gesetz. Die erforderlichen Entscheidungsmaßstäbe im Hinblick auf die Bewilligung unter Vorbehalt (globale Prüfung der Förderungswürdigkeit) und der endgültigen Entscheidung (Kontrolle der Implementation des Programms) werden durch die Richtlinien erst geliefert. Es handelt sich bei den Richtlinien um gesetzvertretende Vorschriften. Solche gesetzvertretenden Verwaltungsvorschriften sind nur zulässig, solange der Gesetzesvorbehalt nicht eingreift,⁹⁸ und unterliegen grundsätzlich keiner richterlichen Interpretation.⁹⁹ Die Tatbestandsmäßigkeit der zu dem formellen Gesetz gefügten "Richtlinien" ist also auch im Gutachten nicht zu überprüfen.

Der Verwaltungsakt ist mit der Ermächtigungsgrundlage vereinbar.

c) Bestimmtheit, § 37 I VwVfG

Der Verwaltungsakt muß hinreichend bestimmt sein. Ein Verwaltungsakt ist hinreichend bestimmt, wenn aus der getroffenen Regelung -also aus dem verfügenden Teil in Zusammenhang mit den Gründen und sonstigen den Betroffenen bekannten oder für sie ohne weiteres erkennbaren Umständen -für die Beteiligten der Gegenstand, der den Zweck, Sinn und Inhalt des Verwaltungsakts ausmacht, so vollständig, klar verständlich und unzweideutig erkennbar ist, daß sie ihr Verhalten danach ausrichten können.¹⁰⁰ Die Betroffenen müssen je nach Regelungsart des Verwaltungsakts insbesondere wissen, was von ihnen bis wann verlangt, was sie ab wann zu unterlassen haben, was ihnen gestattet oder untersagt wird oder welche Leistungen ihnen gewährt werden.¹⁰¹

Der verfügende Teil des Verwaltungsakts erklärt die Bewilligung für "gegenstandslos" und fordert A auf, den Zuschuß innerhalb eines Monats zurückzuzahlen. Daraufhin weiß A, was von ihm bis wann verlangt wird, welche Leistung ihm nicht gewährt wird. Der Zweck, Sinn und Inhalt des Verwaltungsakts ist dem A gänzlich klar, er ist eindeutig zu erkennen. A kann sein Verhalten danach ausrichten.

Der Verwaltungsakt ist hinreichend bestimmt.

⁹⁶Maurer, § 24 Rz. 11

⁹⁷Maurer, § 24 Rz. 11

⁹⁸BVerwGE 58, 45 (51)

⁹⁹BVerwGE 58, 45 (51)

¹⁰⁰Henneke in Knack, § 37 Rz. 3.1

¹⁰¹ebd.

d) Möglichkeit der Erfüllung

(1) *tatsächliche*

Die Erfüllung ist tatsächlich möglich, hier gilt der allgemeine Grundsatz, daß der Schuldner für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat.¹⁰²

(2) *rechtliche*

Hinsichtlich der rechtlichen Möglichkeit der Erfüllung sind keine Probleme ersichtlich. Sie ist tatsächlich möglich.

e) Verhältnismäßigkeit

Der Verwaltungsakt, der als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt wird, muß der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne entsprechen, das heißt er muß geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹⁰³

(1) *Eignung*

Die Behörde will die Rückzahlung des vorläufig bewilligten Zuschusses, erklärt deshalb die vorläufige Bewilligung für gegenstandslos, und fordert A zur Rückzahlung auf. Die Maßnahme, die die Behörde trifft, ist geeignet, um das Geld zurückzufordern.

(2) *Erforderlichkeit*

Die geeignete Maßnahme ist erforderlich, wenn nicht ein milderes Mittel zu Verfügung steht.¹⁰⁴ Ein milderes Mittel steht nicht zur Verfügung. Die Maßnahme ist erforderlich.

(3) *Angemessenheit*

Die Maßnahme darf nicht außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg stehen.¹⁰⁵ Diesbezüglich sind keine Probleme ersichtlich.

f) Ermessensfehler, § 40 VwVfG, § 114 VwGO

Fraglich ist, ob die Behörde ermessensfehlerfrei gehandelt hat. Dazu müßte sie ihren Ermessensspielraum weder nicht gebraucht, überschritten noch fehlerhaft gebraucht haben, des weiteren dürfte das Ermessen nicht auf Null reduziert gewesen sein.

(1) *Nichtgebrauch*

Ermessensnichtgebrauch liegt vor, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen keinen Gebrauch macht.¹⁰⁶ Es ist davon auszugehen, daß die Behörde von ihrem Ermessensspielraum Gebrauch gemacht hat.

(2) *Überschreitung*

Eine Überschreitung des Ermessensspielraums liegt vor, wenn die Behörde eine nicht mehr im Rahmen der Ermessenvorschrift liegende Rechtsfolge wählt.¹⁰⁷ Die Behörde überschreitet ihren Ermessensspielraum nicht.

¹⁰²BGHZ 63, 139 in NJW 1989,1278

¹⁰³Maurer, § 10 Rz. 17

¹⁰⁴Maurer, § 10 Rz. 17

¹⁰⁵Maurer § 10 Rz. 17

¹⁰⁶Maurer, § 7 Rz. 20

¹⁰⁷Maurer, § 7 Rz. 21

(3) Fehlgebrauch

Fraglich ist, ob die Behörde ihr Ermessen fehlerhaft gebraucht hat. Ein Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn sich die Behörde nicht ausschließlich vom Zweck der Ermessensvorschrift leiten läßt,¹⁰⁸ oder durch das Ermessen gegen allgemeine Grundsätze der Verwaltungsvorschriften,¹⁰⁹ oder der Grundrechte verstößt.¹¹⁰

(i) bezogen auf die Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob die Behörde ermessensfehlerhaft gegen die Ermächtigungsgrundlage verstoßen hat. Dies könnte der Fall sein, wenn die endgültige Entscheidung dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage zuwiderliefe. Zwar ist der Zweck der Ermächtigungsgrundlage die Förderung der computerunterstützten Produktentwicklung sowie die Förderung von Klein- und Mittelbetrieben, und die Nichtbewilligung von Zuschüssen ist keine Förderung, doch hält die Ermächtigungsgrundlage der Behörde offen, ob sie bewilligt oder nicht (siehe Punkt II) A) 3) b) (1)). Insofern ist davon auszugehen, daß die Ermächtigungsnorm keine "kompromißlose" Förderung verlangt und eine Nichtbewilligung mit dem Zweck der Ermächtigungsnorm vereinbar ist.

(ii) bezogen auf Verwaltungsrecht

Fraglich ist, ob die Behörde ermessensfehlerhaft gegen allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts verstoßen hat.

In Betracht kommt hier ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze des Vertrauensschutzes, geregelt in den §§ 48 ff. VwVfG. Zwar ist die dogmatische Einordnung des vorläufigen Verwaltungsakt strittig, und die Anwendbarkeit des in den §§ 48 ff. VwVfG geregelten Vertrauensschutzes davon abhängig, doch bedarf es hier keiner weiteren Auseinandersetzung damit. Die Einordnung des vorläufigen Verwaltungsakts als Verwaltungsakt sui generis, auf den die §§ 48 ff. VwVfG, sowie das HGüdRvS nicht anwendbar sind, hat sich bereits unter Punkt (II) A) 1) a)) ergeben.

Ein Ermessensfehlgebrauch in Bezug auf allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts ist deshalb nicht anzunehmen.

(iii) bezogen auf Grundrechte

Fraglich ist, ob die Behörde ihr Ermessen in Bezug auf Grundrechte fehlerhaft gebraucht hat. Ein Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn sich die Behörde durch das Ermessen gegen allgemeine Grundsätze der Grundrechte verstößt.

Hinsichtlich des Ermessensspielraums den der Titel im Landeshaushalt gewährt, ist ein solcher Fehlgebrauch des Ermessensspielraums nicht ersichtlich.

Fraglich ist allerdings, ob die Behörde nicht gegen Grundrechte verstößt, wenn sie den Ermessensspielraum der Verwal-

¹⁰⁸Maurer, § 7 Rz. 22

¹⁰⁹Kopp, F. O., VwVfG § 40 Rz. 19

¹¹⁰ebd.

tungsvorschriften fehlerhaft gebraucht. Zwar haben etwaige Verwaltungsvorschriften eines Ministers keine Außenwirkung, sind nicht wie Rechtsnormen auszulegen und unterliegen grundsätzlich nicht der richterlichen Prüfung,¹¹¹ jedoch gewährt Art. 3 GG eine gleichartige Anwendung und Auslegung der Vergaberichtlinien.¹¹² Der Gleichheitssatz kann diese Verwaltungsvorschriften, die grundsätzlich keine Außenwirkung entfalten, sondern eine verallgemeinerte dienstliche Anweisung darstellen, zu einer Regelung mit Außenwirkung umformen.¹¹³ Verdichten sich die getroffenen Verwaltungsentscheidungen zu einer gefestigten Verwaltungspraxis, so hat sich die Verwaltung selbst gebunden, und ist gemäß Art. 3 GG verpflichtet, diesem durch Selbstbindung entstandenen Vergleichsmaßstab zu folgen.¹¹⁴ Die Verwaltungsvorschriften belegen diese Verwaltungspraxis,¹¹⁵ und begründen die Vermutung, daß die weisungsgebundene öffentliche Verwaltung die Verwaltungsvorschriften in ihrer Praxis auch tatsächlich beachtet.¹¹⁶ Ein Abweichen von den Verwaltungsvorschriften kann deshalb auch unmittelbar als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gewertet werden.¹¹⁷ Die Behörde würde gegen Art. 3 GG verstoßen, und somit von ihrem Ermessensspielraum fehlerhaften Gebrauch machen, wenn sie von den Verwaltungsvorschriften abweicht, und die besonderen Umstände eine Sonderregelung unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes eine Sonderregelung nicht rechtfertigen oder gar gebieten.¹¹⁸

(a) Abweichen von Richtlinien

Fraglich ist, ob die Behörde von den Verwaltungsvorschriften abweicht. Dazu müßte sie gegen die allgemeinen Grundsätze über die fehlerfreie Ermessensausübung verstoßen.¹¹⁹ Die Überprüfung der Anwendung solcher Richtlinien durch die Verwaltungsgerichte hat sich im Hinblick auf Art. 19 IV GG an den Maßstäben zu orientieren, die in § 114 VwGO für die Fälle gesetzt sind, in denen die Behörden durch Rechtsvorschriften des materiellen Rechts ermächtigt worden sind, nach ihrem Ermessen zu handeln.¹²⁰ Ein Abweichen von den Verwaltungsvorschriften könnte also in einem Ermessens Fehlgebrauch oder einer Ermessensüberschreitung der Behörde liegen.

(aa) Ermessensüberschreitung

Die Behörde überschreitet ihren Ermessensspielraum nicht (siehe Punkt II) A) 3) f) 2))

¹¹¹BVerwGE 58, 45 (49)

¹¹²Gubelt in v. Münch, Art. 3 Rz. 72

¹¹³Kirchhof in Isens./ Kirchh., § 125 Rz. 17

¹¹⁴ebd.

¹¹⁵BVerwG in DVBl 81, 1149 (1149)

¹¹⁶Kirchhof in Isens./ Kirchh. § 125 Rz. 17

¹¹⁷Kirchhof in Isens./ Kirchh. § 125 Rz. 17

¹¹⁸Mußgnug, VVDStRL 47, 113 (143)

Maurer, §24 Rz. 23

¹¹⁹Kopp, F. O. VwVfG § 40 Rz. 24

¹²⁰BVerwGE 58,45 (52)

(bb) Ermessens Fehlgebrauch

Fraglich ist, ob die Behörde ihr Ermessen fehlerhaft gebraucht hat. Ermessens Fehlgebrauch liegt vor, wenn die Behörde von dem ihr bezüglich der Richtlinien eingeräumten Ermessen nicht im Sinne des Gesetzes, das heißt, der in den Richtlinien und in der Rechtsordnung insgesamt zum Ausdruck kommenden Zwecksetzungen Gebrauch macht.¹²¹ Als Zweck (der Richtlinie) sind nicht nur der engere Zweck der isoliert betrachteten Vorschrift zu verstehen, sondern alle der Gesamtheit der Sätze des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts für die in Frage stehende Entscheidung zu entnehmenden Zwecke.¹²² Die Behörde müßte mit dem versagenden Endbescheid gegen den Zweck der Richtlinie verstoßen haben. Fraglich ist, welche Zwecksetzung in den Richtlinien des Ministers zum Ausdruck kommt. Um diesen Zweck zu erkennen, könnte man die Richtlinien nach dem Wortlaut und nach dem Zweck der Zuwendung¹²³ auslegen.

(aaa) Wortlaut

Die Behörde soll eine endgültige Entscheidung über die Bewilligung nach der "Kontrolle der Implementation des Programms" treffen. Unter Implementation ist allgemein die Ausrüstung einer vorhandenen Anlage mit Zusatzgeräten zu verstehen.¹²⁴ In der Datenverarbeitung versteht man unter Implementation die Einführung einer neuen Software einschließlich Tests und Personalausbildung.¹²⁵ Unter Kontrolle "des Programms" ist zu verstehen, daß die im Antrag beschriebene Software installiert wurde. Ein anderer Bezugspunkt ist nicht ersichtlich. Kontrolliert werden soll hier also, ob die im Antrag beschriebene Software eingeführt, Tests durchgeführt und das Personal ausgebildet wurde. Zweck der Richtlinie ist, sicherzustellen daß der Bezuschußte das Geld im Sinne des Zuschusses zur Einführung von Hochleistungscomputern und zur Nutzung innovativer Software verwendet hat.

(bbb) Zuwendungszweck

Fraglich ist, ob dieser Richtlinienzweck auch bei der Auslegung nach dem Zweck der Zuwendung besteht. Zuwendungszweck ist die "Förderung Computerunterstützte Produktentwicklung in innovativen Klein- und Mittelbetrieben", also gerade die Stärkung von Klein- und Mittelbetrieben. Im Zusammenhang mit diesem Zuwendungszweck ist der Richtlinienzweck so zu interpretieren, daß die Bewilligung nach einer Kontrolle der Implementation des Programms zu bestätigen ist, insofern dem Zuwendungszweck genüge getan ist. Der Klein- oder Mittelbetrieb

¹²¹vgl. Kopp, F.O., VwGO § 114 Rz. 8

¹²²vgl. Kopp, F. O., VwVfG § 40 Rz. 12

¹²³vgl. OVG Koblenz in NJW 1981, 882 (883)

¹²⁴Meyers Lexikon, Band 26 Erg.

aber eigentlich: Implementierung, ebd.

¹²⁵ebd.

muß also durch die Zuwendung gestärkt sein, die computerunterstützte Produktentwicklung gefördert werden.

Abschließend läßt sich feststellen, daß der Richtlinienzweck sich wie folgt umschreiben läßt. Die Bewilligung unter Vorbehalt soll bestätigt werden, wenn der Bezuschußte das Geld im Sinne der Zuwendung verwendet hat, der Klein-oder Mittelbetrieb dadurch gestärkt und die computerunterstützte Produktentwicklung gefördert wurde. Zur Auslegung bleibt festzustellen, daß das von dem Subventionsempfänger obliegende oder von ihm sogar geschuldete Verhalten klar und eindeutig faßbar sein muß,¹²⁶ wenn sich der Staat zur Erreichung seiner öffentlichen Ziele die wirtschaftlichen Abläufe zu nutze macht, indem er am Wirtschaftsleben Beteiligte durch finanzielle Subventionen zu Verhaltensweisen veranlaßt, von denen er sich nach den Gesetzhlichkeiten unseres Wirtschaftssystems im Ergebnis eine Erreichung seiner strukturpolitischen Förderungsziele verspricht.¹²⁷ Es ist sachgerecht, wenn nicht gar geboten, daß er an den Risiken teil hat, die dem wirtschaftlichen Prozeß nun einmal eigentümlich sind.¹²⁸ Wie bereits festgestellt (siehe Punkt II) A) 3) f) (3) (iii) (a) (bb) (bbb)), ist Zuwendungszweck auch die Stärkung von Klein-und Mittelbetrieben. Der Staat bedient sich der Subventionen, um auch eigene strukturpolitische Ziele zu erreichen. Durch die Förderungspolitik hat der Staat den A dazu veranlaßt, die Software anzuschaffen. Um den Staat an den Risiken teilhaben zu lassen, die dem wirtschaftlichen Prozeß eigentümlich sind, sind die Richtlinien restriktiv auszulegen. Unklarheiten bezüglich des inhaltlichen Umfangs gehen zu Lasten der Behörde.

Gegen den Zweck der Richtlinie verstoßen hat die Behörde, wenn sie dem A eine Bestätigung der Bewilligung verweigert, obwohl die nach dem Richtlinienzweck zu kontrollierenden Vorgaben erfüllt sind. Fraglich ist, ob der A eben diese Vorgaben erfüllt hat.

(☞) richtige Verwendung

Der A müßte das Geld im Sinne der Zuwendung verwendet haben. Im Sinne der Zuwendung verwendet bedeutet, daß neue Software eingeführt, Tests durchgeführt und das Personal ausgebildet wurde. Es ist davon auszugehen, daß die Funktionsfähigkeit des Programms getestet wurde.

Heutzutage ist es üblich, das Personal auszubilden. Die Tatsache, daß das Personal das Programm nicht effizient nutzen kann, spricht nicht gegen diese Annahme. Ausbildung heißt leider nicht immer auch erfolgreiche Ausbildung. Des weiteren ist im Sinne des Zuwendungszwecks die Ausbildung, nicht die erfolgreiche Ausbildung zu überprüfen. Anhand der Richtlinie ist nicht

¹²⁶OVG Koblenz in NJW 1981, 882 (884)

¹²⁷ebd.

¹²⁸ebd.

ersichtlich, daß eine bestimmter Ausbildungserfolg erreicht sein muß.

A müßte auch die im Antrag beschriebene Software installiert haben. A hat die Gelder antragsgemäß verwandt, folglich ist hiervon auszugehen.

A hat die Gelder im Sinne der Zuwendung verwandt.

(ℓ) Stärkung

Der Klein-oder Mittelbetrieb muß dadurch gestärkt worden sein. Das Programm ist für ein Kleinunternehmen wie das des A nicht optimal, und auch kann sein Personal es nicht effizient einsetzen. Nicht optimal bedeutet immerhin noch einsetzbar, und nicht effizient bedeutet nicht "gar nicht". A kann also grundsätzlich mit dem Programm arbeiten und es nutzen, ist also grundsätzlich auch gestärkt. Ein bestimmter Grad der Stärkung, der erreicht sein muß, ist aus den Richtlinien nicht zu entnehmen. Sein Betrieb ist vielleicht nicht so sehr durch die Förderung gestärkt worden, wie die Behörde es sich vielleicht gewünscht hat. Ein eventueller Wunsch der Behörde war aber für den A nicht zu erkennen. Der Betrieb ist gestärkt.

(ℓ) Förderung

Auch müßte die computerunterstützte Produktentwicklung gefördert worden sein. A hat vor der Zuwendung nicht mit einem Programm zur computerunterstützten Förderung gearbeitet. Zwar mag auch hier zu bemängeln sein, daß die Förderungsqualität nicht in dem gewünschten Rahmen liegt, aber wie auch schon bei der "Stärkung" bleibt festzustellen, daß die Richtlinie nichts über die Qualität der Förderung sagt, sondern nur überhaupt eine verlangt. Auch wenn die computerunterstützte Produktentwicklung nicht perfekt eingesetzt wird ist sie im Vergleich zu dem Stadium, in dem sie gar nicht eingesetzt wurde gefördert worden. Der Betrieb ist gefördert.

A hat alle Vorgaben der Richtlinie erfüllt.

Die Behörde hat A eine endgültige Bewilligung verweigert, obwohl A die nach dem Richtlinienzweck zu erfüllenden Vorgaben erfüllt hat.

Die Behörde handelt ermessensfehlerhaft.

(b) Rechtfertigung der Sonderregelung

Die richtlinienwidrige Subventionsverweigerung ist nicht per se rechtswidrig.¹²⁹ Von der allgemeinen Verwaltungspraxis kann in besonders gelagerten, atypischen Fällen abgewichen werden.¹³⁰ Um einen atypischen Fall handelt es sich bei dem des A nicht. Eine Sonderregelung mit Verstoß gegen die Verwaltungsvorschriften ist auch ein Verstoß gegen Art. 3 GG.

Die Behörde verstößt durch ihr ermessensfehlerhaftes Handeln gegen Art. 3 GG.

¹²⁹Mußgnug, VVDStRL 47, 113 (134)

¹³⁰Maurer, § 24 Rz. 23

Damit handelt die Behörde ermessenfehlerhaft im Sinne des Prüfungspunkts (II) A) 3) f) (3)).

(4) Reduzierung auf Null

Ermessensreduzierung auf Null bedeutet, daß das Verwaltungsermessen fehlerfrei nur noch in einer einzigen Richtung ausgeübt werden kann, jede andere Ermessensentscheidung also fehlerhaft wäre.¹³¹ Bloße Verletzungen genügen in der Regel nicht, um die behördliche Ermessensfreiheit auf ein Handlungsgebot zu verengen,¹³² dazu bedarf es einer hohen Intensität der Gefährdung oder Störung von individuellen Rechtsgütern.¹³³ Um einen Fall besonderer Schwere, und damit einer Ermessensreduktion auf Null, handelt es sich, wenn unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung eine Bindung hinsichtlich des Inhalts des Anspruchs ergibt, die so strikt und unausweichlich geworden ist, daß dem Gleichheitssatz einzig durch eine bestimmte Entscheidung Rechnung getragen werden kann.¹³⁴ Die Bindung an Art. 3 GG ist nur gewährleistet, wenn A einen bewilligenden Endbescheid erhält. Ein versagender Endbescheid kann auch nicht aus anderen Gründen erteilt werden, da der endgültige Verwaltungsakt nur noch insoweit von dem Vorläufigen abweichen darf, als es sich um die im Vorbehalt, hier also um die in den Richtlinien genannten Gründe handelt.¹³⁵

Jede andere Entscheidung wäre unausweichlich ein Verstoß gegen Art. 3 GG.

Der Ermessensspielraum der Behörde ist auf Null reduziert.

Die Ablehnung des Verwaltungsakts ist rechtswidrig.

B. Verletzung subjektiver Rechte

Die Begründetheit einer Verpflichtungsklage erfordert nach Art. 19 IV GG und § 113 I VwGO zusätzlich zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, daß der Kläger durch den rechtswidrigen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt wird. Der Verwaltungsakt müßte Vorschriften oder allgemeine Rechtsgrundsätze verletzt haben, die zumindestens den Schutz der Interessen des Klägers zum Ziel haben.¹³⁶ Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 GG enthält ein Grundrecht des einzelnen, und damit ein subjektives Recht.¹³⁷ A ist in seinen Rechten verletzt.

A ist in seinen Rechten verletzt.

¹³¹Eyerm./ Fröh. § 113 Rz. 62b

¹³²Weides, § 9 II c

¹³³BVerwG in NVwZ 1988,525 (526)

¹³⁴Kopp, F. O., VwGO § 114 Rz. 6
und VwVfG §40 Rz. 6

¹³⁵Maurer, § 9 Rz. 63b

¹³⁶Kopp, F. O., VwGO § 113 Rz. 21

¹³⁷BVerfGE 40, 296 (318)
BVerwGE 55, 349 (351)

C. Spruchreife der Entscheidung

Fraglich ist, ob die Sache spruchreif ist. Spruchreife bedeutet, daß die in die Kompetenz des Gerichts fallenden Feststellungen und Überlegungen eine abschließende Entscheidung über das Klagebegehren, das heißt über den Streitgegenstand ermöglichen.¹³⁸ Steht der Verwaltungsakt, dessen Erlaß das Ziel der Klage ist, im Ermessen der Behörde so ist Spruchreife nur ausnahmsweise dann anzunehmen, wenn angesichts der konkreten Umstände des Falles nur eine einzige, bestimmte Entscheidung in Betracht kommt, das heißt nicht fehlerhaft wäre, das heißt bei einer Ermessensreduktion auf Null.¹³⁹ Diese liegt vor (siehe oben II) A) 3) f) (4)).

Die Sache ist spruchreif.

Die Klage ist zulässig und begründet. Die Behörde hat nach §113 V VwGO die Verpflichtung, A den Zuschuß endgültig zu bewilligen.

¹³⁸Kopp, F. O., VwGO § 113 Rz. 83

¹³⁹Kopp, F. O., VwGO § 113 Rz. 86