

Der vorläufige Verwaltungsakt

Von Akad. Rat Dr. Ulrich Jan Schröder, Münster

Die Verwaltung muss zügig handeln (vgl. § 10 S. 2 VwVfG). Die Verwaltung muss aber auch wissen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für ihr Tätigwerden vorliegen. Sie hat dazu den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (vgl. § 24 VwVfG). Die Umstände können es nahelegen, der Gesetzeszweck sogar gebieten, dass die Verwaltung handelt, obwohl sie noch im Ungewissen darüber ist, ob die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen. Wenn die handelnde Behörde das Nichtvorliegen bzw. ihre Ungewissheit über das Vorliegen von Tatbestandsvoraussetzungen berücksichtigt, indem sie die endgültige Verbindlichkeit einer Regelung einschränkt, sich z. B. eine Nachprüfung und Neuregelung vorbehält, kann von einer »vorläufigen Regelung« gesprochen werden. Bereichsspezifisch existieren gesetzliche Ermächtigungen für derartige Übergangsregelungen. Wenn sich dem Gesetz keine ausdrückliche Ermächtigung entnehmen lässt, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit in besonderer Weise. In der Leistungsverwaltung kommen vorläufige Geld- und Sachleistungen, daneben aber auch vorläufige Genehmigungen in Betracht. Auch vorläufige Eingriffsakte (v. a. Abgabenbescheide) sind gesetzlich vorgesehen.

I. Systematisierungsversuche

Vorläufige VAe werden verschiedenartig systematisiert. Formal kann danach unterschieden werden, ob sie gesetzlich ausdrücklich zugelassen sind oder nicht. Ferner wird differenziert, ob der Inhalt der Regelung vorläufig ist (die Bestandskraft sei vergleichbar mit der endgültiger Entscheidungen, die §§ 48, 49 VwVfG gelten unbeschränkt, eine endgültige Entscheidung ist nicht für jeden Fall beabsichtigt) oder ob die Einschränkung des Regelungsgehalts gerade in dem Vorbehalt einer endgültigen Entscheidung besteht (die §§ 48, 49 VwVfG gelten nicht)¹. Eine andere Typologie geht davon aus, dass mit vorläufigen Entscheidungen die Gestaltungswirkung einer Norm ausgelöst werden soll, obwohl im Blick auf die Voraussetzungen der Norm (wegen eines – noch – ungeklärten Sachverhalts) Unsicherheiten bestehen². Bezuglich der Unsicherheit lasse sich unterscheiden, ob sie verfahrensbedingt bei der Ermittlung eines de facto abgeschlossenen Sachverhalts bestehe oder ob sie zwangsläufig und aufgrund einer zum Entscheidungszeitpunkt noch nicht abgeschlossenen Sachverhaltsentwicklung vorliege. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn ein Anspruch dem Grunde nach, aber – wegen laufender Entwicklung – noch nicht abschließend der Höhe nach feststellbar ist³ (soweit das Bestehen des Anspruchs nur dem Grunde nach, aber insofern endgültig festgestellt wird, sollte nicht von einer vorläufigen Regelung gesprochen werden). Unsicherheiten können hinsichtlich der Sach- oder Rechtslage

bestehen⁴. Schließlich kann in Fällen von Gefahr im Verzug eine »an sich« unzuständige Behörde vorläufig zuständig sein⁵.

II. Bereichsspezifische gesetzliche Ermächtigung für vorläufige Verwaltungsakte

Die Erscheinungsformen der Vorläufigkeit sind vielfältig⁶. Bei Geldleistungen kann die Rückforderung, bei Geldforderungen die Anrechnung oder Rückerstattung vorbehalten sein. Grundsätzlich kann die Nachprüfung, Änderung oder endgültige Entscheidung vorbehalten werden. Eine Regelung kann als vorläufig oder vorzeitig, als Vorschuss oder Vorausleistung bezeichnet sein. Gesetzlich geregelte Fälle vorläufiger Entscheidung finden sich im Gaststätten⁷-, sonstigen Gewerbe⁸-, Immissions-⁹-, Abfall¹⁰-, Wasser¹¹-, allgemeinen Gefahrenabwehr¹²-, Enteignungs¹³-, Abgaben¹⁴-, Sozial¹⁵-, Kriegsopferfürsorge¹⁶-,

1 So U. STELKENS, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rdn. 243–245. Das BVerwG (E 67, 99[101, 103]) bezeichnet nur die erste Variante als vorläufigen VA bzw. VA sui generis. Beispiele (nach Stelkens) für die erste Variante sind vorläufige Unterschutzstellung im DSchG (a. A. KEMPER, Der vorläufige Verwaltungsakt, 1990, 88 ff.), Verfügungen nach § 11 GastG, § 8 a BImSchG, Vorschuss gem. § 42 SGB I, Abgabenvorauszahlungsbescheide, für die zweite Variante die atomrechtliche Genehmigung eines Probabetriebs unter Vorbehalt nachträglicher Beendigung durch die Behörde. Vgl. auch SEIBERT, Die Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten, 1989, 556.

2 SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (70); DERS., Vorläufige Verwaltungsakte, 1989, 86.

3 SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 86; DERS., BayVBl. 1989, 69 (70 f.) mit Hinweis auf §§ 18 a III, 24 III BaFöG (vgl. RAMSAUER/STALLBAUM/STERNAL, BaFöG, 4. Aufl. 2005, § 24 Rdn. 19), § 60 a BVG, § 112 II BauGB. A. A. KEMPER, DVBl. 1989, 981 (1982): Kein vorläufiger VA bei laufender Entwicklung.

4 KEMPER (Fn. 1), 12 ff.

5 § 3 IV VwVfG, § 1 I 3 PolG NRW (Eilkompetenz der Polizei).

6 Siehe zum Folgenden SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (70).

7 §§ 11, 12 GastG.

8 § 28 Schornsteinfegergesetz.

9 § 8 a BImSchG.

10 § 33 I KrW-/AbfG.

11 § 9 a I WHG.

12 Anscheingefähr und Gefahrenverdacht, vgl. SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 54 ff.

13 Vorzeitige Besitzinweisungen in Enteignungsverfahren: §§ 77, 116 BauGB; §§ 36, 88 Nr. 3 FlurbG; § 18 f FStrG; §§ 97 ff. BBergG. Dazu KÖNIG, BayVBl. 1989, 33 (35).

14 §§ 164, 165 AO (Steuerrecht); § 133 III BauGB (Vorausleistungen auf Erschließungsbeitrag); für Kommunalabgaben z. B. § 12 I Nr. 4 b KAG NRW (Verweis auf AO).

15 §§ 42 I 1, 43 I 2 SGB I, § 186, § 326, § 328 I 2 SGB III. Vgl. § 17 I Nr. 1 SGB I (Schnelligkeitsprinzip), dazu BSGE 67, 104 (120).

16 § 22 IV Kriegsopfersversorgungsverfahrensgesetz.

Beamten¹⁷-, Jugendschutz¹⁸-, Verwaltungsvollstreckungs¹⁹-, Landschaftsschutz²⁰-, Denkmalschutzrecht²¹. Im Steuerrecht wurde das Instrument schon früh genutzt²². In der steuerrechtlichen Massenverwaltung liegt auch heute noch ein Hauptanwendungsgebiet.

Fall 1: Das BVerfG erklärt die Neuregelung zur Pendlerpauschale für mit dem GG unvereinbar²³. Die Finanzbehörde setzt nach Verkündung des Urteils die Einkommensteuer vorläufig fest.

Soweit ungewiss ist, ob die Voraussetzungen für die Entstehung einer Steuer eingetreten sind, kann die Finanzbehörde die Steuer vorläufig festsetzen (§ 165 I 1 AO). Dies setzt voraus, dass die Finanzbehörde wegen eines vorübergehenden Hindernisses außerhalb ihrer Verantwortungssphäre an einer endgültigen Aufklärung gehindert ist, entbindet sie aber in der Folge nicht von ihrer Amtsermittlungspflicht²⁴. Die Ungewissheit kann sich auf Tatsachen oder auf voreiliche Rechtsverhältnisse beziehen. Der Vorläufigkeitsvermerk bewirkt, dass insoweit keine materielle Bestandskraft des Bescheids eintritt²⁵. Die Finanzbehörde kann den Bescheid aufheben oder ändern (§ 165 II 1 AO), ohne dem üblichen Vertrauenschutz unterworfen zu sein (§ 172 I 1 AO). Der Vorläufigkeitsvermerk steht im Ermessen der Finanzbehörde²⁶. In *Fall 1* wird er durch § 165 I 2 Nr. 2 AO zugelassen. In diesem Fall soll das Ermessen auf Null reduziert sein²⁷. Die vorläufige Verbescheidung hält die Besteuerung für das vom BVerfG geforderte Reparaturgesetz offen²⁸. Mit Wegfall der Ungewissheit (in *Fall 1* durch das Inkrafttreten des neuen Gesetzes zur Pendlerpauschale) muss die Finanzbehörde die vorläufige Steuerfestsetzung aufheben, ändern oder für endgültig erklären (§ 165 II 2 AO). Darauf hat der Steuerpflichtige einen Anspruch²⁹.

1. Vorläufige Entscheidungen als Verwaltungsakt

Fall 2: B hat eine Gaststätte gekauft und beantragt eine Erlaubnis zu deren Betrieb. Die zuständige Behörde hat Zweifel am Vorliegen der Erlaubnisvoraussetzungen. Sie gestattet ihm »auf Widerruf« die Ausübung des Gaststättengewerbes.

§ 11 I GastG sieht vor, dass eine vorläufige Erlaubnis für regelmäßig nicht länger als drei Monate erteilt werden kann, wenn eine Person einen erlaubnisbedürftigen Gaststättenbetrieb übernehmen will. Für dieselbe Regelung spricht Satz 2 von einer vorläufigen Erlaubnis, Satz 1 von einer Gestattung auf Widerruf. Die Vorläufigkeit liegt zum einen in der vom Gesetz geforderten Befristung der Erlaubnis (während die Erlaubnis in der Regel unbefristet erteilt wird, vgl. § 3 II GastG), zum anderen in der Aufhebbarkeit ohne Berücksichtigung eines durch Bestandskraft abgesicherten Vertrauenschutzes. Fraglich ist, ob es sich bei der Erlaubnis um einen VA handelt. Nach der Legaldefinition (§ 35 S. 1 VwVfG) muss die behördliche Maßnahme *zur Regelung* eines Einzelfalls getroffen werden. Die Regelung ist eine rechtsverbindliche Anordnung, die auf die Setzung einer Rechtsfolge gerichtet ist³⁰. Die Rechtsfolge kann darin bestehen, dass Rechte oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden³¹. Die vorläufige Erlaubnis hat für B im *Fall 2* die Rechtsfolge, dass er ein erlaubnisbedürftiges Gewerbe ausüben darf. Die Vorbehaltlichkeit schwächt nicht die aktuelle Verbindlichkeit der Erlaubnis³². Der Umstand, dass die Gestattungswirkung von nur kurzer Dauer sein kann, steht einer Subsumtion unter das Merkmal »zur Regelung« nicht entgegen³³. Auch die Nebenbestimmungen des § 36 II Nr. 1 und 2 VwVfG lassen die zeitlich begrenzte Rechtsfolge eines VAs zu³⁴. Problematischer ist, dass die vorläufige Regelung, solange sie mit einem wirksamen Vorbehalt versehen ist, insofern nicht in formeller Bestandskraft erwächst. Die Fähigkeit zu Bestandskraft ist eine wesentliche Funktion des VAs zugunsten von Rechtssicherheit. Die Stabilisierungsfunktion ist allerdings nicht begriffsnotwen-

dig für den VA, sondern eine Rechtsfolge, die das Gesetz (etwa durch die §§ 70, 74 VwGO) an ihn knüpft³⁵. Schließlich könnte vorläufigen Regelungen dann die VA-Qualität abzusprechen sein, wenn die Ausübung des Vorbehalts bzw. der Widerruf zur rückwirkenden Beseitigung der durch ihn bewirkten (Rechts-) Folgen führt. Aber auch § 48 II 4 VwVfG lässt die rückwirkende (u. U. entschädigungslose) Beseitigung eines VAs zu.

2. Rechtsnatur des Vorbehalts

Die vorläufigen Regelungen aufgrund spezialgesetzlicher Ermächtigung ergehen als Regelungen mit Widerrufsvorbehalt, befristet und/oder bis eine endgültige Regelung getroffen wird. Im Steuerrecht wird die Vorläufigkeit der Bescheide nach §§ 164, 165 AO als unselbständige³⁶ Nebenbestimmung sui generis angesehen³⁷, teilweise auch im Sozialrecht³⁸. Der Vorbehalt ist in der Ermächtigungsgrundlage vorgesehen – ein Rückgriff auf § 36 VwVfG (§ 32 SGB X, § 120 AO) ist insoweit nicht erforderlich. Nach richtiger Auffassung handelt es sich bei den fachgesetzlich vorgesehenen vorläufigen Regelungen ohne ausdrücklichen Widerrufsvorbehalt um VAs ohne Nebenbestimmung – die Vorbehaltsklausel gehört zum Wesen der vorläufigen Regelung³⁹.

3. Rechtmäßigkeit der Anordnung eines Vorbehalts

a) Formell-rechtliche Voraussetzungen

Die vorläufigen begünstigenden Entscheidungen werden nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften in der Regel auf Antrag, nicht von Amts wegen erlassen. Der »vorzeitige Beginn« darf nur zugelassen werden, wenn zuvor der Antrag auf endgültige Genehmigung gestellt wurde⁴⁰. Wenn besondere Form- oder Verfahrensvorschriften fehlen, sind die Vorschriften der VwVfG anwendbar⁴¹. Nach Maßgabe der Ermächtigungsgrundlage ist vielfach die Wahrscheinlichkeit einer positiven endgültigen Ent-

¹⁷ §§ 54 ff. BBG (einstweiliger Ruhestand).

¹⁸ § 23 V 1 JuSchG (vorläufige Anordnung der Aufnahme in die Liste jüngstgefährdender Medien).

¹⁹ § 13 IV VwVG, dazu SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 56 f.

²⁰ § 42 e Landschaftsgesetz NRW, vgl. KEMPER (Fn. 1), 91.

²¹ Zur vorläufigen Unterschutzstellung nach Landesrecht siehe z. B. § 4 DSchG NRW, § 7 DSchG SH.

²² Zur vorläufigen Steuerfestsetzung vgl. schon § 82 I der Reichsabgabenordnung von 1919, angelehnt an § 24 S. 2 Erbschaftssteuergesetz 1906, siehe MROZER (Hrsg.), Handbuch des Steuerrechts, Abteilung I, Kommentar zur Reichsabgabenordnung, 1. Bd., 1921, § 82 Anm. 1.

²³ BVerfG, NJW 2009, 48.

²⁴ SEER, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 21 Rdn. 290; CÖSTER, in: Pahlke/König, AO, 2. Aufl. 2009, § 164 Rdn. 16.

²⁵ SEER (Fn. 24), § 21 Rdn. 293.

²⁶ SEER (Fn. 24), § 21 Rdn. 291.

²⁷ BFH, BStBl. II 1992, 592.

²⁸ § 131 II AO sieht den Widerruf eines rechtmäßigen VAs mit Wirkung für die Vergangenheit (anders als § 49 III VwVfG) nicht vor. Vgl. auch HEUERMANN, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Stand: August 2006, § 165 Rdn. 16.

²⁹ HEUERMANN (Fn. 28), § 165 AO Rdn. 38.

³⁰ MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 9 Rdn. 6.

³¹ MAURER (Fn. 30), § 9 Rdn. 6.

³² So ausdrücklich auch LOSCH, NVwZ 1995, 235, 237.

³³ KEMPER (Fn. 1), 185.

³⁴ ERICHSEN, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 12 Rdn. 35; KAHL, JURA 2001, 505 (510).

³⁵ A. A. BRÜNING, Einstweilige Verwaltungsführung, 2003, 241 f.; dagegen LAUBINGER, VerwArch 2006, 141 (143 f.).

³⁶ Zum Vorbehalt nach § 164 AO CÖSTER (Fn. 24), § 164 Rdn. 8; zum Vorläufigkeitsvermerk gem. § 165 I 3 AO CÖSTER (Fn. 24), § 165 Rdn. 29.

³⁷ RÜSKEN, in: Klein, AO, 9. Aufl. 2006, § 165 Rdn. 8. Vgl. § 120 AO.

³⁸ NIESEL, SGB III, 4. Aufl. 2007, § 328 Rdn. 2. Abl. SCHMIDT-DE CALUWE, NZS 2001, 240 (243).

³⁹ So KOPP/RAMSAUER, VwVfG, 10. Aufl. 2008, § 35 Rdn. 24 c.

⁴⁰ Siehe § 8 a I BImSchG, § 9 a I WHG, § 33 I 1 KrW-/AbfG.

⁴¹ Vgl. KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 9 Rdn. 21; F. J. KOPP, Vorläufiges Verwaltungsverfahren und vorläufiger Verwaltungsakt, 1992, 92.

scheidung erforderlich. Handelt es sich um den Vorgriff auf komplexe planerische Entscheidungen, kann für die Bejahung dieser Prognose eine verfahrensmäßig ausgeformte Ermittlung der betroffenen Belange geboten sein. Da es sich um die (zumeist nicht normierte) verfahrenstechnische Bewältigung der tatbestandlich erforderlichen Feststellung einer positiven Prognose handelt, stellen Defizite ggf. eine Überschreitung des Prognosespielraums dar und schlagen als materiell-rechtliche Fehler zu Buche. Soweit im Verfahren über die endgültige Entscheidung Einvernehmen oder Zustimmung anderer Behörden erforderlich sind, ist umstritten, ob diese auch auf das Verfahren zur vorläufigen Entscheidung Anwendung finden⁴². Dies dürfte anzunehmen sein, weil die Kurzfristigkeit nicht die Betroffenheit der anderen behördlichen Kompetenz entfallen lässt und es für Zuständigkeiten keinen Bagatellvorbehalt gibt. Drittbetreffende müssen grundsätzlich nach § 28 VwVfG angehört werden⁴³.

Die Vorläufigkeit eines Bescheids muss für den Adressaten klar erkennbar sein. Dies folgt schon aus dem für VAe geltenden Gebot hinreichender Bestimmtheit (§ 37 I VwVfG, § 33 I SGB X, § 119 I AO)⁴⁴. Die Widerruflichkeit muss entweder im Verwaltungsakt vorbehalten sein (siehe z. B. § 33 I KrW-/AbfG) oder ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. § 8 a II 1 BImSchG, § 9 a I WHG, § 12 I GastG). Dies entspricht § 49 II 1 Nr. 1 VwVfG, der einen Widerruf zulässt, wenn dieser im VA vorbehalten oder durch Rechtsvorschrift zugelassen ist. Der Vorbehalt muss begründet werden (§ 39 VwVfG oder lex specialis⁴⁵).

b) *Materiell-rechtliche Voraussetzungen*

Die spezialgesetzlichen Ermächtigungen legen im Bereich der Leistungswirtschaft fest, inwieweit ein Weniger an Anspruchsvoraussetzungen vom Bürger erfüllt sein muss, als dies bei einer endgültigen Entscheidung der Fall wäre. Im Bereich der Eingriffsverwaltung wird ein Weniger an Eingriffsvoraussetzungen normiert. Dieses Weniger kann im Verzicht auf das Vorliegen einzelner Tatbestandsmerkmale oder in einer nur summarischen Prüfungsintensität bestehen. Damit ist eine Minderung der Anforderungen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 24 VwVfG), im Bereich der Leistungsgewährung zudem der Darlegungs- und Beweisanforderungen an den Antragsteller verbunden. Der Behörde kann ein gerichtsfester Beurteilungsspielraum für einzelne Tatbestandsmerkmale zustehen. Da die Vorschriften zumeist noch Ermessen einräumen, handelt es sich um Koppelungsvorschriften.

c) *Wahl der richtigen Rechtsfolge*

Die meisten spezialgesetzlichen Grundlagen stellen den Erlass einer vorläufigen Regelung in das (Entschließungs-)Ermessen der zuständigen Behörde. Das lässt sich gegenüber den Grundrechten der Antragsteller damit rechtfertigen, dass das Prüfungsprogramm reduziert ist, nicht alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sein oder zur Überzeugung der Behörde feststehen müssen und eine Übergangsregelung auf dem Weg zu einer endgültigen Entscheidung getroffen werden soll. Die vorzeitige Zulassung erweitert gerade die Möglichkeiten der Grundrechtsträger. Aus dem Gesetzeszweck und verfassungskonformer Auslegung kann sich eine Reduktion des Entschließungsermessens auf Null ergeben. Ein von Gesetzes wegen gebundener Anspruch auf die Gewährung vorläufiger Leistungen besteht im Sozialrecht nach § 42 I 2 SGB I, § 43 I 2 SGB I oder § 328 I 1 Nr. 3 SGB III. Darüber hinaus hat die Behörde meist Auswahlermessen. Dies betrifft etwa die Höhe eines zu gewährenden Betrags, die Dauer der Befristung einer vorläufigen Zulassung oder den gegenständlichen Umfang der Gewährung (z. B. kann von der Gestattung gem. § 12 GastG der Ausschank alkoholischer Getränke ausgenommen werden). Es steht vielfach im behördlichen Ermessen, die vorläufige Entscheidung mit Nebenbestimmungen zu verbinden⁴⁶. Wenn die spezialgesetzliche Ermächtigung zu Nebenbestimmungen ab-

schließend ist, scheidet ein Rückgriff auf § 36 VwVfG aus⁴⁷. Die Vorläufigkeit kann sich auf die gesamte Regelung beziehen, muss aber auf die offenen Fragen beschränkt werden⁴⁸. Ermessensfehlerhaft wäre eine vorläufige Regelung, die nicht dem Zweck der Ermächtigung entspricht (vgl. § 40 VwVfG, § 5 AO). Die Ungewissheit über die richtige Auslegung der gesetzlichen Voraussetzungen für eine endgültige Regelung berechtigt die Behörde nicht zu einem Vorbehalt (der späteren richtigen Auslegung)⁴⁹. Es ist Aufgabe der staatlichen Behörden, das Recht auszulegen und anzuwenden⁵⁰. § 165 I 2 Nr. 3 AO bildet eine Ausnahme. Will eine Behörde in anderen Fällen die rechtliche Klärung von Tatbestandsvoraussetzungen oder präjudiziellen Vorfragen abwarten, kann sie das Verfahren zum Erlass des VAs aussetzen⁵¹. Wird aufgrund § 164 AO der Vorbehalt einer Nachprüfung eingefügt, obwohl die Finanzbehörde zu diesem Zeitpunkt sicher davon ausgeht, keine abschließende Prüfung mehr vorzunehmen (was sie auch nicht stets muss), so ist der Vorbehalt ermessensfehlerhaft⁵².

4. *Regelungsgehalt und Rechtsfolgen der vorläufigen Entscheidung*

Die vorläufigen Entscheidungen haben Regelungswirkung i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG. Mit einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) wird die Steuer festgesetzt, der staatliche Steueranspruch (je nach Steuerart) fällig⁵³. Die vorläufige Gewährung von Arbeitslosengeld II (§ 42 I 1 SGB I) begründet einen Anspruch, den der begünstigte Adressat mit der Leistungsklage geltend machen kann. Allerdings können vorläufige Entscheidungen von der zuständigen Behörde widerrufen oder durch den Erlass einer gegenläufigen endgültigen Entscheidung »erledigt« werden, ohne dass es einer Aufhebung i. S. v. §§ 48, 49 VwVfG (§§ 45, 47 SGB X, §§ 130, 131 AO) bedürfte. In beiden Fällen ist die Behörde nicht an Fristen gebunden. Insoweit erwächst die vorläufige Entscheidung nicht in (formeller) Bestandskraft. Gegenüber Konkurrenten wird eine vorläufig begünstigte Entscheidung bestandskräftig, da die Fristen des §§ 68, 74 VwGO für Drittiderspruch und Drittanfechtungsklage gelten.

a) *Präjudizielle Wirkung*

Von einer vorläufigen Entscheidung geht keine präjudizielle Bindung für die endgültige Entscheidung aus⁵⁴. Darin unterscheidet

⁴² Dagegen JARASS, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 8 a Rdn. 17 für § 8 a BImSchG (aber § 36 I 2 BauGB soll doch vorgehen); dafür (von Rechts wegen) KNOPP, in: Siedler/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG und AbwAG, Stand: Juli 2006, § 9 a Rdn. 19, im Falle des § 9 a WHG (z. B. Einvernehmen nach § 14 II WHG).

⁴³ JARASS (Fn. 42), § 8 a Rdn. 17 m. w. N. Je nach Einzelfall nicht: KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 9 Rdn. 22.

⁴⁴ SCHMIDT-DE CALUWE, NZS 2001, 240 (246).

⁴⁵ Z. B. § 165 I 3 AO, § 328 I 2 SGB III.

⁴⁶ Vgl. § 8 a II 2 BImSchG, § 9 a II WHG, § 12 III GastG.

⁴⁷ Vgl. z. B. in diesem Sinne JARASS (Fn. 42), § 8 a Rdn. 14 zu § 8 a II BImSchG, a. A. SCHEUING/WIRTHS, in: Koch/Scheuing (Hrsg.), GK-BImSchG, Stand: Dezember 2007, § 8 a Rdn. 82 (§ 36 II VwVfG ist anwendbar). Zu § 12 III GastG siehe METZNER, GastG, 6. Aufl. 2002, § 12 Rdn. 20 (nicht abschließend).

⁴⁸ Vgl. § 164 AO.

⁴⁹ Vgl. BFH BSTBl. 1998, 702, 704 (die zuständige Behörde will den Erlass von Verwaltungsvorschriften abwarten); SEER (Fn. 24), § 21 Rdn. 292.

⁵⁰ SEER (Fn. 24), § 21 Rdn. 292.

⁵¹ Vgl. PÜNDER, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 13 Rdn. 48. Zum vorsorglichen VA unten sub III. 2.

⁵² Vgl. SEER (Fn. 24), § 21 Rdn. 287.

⁵³ Vgl. §§ 38, 155 I 1, 218 I 1, 220 II 2 AO. BIRK, Steuerrecht, 10. Aufl. 2007, Rdn. 234 ff.

⁵⁴ Zu § 8 a BImSchG JARASS (Fn. 42), § 8 a Rdn. 19. Die Steuerfestsetzung gem. § 164 AO ist »allseitig offen für tatsächliche und rechtliche Korrekturen«: GOTZ, JuS 1983, 924 (927); »per definitionem« umfassend vorläufig: RÜSKEN (Fn. 37), § 164 Rdn. 1.

sie sich von Teilgenehmigungen, welche ein positives Gesamtschurteil abgeben, und Vorbescheide, die über einen Ausschnitt des Prüfungsprogramms der abschließenden Entscheidung vorwegnehmend befinden. Die vorläufige Entscheidung verschafft weder einen Anspruch auf eine positive Endentscheidung noch ist sie auch nur ein Belang im Rahmen des für die endgültige Entscheidung zu betätigenden Ermessens.

b) Konzentrationswirkung

Soweit neben einer Genehmigung, Erlaubnis oder Bewilligung noch die Genehmigung etc. einer anderen Behörde erforderlich ist, gilt dies auch für die vorläufige Entscheidung⁵⁵. Wenn die endgültige Entscheidung Konzentrationswirkung hat, kann dies auch für die vorläufige Entscheidung gelten. So soll der Zulassung vorzeitigen Beginns gem. § 8 a BImSchG die Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG zugute kommen, weil sonst der Zweck einer Beschleunigung der Vorhabenrealisierung konträrkariert würde⁵⁶.

c) Anordnung sofortiger Vollziehung

Die vorläufigen Entscheidungen sind, sofern es nicht gesetzlich angeordnet ist, nicht schon kraft Gesetzes (§ 80 II 1 Nr. 3 VwGO) sofort vollziehbar⁵⁷. Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung (§ 80 I 1 VwGO). Die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 a III i. V. m. I Nr. 1 VwGO, die grundsätzlich zulässig ist, bedarf in der Regel eines besonderen Vollzugsinteresses. Für das Vollzugsinteresse dürften ausnahmsweise in den (meisten) Fällen vorläufiger VAe dieselben Anforderungen wie für das Erlassinteresse gelten⁵⁸.

5. Rechtsschutz

Die richtige Klageart richtet sich nach dem Angriffsgegenstand. Der Widerrufsvorbehalt i. S. v. § 36 II VwVfG (§ 32 II SGB X, § 120 II AO) ist grundsätzlich eine sogen. unselbständige Nebenbestimmung⁵⁹, gegen die nach früherer Auffassung eine Anfechtungsklage nicht statthaft war⁶⁰. Das BVerwG hat den Streit über die richtige Klageart gegen Nebenbestimmungen für beendet erklärt: Gegen belastende Nebenbestimmungen erfolge der Rechtsschutz fast immer durch Anfechtungsklage⁶¹. Wenn der Gesetzgeber allerdings spezialgesetzlich zum Widerruf ermächtigt, ohne dass ein Widerrufsvorbehalt angeordnet werden muss, weil die Regelung als solche vorläufig ist, dürfte eine isolierte Anfechtbarkeit der Widerruflichkeit nicht statthaft sein. Die Regelung ist vom Gesetzgeber gerade als vorläufige oder gar nicht gewollt. In Fall 2 müsste A daher Verpflichtungsklage auf Erlass einer endgültigen Gaststätterlaubnis erheben, wenn er vom Vorliegen der Voraussetzungen ausgeht. Wenn der Vorbehalt explizit gemacht werden muss, aber zwingend anzuordnen ist, gilt dasselbe. Die Klage ist dann auf Verpflichtung der zuständigen Behörde zum Erlass einer endgültigen Entscheidung zu richten. Der steuerrechtliche Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) und der Vorläufigkeitsvermerk (§ 165 AO) werden als unselbständige Nebenbestimmungen zum Steuerbescheid angesehen, die mit diesem eine Einheit bilden und mit Einspruch (§ 347 AO) und Anfechtungsklage (§ 40 I FGO) nur als Einheit angegriffen werden können⁶². Die Finanzbehörde kann aber dem Einspruch eines Steuerpflichtigen, der ausschließlich die Rechtswidrigkeit des Vorbehalts/Vermerks geltend macht, durch dessen isolierte Aufhebung abhelfen⁶³. Gegen VAe mit belastender Drittirkung muss Rechtsschutz auch für Drittetroffene gewährt werden. Die für die Klagebefugnis erforderliche drittschützende Norm kann sich aus den Erfordernissen der Reversibilität des gestatteten Tuns bzw. auch dem Gebot, eine Sicherheitsleistung zu stellen⁶⁴, oder vermittels der in die Ermessensentscheidung einzustellenden grundrechtlich geschützten Positionen Dritter ergeben.

6. Das weitere Schicksal der vorläufigen Entscheidung

a) Widerruf

Wenn die gesetzliche Grundlage für die vorläufige Regelung oder (zusätzlich) der aufgrund dessen angeordnete Vorbehalt dies vorsieht, kann die vorläufige Entscheidung widerrufen werden. Die zulässigen Widerrufsgründe ergeben sich zumeist nicht ausdrücklich aus dem Gesetz und müssen, soweit ein Widerrufsvorbehalt in der vorläufigen Entscheidung aufzunehmen ist, auch hier nicht ausdrücklich aufgeführt werden. Doch steht der Widerruf nicht im Belieben der zuständigen Behörde. Willkür ist schon wegen Art. 3 I GG unzulässig. Da der Widerruf regelmäßig im Ermessen der Behörde steht, ist ein sachfremder oder unzutreffender Widerrufsgrund ermessensfehlerhaft. Ein Widerruf ist zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Entscheidung nicht mehr vorliegen. Wenn die Voraussetzungen für eine vorläufige Entscheidung schon im Erlasszeitpunkt nicht vorlagen, ist umstritten, ob die Widerrufsmöglichkeit aufgrund eines spezialgesetzlichen Vorbehalts abschließend ist, also auch dann ein Widerruf ergeht, oder ob nach § 48 VwVfG aufzuheben ist⁶⁵. In der Ermessensabwägung über den Widerruf kann grundsätzlich kein Vertrauensschutz zugunsten des Adressaten berücksichtigt werden⁶⁶. Der Widerruf soll rechtmäßig auch auf einen rechtswidrigen Widerrufsvorbehalt gestützt werden dürfen. Die Bedenken, die in solchen Fällen gegenüber einer Anwendung des § 49 II 1 Nr. 1 2. Var. VwVfG erhoben werden (Vertiefung des Unrechts)⁶⁷, greifen auch bei spezialgesetzlicher Widerrufsermächtigung. Zu beachten ist, dass der rechtswidrige Vorbehalt zum Widerruf einer vorläufigen Entscheidung dem Adressaten gegenüber formell bestandskräftig wird, so dass dessen Rechtswidrigkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann. Hält man einen Widerruf nicht zwingend für rechtswidrig⁶⁸, ist die Rechtswidrigkeit des Vorbehalts doch ein Belang, der in das Widerrufsermessen eingestellt werden muss⁶⁹. Ob der Widerruf rückwirkend auf den

⁵⁵ Siehe z. B. KNOPP (Fn. 42), § 9 a Rdn. 17 d.

⁵⁶ JARASS (Fn. 42), § 8 a Rdn. 20; SELLNER, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Bd. I, BImSchG, Stand: Oktober 1997, § 8 a Rdn. 110; SEIBERT, ebda, Stand: Oktober 2003, § 13 Rdn. 21.

⁵⁷ Zu § 20 PBefG vgl. OVG NRW, NJW 1963, 2244. Zu § 9 a WHG KNOPP (Fn. 42), § 9 a Rdn. 17.

⁵⁸ Allg. zu Ausnahmen KOPP/SCHENKE, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rdn. 92.

⁵⁹ Vgl. auch HUFEN/BICKENBACH, JuS 2004, 867 (869), die den Widerrufsvorbehalt als Unterfall der auflösenden Bedingung ansehen, deren Eintreten die Behörde herbeiführen kann; ferner HEITSCH, DÖV 2003, 367 (368).

⁶⁰ Siehe z. B. PIETZCKER, NVwZ 1995, 15 (17 f.); STÖRMER, DVBl. 1996, 81 (84).

⁶¹ BVerwGE 112, 221 (224). Krit. KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 36 Rdn. 63, 63 a. Diff. RUFFERT, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 22 Rdn. 18 ff.

⁶² BFHE 132, 5 (9); 138, 422 f.; 159, 128 (130 f.). SEER (Fn. 24), § 21 Rdn. 291.

⁶³ Vgl. CÖSTER (Fn. 24), § 164 Rdn. 82 bzw. § 165 Rdn. 57.

⁶⁴ So zu § 8 a BImSchG SCHEUING/WIRTHS (Fn. 47), § 8 a Rdn. 130 f. Bedenklich daher BVerwG, NVwZ 1991, 994 ff., soweit Drittschutz wegen Fehlens eines verbindlichen positiven Gesamтурteils abgelehnt wird.

⁶⁵ Für eine Analogie zu § 8 a II 1 BImSchG JARASS (Fn. 42), § 8 a Rdn. 22, für § 48 VwVfG SCHEUING/WIRTHS (Fn. 47), § 8 a Rdn. 88. Für einen Widerruf nach § 12 GastG METZNER (Fn. 47), § 12 Rdn. 24 (§ 49 VwVfG gelte ergänzend). Zum Streit, ob ein rechtswidriger VA gem. § 49 widerufen werden darf, vgl. RUFFERT (Fn. 61), § 24 Rdn. 1 m. w. N. zur h. M. (Widerruf zulässig) in Fn. 5.

⁶⁶ Vorsichtiger KNOPP (Fn. 42), § 9 a Rdn. 14 b.

⁶⁷ Zum Meinungsstand siehe RUFFERT (Fn. 61), § 24 Rdn. 7 m. w. N. in Fn. 25.

⁶⁸ Vgl. EHLERS, Verw 2004, 255 (282).

⁶⁹ So RUFFERT (Fn. 61), § 24 Rdn. 7; BVerwG, NVwZ-RR 1994, 580 (bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit).

Zeitpunkt des Erlasses der vorläufigen Entscheidung ausgesprochen werden darf, ergibt sich aus der gesetzlichen Grundlage.

b) Verhältnis zur Endentscheidung

Hinsichtlich der endgültigen Entscheidung wirkt die vorläufige nicht präjudiziell, soweit nicht partiell schon abschließend entschieden wurde⁷⁰. Dies gilt auch, wenn – wie meist – eine positive Prognose hinsichtlich der abschließenden Entscheidung Voraussetzung für den Erlass einer vorläufigen Regelung ist. Eröffnet das Gesetz Ermessen bezüglich der Endentscheidung, dürfen die vorläufige Entscheidung und deren Folgen, insbesondere die Last, die mit der Rückgängigmachung der Folgen der Wahrnehmung einer vorläufigen Gestattung verbunden ist⁷¹, nicht eingestellt werden. Mit dem Erlass der endgültigen Entscheidung hat sich der Regelungsgehalt der vorläufigen Entscheidung erschöpft. Damit dürfte in der Regel Erledigung (§ 43 VwVfG) eintreten. Dagegen hat die einstweilige Erlaubnis gem. § 20 PBefG die Funktion, die Zeit zwischen Erlass des Bescheids nach § 15 I PBefG und dessen mit Aushändigung der Genehmigungsurkunde gem. § 17 I PBefG eintretender Unanfechtbarkeit zu überbrücken⁷². Entsprechend erledigt sich die einstweilige Erlaubnis erst mit diesem Ereignis.

(1) *Abweichende Endentscheidung*. Mit Erledigung enden die Gestattungs- und Feststellungswirkung einer Zulassung vorzeitigen Beginns, einer vorläufigen gaststättenrechtlichen Erlaubnis bzw. Leistungsgewährung. Die neuen Regelungen treten an deren Stelle, ohne dass es einer Aufhebung der vorläufigen Regelung bedürfte. Die Erledigung einer Zulassung vorzeitigen Beginns nach § 9 a WHG soll ex tunc eintreten, damit nach Versagung einer Gestattung zur Gewässerbenutzung die Beseitigungspflicht entsteht⁷³. Eine vorläufige denkmalschutzrechtliche Unterschutzstellung soll dagegen ex nunc ihre Wirksamkeit verlieren, wenn nicht rechtzeitig die endgültige Unterschutzstellung eingeleitet wird⁷⁴. Soweit Sozialleistungen nach § 328 I SGB III vorläufig gewährt wurden, die abschließende Entscheidung aber einen Leistungsanspruch nicht oder nur in geringerer Höhe zuerkennt, muss der Empfänger die auf Grund der vorläufigen Entscheidung erbrachten Leistungen erstatten (§ 328 III 2 SGB III). Aufgrund vorläufiger Festsetzung zuviel gezahlte Steuern werden nach Neufestsetzung gem. § 37 II 2 AO erstattet⁷⁵.

(2) *Bestätigende Endentscheidung*. Wird nach der Zulassung vorzeitigen Beginns die beantragte Planfeststellung bzw. Plangenehmigung (§ 14 I WaStrG), Erlaubnis (§ 7 WHG), Bewilligung (§ 8 WHG) oder Genehmigung (§ 4 BImSchG) erteilt, erledigt sich die Zulassung. Aufgrund vorläufiger Entscheidungen erbrachte Sozialleistungen sind auf die endgültig gewährte Leistung anzurechnen (§ 328 III 1 SGB III). Auf Grund vorläufiger Steuerfestsetzung gezahlte Steuern werden in der endgültigen Festsetzung angerechnet.

c) Keine endgültige Entscheidung

Falls entgegen dem Vorbehalt keine abschließende Entscheidung ergeht, endet in Ermangelung einer spezialgesetzlichen Regelung die Vorläufigkeit ipso iure, wobei die zeitliche Grenze an § 48 IV VwVfG (ein Jahr) oder § 75 VwGO (angemessene Frist) orientiert wird⁷⁶. Außerstenfalls kann entsprechend § 242 BGB Verwirkung eintreten. Eine Begünstigung wird in diesen Fällen bestandskräftig, so dass die Verwaltung sie nur noch gem. §§ 48, 49 VwVfG beseitigen kann. Eine Belastung dürfte sich erledigen⁷⁷.

III. Vorläufige Verwaltungsakte ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung

Fall 3⁷⁸: Der A betreibt ein Milchwerk. Das Bundesamt für Ernährung und Landwirtschaft gewährt ihm 2004 Beihilfen »vorbehaltlich der noch durchzuführenden Betriebsprüfung«. Die nach fünf Jahren erfolgende

Betriebsprüfung ergibt, dass die Beihilfeberechtigung damals teilweise fehlte. Durch Bescheid wird A zur Erstattung aufgefordert.

1. Der Vorbehalt endgültiger Entscheidung

Die vorläufige Regelung steht unter dem Vorbehalt einer Endentscheidung. Sie ist hinsichtlich einer im Sachverhalt bestehenden Ungewissheit, die die Tatbestandsmerkmale der die Regelung tragenden Norm betreffen, vorläufig. Die Vorläufigkeit muss sich auf die mit Unsicherheit behafteten Tatbestandsmerkmale beschränken und kann daher partiell sein. Wenn es auch für die endgültige Regelung keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gibt, besteht die Unsicherheit nicht angesichts der Erfüllung gesetzlicher, sondern anderer normativer Handlungsvoraussetzungen.

a) Zweck einer vorläufigen Regelung

Mit einem vorläufigen VA wird eine Regelung unter den Vorbehalt einer späteren endgültigen Entscheidung gestellt. Dies soll in der Regel die fehlende ausreichende Ermittlung bzw. überhaupt das Fehlen von Tatbestandsvoraussetzungen der gesetzlichen Grundlage zum Erlass einer endgültigen Entscheidung überbrücken. Möglich erscheint auch, dass Ermessensaspekte noch nicht ermittelt sind oder überhaupt vorliegen⁷⁹. Denkbar sind vorläufige VAe sowohl in der Leistungs- (1) als auch Eingriffsverwaltung (2).

(1) *Leistungsverwaltung*. In der Subventionsverwaltung kann durch den vorläufigen VA dem Bedürfnis nach schneller Leistungsgewährung entsprochen werden. Für diesen Vorteil muss der Empfänger einige Nachteile gewärtigen: Mit der endgültigen Entscheidung erledigt sich der vorläufige VA, ohne dass es einer Aufhebung i. S. d. §§ 48, 49 VwVfG bedürfte. Damit entfällt der (vorläufige) Grund zum Behaltendürfen der Leistungen. Vertrauenschutz nach § 48 II bis IV respektive § 49 II, III VwVfG greift nicht ein, weil es an Rücknahme bzw. Widerruf fehlt. Aus demselben Grund bildet § 49 a I 1 VwVfG nicht die geeignete Grundlage für Erstattungsbescheide⁸⁰. In Fall 3 hat der Rückforderungsbescheid seine Grundlage im allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch. Die Leistung hat der A zwar mit Rechtsgrund erhalten, durch das Prüfungsergebnis tritt aber der vorbehaltene Fall ein, mit dessen behördlicher Feststellung sich die vorläufige Bewilligung erledigt. Wenn die Erledigung ex nunc erfolgt, fällt auch der Rechtsgrund zum Behaltendürfen der Leistung ex nunc weg. Nach umstrittener Ansicht soll der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch dann nicht einschlägig sein⁸¹. Die Erledigung könnte aber ex tunc erfolgt sein⁸². Dies entspricht jedenfalls der Intention der Verwaltung und dem Sinn

⁷⁰ Siehe z. B. SCHMIDT-DE CALUWE, NZS 2001, 240 (247, 249); MARTENS, DÖV 1987, 992 (997 f.); SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 133; KEMPER (Fn. 1), 178 ff.

⁷¹ Siehe z. B. § 14 II 7 WaStrG, § 9 a I Nr. 3, § 33 I 1 Nr. 3 KrW-/AbfG, § 8 a I Nr. 3 BImSchG.

⁷² BVerwG, NJW 1969, 708.

⁷³ KNOPP (Fn. 42), § 9 a Rdn. 17 b.

⁷⁴ Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 588, zu § 7 II 2 DSchG SH.

⁷⁵ Die Verzinsung erfolgt gem. § 233 a AO.

⁷⁶ Zum Streitstand vgl. Fn. 87–89.

⁷⁷ Vgl. aber § 164 IV 1 AO, demzufolge für Steuerfestsetzungen der Vorbehalt der Nachprüfung mit Ablauf der Festsetzungsfrist entfällt.

⁷⁸ Fall nach BVerwGE 67, 99.

⁷⁹ Das wird oft übersehen. U. a. solche Fälle dürften von § 74 III VwVfG erfasst sein.

⁸⁰ A. A. ERFMEYER, DÖV 1998, 459 (463 f.), der eine auflösende Bedingung annimmt.

⁸¹ So etwa GURLIT, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 34 Rdn. 26, zum (vergleichbaren) Fall des mit Wirkung ex nunc aufgehobenen VAs. A. A. KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 49 a Rdn. 6; SCHOCH, JURA 1994, 82 (87); TIEDEMANN, DÖV 1981, 786 (791).

⁸² Vgl. DI FABIO, DÖV 1991, 629 (636).

der Konstruktion eines vorläufigen VAs. Somit ist nach jeder Auffassung eine Grundlage für den Rückforderungsbescheid gegeben. Die §§ 818 III, IV, 819 BGB werden grundsätzlich nicht entsprechend bzw. als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens angewandt⁸³, weil dem Erstattungsanspruch regelmäßig eine Aufhebungsentscheidung vorausgeht, bei der Vertrauenschutz nach öffentlich-rechtlichen Vorgaben Berücksichtigung findet⁸⁴. Daran fehlt es hier allerdings gerade. Doch die Frage nach der Anwendbarkeit der BGB-Vorschriften kann offenbleiben⁸⁵, denn der A würde mit dem Einwand der Entreicherung entsprechend § 818 III BGB nicht gehört, weil das Wissen um die Vorläufigkeit ihn bösgläubig macht (vgl. § 819 I BGB)⁸⁶. Die Fristbestimmung des § 48 IV VwVfG ist unmittelbar nicht anwendbar⁸⁷. Allerdings könnte die Vorläufigkeit durch eine Analogie zu § 48 IV VwVfG bzw. § 75 VwGO begrenzt sein oder in Anwendung des Rechtsgedankens des § 242 BGB eine Verwirkung⁸⁸ eingreifen. Für eine Analogie zu § 75 VwGO spricht die Flexibilität, die Verwirkung kann als zusätzliche äußerste Grenze greifen⁸⁹. Beides hätte die Folge, dass die Verwaltung nicht mehr befugt wäre, einen endgültigen Ablehnungsbescheid zu erlassen. Ist dagegen ein Anspruch gegeben, kann die Verwaltung – anders als bei § 49 a III VwVfG – keine Zinsen verlangen⁹⁰.

(2) *Eingriffsverwaltung*. Eingriffsakte, deren Vollzug vollendete Tatsachen schafft, sind als vorläufige Bescheide nicht zulässig (z. B. eine vorläufige Abrissverfügung)⁹¹. Polizei- und ordnungsrechtliche Verfügungen zur Duldung oder Vornahme einer Gefahreforschungsmaßnahme werden als vorläufige Regelungen eingestuft⁹². Die Generalklauseln im Polizei- und Ordnungsrecht der Länder setzen eine konkrete Gefahr voraus, für die nach der maßgeblichen ex ante-Sicht ein begründeter Gefahrenverdacht ausreicht. Eine vorläufige Regelung (hinsichtlich Duldungspflicht und Kostentragung), die durch einen endgültigen Bescheid rückwirkend korrigiert werden könnte⁹³, ist nicht nötig, da die Sekundärebene (Entschädigung und Schadensersatz) ex post beurteilt wird⁹⁴.

b) Einordnung der Vorläufigkeit

(1) *Ähnliche Handlungsinstrumente*. Die Vorläufigkeit einer Regelung ist einerseits abzugrenzen von Realakten (wie z. B. Abschlagszahlungen auf zukünftige Beihilfen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht)⁹⁵ und andererseits von anderen Entscheidungen in gestuften Verwaltungsverfahren wie der Zusicherung, der Teilentscheidung oder dem Vorbescheid⁹⁶. Im Unterschied zu Realakten wird eine (wenn auch nur vorläufige) Regelung getroffen⁹⁷. Die Zusicherung legt die gegenwärtige (gewisse) Sach- und Rechtslage zugrunde und ist ipso iure unverbindlich bei zukünftiger Lageänderung (§ 38 III VwVfG)⁹⁸. Teilentscheidungen betreffen einen Sachverhaltsteil (z. B. den Streckenabschnitt einer Straße⁹⁹ oder den Teil eines Bauvorhabens¹⁰⁰), über den abschließend entschieden wird. Hinsichtlich des Gesamtvorhabens muss bereits bei der ersten Teilentscheidung eine positive Prognose der Zulässigkeit getroffen werden, die grundsätzlich verbindlich bleibt¹⁰¹. Ein Vorbescheid klärt eine Rechtsfrage (von mehreren, von denen die Endentscheidung abhängt) im Vorgriff auf die abschließende Entscheidung endgültig¹⁰².

(2) *Einordnung als Nebenbestimmung*. Umstritten ist, ob die Vorläufigkeit Nebenbestimmung i. S. v. § 36 VwVfG resp. § 32 SGB X oder Inhaltsbestimmung ist. Als Nebenbestimmungen kommen Rücknahme- oder Widerrufsvorbehalt, Bedingung, Befristung oder eine Nebenbestimmung sui generis in Betracht. Ein Widerrufsvorbehalt gem. § 36 II Nr. 3 VwVfG erlaubt nur einen Widerruf mit Wirkung für die Zukunft gem. § 49 II 1 Nr. 1 VwVfG. Der Vorbehalt eines rückwirkenden Widerrufs ist unzulässig¹⁰³. Da es der Verwaltung gerade auf die rückwirkende Be seitigung der vorläufig gesetzten Rechtsfolgen ankommt, scheidet der Widerrufsvorbehalt aus. Der Vorbehalt abschließender Entscheidung könnte als auflösende Bedingung i. S. v. § 36 II

Nr. 2 VwVfG gedeutet werden. Der rückwirkende Wegfall der Regelungswirkung soll zulässig sein¹⁰⁴. Eine Bedingung macht den Wegfall der Wirksamkeit des VAs von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig, von dem im Zeitpunkt des Erlasses ungewiss ist, ob es überhaupt eintreten wird¹⁰⁵. Bei Ungewissheit über das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen im Zeitpunkt des Erlasses der vorläufigen Regelungen handelt es sich aber um kein zukünftiges Ereignis. Fraglich ist, ob man auf die (zukünftige) Prüfung und Endentscheidung der Behörde als Ereignisse abstellen kann¹⁰⁶. Dagegen spricht, dass es sich um kein ungewisses Ereignis handelt, sondern eines, das die Behörde in der Hand hat. Auch eine Potestativbedingung liegt nicht vor, da deren Erfüllung nur vom Regelungssadressaten, nicht aber von der Erlass-Behörde abhängen darf¹⁰⁷. Ferner wurde die Vorläufigkeitsklausel als auflösende Befristung (§ 36 II Nr. 1 VwVfG) eingeordnet. Der Erlass der Endentscheidung sei ein bestimmter, also zukünftiger gewisser Zeitpunkt¹⁰⁸. Richtig ist, dass eine Befristung keiner datumsmäßigen Bestimmung bedarf¹⁰⁹. Allerdings setzt auch dies ein zukünftiges Ereignis, nicht nur eine gegenwärtige Ungewissheit voraus¹¹⁰. Die Betriebsprüfung in *Fall 2* und der Endbescheid beziehen sich auf den Zustand im Erlasszeitpunkt und taugen selbst nicht als Anknüpfung. Es könnte sich bei der Vorläufigkeit um eine Nebenbestimmung sui generis handeln, die in § 36 II VwVfG nicht aufgezählt ist¹¹¹.

⁸³ BVerwGE 71, 85.

⁸⁴ BVerwGE 71, 85 ff.; SCHOCH, *JURA* 1994, 82 (88 f.); OSSENBÜHL, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 433 f.

⁸⁵ Ein entscheidender Unterschied liegt darin, dass nach dem BGB, nicht aber nach dem VwVfG schutzwürdig ist, wer die Rechtsgrundlosigkeit grob fahrlässig nicht kennt (BVerwGE 71, 85 [91 f.]).

⁸⁶ Vgl. PEINE, DÖV 1986, 849 (850) m. w. N.

⁸⁷ Vgl. BVerwGE 67, 99. Götz, JuS 1983, 924 (928) schlägt vor, die vorläufige Regelung solle analog § 48 IV VwVfG ein Jahr nach dem vorbehaltenen Ereignis (Betriebsprüfung) bestandskräftig werden. Krit. F. J. KOPP, DVBl. 1989, 238 (240).

⁸⁸ So BVerwGE 67, 99 (104).

⁸⁹ Siehe KEMPER (Fn. 1), 159 ff., der § 75 VwGO anwenden will.

⁹⁰ Zum Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ORTLOFF/RIESE, in: Schöch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: 2008, § 90 Rdn. 17 (analoge Anwendung des § 288 BGB bedenklich).

⁹¹ PEINE, DÖV 1986, 849 (856) unter Hinweis auf den Vorbehalt des Gesetzes und Art. 19 IV GG.

⁹² Etwa von DI FABIO, DÖV 1991, 629 (631 ff.).

⁹³ So wohl DI FABIO, DÖV 1991, 629 (634 f.).

⁹⁴ BGHZ 117, 303.

⁹⁵ Zur Abgrenzung BVerwGE 67, 99 (102) mit Hinweis auf BVerwGE 11, 283. Ferner U. STELKENS (Fn. 1), § 35 Rdn. 248; SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 110 ff. Zur Nähe von § 11 GastG zu einer »einstweiligen Duldung« formell illegalen Verhaltens KOCH, GewArch 1992, 374 (377).

⁹⁶ Zum Begriff des Verwaltungsvorakts ACHTERBERG, DÖV 1971, 397 ff.; KEMPER (Fn. 1), 49 f.; SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 104 ff.

⁹⁷ Siehe auch TIEDEMANN, DÖV 1981, 786 (789).

⁹⁸ Es geht um den Wegfall der »Geschäftsgrundlage« (HENNEKE, in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 38 Rdn. 31), nicht um deren (anfängliches) Fehlen.

⁹⁹ Zur abschnittsweisen Planfeststellung durch Aufspaltung eines Planfeststellungsbeschlusses PÜNDER (Fn. 51), § 14 Rdn. 13.

¹⁰⁰ Vgl. die Teilbaugenehmigung gem. § 76 I BauO NRW.

¹⁰¹ PÜNDER (Fn. 51), § 13 Rdn. 47 m. w. N. in Fn. 298. Zur Unterscheidung SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 91 ff.

¹⁰² Vgl. bspw. § 71 BauO NRW.

¹⁰³ Siehe KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 36 Rdn. 23 mit Fn. 25.

¹⁰⁴ Zw. vgl. aber KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 36 Rdn. 19, mit Hinweis auf F. J. KOPP (DVBl. 1989, 238 [240]), der § 159 BGB anführt.

¹⁰⁵ BVerwGE 29, 261 (265); KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 36 Rdn. 19.

¹⁰⁶ So F. J. KOPP, DVBl. 1989, 238 (240); ERFMEYER, DÖV 1998, 459 (464).

¹⁰⁷ Siehe KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 36 Rdn. 19; F. J. KOPP, DVBl. 1989, 238 (240); JANSSEN, in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. 2004, § 36 Rdn. 11 f.

¹⁰⁸ So KEMPER, DVBl. 1989, 981 (983).

¹⁰⁹ Vgl. KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 36 Rdn. 15.

¹¹⁰ SCHIMMELPFENNIG (Fn. 2), 114 f.

¹¹¹ Abl. SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (72 f.); dafür: BSG, DVBl. 1988, 449 (452 f.).

Zwar wird überwiegend angenommen, dass § 36 VwVfG keinen Numerus clausus der Nebenbestimmungen anordnet¹¹², zugleich wird aber vertreten, dass andersartige Nebenbestimmungen kaum denkbar seien¹¹³. Ein Rücknahmeverbehalt ist zwar denkbar¹¹⁴, aber die Rechtswidrigkeit wird durch die Vorläufigkeit gerade vermieden¹¹⁵. Aus alldem folgt, dass die Vorläufigkeit eine Inhalts- und keine Nebenbestimmung ist¹¹⁶. Das ergibt sich auch aus der Unterscheidung, dass Nebenbestimmungen der Wirkungssteuerung dienen, indem die Vorläufigkeit am Regelungsinhalt teilhat und sich auf die Regelungsintensität bezieht¹¹⁷. Sie ist integraler¹¹⁸, wesentlicher¹¹⁹ Bestandteil bzw. Hauptinhalt¹²⁰ der Regelung. Bei der vorläufigen Regelung handelt es sich um einen VA¹²¹, ein Bedürfnis für die Annahme einer Handlungsform sui generis besteht nicht¹²².

c) Zulässigkeit

Eine vorläufige Regelung ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung wäre verfassungswidrig, wenn dem GG ein Gesetzesvorbehalt zu entnehmen ist. Ferner könnte Gesetzes- bzw. Verfassungsrecht entgegenstehen (Vorrang des Gesetzes bzw. der Verfassung).

(1) *Reichweite der Befugnisnormen*. Die Frage nach dem Vorbehalt erübrigt sich, wenn die gesetzliche Befugnis zur endgültigen Regelung diejenige zur vorläufigen mitumfasst¹²³. Dies wird für die Eingriffsverwaltung bei Gefahrerforschung eingriffen angenommen. Für die Leistungsverwaltung wird dies befürwortet¹²⁴, wenn die Prüfungsergebnisse eine endgültige Gewährung erwarten lassen und dem Bürger ein Zuwarten bis zur abschließenden Entscheidung nicht zugemutet werden kann¹²⁵. Soweit für endgültige Regelungen (wie oft in der Leistungsverwaltung) der Vorbehalt eines außenwirksamen Parlamentsgesetzes nicht gilt, sondern ein Ansatz im gesetzlich festgestellten Haushaltsplan ausreicht, gilt auch für vorläufige Regelungen nicht mehr.

(2) *Wahrung des Gesetzesvorbehals*. Gilt grds. ein Gesetzesvorbehalt, ist zu differenzieren: In der Eingriffsverwaltung dürfte eine vorläufige Regelung praeter legem unzulässig sein¹²⁶, in der Leistungsverwaltung (z. B. bei Subventionen im Pressewesen oder an Religionsgemeinschaften) nur, wenn der Schutzzweck des Gesetzesvorbehalts nicht auch durch die Vorläufigkeit sichergestellt werden kann. Zugunsten einer Analogie zu § 123 VwGO als Grundlage für vorläufiges Verwaltungshandeln¹²⁷ wird der Wertungswiderspruch angeführt, die Gerichte dürften sonst die Verwaltung zu etwas verpflichten, was diese selbst nicht dürfe¹²⁸. Doch fehlt es für eine Analogie an der Vergleichbarkeit gerichtlicher und behördlicher Entscheidungen¹²⁹.

(3) *Achtung des Gesetzesvorrangs*. Der Vorrang des Gesetzes ist bei entgegenstehendem Recht verletzt. Wenn der Tatbestand, von dessen Vorliegen ein Gesetz die Befugnis der Verwaltung zur Regelung eines Sachverhalt abhängig macht, (noch) nicht oder nicht mit der erforderlichen Gewissheit vorliegt und die Verwaltung dennoch die Regelung trifft, verstößt diese gegen den Vorrang des Gesetzes und ist damit gesetzwidrig, wenn nicht die Verwaltung nach dem gesetzgeberischen Programm auch ohne gesetzliche Ermächtigung tätig werden durfte. Grundsätzlich existiert kein Numerus clausus der Handlungsformen, der vorläufige Regelungen ausschließt¹³⁰. Hält man entgegen der hier vertretenen Ansicht den Vorläufigkeitsvorbehalt für eine Nebenbestimmung, ist § 36 VwVfG (§ 32 SGB X) maßstäblich. Da der Schutzzweck von § 36 I VwVfG dem Bürger dient, dürfte die Vorschrift vorläufigen Bewilligungen nicht entgegenstehen¹³¹. Sie wird sogar herangezogen, um Leistungen dem Grunde nach zu bewilligen, auch wenn die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen noch nicht erfüllt sind¹³². Darüber hinausgehend soll aufgrund von § 36 I VwVfG die Erteilung einer sofort wirksamen (endgültigen) Gaststätterlaubnis mit der Auflage ergehen dürfen, dass der Begünstigte geringfügige Voraussetzungen

für den Anspruchstatbestand nachholt¹³³. Ferner wird für die Zulässigkeit vorläufiger Entscheidungen auf § 10 S. 2 VwVfG verwiesen, der eine zweckmäßige und zügige Durchführung des Verwaltungsverfahrens vorschreibt und deswegen auch eine Stufung des Verfahrens erlaube¹³⁴. Daraus kann sich keine allgemeine Zulässigkeit ergeben. Schließlich setzt die vorläufige Entscheidung potentielles Unrecht in die Welt¹³⁵. Der Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG, § 20 SGB X) steht nicht entgegen, da er sich auf das jeweilige Verfahren und die materiell-rechtlichen Anforderungen bezieht¹³⁶. Eine im Referentenentwurf vorgesehene allgemeine Zulassung vorläufiger Entscheidungen im SGB X ist nicht zustande gekommen¹³⁷. Das VwVfG verzichtete »bewusst« auf eine Regelung, um nicht vorzeitig die notwendige Rechtsfortbildung abzuschneiden¹³⁸. Zum Teil werden vorläufige Entscheidungen durch das Fachrecht ausdrücklich untersagt¹³⁹. Fehlt ein ausdrückliches gesetzliches Verbot, kann sich ein Verbot auch aus dem gesetzlichen Regelungszusammenhang ergeben. So soll eine Umgehung verfahrensrechtlicher Vorschriften Grund für die Unzulässigkeit einer vorläufigen Genehmigung sein¹⁴⁰. Auch eine Umgehung der §§ 48, 2121 Siehe TIEDEMANN, DÖV 1981, 786 (788, m. w. N. in Fn. 14, 789). 2122 Vgl. DI FABIO, DÖV 1991, 629 (636, Wesensbestandteil). 2123 Argumentum a maiore ad minus, ACHTERBERG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, § 21 Rdn. 122; diff. HENNEKE (Fn. 98), § 35 Rdn. 121. 2124 A. A. ESCHENBACH, DVBl. 2002, 1247 (1256 in Fn. 90). 2125 KÖNIG, BayVBl. 1989, 33 (37). 2126 KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 9 Rdn. 18; HENNEKE (Fn. 98), § 35 Rdn. 114. 2127 F. KOPP, BayVBl. 1968, 236. Dagegen ERFMEYER, DÖV 1998, 459 (462); KÖNIG, BayVBl. 1989, 33 (34), nun wohl auch F. KOPP, DVBl. 1990, 1189 (1190). 2128 F. KOPP, BayVBl. 1968, 236 (238). Vgl. auch SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (74). 2129 Vgl. KEMPER (Fn. 1), 121 f. 2130 Vgl. PEINE, DÖV 1986, 849 (857). 2131 Gegen § 36 I VwVfG als Ermächtigung für vorläufige Entscheidungen ESCHENBACH, DVBl. 2002, 1247 (1257). 2132 So KOPP/RAMSAUER (Fn. 39), § 36 Rdn. 45. 2133 Doch räume § 36 I 2. Var. VwVfG keinesfalls Ermessen ein, auf gesetzliche Voraussetzungen zu verzichten, U. STELKENS (Fn. 1), § 36 Rdn. 124. Wesentliche Voraussetzungen können nicht durch Auflage, sondern müssen durch eine aufschiebende Bedingung gesichert werden, BVerwGE 78, 114, 119 f.; U. STELKENS, a. a. O., § 36 Rdn. 128, dort auch krit. zur Sicherung »geringfügiger Voraussetzungen« durch Auflage. Abl. HEITSCH, DÖV 2003, 367 (372 f.). 2134 SEIBERT (Fn. 1), 560. PEINE, DÖV 1986, 849 (857); GÖTZ, JuS 1983, 924 (927). 2135 Zum Begriff BERG, Die verwaltungsrechtliche Entscheidung bei ungewissem Sachverhalt, 1980, 18 (Urteil auf Verdacht); PEINE, DÖV 1986, 849 (852, 858); SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (73). 2136 Vgl. KEMPER, DVBl. 1989, 981 (987). SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (74 f.) sieht § 10 S. 2 i. V. m. § 24 I 2 1. HS VwVfG als Ermächtigungsgrundlage an. 2137 Vgl. SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 f. 2138 Vgl. die Amtliche Begründung, BT-Drs. 7/910, S. 41 zu § 9 VwVfG. 2139 Vgl. § 15 II PBefG. 2140 Allg. SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (74). Verfahrensrechtliche Vorschriften, die für die endgültige Entscheidung gelten, könnten aber auch auf die vorläufige angewandt werden.

49 VwVfG und des mit diesen Vorschriften verbundenen Vertrauensschutzes wurde als Grund für die Unzulässigkeit angeführt¹⁴¹. Mit vorläufigen Regelungen soll gerade der Vertrauenschutz vermieden werden¹⁴². Eine Aufhebung wird durch die Art der Verknüpfung mit der Endentscheidung, die zur Erledigung auf andere Weise i. S. v. § 43 II VwVfG führt, »umgangen«. Allerdings steht der Einbuße an Vertrauenschutz die vorzeitige Verfügbarkeit der Begünstigung gegenüber. Zudem setzt die vorläufige Begünstigung einen diesbezüglichen Antrag voraus¹⁴³, so dass ein Einverständnis des Bürgers vorliegt. Vertrauenschutz kann in extremen Fällen innerhalb des Ermessens des Erstattungsanspruchs und durch die Annahme einer Verwirkung gewährt werden. Dies spricht gegen eine Verletzung des verfassungsrechtlich garantierten Vertrauenschutzes.

d) Rechtmäßigkeit der vorläufigen Entscheidung

(1) *Formell-rechtliche Voraussetzungen*. Die formellen Voraussetzungen müssen aus der Anwendung der VwVfGe sowie fachgesetzlicher Spezialvorschriften gewonnen werden¹⁴⁴. Zum Schutz des Bürgers ist bei Leistungsbewilligung ein (formloser) Antrag auf Erlass eines vorläufigen VAs nötig¹⁴⁵. Wegen § 37 VwVfG sind sowohl die Vorläufigkeit als auch die bereits endgültigen Regelungsbestandteile im Bescheid zu verdeutlichen.

(2) *Materiell-rechtliche Voraussetzungen und Rechtsfolge*. Wenn vorläufige Entscheidungen nicht ausdrücklich¹⁴⁶ oder durch den Normzweck¹⁴⁷ verboten sind, ist für den zu erfüllenden Tatbestand grundsätzlich die Rechtsgrundlage für die endgültige Entscheidung maßgeblich¹⁴⁸. Bei Leistungsbewilligungen muss zumindest ein »Anspruchsverdacht« bestehen¹⁴⁹. Hinzukommen müssen ein Bedürfnis nach sowie die Zumutbarkeit vorläufiger Regelung. Die endgültige Entscheidung muss in angemessener Frist zu erwarten sein¹⁵⁰. Wenn eine endgültige Regelung bereits möglich ist, wäre eine vorläufige rechtswidrig¹⁵¹. Eine Wiederherstellung des früheren Zustands muss möglich sein¹⁵². Soweit über Tatbestandsmerkmale schon abschließend entschieden werden kann, ist dies rechtlich geboten¹⁵³. Die Entscheidung über eine vorläufige Leistungsbewilligung liegt regelmäßig im Ermessen der Behörde, das sich (etwa durch Selbstbindung) auf Null reduzieren kann. Der Bürger hat dann nicht nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung, sondern auf Bewilligung¹⁵⁴. Der Vorrang des Gesetzes schränkt das Ermessen ein: Z. B. hat die Verwaltung die normierten Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu beachten¹⁵⁵.

e) Verhältnis zur endgültigen Entscheidung

In der Regel bedarf es im Interesse der Rechtsklarheit einer endgültigen Entscheidung durch VA¹⁵⁶. Würde im Fall 3 nur die Betriebsprüfung, nicht auch die endgültige Entscheidung über die Subvention vorbehalten, wäre dies rechtswidrig. Durch die endgültige Entscheidung erledigt sich die vorläufige »auf andere Weise« i. S. v. § 43 II VwVfG. Soweit der ursprüngliche Bescheid nicht auch endgültige Regelungen enthält, ist die Behörde bei der abschließenden Entscheidung nicht gebunden. Es kann Fälle geben, in denen ein endgültiger Bescheid länger auf sich warten lässt. Hier sollte eine Grenze angenommen werden, die an § 48 IV VwVfG (ein Jahr) oder § 75 VwGO (angemessene Frist) zu orientieren ist. Kommt es binnen dieses Zeitraums nicht zu einer endgültigen Entscheidung, wird die vorläufige Begünstigung bestandskräftig und kann nur unter den Voraussetzungen von §§ 48, 49 VwVfG aufgehoben werden.

f) Rechtsschutz

(1) *Richtige Klageart*. Begeht der Bürger einen vorläufigen VA (z. B. auf Leistungsbewilligung), dessen Erlass die Behörde verweigert, ist allein die Verpflichtungsklage (§ 42 I VwGO) statthaft. Ist die Sache noch nicht spruchreif, ergeht ein Bescheidungsurteil (§ 113 V 2 VwGO). Verlangt der Bürger eine

abschließende Entscheidung, weil seiner Ansicht nach alle Voraussetzungen vorliegen und der Behörde hinreichend bekannt sind, gewährt diese ihm aber nur eine vorläufige Entscheidung, hängt die statthafte Klageart von der Einordnung der Vorläufigkeit ab. Wird sie richtigerweise als Inhaltsbestimmung angesehen, ist eine Verpflichtungsklage auf Erlass der abschließenden Entscheidung statthaft – die vorläufige Entscheidung wird mit dem Verpflichtungsurteil kassiert. Wenn sie als Nebenbestimmung aufgefasst wird, würde die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁵⁷ eine Anfechtungsklage nahelegen. Wenn eine vorläufige Entscheidung erging, die Behörde aber eine endgültige nicht in angemessener Zeit erlassen hat, greift die Verpflichtungsklage¹⁵⁸.

(2) Einstweilige Anordnung auf Erlass vorläufiger Regelung

Auch im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 123 I VwGO) kann das Verwaltungsgericht die Behörde zum Erlass eines vorläufigen VAs verpflichten¹⁵⁹. Umstritten ist, ob dies auch zulässig ist, wenn das Gesetz der Behörde selbst keine Befugnis zum Erlass vorläufiger Regelungen einräumt oder diese sogar ausschließt¹⁶⁰. Die Konnexität zwischen vorläufigem Rechtsschutz und materiellem Verwaltungsrecht sowie die Akzessorietät des vorläufigen Rechtsschutzes im Verhältnis zum Rechtsschutz in der Hauptsache sprechen dagegen¹⁶¹. Andernfalls könnte vor Gericht mehr erreicht werden als gegenüber den Behörden¹⁶². Jedenfalls das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache oder die Zumutbarkeit weiteren Abwartens (also das Fehlen eines Anordnungsgrundes) dürfte regelmäßig einer gerichtlichen Verpflichtung der Behörde zum Erlass einer vorläufigen Regelung trotz fehlender behördlicher Befugnis entgegenstehen¹⁶³.

2. Der vorsorgliche Verwaltungsakt

Fall 4¹⁶⁴: Der Unternehmer U will dem Arbeitnehmer A außerordentlich kündigen. Er beantragt die Zustimmung des Integrationsamtes, die im Falle der Kündigung eines Schwerbehinderten erforderlich ist. Die Schwerbehinderteneigenschaft des A wurde vom zuständigen Versorgungsamt noch nicht festgestellt. Das Integrationsamt erklärt vorsorglich die Verweigerung der Zustimmung.

141 ERICHSEN (Fn. 34), § 12 Rdn. 35.

142 Deswegen krit. F. J. KOPP, DVBl. 1989, 238 (239 m. w. N.).

143 KEMPER, DVBl. 1989, 981 (987 f.).

144 Ausführlich F. J. KOPP (Fn. 41), 100 ff.

145 KEMPER, DVBl. 1989, 981 (987 f.).

146 Z. B. durch § 15 II PBefG.

147 Dazu F. J. KOPP (Fn. 41), 114.

148 SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (74).

149 So KEMPER, DVBl. 1989, 981 (982).

150 SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (75).

151 Vgl. F. KOPP, DVBl. 1990, 1189 (1190).

152 KEMPER, DVBl. 1989, 981 (988); KÖNIG, BayVBl. 1989, 33 (35 f.).

153 MARTENS, DÖV 1987, 992 (997); KEMPER, DVBl. 1989, 981 (987 mit Fn. 67).

154 Vgl. TIEDEMANN, DÖV 1981, 786 (789).

155 § 34 II BHO, § 34 II LHO NRW, § 75 I GO NRW. KEMPER (Fn. 1), 132.

156 So KÖNIG, BayVBl. 1989, 33 (36).

157 BVerwGE 112, 221 (224).

158 Siehe schon TIEDEMANN, DÖV 1981, 786 (791).

159 Zur vorläufigen Versetzung eines Schülers KOPP/SCHEINKE (Fn. 58), § 123 Rdn. 13.

160 In diesem Sinne BVerfGE 71, 305 (347 f.); BremOVG, NVwZ 1990, 781; OVG Rh-Pf, NVwZ 1990, 1088. Dagegen SächsOVG, NVwZ 1994, 81; Ortloff, NVwZ 1991, 627 (631).

161 So SCHOCH, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, 987 f.

162 SCHIMMELPFENNIG, BayVBl. 1989, 69 (74) kehrt die Überlegung um und folgert aus den gerichtlichen Befugnissen die weitgehende Zulässigkeit vorläufiger Regelungen durch die Verwaltung.

163 Siehe OVG Berl., NVwZ 1991, 1198; KOPP/SCHEINKE (Fn. 58), § 123 Rdn. 13 m. w. N.

164 Fall nach BVerwGE 81, 84.

a) Der Präzedenzfall

Der Arbeitgeber kann einem Schwerbehinderten wirksam nur kündigen, wenn – auf seinen Antrag hin – das Integrationsamt zugestimmt hat (vgl. §§ 91 I, 85 SGB IX i. V. m. § 134 BGB). In Fall 4 hat die zuständige Behörde, das Versorgungsamt, noch nicht über die Schwerbehinderteneigenschaft entschieden. Wenn die Entscheidung über die Zustimmung solange aufgeschoben werden müsste, bis das Versorgungsamt (unanfechtbar)¹⁶⁵ über die Schwerbehinderteneigenschaft entschieden hat, und man daher annähme, dass eine Kündigung auch ohne Zustimmung (auch bei tatsächlich bestehender Schwerbehinderteneigenschaft) wirksam wäre, würde der schwerbehinderte Arbeitnehmer entgegen dem gesetzlichen Schutzzweck benachteiligt. Wenn zwar über die Zustimmung entschieden werden muss, aber erst nach der Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft, trägt der Arbeitgeber das Risiko dieser Zeitdifferenz. Spricht er die Kündigung ohne Zustimmung bzw. nach Verweigerung der Zustimmung aus und stellt das Versorgungsamt später rückwirkend auf den Zeitpunkt der Kündigung die Schwerbehinderteneigenschaft fest, ist die Kündigung unheilbar unwirksam. Die Zuständigkeit des Integrationsamtes zur vorsorglichen Entscheidung ist also auch im Interesse des Arbeitgebers anzunehmen. Zudem hat das BVerwG hervorgehoben, dass der versorgungamtliche Feststellungbescheid nach § 69 I 1 SGB IX¹⁶⁶ keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Wirkung hat. Das Integrationsamt entscheide aber nicht (auch nicht als Vorfrage) über die Schwerbehinderteneigenschaft. Dessen Vorliegen sei weder Tatbestandsmerkmal der Zuständigkeit noch Maßstab der Entscheidung der Hauptfürsorgestelle über die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung¹⁶⁷.

b) Dogmatische Einordnung

Da die Zustimmung nur bei später festgestellter Schwerbehinderteneigenschaft Wirkung zukommt, ist von einem VA auf Vorrat gesprochen worden¹⁶⁸. Die Einordnung ist umstritten. Vertreten wird, dass es sich um einen VA *sui generis*¹⁶⁹, einen Unterfall des vorläufigen VAs¹⁷⁰, einen »normalen« VA¹⁷¹, einen auflösend bedingten¹⁷² oder keinen VA¹⁷³ handelt. Eine Zustimmung bzw. deren Verweigerung hätte (bei Vorliegen der Schwerbehinderteneigenschaft) bereits mit Bekanntgabe Regelungswirkung, denn eine außerordentliche Kündigung wäre jedenfalls schon vor der Feststellung wirksam bzw. unwirksam. Ein VA liegt daher vor. Auflösend bedingt ist die Entscheidung über die Zustimmung nicht, weil (so das BVerwG) die Feststellung der Schwerbehinderteneigenschaft durch das Versorgungsamt nur deklaratorischer Natur ist, mithin das Tatbestandsmerkmal – wenn auch noch nicht verbindlich darüber entschieden wurde – tatsächlich vorliegt oder nicht. Die Entscheidung über die Zustimmung ergeht ohne sicheres Wissen darüber, ob sie ergehen musste. Im Unterschied zu vorläufigen VAs, deren Regelungswirkung jedenfalls (vorläufig) eintritt, kann der Regelungsgehalt auch ins Leere gehen, d. h. gegenstandslos sein¹⁷⁴. In diesem Fall bedurfte es in der Rückschau der Entscheidung nicht. Dann fehlt es dem Anschein nach an einer Regelungswirkung. Liegt dagegen tatsächlich die Schwerbehinderteneigenschaft vor, handelt es sich jedenfalls um einen VA, der im Unwissen über die gegenwärtige Lage ergeht¹⁷⁵. Gleichwohl könnte (ohne es zu dürfen) das Versorgungsamt die Schwerbehinderteneigenschaft auch verbindlich feststellen, obwohl sie nicht gegeben ist. Dann wäre die Feststellung wohl doch (rückwirkend) konstitutiv. Daher hat die Entscheidung des Integrationsamtes in jedem Fall dieselbe Wirkung wie ein aufschiebend bedingter VA. Diese Bedingtheit wird nicht durch eine Nebenbestimmung gesetzt, sondern folgt aus der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung, so dass sie dem Regelungsgehalt der vorgezogenen Zustimmungsentscheidung innewohnt.

c) Verallgemeinerungsfähigkeit

Die Verallgemeinerungsfähigkeit der Figur des vorsorglichen VAs wird angezweifelt¹⁷⁶, erweist sich aber anhand der folgenden drei Fallgruppen.

1. *Fallgruppe: Gestufte Verfahren.* Anders als beim mehrstufigen VA, bei Teilentscheidungen oder Vorbescheiden, vermittels derer von Gesetzes wegen eine Abschichtung der Regelung stattfindet, betrifft die offen gelassene Frage die Anwendung der Norm. So erteilt das Integrationsamt gem. § 89 I 1 SGB IX die Zustimmung zur Kündigung eines Schwerbehinderten, wenn der Betrieb nicht nur vorübergehend eingestellt wird. Das Arbeitsgericht entscheidet verbindlich darüber, ob ein Betrieb stillgelegt oder gem. § 613 a I 1 BGB übergegangen ist. Vor der arbeitsgerichtlichen Entscheidung soll das Integrationsamt eine vorsorgliche Zustimmung erteilen dürfen¹⁷⁷. Eingriffsbefugnisse für und Anspruchsgrundlagen gegen die Verwaltung können Tatbestandsmerkmale enthalten, über deren Vorliegen andere Behörden bzw. Gerichte entscheiden. Die Entscheidung entfaltet dann ggf. Tatbestandswirkung¹⁷⁸. Die Zulässigkeit einer Tatbestandswirkung ist jeweils durch Auslegung der betroffenen Zuständigkeits- und Befugnisnormen zu ermitteln.

2. *Fallgruppe: Verfügungen auf Vorrat.* Anderer Art ist die Vorsorglichkeit, wenn eine Gebotsverfügung für den Fall drohender Gesetzesverletzung ergeht. In dieser Allgemeinheit sind Verfügungen zur Gefahrenabwehr stets vorsorglich. Problematisch ist es, wenn das Erfordernis der konkreten Gefahr nicht gegeben ist und sogen. »vorbeugende Gefahrenabwehr«¹⁷⁹ betrieben werden soll. Trotzdem hat das VG Darmstadt ein bauordnungsrechtliches Nutzungsverbot als vorsorglich und zulässig erachtet, wenn sich zwar die derzeitige Nutzung noch als rechtmäßig darstelle, eine rechtswidrige Nutzung aber erst vor kurzem und nur unter behördlichem Druck aufgegeben wurde und deren Wiederaufnahme jederzeit ohne großen Aufwand möglich ist¹⁸⁰. Grundlage sei die Befugnis zur Nutzungsuntersagung. Angeichts der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte ist die weite Auslegung behördlicher Eingriffsbefugnisse bedenklich. Die gängige, vom Gesetzgeber bereichsspezifisch getroffene und verfassungsrechtlich vom Verhältnismäßigkeitsprinzip gebotene Unterscheidung von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge schiebt der extensiven Auslegung des Gefahrenbegriffs einen Riegel vor. Der für Eingriffsmaßnahmen geltende Gesetzesvorbehalt lässt etwa das (anlasslose) Verbot, von einer im Ausland erworbenen Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen, wenn der Adressat noch keine solche Erlaubnis besitzt, auf der

¹⁶⁵ In BVerwGE 81, 84 (85) hat das Versorgungsamt einen die Schwerbehinderteneigenschaft verneinenden Feststellungbescheid erlassen, der noch anfechtbar war.

¹⁶⁶ Früher: § 3 I SchwBGB.

¹⁶⁷ BVerwGE 81, 84 (92).

¹⁶⁸ Vgl. OVG NRW, NWVBl. 1996, 219f.; SANDEN, DÖV 2006, 811 (813ff.).

¹⁶⁹ SANDEN, DÖV 2006, 811 (814f.).

¹⁷⁰ DI FABIO, DÖV 1991, 629 (630); F. J. KOPP (Fn. 41), 86f.; LOSCH, NWZ 1995, 235 (237).

¹⁷¹ Vgl. PEINE, in: FS Thieme, 1993, 563 (585).

¹⁷² BRÜNING (Fn. 35), 190f.; PÜTTNER, JZ 1989, 846 (847, rückwirkend auflösende Bedingung) – krit. PEINE (Fn. 171), 585 in Fn. 13.

¹⁷³ So wohl MAURER (Fn. 30), § 9 Rdn. 63 c.

¹⁷⁴ BVerwGE 81, 84 (94, substratloser VA). Zu einer Erledigung kommt es gar nicht erst.

¹⁷⁵ A. A. RUFFERT (Fn. 61), § 20 Rdn. 68; wohl auch U. STELKENS (Fn. 1), § 35 Rdn. 250, bei Fn. 1488.

¹⁷⁶ RUFFERT (Fn. 61), § 20 Rdn. 68 (»juristische Eintagsfliege«).

¹⁷⁷ Vgl. VG Arnsberg, br 2001, 130 (131); a. A. VG Freiburg, Urt. v. 29. 11. 2001 – 5 K 121/99.

¹⁷⁸ Zum Begriff siehe SEIBERT (Fn. 1), 69 ff.

¹⁷⁹ Siehe LISKEN, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, Rdn. K 79.

¹⁸⁰ VG Darmstadt, Beschl. v. 29. 7. 2008 – 9 L 889/08.DA.

Grundlage von § 3 I StVG nicht zu¹⁸¹. Diese Vorschrift erlaubt lediglich eine Fahrerlaubnisentziehung und setzt eine konkrete Gefahr voraus. Die vorsorgliche Androhung der Abschiebung eines abgelehnten Asylbewerbers für den Fall der erneuten unerlaubten Wiedereinreise lässt sich nicht auf § 34 I 1 AsylVfG i. V. m. § 59 AufenthG stützen. Der Wortlaut dieser Vorschriften sieht eine Abschiebungsandrohung erst nach einer negativen Entscheidung über den Asylantrag vor, knüpft an eine Ausreisepflicht an und setzt einen gegenwärtigen Aufenthalt in Deutschland voraus¹⁸². Die auf der Grundlage von § 18a II AsylVfG zulässige vorsorgliche Abschiebungsandrohung für den Fall zukünftiger Einreise stellt eine Sonderregelung im sogen. Flughafenverfahren dar und ist auf Fälle außerhalb dieses Verfahrens nicht übertragbar. Um keinen Fall der Vorsorglichkeit handelt es sich, wenn eine Behörde eine Verfügung mit einer anderen Verfügung dergestalt verbindet, dass diese an die (unter keiner weiteren Eventualität stehende) Vollziehung jener anknüpft¹⁸³. So kann das an den Eigentümer gerichtete Gebot, Wohnungen gemäß § 5 I Wohnungsgesetz NRW (zur Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum) instandzusetzen, mit dem auf § 10 Wohnungsgesetz NRW gestützten Gebot verbunden werden, leerstehenden Wohnraum wieder Wohnzwecken zuzuführen¹⁸⁴.

3. Fallgruppe: Parallele Verfahren für ein Vorhaben. Während in der 1. Fallgruppe eine norminterne Anwendungsvoraussetzung fremdbestimmt war, kann auch eine normexterne Abhängigkeit zwischen behördlichen Entscheidungen bestehen. Das Gesetz löst diese Abhängigkeit nicht ausdrücklich auf. Dies trifft auf komplexe Verfahren zu, die – mangels Konzentrationswirkung – für ein Vorhaben eine Mehrzahl von Erlaubnissen, Genehmigungen o. ä. erfordern (parallele Genehmigungsverfahren). Wenn die Zulässigkeit des Betriebs einer Anlage von mehreren Erlaubnissen abhängt, die voneinander unabhängige Verwaltungsverfahren abschließen und ohne Rücksicht aufeinander ergehen (Separationsmodell)¹⁸⁵, mag zwar die einzelne Erlaubnis für den Adressaten sinnlos sein. Doch hat sie feststellende Wirkung hinsichtlich des geprüften Normprogramms und insoweit auch gestattende Wirkung, selbst wenn die gestattete Tätigkeit erst nach Einholung aller Erlaubnisse zulässig ist. Die zulässige Ausnutzung der Gestattungswirkung hängt – wegen des Vorrangs anderer gesetzlicher Verbote (unter Erlaubnisvorbehalt) – noch von weiteren Behördenentscheidungen ab, ergeht aber unbedingt, ist nur im Regelungsgehalt wegen des gesetzlich eingeschränkten Prüfungs- und Regelungsprogramms limitiert. Die

Verfahren können auch derart verbunden sein, dass eine Erlaubnis den Abschluss bilden soll, so dass nur ihr eine (dann umfassende) Gestattungswirkung zukommen soll (Bsp. für ein Kooperationsmodell). Das Landesrecht bestimmt, ob eine Baugenehmigung die abschließende Genehmigung sein soll (sogen. Schlusspunkttheorie) und sie eine (umfassende) Baufreigabe gewährt¹⁸⁶. Wenn die jeweilige Landesbauordnung die Erteilung der Baugenehmigung erst nach Vorliegen weiterer Erlaubnisse zulässt, kann eine Genehmigungserteilung unter aufschiebender Bedingung (gem. § 36 I 2. Var. VwVfG) zulässig sein¹⁸⁷.

d) Zulässigkeit

Unter Umständen wird die Befugnis zum Erlass eines vorsorglichen VAs bereits vom Gesetz (bei systematischer Auslegung) erfasst. Gesetzliche Grundlage könnte § 36 II VwVfG sein, wenn man die Vorsorglichkeit als Nebenbestimmung deutet. Gegen eine aufschiebende Bedingung spricht, dass die Behörde keine (zusätzliche) Verfügung trifft, durch welche die Rechtswirkung bedingt wird, vielmehr ergibt sich die Bedingtheit aus dem Regelungsgegenstand, insbes. aus der Möglichkeit oder Gebotenheit weiterer behördlicher Entscheidungen. Wenn die Belastungswirkung erst im Fall, für den vorgesorgt wurde, eintritt, wird ein geltender Gesetzesvorbehalt nicht verletzt, wenn nur die Regelung selbst eine gesetzliche Grundlage hat.

¹⁸¹ So BayVGH, VRS 109 (2005), 141.

¹⁸² BVerwGE 124, 166 (170).

¹⁸³ Siehe OVG NRW, NJWE-MietR 1996, 19 (20); a. A. wohl SANDEN, DÖV 2006, 811 (813).

¹⁸⁴ Nach OVG NRW, NJWE-MietR 1996, 19 (20) gebietet der Grundsatz der Verfahrenswirtschaftlichkeit die Verknüpfung. Es bestehe kein rechtlich selbständiges Interesse an der Erfüllung der einzelnen Teilschritte.

¹⁸⁵ Zur Terminologie JARASS, DÖV 1978, 21 (22 f.).

¹⁸⁶ BVerwGE 99, 351 (353). Zur Zuordnung der LBauOen zu Separations-, Kooperations- und Konzentrationsmodell siehe EHLERS, in: FS Bartlspurger, 2006, 463 (471 f., 474 ff., 478). Der Regelungsgehalt der Baugenehmigung muss nach feststellendem und gestaltendem Teil unterschieden werden. Der feststellende Teil kann – je nach Landesrecht – auch das Vorliegen anderer Erlaubnisse umfassen, der gestaltende eine umfassende Baufreigabe bedeuten.

¹⁸⁷ Vgl. ORTLOFF, Öffentliches Baurecht, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, 117 f.; dagegen JÄDE, SächsVBl. 1996, 105 (106, für das Separationsmodell), OVG NRW, DÖV 2004, 302 (304, für das Kooperationsmodell). Diff. EHLERS (Fn. 186), 474. Allg. SEIBERT (Fn. 1), 571 f.