

Ministerialrat Dr. Heribert Schmitz, Berlin/Birkenwerder

Vortrag Sanya (Provinz Hainan), VR China, 18. bis 22. Dezember 2002:
„Symposium zum zukünftigen chinesischen Verwaltungsverfahrensgesetz“
mit Prof. Dr. Erminio Ferrari, Universität Pavia, Italien, und Dr. Peter Saile,
Rechtskonsulent des Stadtrates von Zürich, Schweiz

Vorläufiges Handeln der Behörde im Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Effektivität

Häufig sehen sich Behörden mit dem Problem konfrontiert, dass schnelles Handeln erforderlich ist, es ihnen aber noch nicht möglich ist, eine endgültige Entscheidung zu treffen, etwa weil notwendige Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind und auch nicht schnell genug abgeschlossen werden können. Der Vortrag behandelt die folgenden Probleme:

- In welchen Situationen ist vorläufiges Verwaltungshandeln erfordert?
- Welche Arten vorläufigen Verwaltungshandelns gibt es?
- Insbesondere: Gibt es einen vorläufigen Verwaltungsakt?
- Ist der vorläufige Verwaltungsakt ein eigenständiger Typus des Verwaltungsakts?
- Ist es empfehlenswert, Spezialregelungen über den vorläufigen Verwaltungsakt in das chinesische Verwaltungsverfahrensgesetz aufzunehmen?
- Kann der vorläufige Verwaltungsakt mit anderen Instituten des Verwaltungsverfahrensrechts bewältigt werden?
- In welcher Beziehung stehen das vorläufige Verwaltungshandeln und der vorläufige gerichtliche Rechtsschutz (§§ 80, 80a, 123 VwGO)?
- Was passiert, wenn das vorläufige Handeln der Behörde zunächst richtig erschien, sich aber später als falsch herausstellt? Wie soll der Gesetzgeber mit dem hier be-

stehenden Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Effektivität umgehen?

I. Vorläufiges Handeln der Verwaltung

Der gedachte Normalfall des Verwaltungshandelns hat zwei Varianten:

- a) Der Antragsteller begehrt eine Verwaltungsentscheidung, die ihm die Erlaubnis für das gewünschte Handeln gibt.
- b) Die Behörde erkennt eine Gefahr, der dadurch begegnet werden soll, dass dem Bürger ein bestimmtes Handeln oder Unterlassen aufgegeben wird.

Vielfach sind aber die zu beurteilenden Sachverhalte so komplex, dass eine sofortige, umfassende und abschließende Entscheidung nicht möglich ist. Ein Abwarten der umfassenden Sachverhaltsklärung könnte die gewünschte Genehmigung in einem für den Antragsteller unvertretbaren Maß verzögern oder ein rechtzeitiges Abwenden der Gefahr unmöglich machen. In solchen Fällen müssen der Verwaltung Handlungen möglich sein, die die abschließenden Entscheidungen entsprechend dem jeweiligen Stand der Sachverhaltsklärung vorbereiten.

II. Arten des vorläufigen Handelns

1. Vorbescheid und Teilverwaltungsakt¹

Vorbescheide und Teilverwaltungsakte sind Regelungen über einen Teil des Verfahrensgegenstandes; sie setzen seine Teilbarkeit voraus.

a) Der Vorbescheid

stellt einzelne Genehmigungsvoraussetzungen verbindlich fest. Der Vorbescheid ist somit ein Instrument, um einzelne mit einem Vorhaben verbundene Rechtsfragen vorab zu klären, die der Antragsteller deshalb genau bezeichnen muss. Der Vorbescheid ist ein Verwaltungsakt, hat aber noch keine gestattende Wirkung.

¹ Vgl. P. Stelkens/U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 35 Rn. 171 ff., 183 ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002, § 9 Rn. 63 f.

b) Der Teilverwaltungsakt

gestattet verbindlich einen Teil des gesamten Vorhabens. Er erlaubt, einen komplexen Sachverhalt zu entflechten und stufenweise aufzuarbeiten, indem z.B. ein Bauvorhaben in einzelne Bauabschnitte unterteilt wird. Nur eine Teilgenehmigung kann deshalb bereits zur (teilweisen) Ausführung eines Vorhabens berechtigen. Sie ist ein Endbescheid, allerdings beschränkt auf einen Teil des gesamten Vorhabens.

c) Praktische Fragen zu Vorbescheid und Teilverwaltungsakt

Die Abgrenzung zwischen Teilverwaltungsakt und Vorbescheid kann im Einzelfall schwierig sein, da Teilverwaltungsakt auch vorläufige Gesamtprognosen über die Zulässigkeit des Vorhabens insgesamt enthalten müssen.

Der Erlass von Vorbescheiden und Teilverwaltungsakten bedarf grundsätzlich keiner besonderen Ermächtigung. Im Rahmen ihres Verfahrensermessens kann die Behörde hiervon Gebrauch machen, wenn ein praktisches Bedürfnis besteht. Ein solches Bedürfnis kann vor allem im Anlagenzulassungsrecht bestehen, wenn einzelne Tatbestandsmerkmale für Leistungsansprüche „stufenweise“ abgearbeitet werden sollen. Im Einzelfall kann das Fachrecht dem Erlass von Vorbescheiden und Teilverwaltungsakten entgegenstehen, z.B. wenn es eine Teilbarkeit des Verfahrensgegenstandes ausschließt.² So kann bei Planungsentscheidungen die Herausnahme einzelner Aspekte des Vorhabens sachwidrig sein, wenn dadurch eine umfassende Abwägung des Gesamtprojekts ausgeschlossen würde.

Insbesondere im Rahmen komplexer Entscheidungsprozesse (Atom-, Immissionschutz-, Planfeststellungsrecht, aber auch im Baurecht) ist die Notwendigkeit gestufter Verfahren mit Teilverwaltungsakten und Vorbescheiden ersichtlich. Ihre Bindungswirkung für die hierauf aufbauenden Verwaltungsakte ist aus Gründen der Verfahrensklarheit unabdingbar. Daraus können im Einzelfall schwierig zu lösende Folgeprobleme erwachsen. Eine zu frühe Festlegung durch Verwaltungsakt kann die Möglichkeit des Reagierens auf Situationsänderungen einschränken und damit bereits durchgeführte Verwaltungsverfahren (und u.U. im Vertrauen hierauf getätigte Investitionen) wertlos werden lassen: So erstreckt sich die Bindungswirkung eines Vorbe-

² BVerwGE 91, 363, 368 = NJW 1993, 2391.

scheides nicht auf ein gegenüber dem Vorbescheidsantrag – sei es auch nur geringfügig – abgewandeltes Vorhaben. Entsprechendes gilt bei Teilverwaltungsakten. Die hierdurch aufgeworfenen Probleme zeigen sich z.B., wenn eine erste Teilgenehmigung gerichtlich aufgehoben wird, die weiteren Teilverwaltungsakte jedoch bereits bestandskräftig sind und das Vorhaben bereits verwirklicht ist. Dies kann dazu führen, dass die Anlage noch nicht vollständig genehmigt ist, so dass die erste Teilgenehmigung nachgeholt werden muss.³ Hierbei ist dann auch zu prüfen, ob sich aus der Neuregelung Rückwirkungen auf den Regelungsgehalt der anderen Teilverwaltungsakte ergeben, die deshalb ebenfalls ersetzt werden müssten, soweit der Rechtsfehler der aufgehobenen Teilgenehmigung auf die nachfolgenden Genehmigungen durchschlägt. Bei besonders langer Verfahrensdauer kann zudem die Stufung eines Verfahrens dazu führen, dass die ersten Teilverwaltungsakte von der Behörde wegen zwischenzeitlicher Änderung der Sach- und Rechtslage bereits aufgehoben werden müssen, während das Genehmigungsverfahren für die letzten Teilverwaltungsakte noch läuft. Hier kann es zu der Situation kommen, dass die Aufsichtsbehörde durch Widerruf der ersten Teilverwaltungsakte der Genehmigungsbehörde für den Erlass der letzten Teilverwaltungsakte die Grundlage entzieht.⁴

2. *Rahmengenehmigung*⁵

In der Diskussion zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland durch Beschleunigung von Genehmigungsverfahren ist öfter auch das Modell der Rahmengenehmigung vorgeschlagen worden, das jedoch (noch) nicht Gesetz geworden ist. Die den maßgeblichen Vorschriften und dem Stand der Technik entsprechenden Detailausführungen sollen dabei dem Unternehmen oder den von ihm beauftragten Sachverständigen überlassen werden. Insgesamt soll das Modell der Rahmengenehmigung dem Unternehmen einerseits dauerhaft größere Flexibilität einräumen, andererseits aber durch Beteiligung am Umweltmanagement- und Betriebsprüfungssystem für das Unternehmen ein Anreiz zur Eigenkontrolle geschaffen werden. Im Unterschied zur Teilgenehmigung bezieht sich damit die Rahmengenehmigung in diesem Sinne auf das gesamte Vorhaben, regelt dessen Zulassung jedoch letztlich nur skelettartig, im

³ BVerwGE 80, 207, 221 = NVwZ 1989, 52 (*Mühlheim-Kärlich I*).

⁴ Vgl. BVerwGE 104, 36, 39 ff. = NVwZ 1998, 623 f. (*Obrigheim*).

Gegensatz zum vorläufigen Verwaltungsakt aber endgültig. Ohne gesetzliche Grundlage kann dieses Modell in der Praxis nicht angewandt werden, wenn der Betreiber (und ein etwaiger mit eigenen Verfahrensrechten ausgestatteter Drittbetroffener) einen Anspruch auf vollständige Genehmigung hat, demgegenüber die Rahmengenemigung noch mehr als der vorläufige Verwaltungsakt ein aliud ist.⁶ Allerdings kommen bereits bestehende Regelungen⁷ dem Konzept der Rahmengenemigung sehr nahe.

3. *Der vorläufige Verwaltungsakt*⁸

Den Normalfall des § 35 VwVfG bildet eine Regelung, die den entscheidungsbedürftigen Sachverhalt umfassend und endgültig aufarbeitet. Schon frühzeitig wurde aber ein Bedürfnis nach Entscheidungsformen deutlich, die einerseits eine zeitnahe Entscheidung ermöglichen, ohne aber diesem Anliegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu opfern. Möglich ist dies nicht nur durch Aufteilung der von einem Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen und tatsächlichen Probleme in verschiedene Komplexe, über die gesondert entschieden wird (Teilgenehmigung und Vorbescheid), sondern auch durch Einschränkung der Bestandskraftwirkung eines Verwaltungsakts durch Ausschluss von Vertrauensschutz (vorläufiger und vorsorglicher Verwaltungsakt, Verwaltungsakt unter Vorbehalt). Bei einem vorläufigen Verwaltungsakt wird der gesamte Gegenstand unter dem Vorbehalt endgültiger Entscheidung geregelt. Die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung ergibt sich aus Ungewissheit über die zu treffende endgültige Entscheidung. Die Ungewissheit kann zwei Gründe haben: Im Regelfall ist eine vorläufige Regelung notwendig, weil eine endgültige Ermittlung des Sachverhalts trotz Erfüllung der Sachverhaltsermittlungspflicht noch nicht möglich ist. Denkbar ist aber auch, dass sich die Ungewissheit aus einer noch nicht feststehenden Rechtslage ergibt, z.B. weil von anderen Behörden oder auch Gerichten zu klärende Vorfragen noch nicht abschließend entschieden sind. Auch eine Kombination von tatsächlicher und rechtlicher Ungewissheit ist denkbar und wird bei tatsächlicher Ungewissheit auch oftmals die Regel sein.

⁵ Vgl. P. Stelkens/U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fn. 1), § 35 Rn. 190.

⁶ Vgl. BVerwGE 80, 207, 214 = NVwZ 1989, 52 zu einer „Rahmengenemigung“ im Atomrecht.

⁷ Vgl. § 12 Abs. 2 a BImSchG (sog. gestrecktes Genehmigungsverfahren).

⁸ Vgl. P. Stelkens/U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fn. 1), § 35 Rn. 174 ff.; Maurer (o. Fn. 1), § 9 Rn. 63b.

Soweit das Fachrecht vorläufige Regelungen nicht ausschließt, sind vorläufige Verwaltungsakte zulässig.⁹ Vorläufige Verwaltungsakte sind gegenüber endgültigen Verwaltungsakten kein „weniger“, sondern ein aliud. Wenn ausdrückliche Regelungen fehlen, wird man generell davon ausgehen müssen, dass im Bereich der Leistungsverwaltung der Erlass vorläufiger Verwaltungsakt bei Ermessensentscheidungen eher zulässig sein wird als bei gebundenen Entscheidungen. Vorläufige belastende Verwaltungsakte sind mangels ausdrücklicher Regelung regelmäßig unzulässig, da die einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen davon ausgehen, dass nur dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakt (nachweisbar) gegeben sind, ein solcher Verwaltungsakt erlassen werden kann. Insoweit gelten ähnliche Grundsätze wie beim Einsatz von Nebenbestimmungen bei belastenden Verwaltungsakten auf Grundlage des § 36 VwVfG Abs. 1 Alt. 2 VwVfG. Auch bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung wird man ohne Ermächtigungsgrundlage die Zulässigkeit bloß vorläufiger Regelungen verneinen müssen, wenn diese dem Adressaten erlauben, ohne vorherige Berücksichtigung der Belange des Dritten ein Vorhaben (vorläufig) zu verwirklichen. Auch wird man davon auszugehen haben, dass der Bürger nicht mit einem vorläufigen Verwaltungsakt abgespeist werden kann, wenn der Behörde bereits eine endgültige Regelung möglich ist.

Da die Vorläufigkeit auch Ausdruck der Bindungswirkung des Verwaltungsakts ist, sollte sie in dem Verwaltungsakt selbst zum Ausdruck kommen. Dies ist ein Gebot der Bestimmtheit des Verwaltungsakts. Wird ein Verwaltungsakt nicht ausdrücklich unter Vorbehalt gestellt, ist daher in Zweifelsfällen von einer endgültigen Regelung auszugehen. Dies entspricht dem Grundsatz, dass bei Auslegung eines Verwaltungsakts Unklarheiten zu Lasten der Behörde gehen. Demgegenüber wird zunehmend aus dem Fachrecht gefolgert, dass die Regelung des Einzelfalles i.S.d. § 35 VwVfG allein aus der Zweckbestimmung auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Verwaltungsakt nur diese vorläufige Wirkung mit der Folge entsprechender Bindungswirkung haben könne.

Die Umsetzung der vorläufigen Regelung in einen Verwaltungsakt kann auf unterschiedliche Weise erfolgen:¹⁰

⁹ *BVerwGE* 67, 99, 101 = *NJW* 1983, 2043.

¹⁰ Vgl. *BVerwGE* 67, 99, 101 = *NJW* 1983, 2043.

a) Der Inhalt der Regelung ist vorläufig

i.S. einer Einschränkung gegenüber der endgültigen Regelung (vorläufiger Verwaltungsakt sui generis), z.B. eine vorläufige Unterschutzstellung im Denkmalrecht, eine vorläufige Erlaubnis Gaststättenrecht, Zulassung vorzeitigen Beginns nach § 8a BImSchG. Solche Regelungen haben oftmals Sicherungscharakter, es handelt sich um eine Art Eilentscheidung der Verwaltung, die sich mit dem Ergehen der endgültigen Entscheidung erledigt. Die Bestandskraftwirkung solcher Verwaltungsakt unterscheidet sich i.Ü. jedoch nicht von denen endgültiger Verwaltungsakte. Sind solche Verwaltungsakte gesetzlich vorgesehen, sind sie oftmals gesetzlich befristet. Als Verwaltungsakte mit Dauerwirkung können sie oder ihre Aufrechterhaltung rechtswidrig werden, wenn eine endgültige Entscheidung nicht mehr angestrebt wird.

b) Der Inhalt der Regelung steht unter dem sie einschränkenden Vorbehalt endgültiger Regelung,

z.B. atomrechtliche Genehmigung für Probetrieb unter dem Vorbehalt nachträglicher Bestimmung seiner Beendigung durch die Genehmigungsbehörde¹¹ oder Vorbehalt nachträglicher Entscheidung. Die Regelung unterscheidet sich hier von einer endgültigen Regelung dadurch, dass sie über die § 48, § 49 VwVfG hinaus beseitigt werden kann. Die Vorläufigkeit vermindert die Bestandskraftwirkung, ohne dass das Merkmal Regelung entfällt: Solange der Verwaltungsakt gilt, stellt er das Recht oder die Pflicht verbindlich fest. Dass eine endgültige Entscheidung ergeht, ist deshalb nach dem Regelungsprogramm nicht zwingend, sondern nur möglich. Die Vorläufigkeit kann sich auf den Verwaltungsakt insgesamt beziehen oder auf einzelne Aspekte beschränkt sein. Im letzteren Fall kommt eine Aufhebung außer in den Fällen der § 48, § 49 VwVfG nur dann in Betracht, wenn sie aus den Gründen ergeht, wegen derer die Regelung unter Vorbehalt gestellt wurde.

c) Der Verwaltungsakt steht unter der auflösenden Bedingung

späterer Nachprüfung oder unter dem entsprechenden Vorbehalt eines Widerrufs i.S.d. § 36 VwVfG.¹²

¹¹ BVerwGE 88, 286, 290 = NVwZ 1993, 177.

¹² BVerwG NJW 1991, 766, 767.

d) Normwürdigkeit der Figur des „vorläufigen Verwaltungsakts“

Die Vertreter der Auffassung, der „vorläufige Verwaltungsakt“ sei ein Verwaltungsakt sui generis, postulieren damit eine überflüssige Rechtsfigur.¹³ Der Ausdruck „vorläufiger Verwaltungsakt“ ist schon in sich fraglich, weil der Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG auf die abschließende Klärung der Rechtslage im Einzelfall zielt. Die Vorläufigkeit schließt jedoch den Regelungscharakter nicht schlechthin aus, wenn und weil sie definitiv ist.¹⁴ Der „vorläufige Verwaltungsakt“ ist also ein „normaler“ Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Satz 1 VwVfG, dessen Vorläufigkeit sich aus der Beifügung einer Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Befristung, einer auflösenden Bedingung oder eines Widerrufsvorbehalts ergibt.¹⁵ Die Aufnahme entsprechender Spezialregelungen in das deutsche oder das chinesische Verwaltungsverfahrensgesetz ist deshalb nicht zu empfehlen.

III. Gerichtlicher Eilrechtsschutz

Wir haben gesehen, dass die verschiedenen Arten des vorläufigen Handelns von Behörden besondere Fälle des Verwaltungsakts sind, dabei aber stets die Voraussetzungen des § 35 VwVfG erfüllen, sich insbesondere als Regelung eines Einzelfalls darstellen. Daraus folgt, dass Rechtsschutz mit den Formen des allgemeinen Prozessrechts gewährt werden kann.¹⁶

In besonderen Fällen ist denkbar, dass sich das Verfahrensermessen der Verwaltung bei pflichtgemäßer Ermessensbetätigung darauf reduziert, dass sie eine Teilregelung treffen oder einen vorläufigen Verwaltungsakt erlassen muss. Hier kann die Verwaltung ggfs. über § 123 VwGO zu einer entsprechenden Maßnahme angehalten werden.

Auch für die Fälle der Anordnung der sofortigen Vollziehung oder der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ergeben sich aus den allgemeinen Regelungen der §§ 80, 80a VwGO keine besonderen Schwierigkeiten.

¹³ Vgl. *Schmitz*, GMBI 1990, 247.

¹⁴ Vgl. *Maurer* (o. Fn. 1), § 9 Rn. 63b.

¹⁵ Vgl. *Kemper*, Der vorläufige Verwaltungsakt, 1990, S. 227.

¹⁶ S. auch *Kemper* (o. Fn. 15), S. 225.

IV. Korrektur vorläufigen Handelns der Verwaltung

Vorläufiges Handeln der Verwaltung ist gekennzeichnet durch seine inhaltlich begrenzte Regelungswirkung. Die Möglichkeiten zur Korrektur vorläufigen Handelns ergeben sich aus der wertenden Betrachtung der getroffenen Regelung. Soweit die Regelung abschließende Elemente enthält, erfolgt eine Korrektur nach den allgemeinen Bestimmungen des § 48 VwVfG (Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes) und des § 49 VwVfG (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes) mit ihren differenzierten Vertrauensschutzregelungen. Hinsichtlich der spezifisch als vorläufig gekennzeichneten Elemente der Regelung reduziert sich das rechtliche Risiko für die Verwaltung. Sie kann z.B. nach abschließender Sachverhaltsklärung ihre vorläufige Entscheidung durch einen Endverwaltungsakt ersetzen, ohne dass dem ein durch die Vorläufigkeit der Vorentscheidung gerade ausgeschlossener Vertrauenstatbestand entgegensteht.