

Erste juristische Staatsprüfung

Hausarbeit

**Bearbeitungszeitraum:
20. November bis 22. Dezember 1997**

Vorgelegt beim Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Köln

Sachverhalt

Das Bundesland L hat ein Notprogramm für die Erhaltung von Arbeitsplätzen in existenzgefährdeten Betrieben aufgelegt. Die Voraussetzungen und Bedingungen der Förderung sind durch Verwaltungsvorschriften geregelt.

Besondere Gesetze sind nicht einschlägig.

Der Unternehmer U hat Förderungsmittel beantragt, da er wegen der Lage seines Betriebes gezwungen sei, 50 Arbeitsplätze abzubauen. Daraufhin hat ihm die zuständige Behörde eine „vorläufige Bewilligung“ erteilt. Sie stehe „unter dem Vorbehalt der Nachprüfung des Vorliegens der Förderungsvoraussetzungen“. Die vorläufige Bewilligung sei deshalb erteilt worden, weil U auf die Eilbedürftigkeit einer Liquiditätszufuhr ausdrücklich hingewiesen habe.

15 Monate später fordert die Behörde den geleisteten Betrag zurück. Die Förderungsvoraussetzungen hätten bei näherer Prüfung nicht vorgelegen. Nach den Verwaltungsvorschriften seien Zuwendungen des Landes subsidiär gewesen; Voraussetzung sei also, daß kein anderer Zuwendungsgeber einspringe. U hätte jedoch einen Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit beantragen können, welcher ihm im konkreten Fall aus seiner Verlegenheit geholfen hätte. U, dessen Betrieb inzwischen wirtschaftlich wieder gesichert ist, wehrt sich gegen die Rückforderung. Ein Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte komme lediglich nach § 49 VwVfG in Betracht. Doch lägen dessen Voraussetzungen nicht vor. Er habe auch das Geld zu dem in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen Zweck verwendet. Aber auch eine Rücknahme des Förderungsbescheides käme nicht in Betracht. Er habe das Geld inzwischen verbraucht. Zudem habe er den Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit nicht beantragt, so daß er auch nicht ungerechtfertigt bereichert sei. Und daß ein solcher Zuschuß möglich gewesen sei, sei auch der Zuwendungsbehörde schon bei der vorläufigen Bewilligung bekannt gewesen. Jetzt komme eine Aufhebung nicht mehr in Betracht.

Darf die Behörde den geleisteten Betrag zurückverlangen?

Bearbeitervermerk:

Es ist davon auszugehen, daß das VwVfG des Bundeslandes L dem VwVfG des Landes Nordrhein-Westfalen inhaltlich entspricht *und daß sowohl U als auch der Zuwendungsbehörde bekannt war, daß ein Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit möglich gewesen wäre.*

(Kursiv: Ergänzung durch Mitteilung des Justizprüfungsamts Köln vom 11.12.1997)

Anordnung

Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch der Behörde

S. 1

A Rückzahlungsanspruch der Behörde gemäß § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW

S. 1

I Öffentlich-rechtlicher Vertrag

S. 2

1 Handlungsformen bei Subventionserteilungen

S. 2

2 Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

S. 3

II Die vorläufige Bewilligung als Verwaltungsakt

S. 3

1 Regelungscharakter der vorläufigen Bewilligung

S. 4

2 Abgrenzung zum Realakt

S. 4

III Die vorläufige Bewilligung als vorläufiger Verwaltungsakt

S. 5

IV Rechtsnatur des vorläufigen Verwaltungsaktes

S. 7

1 Zusage

S. 7

2 Teilentscheidung

S. 8

3 Die Vorläufigkeitsklausel als Nebenbestimmung

S. 8

a Auflösende Befristung

S. 9

b Auflösende Bedingung

S. 11

c Widerrufsvorbehalt

S. 13

d Auflage bzw. Auflagenvorbehalt

S. 14

e Nebenbestimmung sui generis

S. 14

4 Der vorläufige Verwaltungsakt als Handlungsform sui generis

S. 16

V Folgen des Vorliegens eines vorläufigen Verwaltungsaktes

S. 17

1 Aufhebung des vorläufigen Verwaltungsaktes

S. 17

a Vorliegen eines konkludenten Aufhebungsbescheides

S. 17

b Anwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG NW

S. 18

2 Ersetzung des vorläufigen Verwaltungsaktes

S. 20

a Ausschluß der Ersetzung aufgrund Nichtigkeit

S. 21

aa Rechtswidrigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes

S. 22

aaa

Vorrang des Gesetzes

S. 22

bbb

Vorbehalt des Gesetzes

S. 24

- (1) Eingeschränkter Gesetzesvorbehalt

S. 25

- (2) Gesetzesvorbehalt

S. 26

- (3) Ausnahmefälle vom strengen Gesetzesvorbehalt

S. 27

- (4) Stellungnahme

S. 27

- (5) Ergebnis

S. 28

ccc

Maßstab der Rechtswidrigkeitsprüfung

S. 29

- (1) Analoge Anwendung des § 123 VwGO NW

S. 29

- (2) § 10 VwVfG NW

S. 30

(3) Kein Rückgriff auf normierte Regelungen

S. 30

(4) Stellungnahme

S. 30

(5) Sachgemäße Ermessensausübung

S. 31

(a) Vorläufigkeitsbedürftige Entscheidungssituation

S. 31

(aa) Vorübergehende Ungewißheit der Behörde

S. 32

(bb) Dringendes Entscheidungsbedürfnis

S. 32

(cc) Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes

S. 33

(b) Ergebnis

S. 34

(6) Bestimmtheit des vorläufigen Verwaltungsaktes

S. 34

ddd

Ergebnis

S. 34

bb Ergebnis

S. 35

b Ausschluß der Ersetzung aufgrund Verfristung

S. 35

aa Zeitliche Begrenzung der Vorläufigkeit der Bewilligung

S. 36

aaa

§ 48 Abs. 4 VwVfG NW analog

S. 36

bbb

§ 75 S. 1 VwGO NW

S. 37

ccc

Institut der Verwirkung

S. 38

(1) Verwirkung des Ersetzungsrechts

S. 38

(2) Voraussetzungen

S. 39

(3) Rechtsfolgen

S. 41

ddd

Ergebnis

S. 42

bb Ergebnis

S. 42

c Ergebnis

S. 42

3 Ergebnis

S. 42

VI Widerruf der Bewilligung gemäß § 49 VwVfG NW

S. 42

1 Widerruf gemäß § 49 Abs. 3 S. 1 1. Alt. VwVfG NW

S. 43

a Zweckgebundene Geldleistung

S. 43

b Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

S. 44

aa Rechtsprechung und herrschende Literatur

S. 44

bb Gegenansicht

S. 44

cc Stellungnahme

S. 45

c Widerrufsgrund aus § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 1. Alt VwVfG NW

S. 45

d Widerrufsgrund aus § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG NW

S. 45

2 Widerruf gemäß § 49 Abs. 2 VwVfG NW

S. 45

a Anwendbarkeit

S. 46

b Rechtsfolgen

S. 46

aa 1. Ansicht

S. 47

bb 2. Ansicht

S. 47

cc Stellungnahme

S. 47

c Ergebnis

S. 48

3 Ergebnis

S. 48

VII Rücknahme der Bewilligung gemäß § 48 Abs. 1 VwVfG NW

S. 48

1 Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes

S. 49

a Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften

S. 49

aa Mittelbare Außenwirkung

S. 50

bb Unmittelbare Außenwirkung

S. 50

cc Stellungnahme

S. 51

b Verstoß gegen Gleichheitssatz

S. 51

2 Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit

S. 53

a 1. Ansicht

S. 53

b 2. Ansicht

S. 54

c Stellungnahme

S. 54

3 Einschränkung des Rücknahmerechts

S. 55

a Vertrauensschutz des § 48 Abs. 2 VwVfG NW

S. 56

aa Tatsächliches Vertrauen des U

S. 56

bb Schutzwürdigkeit des Vertrauens

S. 56

cc Abwägung der entgegenstehenden Interessen

S. 58

dd Ergebnis

S. 59

b Ausschußfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW

S. 59

aa Anwendbarkeit

S. 59

bb Fristbeginn

S. 60

aaa

Fristbeginn ab Tatsachenkenntnis

S. 60

bbb

Entscheidungsfrist

S. 61

ccc

Bearbeitungsfrist

S. 61

ddd

Stellungnahme

S. 62

cc Ergebnis

S. 62

c Ergebnis

S. 63

4 Ermessen

S. 63

5 Ergebnis

S. 63

VIII Ergebnis

S. 64

B Umfang des Erstattungsanspruches

S. 64

I Kenntnis der Nichtschuld

S. 65

II Wegfall der Bereicherung

S. 65

III Ergebnis

S. 67

C Gesamtergebnis

S. 67

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert
Allgemeines Verwaltungsrecht,
Heidelberg 1988
- Arndt, Hans-Wolfgang
Die Rückforderung von Subventionen aufgrund
Haftungsbeschränkung Dritter,
JuS 1989, 808 ff.
- Battis, Ulrich
Allgemeines Verwaltungsrecht,
Heidelberg 1985
- Baumeister, Peter
Die Novellierung der §§ 48, 49, 49 a VwVfG,
NVwZ 1997, 19 ff.
- Bieback, Karl-Jürgen
Anmerkung zum Urteil des BSG DVBl. 1988, 449,
DVBl. 1988, 453 ff.
- Burianek, Jiri
Die sogenannte Vorabzustimmung im atomrechtlichen
Genehmigungsverfahren - ein unzulässiges Instrument
der Verwaltung?,
NJW 1987, 2727 ff.
- Degenhart, Christoph
Staatsrecht I,
12. Auflage, Heidelberg 1996
- Dorn, Martin
Möglichkeiten der Veränderung bestandskräftiger
Zuwendungsbescheide,
DÖV 1988, 7 ff.
- Ehlers, Dirk
Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung,
DVBl. 1986, 912 ff.

- Erichsen, Hans-Uwe
Die Aufhebung von Verwaltungsakten durch die
Verwaltung,
Jura 1981, 534 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe
Martens, Wolfgang
Allgemeines Verwaltungsrecht,
10. Auflage, Berlin New York 1995
(zitiert: *Bearbeiter in Erichsen/Martens*)
- Eyerman, Erich
Fröhler, Ludwig
Verwaltungsgerichtsordnung,
9. Auflage, München 1988
- Finkelnburg, Klaus
Lässig, Curt Lutz
Verwaltungsverfahrensgesetz,
Düsseldorf 1979
- Friauf, Karl Heinrich
Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen
Problematik des Subventionswesens,
DVBl. 1966, 729 ff.
- Götz, Volkmar
Die vorläufige Subventionsbewilligung,
JuS 1983, 924 ff.
- Götz, Volkmar
Recht der Wirtschaftssubventionen,
München Berlin 1966
- Götz, Volkmar
Rückforderung von Subventionen,
NVwZ 1984, 480 ff.
- Guttenberg, Ulrich
Unmittelbare Außenwirkung von
Verwaltungsvorschriften,
JuS 1993, 1006 ff.
- Hill, Hermann
Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften,
NVwZ 1989, 401 ff.

- Isensee, Josef
Kirchhof, Paul
Handbuch des Staatsrechts III,
Heidelberg 1988
(zitiert: Bearbeiter in Isensee/Kirchhof)
- Jarass, Hans D.
Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen,
NVwZ 1984, 473 ff.
- Jesch, Dietrich
Gesetz und Verwaltung,
2. Auflage, Tübingen 1968
- Jooss, Gerhard
Subventionsrecht - eine Bestandsaufnahme,
RiA 1987, 73 ff.
- Kemper, Klaus
Der vorläufige Verwaltungsakt,
Baden-Baden 1990
- Kemper, Klaus
Der vorläufige Verwaltungsakt,
DVBl. 1989, 981 ff.
- Kimminich, Otto
Rücknahme und Widerruf bei begünstigenden
Verwaltungsakten,
JuS 1965, 249 ff.
- Kluth, Winfried
Rechtsfragen der verwaltungsrechtlichen
Willenserklärung,
NVwZ 1990, 608 ff.
- Knack, Hans Joachim
Verwaltungsverfahrensgesetz,
5. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1996
(zitiert: Bearbeiter in Knack)
- König, Hans-Günther
Der vorläufige Verwaltungsakt,
BayVBl. 1989, 33 ff.

- Kopp, Ferdinand J. Vorläufiges Verwaltungsverfahren und vorläufiger Verwaltungsakt, Frankfurt am Main 1992
- Kopp, Ferdinand J. Verwaltungsakte unter Vorbehalt und sonstige vorläufige Verwaltungsakte, DVBl. 1989, 238 ff.
- Kopp, Ferdinand O. Einstweilige Anordnung im Verwaltungsverfahren, BayVBl. 1968, 236 ff.
- Kopp, Ferdinand O. Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Auflage, München 1996
(zitiert: Kopp, VwVfG)
- Kreßel, Eckhard Der „vorläufige“ Verwaltungsakt, BayVBl. 1989, 65 ff.
- Martens, Joachim Vorläufige Regelungen durch Verwaltungsakt, DÖV 87, 992 ff.
- Martens, Joachim Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, München 1985
- Maurer, Hartmut Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, München 1997
- Menger, Christian-Friedrich Probleme der Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen - mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag?, Festschrift für Werner Ernst, 301 ff., München 1980

- Meyer, Hans
Borgs, Hermann
Verwaltungsverfahrensgesetz,
2. Auflage, Frankfurt am Main 1982
(zitiert: Bearbeiter in Meyer/Borgs)
- Münchener Kommentar
Band 3, 2. Halbband (§§ 652 - 853),
2. Auflage, München 1986
(zitiert: Bearbeiter in MüKo)
- Nöll, Ernst-Wilhelm
Die Rückforderung fehlgeschlagener Subventionen,
Göttingen 1987
- Obermayer, Klaus
Verwaltungsverfahrensgesetz,
2. Auflage, Neuwied Darmstadt 1990
- Ossenbühl, Fritz
Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz,
Berlin Zürich 1968
(zitiert: Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und GG)
- Ossenbühl, Fritz
Staatshaftungsrecht,
4. Auflage, München 1991
(zitiert: Ossenbühl, StaatshaftungsR)
- Ossenbühl, Fritz
Die Rücknahme fehlerhaft begünstigender
Verwaltungsakte,
2. Auflage, Berlin 1965
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch,
56. Auflage, München 1997
(zitiert: Bearbeiter in Palandt)
- Peine, Franz-Joseph
Entwicklungen im Recht des Verwaltungsaktes -
eine Zwischenbilanz,
Festschrift für Werner Thieme, 563 ff.,
Köln Berlin Bonn München 1993

- Peine, Franz-Joseph
Der vorläufige Verwaltungsakt,
DÖV 1986, 849 ff.
- Püttner, Günter
Allgemeines Verwaltungsrecht,
7. Auflage, Düsseldorf 1995
- Rupp, Hans Heinrich
Die „Verwaltungsvorschriften“ im grundgesetzlichen
Normensystem,
JuS 1975, 609 ff.
- Rupp, Hans Heinrich
Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre,
2. Auflage, Tübingen 1991
- Sachs, Michael
Wermeckes, Bernd
Die Neuregelung verwaltungsverfahrenrechtlicher
Vorschriften zur Rückabwicklung fehlgeschlagener
Subventionsverhältnisse (§§ 49, 49 a VwVfG),
NVwZ 1996, 1185 ff.
- Schachel, Jens
Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten,
Diss. jur. Berlin 1978
- Schenke, Wolf-Rüdiger
Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten,
DÖV 1983, 320 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger
Widerruf oder Rücknahme rechtswidrig
gewordener Verwaltungsakte?,
BayVBl. 1990, 107 ff.
- Schimmelpfennig, Hans-Christoph
Vorläufige Verwaltungsakte,
München 1989
- Schimmelpfennig, Hans-Christoph
Vorläufige Verwaltungsakte,
BayVBl. 1989, 69 ff.

- Schoch, Friedrich K. Die Frist zur Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte nach § 48 IV VwVfG, NVwZ 1985, 880 ff.
- Schweickhardt, Rudolf Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Stuttgart Berlin Köln Mainz 1991
- Stelkens, Paul
Bonk, Heinz Joachim
Sachs, Michael Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage, München 1993
(zitiert: Barbeiter in Stelkens/Bonk/Sachs)
- Tiedemann, Paul Der vorläufige Verwaltungsakt in der Leistungsverwaltung, DÖV 1981, 786 ff.
- Tiedemann, Paul Anmerkung zu BVerwG DÖV 1983, 814 DÖV 1983, 815 f.
- Ule, Carl
Laubinger, Hans-Werner Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1995
- Wallerath, Maximilian Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Siegburg 1992
- Wolff, Hans Julius
Bachof, Otto
Stober, Rolf Verwaltungsrecht, 10. Auflage, München 1994

Die verwendeten Abkürzungen richten sich nach:

- Kirchner, Hildebert Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin New York 1993

Gutachten

Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch der Behörde

Die Behörde könnte den geleisteten Betrag von U aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches zurückverlangen.

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist auf die Rückgewährung rechtsgrundlos erlangter Leistungen gerichtet. Er bezweckt die Rückgängigmachung einer ohne Rechtsgrund erfolgten Vermögensverschiebung. Der Erstattungsanspruch stellt ein eigenes öffentlich-rechtliches Rechtsinstitut dar. Er ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, der den Ausgleich einer mit dem Recht nicht oder nicht mehr übereinstimmenden Vermögenslage fordert. Teilweise ist er spezialgesetzlich normiert.

Liegt eine spezialgesetzliche Regelung vor, so verdrängen sie als positiviertes spezielleres Recht den gewohnheitsrechtlich anerkannten allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch. Es ist somit zu untersuchen, ob sich ein Anspruch aus einer spezialgesetzlichen Norm ergeben könnte.

A Rückzahlungsanspruch der Behörde gemäß § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW

Das Rückzahlungsverlangen der Behörde könnte aus § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW folgen. Demnach hätte U die geleisteten Förderungsgelder zu erstatten, wenn der diese Leistung begründende Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit gemäß § 48 VwVfG NW zurückgenommen oder gemäß § 49 VwVfG NW widerrufen worden ist bzw. der Verwaltungsakt aufgrund des Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Voraussetzung für alle in § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW genannten Alternativen ist zunächst das Vorliegen eines Verwaltungsaktes.

I Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Ein Verwaltungsakt läge dann nicht vor, wenn die Förderung aufgrund der Erfüllung eines vertraglichen Verhältnisses zwischen der Zuwendungsbehörde und U erfolgt ist. Bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gemäß § 54 VwVfG NW könnte die Behörde den an U geleisteten Betrag durch Kündigung des Verwaltungsvertrages zurückverlangen und zur Durchsetzung des Erstattungsanspruches Klage vor dem Verwaltungsgericht erheben. Ein Anspruch aus § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW wäre dann ausgeschlossen.

Fraglich ist somit, ob der Förderung des U ein Rechtsverhältnis in der Gestalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zugrunde liegt oder ob in der vorläufigen Bewilligung ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt zu sehen ist, aufgrund dessen die Förderungsgelder ausgezahlt wurden.

1 Handlungsformen bei der Subventionserteilung

Dann müßte der Behörde zunächst generell die Möglichkeit offenstehen, das die Förderung begründete Rechtsverhältnis vertraglich auszugestalten. Zur Begründung von Subventionsverhältnissen stehen der Verwaltung grundsätzlich zwei Handlungsformen zur Verfügung. Zum einen kommt eine Bewilligung aufgrund eines mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes in Betracht. Zum anderen könnte die Leistung aufgrund der Erfüllung eines Vertrages zwischen der Behörde und dem Begünstigten erbracht worden sein. Dieser kann entweder öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein.

Im vorliegenden Fall könnte es sich bei den Fördermitteln um eine Subvention in Form sogenannter verlorener Zuschüsse handeln. Damit sind Geldleistungen gemeint, die im Gegensatz zu einem Darlehen nicht zurückzuzahlen und somit für die öffentlichen Kassen verloren sind. Die Förderungsgelder an U sind nicht in Form eines Darlehens gewährt worden, sondern als eine nicht zu erstattende Beihilfezahlung. Bei der Förderungszahlung an U handelt es sich daher um eine Subvention in Form verlorener Zuschüsse.

2 Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

Den öffentlich-rechtlichen Vertrag definiert § 54 VwVfG NW als vertragliche Regelung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Eine vertragliche Regelung liegt dann vor, wenn sie einvernehmlich, also nach Willenseinigung getroffen wird. Der Bürger kann demnach rechtlich gleichberechtigt Einfluß auf den Inhalt des Vertrages nehmen. Der Förderungsbewilligung gingen jedoch keine Verhandlungen zwischen der Behörde und U voraus, die zum Abschluß eines Vertrages über die Förderungsmaßnahmen führten. Vielmehr wurde die Rechtsfolge 'vorläufige Förderungsbewilligung' nach Antragstellung durch U ausschließlich nach dem Willen der Behörde herbeigeführt. Eine für die Annahme eines Vertrages erforderliche Einigung zwischen den Parteien über einen möglichen Vertragsinhalt hat nicht stattgefunden. Zwischen der Behörde und U ist daher kein Vertragsverhältnis - weder in öffentlich-rechtlicher noch in privatrechtlicher Form - zustande gekommen.

II Die vorläufige Bewilligung als Verwaltungsakt

Liegt somit ein vertragliches Verhältnis, welches den Rechtsgrund für die Förderung des U bildet, nicht vor, ist fraglich, ob die vorläufige Bewilligung die Voraussetzungen eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 S.1 VwVfG NW erfüllt. Gerade leistungsgewährende Verwaltungsakte kommen insbesondere in der Subventionsverwaltung vor. Um eine Subvention in Form eines verlorenen Zuschusses handelt es sich vorliegend. Die Einordnung als verlorener Zuschuß kann für die Frage der Verwaltungsaktqualität der Bewilligung jedoch lediglich Indizwirkung haben. Konkret müßte daher die Bewilligung als eine behördliche, außenwirksame, hoheitliche Einzelfallregelung im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG NW zu qualifizieren sein. Hier handelt die zuständige Behörde im Bereich der Subventionsgewährung, demnach auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, gegenüber U. Als Unternehmer steht U nicht im Lager der Verwaltung. Eine außenwirksame, hoheitliche Maßnahme einer Behörde liegt somit vor.

1 Regelungscharakter der vorläufigen Bewilligung

Problematisch ist allerdings der Regelungscharakter der vorläufigen Bewilligung. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so könnte es sich möglicherweise um einen Realakt handeln.

2 Abgrenzung zum Realakt

Insbesondere im Bereich begünstigender Geldleistungen können Abgrenzungsprobleme zu der Handlungsform Realakt auftreten, da Geldleistungen in der Verwaltungspraxis häufig auch durch vorläufige Abschlagzahlungen, also durch schlicht hoheitliches Handeln gewährt werden. Im Gegensatz zum vorläufigen Verwaltungsakt gewährt die Abschlagzahlung jedoch keinen Rechtsgrund zum Behaltendürfen der empfangenen Leistung. Die Abschlagzahlung beruht auf einer lediglich verwaltungsinternen Entscheidung. Sie eilt einer förmlichen Festsetzung der Leistung voraus. Der Realakt entfaltet demnach keine regelnde Wirkung. Käme somit der vorläufigen Bewilligung Regelungscharakter zu, so läge kein Fall eines schlicht hoheitlichen Handelns in Form einer Abschlagzahlung und somit kein Realakt vor.

Regelungscharakter soll einer Maßnahme dann zukommen, wenn sie ihrem Anspruch nach die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge bezweckt. Die Rechtsfolge besteht darin, daß Rechte und/oder Pflichten begründet, geändert, aufgehoben oder verbindlich festgestellt werden. Die vorläufige Bewilligung ist insoweit auf die Herbeiführung einer unmittelbaren Rechtsfolge gerichtet, daß sie die Grundlage für die Auszahlung der Förderungsmittel an U bildet. Sie weist dem U das Recht zu, den Betrag entgegenzunehmen und zunächst behalten zu dürfen. Sie ist demnach grundsätzlich auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet.

Es stellt sich jedoch die Frage, inwiefern die Vorläufigkeit der Bewilligung dem Regelungscharakter entgegen stehen könnte und die Bewilligung lediglich als vorbereitende Maßnahme anzusehen

wäre, welche nicht als Regelung im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG NW gelten würde. Die vorläufige Bewilligung dient hier jedoch nicht nur der Vorbereitung eines noch folgenden Verwaltungsaktes, sondern beansprucht einen eigenen, wenn auch vorläufigen Regelungscharakter. 'Vorläufig' ist in diesem Zusammenhang nicht als 'unverbindlich', sondern als 'zeitlich begrenzt' zu verstehen. Die Möglichkeit der zeitlichen und inhaltlichen Begrenzung eines Verwaltungsaktes sieht das Gesetz selbst in § 36 Abs. 2 VwVfG NW vor. Einzig die Regelungsintensität wird gemindert. Somit bestehen aufgrund der Vorläufigkeit der Bewilligung keine Gründe, ihr den Regelungscharakter völlig abzuspochen.

Sind somit alle Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG NW erfüllt, handelt es sich bei der vorläufigen Bewilligung nicht um einen Realakt, sondern um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S.1 VwVfG NW.

III Die vorläufige Bewilligung als vorläufiger Verwaltungsakt

Der Umstand, daß die Vorläufigkeit keine Auswirkung auf die Annahme einer Regelung hat, läßt eine genauere Qualifizierung dieses Verwaltungsaktes jedoch nicht obsolet werden. Insbesondere der Erlaß der Bewilligung „unter dem Vorbehalt der Nachprüfung des Vorliegens der Förderungsbedingungen“ bedarf der weiteren Untersuchung. Es könnte sich bei der unter Vorbehalt erteilten vorläufigen Bewilligung um einen sogenannten vorläufigen Verwaltungsakt handeln, für den möglicherweise besondere Regelungen gelten.

Allgemein wird der vorläufige Verwaltungsakt als ein Verwaltungsakt definiert, der vor abschließender Sachverhaltsermittlung unter dem Vorbehalt der späteren Nachprüfung und endgültigen neuen Entscheidung ergeht. Besonders in Fällen einer komplizierten Sachverhaltsermittlung oder bei eilbedürftigen Entscheidungen soll auf diese Rechtsfigur zurückgegriffen werden.

Teilweise wird der Anwendungsbereich auch auf die Fälle erweitert, in denen die Sachverhaltsentwicklung noch unsicher ist und der Verwaltungsakt aus diesem Grund unter dem Vorbehalt einer späteren endgültigen Entscheidung ergeht.

Würde man sich dieser Ansicht anschließen, so fielen auch die Entscheidungen unter den Begriff des vorläufigen Verwaltungsaktes, bei denen die Behörde lediglich eine Prognose über das zukünftige Geschehen aufstellen müßte und dann vorläufig bescheiden könnte. Die Verwaltung könnte ihre Bescheide bereits dann mit einem Vorbehalt versehen, wenn die bloße Möglichkeit einer zukünftigen Änderung der Rechts- oder Sachlage bestünde. Diese Ausdehnung widerspricht jedoch dem Sinn der Figur des vorläufigen Verwaltungsaktes, denn die Behörde kann in derartigen Fällen den Bürger endgültig bescheiden, nämlich negativ in Form der Antragsablehnung. Einer Inanspruchnahme der Figur des vorläufigen Verwaltungsaktes bedarf es in solchen Fällen nicht.

Sie würde seinen Anwendungsbereich unnötig ausdehnen. Die oben genannte Definition erfährt demnach keine Erweiterung auf Fälle der ungewissen Sachverhaltsentwicklung.

U hat die Förderungsleistungen „unter Vorbehalt der Nachprüfung des Vorliegens der Förderungsvoraussetzungen“ erhalten. Es sollte gerade keine abschließende Entscheidung ergehen, die ein endgültiges Behaltendürfen des U zum Inhalt hat. Vielmehr war der Grund der vorläufigen Bewilligung eine besondere Eilbedürftigkeit, da 50 Arbeitsplätze konkret gefährdet waren.

Die vorläufige Bewilligung ist folglich als sogenannter vorläufiger Verwaltungsakt zu qualifizieren.

IV Rechtsnatur des vorläufigen Verwaltungsaktes

Vorläufige Verwaltungsentscheidungen sind zwar in einigen spezialgesetzlichen Regelungen vorgesehen, jedoch ist der vorläufige Verwaltungsakt nicht als allgemeines Rechtsinstitut im Verwaltungsverfahrensgesetz erwähnt. Steht insoweit fest, daß es sich bei der vorläufigen Bewilligung um eine Handlungsform handelt, der Verwaltungsaktqualität im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG NW zukommt, stellt sich im weiteren die Frage, welche Rechtsnatur im engeren Sinne dem vorläufigen Verwaltungsakt beizumessen ist.

Möglicherweise handelt es sich bei der Rechtsfigur des vorläufigen Verwaltungsaktes trotz der unterschiedlichen Bezeichnung um eine dem Verwaltungsrecht bereits bekannte Handlungsform. Es ist daher fraglich, ob sich der vorläufige Verwaltungsakt in seiner Struktur von bereits bestehenden Handlungsformen im Verwaltungsrecht unterscheidet und ihm damit eine eigenständige Bedeutung zukommt. Dies ist auf den ersten Blick zweifelhaft, da der vorläufige Verwaltungsakt einigen Rechtsinstituten des Verwaltungsrechts zumindest ähnelt.

1 Zusage

Möglicherweise handelt es sich bei der vorläufigen Bewilligung um eine Zusage in Form einer Zusicherung gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 VwVfG NW. Die Zusage ist das verbindliche Versprechen der zuständigen Behörde, eine bestimmte Verwaltungsmaßnahme vorzunehmen oder zu unterlassen. Bezieht sich die Zusage auf den Erlaß oder Nichterlaß eines Verwaltungsaktes, so bezeichnet das Gesetz diese Handlungsform als Zusicherung. Die Zusage enthält die verbindliche Festlegung einer zukünftigen Verwaltungsentscheidung.

Die Behörde möchte sich durch die vorläufige Bewilligung jedoch nicht darauf festlegen, wie sie zukünftig handeln wird, sondern sich gerade alle Entscheidungsmöglichkeiten offenhalten und nicht eine Entscheidung vorwegnehmen. Der vorläufige Verwaltungsakt, d.h. die Bewilligung ist somit keine Zusage in Form einer Zusicherung.

2 Teilentscheidung

Ähnlichkeit weist der vorläufige Verwaltungsakt auch zur Teilentscheidung auf. Die Teilentscheidung ist eine abschließende unverbindliche Regelung, die auf einzelne Teile bzw. Vorfragen der Gesamtentscheidung begrenzt ist.

Diese Definition läßt bereits den entscheidenden Unterschied zum vorläufigen Verwaltungsakt deutlich werden. Während die Teilentscheidung den Sachverhalt abschließend, also endgültig regelt, steht der vorläufige Verwaltungsakt unter dem Vorbehalt einer noch folgenden Prüfung. Er regelt nicht endgültig, sondern gerade nur vorläufig. Kann die Behörde einen vorläufigen Verwaltungsakt schon vor Abschluß der Sachverhaltsermittlung erlassen, so darf die Teilgenehmigung im Gegensatz dazu erst dann ergehen, wenn alle Voraussetzungen für eine endgültige Entscheidung über diesen Teil des Gesamtvorhabens vorliegen. Dieser Umstand ist im konkreten Fall nicht gegeben. Die Behörde behält sich die Prüfung der Förderungsvoraussetzungen ausdrücklich vor, so daß es sich nicht um eine endgültige Entscheidung in einem Teilbereich handelt. Die als vorläufiger Verwaltungsakt zu qualifizierende Bewilligung ist somit keine Teilentscheidung.

3 Die Vorläufigkeitsklausel als Nebenbestimmung

Eine Einordnung des vorläufigen Verwaltungsaktes unter die Begriffe Zusicherung und Teilentscheidung scheidet demnach aus. Bei dem vorläufigen Verwaltungsakt handelt es sich deshalb jedoch nicht zwangsläufig um eine Handlungsform eigener Art. Vielmehr könnte es sich bei der, der Bewilligung beigefügten, Vorläufigkeitsklausel um eine gesetzlich normierte Nebenbestimmung gemäß § 36 Abs. 2 VwVfG NW handeln. Wäre der vorläufige Verwaltungsakt lediglich als Verwaltungsakt mit einer Nebenbestimmung zu verstehen, entfielen seine Existenzberechtigung. Gerade die Verbindung eines Verwaltungsaktes mit Nebenbestimmungen bietet der Verwaltung die Möglichkeit, Entscheidungen nicht endgültig treffen zu müssen, sondern flexible, dem Einzelfall angepaßte Maßnahmen zu ergreifen. Daher scheint die Einordnung des vorläufigen Verwaltungsaktes als Verwaltungsakt mit Nebenbestimmung nicht von vornherein ausgeschlossen.

a Auflösende Befristung

In der Literatur wird vereinzelt die Ansicht vertreten, daß es keines Rückgriffes auf eine systemfremde Sonderkonstruktion bedarf, sondern das Problem vorläufiger Regelungen im Verwaltungsrecht mit herkömmlichen Instrumentarien des Verwaltungsaktes und der Nebenbestimmungen bewältigt werden kann. Dabei soll es sich bei der Vorläufigkeitsklausel des

vorläufigen Verwaltungsaktes um eine auflösende Befristung handeln. Nach der Legaldefinition des § 36 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt VwVfG NW ist unter einer auflösenden Befristung eine Bestimmung zu verstehen, nach der eine Vergünstigung oder Belastung zu einem bestimmten Zeitpunkt endet. Bei der Befristung hängen die mit dem Verwaltungsakt erstrebten Rechtswirkungen von einem bestimmten, d.h. zukünftigen gewissen Zeitpunkt ab. Dieser Zeitpunkt kann kalendermäßig bestimmt sein, jedoch soll die bloße Bestimmbarkeit ausreichen.

Hieran knüpfen die Vertreter einer auflösenden Befristung an. Der zukünftige gewisse Zeitpunkt sei demnach beim vorläufigen Verwaltungsakt der vorbehaltene Erlaß des Endverwaltungsaktes, dessen genauer Termin nicht genau fixiert sein müsse. Es reiche aus, daß beim Erlaß des vorläufigen Verwaltungsaktes davon ausgegangen worden sei, daß ein Endverwaltungsakt folgen werde. Dieser solle den vorläufigen Verwaltungsakt ersetzen, so daß dieser keine Rechtswirkungen mehr entfalte.

Betrachtet man den Wortlaut der Bewilligung, so bringt die Behörde zum Ausdruck, nach abschließender Prüfung der Förderungsvoraussetzungen den U noch einmal bescheiden zu wollen. Entweder indem sie den vorläufigen Verwaltungsakt bestätigt und damit seine Vorläufigkeit aufhebt oder durch einen negativen Bescheid. Durch ihre Formulierung hat die Behörde deutlich gemacht, daß sie sich zukünftig noch einmal mit der Sache beschäftigen wird.

Scheinen somit die Voraussetzungen einer auflösenden Befristung gegeben zu sein, stößt dieses Ergebnis auf großen Widerstand. Bereits gegen eine generelle Einordnung der Vorläufigkeitsklausel als Nebenbestimmung wird eingewandt, daß beide keine vergleichbaren Gebilde seien, da sie sich auf den Verwaltungsakt selbst höchst unterschiedlich auswirkten. Zum einen würden Nebenbestimmungen auf eine Wirksamkeitssteuerung hinauslaufen, während der vorläufige Verwaltungsakt auf eine Einschränkung der Regelungsintensität abziele. Zum anderen könnten Verwaltungsakte mit Nebenbestimmungen das Verwaltungsverfahren abschließen, ein Verwaltungsakt mit Vorläufigkeitsklausel könne dies gerade nicht.

Dieser Argumentation kann auch nicht entgegengehalten werden, daß der vorläufige Verwaltungsakt zumindest das auf seinen Erlaß gerichtete Verfahren abschließen. Führt man diese Überlegung zuende, so käme man zu dem befremdlichen Ergebnis, daß es sich um zwei völlig voneinander getrennte Verfahren handeln würde, nämlich zunächst das Verfahren bis zum Erlaß des vorläufigen Verwaltungsaktes und im weiteren das Verfahren bis zum Erlaß des Endverwaltungsaktes. Dies widerspricht jedoch dem formellen und inhaltlichen Zusammenhang zwischen dem vorläufigen Verwaltungsakt und dem Endverwaltungsakt. So beinhaltet der vorläufige Verwaltungsakt durch seine vorbehaltliche Erteilung gerade die Aussicht auf den Erlaß eines Endverwaltungsaktes, welcher sich seinerseits wiederum an dem vorläufigen Verwaltungsakt orientiert. Eine künstliche Unterteilung in zwei unabhängige Verfahren zur Begründung einer

auflösenden Befristung ist daher nicht überzeugend. Die Vorläufigkeitsklausel kann nicht als Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Befristung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. VwVfG NW angesehen werden.

b Auflösende Bedingung

Trotz der nicht unerheblichen Argumente gegen die Charakterisierung der Vorläufigkeitsklausel als Nebenbestimmung wird vereinzelt vertreten, daß es sich bei der Klausel auch um eine auflösende Bedingung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. VwVfG NW handeln könnte. Das Gesetz definiert in § 36 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. VwVfG NW die auflösende Bedingung als eine Bestimmung, nach der der Wegfall einer Vergünstigung oder Belastung von dem ungewissen Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängt. Dies setzt jedoch den Fall voraus, daß der Erlaß eines Endverwaltungsaktes ungewiß ist. Das Charakteristische einer auflösenden Bedingung besteht darin, daß die Rechtswirkungen des auflösend bedingten Verwaltungsaktes bei Eintritt des zukünftigen Ereignisses automatisch entfallen, ohne daß es ein weiteres Zutun der Behörde bedarf. Das zukünftige Ereignis wäre demnach der Erlaß des Endverwaltungsaktes, dessen Eintritt ungewiß sei und von dem Ergebnis der abschließenden Ermittlungen abhängen würde.

Im vorliegenden Fall ist aber der Eintritt des zukünftigen Ereignisses nicht ungewiß. Hätte die Behörde in ihrer Formulierung etwa zum Ausdruck gebracht, sie werde nur bei einer vom vorläufigen Verwaltungsakt abweichenden Entscheidung erneut handeln, so wäre der Eintritt des Endverwaltungsaktes, und damit des zukünftigen Ereignisses, in der Tat ungewiß, denn bei Bestätigung des Regelungsinhalts des vorläufigen Verwaltungsaktes würde kein Endverwaltungsakt mehr ergehen. Solch eine Formulierung liegt hier jedoch nicht vor. Wie bereits bei der Befristung ausgeführt, ist die unter Vorbehalt einer Prüfung der Förderungsvoraussetzungen gewährte vorläufige Bewilligung dahingehend zu verstehen, daß die Behörde in jedem Fall nach der abschließenden Prüfung noch einmal tätig werden will.

Von den Gegnern einer Einstufung der Vorläufigkeitsklausel als auflösende Bedingung wird auch die Einordnung der Prüfung der Förderungsvoraussetzungen oder deren Ergebnis als zukünftiges ungewisses Ereignis abgelehnt, weil beides in der Vergangenheit liegende und bislang ungeprüfte Tatsachen betreffe; zukünftig sei allenfalls das Bekanntwerden der Tatsachen. Ferner sei zu beachten, daß auch nicht das Ergebnis der Prüfung die Rechtswirkungen automatisch entfallen lasse, diese bildeten lediglich die Grundlage für die Behörde, nun einen endgültigen Verwaltungsakt zu erlassen. Vor Erlöschen der Rechtswirkungen ist vielmehr noch ein Handeln der Behörde notwendig. Von einem Automatismus kann also nicht die Rede sein.

Mag auch der Vergleich zur auflösenden Bedingung zunächst naheliegen, so fehlen jedoch die grundlegenden Voraussetzungen für die Annahme einer solchen. Darüber hinaus besteht auch bei

der auflösenden Bedingung wie bei der zuvor behandelten Befristung der gravierende Unterschied, daß Verwaltungsakte mit Nebenbestimmungen im Gegensatz zu Verwaltungsakten mit Vorläufigkeitsklausel das Verwaltungsverfahren abschließen können.

Eine Subsumtion der Vorläufigkeitsklausel unter eine Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Bedingung gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt VwVfG NW ist daher generell und damit auch im konkreten Fall nicht möglich.

c Widerrufsvorbehalt

Möglicherweise könnte es sich bei der Vorläufigkeitsklausel auch um einen Widerrufsvorbehalt gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NW handeln. Dieser gibt der Behörde die Befugnis, bei Vorliegen bestimmter, im Verwaltungsakt selbst bezeichneter Umstände den Verwaltungsakt, dem der Widerrufsvorbehalt beigefügt ist, ganz oder teilweise zu widerrufen. Der Widerrufsvorbehalt weist den Adressaten auf die Möglichkeit des späteren Widerrufs hin.

Eine Einordnung der Vorläufigkeitsklausel als Widerrufsvorbehalt solle nach einer Ansicht jedoch nur in Betracht kommen, wenn der Erlaß des Endverwaltungsakt ungewiß sei. Sei er gewiß, so käme bereits eine auflösende Befristung in Betracht.

Steht insoweit bereits fest, daß die Behörde den U im vorliegenden Verfahren erneut bescheiden wollte, spricht dies gegen eine Qualifizierung der Vorläufigkeitsklausel als Widerrufsvorbehalt. Auch der Umstand, daß dieser in Verbindung mit dem Verwaltungsakt eine endgültige Regelung schaffen würde, widerliefe dem Sinn und Zweck einer vorläufigen Maßnahme.

Ein Verwaltungsakt mit Widerrufsvorbehalt könnte für den Fall der geänderten Sach- oder Rechtslage gemäß § 49 VwVfG NW widerrufen werden. Der Widerruf würde seinerseits aber einen rechtmäßigen Bescheid voraussetzen. Der vorläufige Verwaltungsakt wird jedoch gerade dadurch charakterisiert, daß Unsicherheit darüber besteht, ob eine Auszahlung der Leistung rechtmäßig ist. Dies ist gerade der Grund, warum eine endgültige Regelung unterbleiben soll.

Zudem hat sich die Behörde im vorliegenden Fall nicht den Widerruf des Verwaltungsaktes vorbehalten, sondern ausdrücklich den Vorbehalt einer Prüfung der Förderungsvoraussetzungen als Grund der Vorläufigkeit angegeben. Jede Nebenbestimmung eines Verwaltungsaktes muß aber so ausgelegt werden, wie sie nach dem im Ausspruch geäußerten Erklärungswillen und Erklärungswert von einem verständigen Empfänger objektiv aufzufassen ist. Der Prüfungsvorbehalt kann daher nicht als Widerrufsvorbehalt ausgelegt werden. Eine konkludente Verbindung des Verwaltungsaktes mit einem Widerrufsvorbehalt kommt daher nicht in Betracht.

Die Vorläufigkeitsklausel kann danach nicht als Widerrufsvorbehalt gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG NW eingestuft werden.

d Auflage bzw. Auflagenvorbehalt

Schließlich könnte die Vorläufigkeitsklausel als gesetzlich in § 36 Abs. 2 Nr. 4 und 5 VwVfG NW normierte Nebenbestimmung in Form einer Auflage bzw. eines Auflagenvorbehalts eingeordnet werden. Es herrscht hier jedoch Einigkeit, daß dieser Lösungsweg einer rechtlichen Qualifizierung der Vorläufigkeitsklausel nicht möglich ist, da die Auflage den Adressaten nach dem Gesetzeswortlaut zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet. Die Vorläufigkeitsklausel hat jedoch keine dieser Verpflichtungen zum Inhalt. Sie drückt lediglich aus, daß die getroffene Regelung nur vorläufigen Charakter hat und eine endgültige Regelung erst später getroffen wird. Dem folgt zwangsläufig auch der Ausschluß der Annahme eines Auflagenvorbehalts. Die Vorläufigkeitsklausel ist nicht als Auflage oder Auflagenvorbehalt zu qualifizieren.

e Nebenbestimmung sui generis

Eine Einordnung der Vorläufigkeitsklausel unter eine gesetzlich normierte Form der Nebenbestimmung ist somit nicht möglich. Aus diesem Grunde kann der vorläufige Verwaltungsakt nicht als 'normaler' Verwaltungsakt mit 'normaler' Nebenbestimmung gesehen werden. Von der Prämisse ausgehend, daß eine Nebenbestimmung im Sinne des § 36 VwVfG NW die Rechtsnatur der Vorläufigkeitsklausel nicht zutreffend definieren kann, wird teilweise das Erfordernis einer Nebenbestimmung sui generis propagiert. Dann dürfte aber der Katalog der in § 36 Abs. 2 VwVfG NW normierten Nebenbestimmung nicht abschließend sein.

Teilweise werden die in § 36 Abs. 2 VwVfG NW genannten Nebenbestimmungen als abschließend angesehen. Andere lehnen diese Ansicht ab.

Welcher Ansicht zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben, wenn auch bei Verneinung des abschließenden Charakters des Nebenbestimmungenkataloges die Vorläufigkeitsklausel nicht als Nebenbestimmung eigener Art zu qualifizieren ist.

Das Bundessozialgericht hat diese Einordnung vorgenommen. Diese Ansicht fand in der Literatur teilweise Zustimmung, da so keine neue Form des Verwaltungsaktes kreiert werden müsse, sondern die Möglichkeit einer flexiblen Handlungsform der Verwaltung dort erweitert werde, wo sie vom Gesetz her schon vorgesehen sei, nämlich im Recht der Nebenbestimmung. Würde man dem folgen, so entstünde wiederum das Dilemma, daß sich der vorläufige Verwaltungsakt und der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen in einem wesentlichen Element unterscheiden, da der vorläufige Verwaltungsakt nur vorläufig regelt, der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmung aber ein Verfahren abschließen kann.

Dem kann auch die Bezeichnung als Nebenbestimmung sui generis nicht abhelfen. Sollte man die Nebenbestimmung aber so zu verstehen haben, daß auch sie nur vorläufig regelt, so ist ihre Bezeichnung als Nebenbestimmung verfehlt und es muß die Frage gestellt werden, ob die Bezeichnung als Nebenbestimmung sui generis nicht lediglich davon ablenken soll, daß es sich im Grunde um eine eigenständige Handlungsform handelt.

Auch eine Einstufung der Vorläufigkeitsklausel als Nebenbestimmung sui generis kommt nicht in Betracht.

Die Rechtsnatur der Vorläufigkeitsklausel korrespondiert somit mit keiner der gesetzlich normierten Nebenbestimmungen. Schließlich scheidet auch die Annahme einer Nebenbestimmung sui generis aus.

4 Der vorläufige Verwaltungsakt als Handlungsform sui generis

Die bisherige Prüfung hat somit ergeben, daß die Figur des vorläufigen Verwaltungsaktes trotz ihrer augenscheinlichen Ähnlichkeit keiner dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannten Handlungsform entspricht.

Aus diesem Grunde finden sich zunehmend Stimmen, die dem vorläufigen Verwaltungsakt einen eigenständigen Charakter zukommen lassen. Diesen Weg geht auch das Bundesverwaltungsgericht, welches zwar offengelassen hat, ob es sich bei einer Beihilfebewilligung unter „dem Vorbehalt einer noch durchzuführenden Betriebsprüfung“ um einen Verwaltungsakt mit inhaltlicher Beschränkung handelt oder einen Verwaltungsakt sui generis. Eine Inhaltsbeschränkung läge vor, wenn die Bewilligung noch nicht endgültig, sondern unter dem Vorbehalt einer endgültigen Entscheidung erfolge. Würde eine lediglich vorläufige Regelung getroffen, handele es sich um einen Verwaltungsakt sui generis. Ob es sich hierbei tatsächlich um unterschiedliche Gebilde handelt, wird bestritten. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da beide Formulierungen sich letztendlich in ihrem Inhalt entsprechen. So ist die unter Entscheidungsvorbehalt getroffene Regelung ja gerade nicht endgültig, sonst bedürfte es keines Vorbehalts. Synonym für eine 'nicht endgültige' Regelung ist jedoch eine 'vorläufige' Regelung. Im Ergebnis hat das Bundesverwaltungsgericht durch die unterbliebene Zuordnung lediglich eine begriffliche Festlegung des Instituts 'vorläufiger Verwaltungsakt' umgangen. Inhaltlich läßt sich kein Unterschied feststellen. An dem generellen Anerkenntnis des vorläufigen Verwaltungsaktes als Verwaltungsakt eigener Art ändert dies jedoch nichts.

Die unter Vorbehalt erteilte vorläufige Bewilligung der Behörde ist damit ein vorläufiger Verwaltungsakt, welcher zwar nicht den im allgemeinen Verwaltungsrecht vorgesehenen

Handlungsformen entspricht, dem somit aber selbständige Bedeutung beigemessen werden muß. Es handelt sich um einen Verwaltungsakt sui generis.

V Folgen des Vorliegens eines vorläufigen Verwaltungsaktes

Möglicherweise hat die Behörde durch ihre Rückzahlungsaufforderung den vorläufigen Verwaltungsakt zurückgenommen bzw. widerrufen.

Aufgrund der Tatsache, daß es sich bei dem vorläufigen Verwaltungsakt nicht um einen 'normalen' Verwaltungsakt handelt, bedarf es jedoch zunächst einer genaueren Untersuchung, welche Auswirkungen die Annahme eines vorläufigen Verwaltungsaktes hat.

1 Aufhebung eines vorläufigen Verwaltungsaktes

Grundsätzlich besteht bei Verwaltungsakten die Möglichkeit, sie bei Rechtswidrigkeit gemäß § 48 VwVfG NW durch Erlass eines weiteren Verwaltungsaktes zurückzunehmen oder bei Rechtmäßigkeit gemäß § 49 VwVfG NW zu widerrufen.

a Vorliegen eines konkludenten Aufhebungsbescheides

Dann müßte zunächst ein erneuter, die Aufhebung bewirkender Verwaltungsakt ergangen sein. Dies ist jedoch fraglich, da die Behörde den U lediglich zur Rückzahlung des erhaltenen Betrages aufgefordert hat. Einen ausdrücklichen Rücknahme- bzw. Widerrufsbescheid hat die Behörde somit nicht erlassen. Möglicherweise könnte jedoch dieser konkludent mit dem Rückzahlungsverlangen ergangen sein. Um eine nach § 48 VwVfG NW zu beurteilende Rücknahme eines Verwaltungsaktes handelt es sich nicht nur dann, wenn ein späterer Verwaltungsakt den früheren ausdrücklich zurücknimmt, sondern grundsätzlich immer auch schon dann, wenn der neue Verwaltungsakt im Widerspruch zu einem früheren Verwaltungsakt ergeht und insoweit hinsichtlich des Regelungsstatbestandes jedenfalls eine andere Regelung trifft, ohne den früheren Verwaltungsakt ausdrücklich aufzuheben oder abzuändern. So schließt im Zweifel die Rückforderung einer Subvention konkludent die Rücknahme der Bewilligung mit ein. Das gleiche gilt auch für die Annahme eines konkludenten Widerrufes, sofern der Rückforderungsbescheid im Einzelfall entsprechend auslegungsfähig ist. Die zuständige Behörde hat von U ausdrücklich nur den geleisteten Förderungsbetrag zurückgefordert. Es ist aber davon auszugehen, daß darin gleichzeitig die vorläufige Bewilligung aufgehoben werden sollte, um auch den Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Gelder entfallen zu lassen. Ein konkludenter Erlass eines Aufhebungsbescheides liegt folglich vor.

b Anwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG NW

Damit jedoch ein Aufhebungsbescheid die Rücknahme oder den Widerruf der vorläufigen Bewilligung begründen könnte, müßten die Normen der §§ 48, 49 VwVfG NW überhaupt Anwendung finden. Dies erscheint fraglich, da es sich bei der Bewilligung um einen vorläufigen Verwaltungsakt handelt, der eine eigene Handlungsform darstellt. Möglicherweise könnte daher der Erlaß eines erneuten Verwaltungsaktes eine andere Rechtsfolge als die der Rücknahme oder des Widerrufs bewirken.

Der vorläufige Verwaltungsakt wird nicht aufgehoben, sondern erlischt durch Erlaß eines Endbescheides. Er wird durch diesen ersetzt. Er verliert als logische Folge seiner Vorläufigkeit seinen Regelungsgegenstand und ist mit Erlaß des Endbescheides als erledigt anzusehen. Der vorläufige Verwaltungsakt wird durch den abweichenden Endbescheid nicht zurückgenommen, sondern ersetzt und erledigt. Daher greift auch § 48 VwVfG NW, der die Rücknahme unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes begrenzt, nicht ein. Erfolgt die endgültige Regelung, so handelt es sich nicht um eine Rücknahme oder einen Widerruf, vielmehr endet die vorläufige Regelung 'automatisch' mit dem Wirksamwerden der endgültigen Regelung.

Im konkreten Fall hätte eine Ersetzung zur Folge, daß die Voraussetzungen für einen Erstattungsanspruch aus § 49 a VwVfG NW nicht vorliegen könnten, setzt dieser doch in S. 1 die Rücknahme oder den Widerruf eines Verwaltungsakt voraus; ein auflösend bedingter Verwaltungsakt liegt - wie festgestellt - nicht vor.

Der Adressat verliert mit Erlaß des Endverwaltungsaktes die Grundlage für das vorläufige Behaltendürfen. Die Behörde trägt durch die Nichtanwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG NW nicht die sonst bestehenden verfahrensrechtlichen Risiken. Diese liegen üblicherweise in der Befristung der Aufhebungsmöglichkeit gemäß den §§ 48 Abs. 4, 49 Abs. 3 S. 2 VwVfG NW, ferner in dem, dem Begünstigten eingeräumten Vertrauensschutz gemäß § 48 Abs. 2 VwVfG NW, den Einschränkungen der Widerrufsmöglichkeiten bei leistungsgewährenden Verwaltungsakten in § 49 Abs. 3 Nr. 1, 2 VwVfG NW sowie in der Umkehrung der Beweislast.

Insbesondere die Ausschaltung des Vertrauensschutzes veranlaßt einige Autoren, die grundsätzliche Zulässigkeit vorläufiger Verwaltungsakte in Frage zu stellen. Verwaltungsakte dienen zwar der Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens, könnten aber allzu leicht den Vertrauensschutz unterlaufen; so hätte das VwVfG NW in den §§ 36 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 43 ff. für den Verwaltungsakt ein System der Wirksamkeit und Wirksamkeitsbeendigung kodifiziert. Diese Regelungen, die versuchen würden, den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, seien abschließende Regelungen, die gegen die Zulässigkeit vorläufiger Verwaltungsakte sprechen würden. Zulässig seien vorläufige Verwaltungsakte nur dann, wenn innerhalb einer angemessenen Frist nicht entschieden werden kann.

Zweifellos wird dem Adressaten durch den Erlaß eines vorläufigen Verwaltungsaktes eine schwächere Position eingeräumt als dem Empfänger eines endgültigen Verwaltungsaktes. Dieses Ergebnis zum Anlaß zu nehmen, die generelle Zulässigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes abzulehnen, erscheint jedoch nicht zweckmäßig. Der vorläufige Verwaltungsakt bringt dem Bürger einen nicht zu unterschätzenden Vorteil: Kann die Behörde so bereits wenigstens eine vorläufige begünstigende Regelung treffen, müßte sie anderenfalls völlig untätig bleiben oder negativ bescheiden. Die Behörde kommt dem Bürger demnach entgegen, indem sie zumindest die Maßnahmen ergreift, die ihr in diesem Zeitpunkt möglich sind. Es ist mithin nicht einzusehen, die Existenzberechtigung des vorläufigen Verwaltungsaktes aufgrund der Nichtanwendung der den Adressaten schützenden Kriterien zu verneinen. Vielmehr sind die positiven Auswirkungen für den Bürger in den Vordergrund zu stellen. Daher kann es dem Adressaten zugemutet werden, den Nachteil der Nichtanwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG NW bei Erlaß des Endverwaltungsaktes zu dulden. Somit erlöschen die Rechtswirkungen des vorläufigen Verwaltungsaktes regelmäßig aufgrund Ersetzung.

2 Ersetzung eines vorläufigen Verwaltungsaktes

Folglich ist der in der Rückzahlungsaufforderung konkludent enthaltene negative Bewilligungsbescheid grundsätzlich nicht als Aufhebung des vorläufigen Verwaltungsaktes zu qualifizieren, sondern als ein den vorläufigen Verwaltungsakt ersetzender Endverwaltungsakt. Durch ihn sollte die vorläufige Bewilligung der Förderungsmaßnahmen ersetzt werden; der Regelungsinhalt des vorläufigen Verwaltungsaktes wäre weggefallen und damit auch der Rechtsgrund, die empfangenen Leistungen behalten zu dürfen.

a Ausschluß der Ersetzung aufgrund Nichtigkeit

Fraglich ist jedoch, ob im vorliegenden Fall die automatische Ersetzung des vorläufigen Verwaltungsaktes durch den Endverwaltungsakt nicht gegeben sein kann, da der vorläufige Verwaltungsakt selbst bereits gemäß § 44 VwVfG NW nichtig gewesen ist, wußte die Behörde doch schon bei Erlaß der vorläufigen Bewilligung, daß auch ein Zuschuß durch die Bundesanstalt für Arbeit möglich gewesen wäre.

Da es sich bei der vorläufigen Bewilligung um einen vorläufigen Verwaltungsakt in Form eines Verwaltungsaktes sui generis handelt, könnte möglicherweise die Anwendbarkeit des § 44 VwVfG NW auf diese Handlungsform eigener Art nicht gegeben sein. § 44 VwVfG NW gilt unmittelbar nur für Verwaltungsakte. Die Vorschrift ist als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens sinngemäß-analog auch auf sonstige einseitige Verwaltungshandlungen anwendbar, die nach Anschein oder Wirkung mit Verwaltungsakten vergleichbar sind. Auch der vorläufige

Verwaltungsakt in Form eines Verwaltungsaktes sui generis besitzt Verwaltungsaktqualität. Selbst die Tatsache, daß er eine eigene Handlungsform der Verwaltung darstellt und somit kein 'normaler Verwaltungsakt', sondern ein Verwaltungsakt sui generis ist, steht einer zumindest analogen Anwendung des § 44 VwVfG NW nicht entgegen. Auch spezialgesetzliche Regelungen, die die Nichtigkeit begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Der § 44 VwVfG NW ist folglich auch auf den vorläufigen Verwaltungsakt anwendbar.

Folge der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ist, daß er seine gewollten Rechtswirkungen von vornherein nicht hervorzubringen vermag. Er ist gemäß § 43 Abs. 3 VwVfG NW unwirksam. Die Ersetzung verfolgt hingegen gerade den Zweck, die Rechtswirkungen eines vorläufigen Verwaltungsaktes zu vernichten. Da diese aber bereits aufgrund der Nichtigkeit nie zur Wirkung gekommen sind, kann die Ersetzung eines nichtigen Verwaltungsaktes nicht möglich sein. Die Nichtigkeit würde somit eine Ersetzung ausschließen.

Da ein absoluter Nichtigkeitsgrund des § 44 Abs. 2 VwVfG NW nicht in Betracht kommt und auch kein Fall des in Abs. 3 normierten Negativkataloges vorliegt, der nicht zur Nichtigkeit führen würde, könnte die Nichtigkeit jedoch aus der allgemeinen Regelung des Abs. 1 folgen.

Für die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes bedarf es gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG NW eines besonders schwerwiegenden Fehlers des Verwaltungsaktes. Dieser Fehler muß darüber hinaus offenkundig sein, damit er zur Nichtigkeit des Verwaltungsaktes führen kann. Die Begriffe 'fehlerhaft' und 'rechtswidrig' werden in der Regel synonym gebraucht. Die Nichtigkeit ist somit die schwerwiegendste der möglichen Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes.

Fraglich ist daher, ob die vorläufige Bewilligung in Form eines vorläufigen Verwaltungsaktes rechtswidrig gewesen ist und ferner, ob dies die Annahme eines besonders schwerwiegenden und offenkundigen Fehlers begründet.

aa Rechtswidrigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes

Von der formellen Rechtmäßigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes ist auszugehen.

In materiell-rechtlicher Hinsicht könnte sich die Rechtswidrigkeit jedoch aus einem Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung ergeben. Dieser bindet die Verwaltung bei ihren Handlungen an die Regelungen des Gesetzgebers. Er enthält zwei Komponenten, einmal den Vorrang des Gesetzes und zum anderen den Vorbehalt des Gesetzes.

aaa Vorrang des Gesetzes

Möglicherweise folgt die Rechtswidrigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes aus dem Verstoß gegen den Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes.

Gesetzesvorrang bedeutet, daß das formelle Gesetz, d.h. das Parliamentsgesetz, allen anderen Rechtsquellen vorgeht und die Verwaltung keine Maßnahmen treffen darf, die einem Gesetz widersprechen würden. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Verwaltung uneingeschränkt und unbedingt an dieses Vorrangsprinzip gebunden.

Daraus folgt, daß die Verwaltung vorläufige Verwaltungsakte nicht in den Rechtsgebieten erlassen kann, in denen eine spezialgesetzliche Regelung des vorläufigen Verwaltungsaktes besteht oder in denen sich aus dem Gesetz ergibt, daß der Gesetzgeber den Einsatz des vorläufigen Verwaltungsaktes ausschließen wollte.

Eine spezialgesetzliche Norm, die den Erlaß von vorläufigen Verwaltungsakten im Bereich der Subventionsvergabe regelt und damit einem Rückgriff auf das allgemeine Rechtsinstitut des vorläufigen Verwaltungsaktes entgegenstehen würde, besteht nicht.

Ob der Gesetzgeber den Erlaß vorläufiger Verwaltungsakte in einem Rechtsgebiet ausschließen wollte, kann jedoch nicht nur durch ausdrückliche Normierung geschehen, sondern sich auch aus der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung oder den materiell-rechtlichen Besonderheiten eines Rechtsgebietes ergeben. Ein ausdrücklicher gesetzlicher Ausschluß des Handlungsinstruments des vorläufigen Verwaltungsaktes könnte sich höchstens aus den Verwaltungsvorschriften, die die Voraussetzungen und die Bedingungen für eine Förderung enthalten, ergeben. Hierfür bieten sich jedoch keine Anhaltspunkte.

Die verfahrensrechtliche Zulässigkeit ergibt sich bereits aus § 10 S. 2 VwVfG NW.

Es könnten sich demnach allenfalls aus materiell-rechtlicher Sicht Bedenken an dem Einsatz des vorläufigen Verwaltungsaktes im Bereich der Förderungsvergabe durch das Land ergeben. Das Notprogramm des Landes soll den Abbau von Arbeitsplätzen in existenzbedrohten Betrieben verhindern. Gerade in diesem Bereich ist eine schnelle, möglichst unbürokratische Hilfe von großer Bedeutung um effektiv betroffenen Unternehmen helfen zu können. Jede Verzögerung der Mittelauszahlung durch langwierige Verfahren würde dem Zweck des Notprogrammes zuwiderlaufen, da sonst zügige Hilfe nicht möglich wäre, auf die es aber gerade ankommt. So ist gerade dieser Bereich für den Einsatz des vorläufigen Verwaltungsaktes prädestiniert, bietet er doch der Verwaltung die Möglichkeit, spontan handeln zu können, wenn im konkreten Fall dringend Unterstützung benötigt wird. Auch aus materiell-rechtlicher Sicht liegen keine Bedenken dagegen vor, daß im Bereich der Förderungsvergabe aufgrund des Notprogrammes der vorläufige Verwaltungsakt ausgeschlossen werden sollte.

Der Erlaß der vorläufigen Bewilligung verstößt nicht gegen den Vorrang des Gesetzes, so daß sich daraus nicht die Rechtswidrigkeit der Bewilligung ergeben kann.

bbb Vorbehalt des Gesetzes

Die Rechtswidrigkeit der Förderungsbewilligung könnte jedoch daraus folgen, daß die Bewilligung lediglich aufgrund von behördeninternen Verwaltungsvorschriften erfolgt ist. Möglicherweise fehlt es daher an der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, so daß ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes vorliegen könnte. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes besagt, daß die Verwaltung im Geltungsbereich dieses Grundsatzes nur aufgrund von gesetzlichen Ermächtigungen handeln darf. Teilweise wird er aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet, jedenfalls ergibt er sich aber aus den verfassungsrechtlich verankerten Prinzipien der parlamentarischen Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit. Der Vorbehalt des Gesetzes gilt im Gegensatz zum Vorrang des Gesetzes nicht absolut. Die früher vertretene strikte Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes auf den Bereich der Eingriffsverwaltung ist zwar aufgegeben worden, da die zunehmende Bedeutung der Leistungsverwaltung und die verfassungsrechtliche Durchdringung aller staatlichen Bereiche durch das Grundgesetz seine Ausdehnung fordern, dies führt jedoch nicht zu einem, die gesamte Verwaltungstätigkeit umfassenden 'Totalvorbehalt', nach dem die Verwaltung ausschließlich aufgrund einer positiven gesetzlichen Grundlage handeln dürfte. Ein Verstoß gegen das Vorbehaltsprinzip kann demnach nur dann vorliegen, wenn das entsprechende Sachgebiet vom Gesetzesvorbehalt erfaßt wird.

Fraglich ist demnach, ob der Gesetzesvorbehalt im Bereich der staatlichen Subventionsgewährung überhaupt gilt, bzw. in seiner strikten Form anzuwenden ist.

(1) Eingeschränkter Gesetzesvorbehalt

Eine Ansicht geht davon aus, daß im Bereich der Wirtschaftssubventionen reduzierte Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt zu stellen sind. Sofern es sich nicht um Akte der Eingriffsverwaltung handeln würde, müßten lediglich die wesentlichen staatlichen Entscheidungen durch ein Parlamentsgesetz getroffen werden. Wesentlich sei im Rahmen der sogenannten Wesentlichkeitstheorie, was für die Verwirklichung von Grundrechten relevant ist, d.h. je intensiver ein Grundrecht betroffen sei, desto genauer müsse die gesetzliche Regelung sein. Demzufolge bedürften leistungsgewährende Maßnahmen nicht unter allen Umständen einer Grundlage in Form eines Parlamentsgesetzes, sondern insbesondere nur dann, wenn Zuwendungen durch die Verwaltung einen Dritten benachteiligen. Anhaltspunkte dafür, daß im konkreten Fall z.B. Konkurrenten des U durch dessen Förderung unmittelbar betroffen sind, liegen nicht vor.

Dennoch dürfe die Subventionsgewährung nicht völlig ohne parlamentarische Legitimation erfolgen. Allerdings kämen für eine Legitimation nicht nur formelle Gesetze in Betracht, möglich sei diese auch durch andere parlamentarische Willensäußerungen. So genüge insbesondere die Bereitstellung von Förderungsmitteln durch das vom Parlament beschlossene Haushaltsgesetz und den Haushaltsplan. Ein Haushaltsgesetz einschließlich Haushaltsplan sei zwar kein Gesetz im

materiellen Sinne, würde aber trotzdem in verfassungsrechtlicher Hinsicht eine ausreichende Rechtsgrundlage darstellen. Umfang und Verfahren der Förderung könnten dann im Einzelfall durch Verwaltungsvorschriften näher bestimmt werden.

So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Das Bundesland L hat das Notprogramm beschlossen und dadurch seinen Willen zum Ausdruck gebracht, die dafür erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen. Die weitere Ausführung sollte dann bezüglich der Voraussetzungen und Bedingungen einer Förderung durch Verwaltungsvorschriften geregelt werden. Bejaht man daher die Ansicht, daß dies den reduzierten Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt genüge, so kann sich die Rechtswidrigkeit der Bewilligung nicht aufgrund einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage ergeben.

(2) Gesetzesvorbehalt

Teilweise wird für die Vergabe von Subventionen an die Wirtschaft ein Gesetz im materiellen Sinne verlangt. Haushaltsgesetzliche Bestimmungen reichten nicht aus, da ihnen insbesondere die Außenwirkung im Verhältnis Staat - Bürger fehle. Die abstrakten Ziel- und Zweckvoraussetzungen, die in Haushaltsvermerkungen zum Ausdruck kommen, stellten eine so minimale Orientierung der Verwaltung am Gesetz dar, daß von einer Gesetzesbindung der Exekutive keine Rede mehr sein könne. Die allgemeine Ausweisung der Mittel im Haushaltsplan werde dem parlamentarischen Prinzip nicht gerecht.

Demzufolge würden das Haushaltsgesetz bzw. der Haushaltsplan und die darauf beruhenden Verwaltungsvorschriften keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage der Verwaltung für die Subventionsvergabe darstellen. Da nach dieser Ansicht aber in jedem Fall der Subventionsvergabe der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gewahrt werden muß, wäre die Bewilligung auch in ihrer vorläufigen Form aufgrund einer fehlenden Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig.

(3) Ausnahmefälle vom strengen Gesetzesvorbehalt

Teilweise soll es einer Modifizierung des strengen Gesetzesvorbehalts in besonderen Ausnahmefällen bedürfen. Der strenge Gesetzesvorbehalt solle nicht gelten, wenn die Subvention keinen Lenkungscharakter habe oder bei überraschend auftretenden Notfällen, wie etwa konjunkturellen Krisen.

Bei der Subventionierung des Unternehmens des U handelt es sich nicht um eine planbare dauerhafte Förderung, sondern um ein Notprogramm, daß schnelle Hilfe gewähren soll. Die Förderung dient auch nicht in irgendeiner Form der Wirtschaftslenkung, sondern allein dem Erhalt der gefährdeten Arbeitsplätze. Liegt somit ein Ausnahmefall vor, würde der Gesetzesvorbehalt in

seiner strengen Form nicht greifen, so daß nach dieser Ansicht die Rechtswidrigkeit der Bewilligung nicht aus dem Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt resultieren würde.

(4) Stellungnahme

Während nach der zweiten Ansicht die Rechtswidrigkeit der vorläufigen Bewilligung bereits aus einem Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt folgen könnte, wäre dies nach den anderen Meinungen nicht der Fall. Somit ist eine Streitentscheidung notwendig.

Würde man auch für den Bereich der Subventionsvergabe die strenge Einhaltung des Gesetzesvorbehalts fordern, so liefe dies auf die generelle Notwendigkeit von spezifischen Subventionsgesetzen hinaus. Da aber die konkrete Wirtschaftsentwicklung grundsätzlich nur schwer vorauszusehen ist, müßten Ermächtigungsgrundlagen sehr abstrakt formuliert werden. Dies würde aber unter dem Aspekt der Rechtssicherheit keine wesentlichen Vorteile bringen. Daher muß bereits die sehr abstrakt gehaltene Bestimmung des Umfangs und Zweckes im Haushaltsplan den Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt genügen, da Subventionsgesetze auch keine exaktere Regelung ermöglichen würden.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Flexibilität und Effektivität des Verwaltungshandelns erscheint die Einschränkung des Gesetzesvorbehaltes zu dem geeigneteren Ergebnis zu führen. Der Verwaltung darf nicht die Möglichkeit versperrt werden, kurzfristig auf wirtschaftliche Veränderungen reagieren zu können. Dies darf aber nur solange möglich sein, wie der Förderung jedenfalls keine wirtschaftslenkende Funktion zukommt. Gerade das Handlungsinstrument des vorläufigen Verwaltungsaktes spielt hier eine große Rolle. Erweitert es doch die Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung und garantiert größtmögliche Flexibilität und die Möglichkeit des kurzfristigen, für die Verwaltung risikolosen Handelns.

Einer Reduzierung der Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt im Bereich der Subventionsvergabe ist daher zuzustimmen. Die vorläufige Bewilligung kann somit nicht wegen eines Verstoßes gegen den Gesetzesvorbehalt rechtswidrig sein.

(5) Ergebnis

Die Rechtswidrigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes ergibt sich somit nicht schon aus einem Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, da weder das Prinzip des Gesetzes-vorrangs noch das des Gesetzesvorbehalts mißachtet wurden.

ccc Maßstab der Rechtswidrigkeitsprüfung

Soweit der Gesetzesvorbehalt nicht eingreift und der Gesetzesvorrang nicht entgegensteht, stellt sich im weiteren die Frage, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen der Erlaß eines vorläufigen Verwaltungsaktes zulässig sein soll.

(1) Analoge Anwendung des § 123 VwGO NW

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen des allgemeinen Rechtsinstituts des vorläufigen Verwaltungsaktes könnten nach einer Ansicht aus einer Analogie zu § 123 VwGO NW folgen. Für eine entsprechende Anwendung des § 123 VwGO NW auch auf das Verwaltungsverfahren spreche insbesondere die Erwägung, daß, wenn schon die Verwaltungsgerichte die dort niedergelegten Befugnisse hätten, diese auch der Verwaltung zustehen müßten. Es sei wenig sinnvoll und mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht vereinbar, wenn die Verwaltung eine in der Sache gebotene vorläufige Regelung nicht selber treffen könne, sondern den Staatsbürger an das zuständige Verwaltungsgericht verweisen müßte, damit dieses eine entsprechende Anordnung erläßt und damit die Verwaltungsbehörde verpflichtet, das zu tun, wozu sie an sich bereit wäre.

Gegen die analoge Heranziehung des § 123 VwGO NW wird eingewendet, daß sie den Anwendungsbereich des Rechtsinstitutes des vorläufigen Verwaltungsaktes ohne erkennbare Notwendigkeit zu stark einschränke. Es fehle an der vergleichbaren Interessenlage; die Statuierung spezieller Befugnisse der Gerichte in Eilsachen ließe sich nicht als Argument für entsprechende Befugnisse der Verwaltung verwenden, zumal der Gesetzgeber der Exekutive das Recht zu vorläufigen Regelungen nur in besonderen Fällen und nicht generell eingeräumt habe.

(2) § 10 VwVfG NW

Andererseits wird vorgeschlagen, in dem Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens gemäß § 10 VwVfG NW die Ermächtigung für vorläufige Regelungen zu sehen, soweit keine spezialgesetzlichen Ermächtigungen vorhanden sind. Dem wird entgegengehalten, daß § 10 VwVfG NW zwar die grundsätzliche verfahrensrechtliche Zulässigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes zu entnehmen sei, welche Erlaßvoraussetzungen im einzelnen jedoch für die Zulässigkeit vorliegen müßten, ließe sich daraus nicht ableiten.

(3) Kein Rückgriff auf normierte Regelungen

Schließlich wird daraus gefolgert, daß ein Rückgriff auf normierte Regelungen nicht zweckmäßig sei. Es bedürfe keiner speziellen Ermächtigungsgrundlage, da der vorläufige begünstigende Verwaltungsakt einen Anspruch nicht einschränke, sondern nur die Entscheidung darüber

offenlassen würde, ob dem Adressaten ein Anspruch zusteht. Darin sei auch keine Verletzung der Rechte des Adressaten zu sehen, da der vorläufige Verwaltungsakt nicht an die Stelle des endgültigen Verwaltungsakt trete.

(4) Stellungnahme

Weder aus der analogen Anwendung des § 123 VwGO NW noch aus § 10 VwVfG NW läßt sich herleiten, welche Voraussetzungen im engeren Sinne in materieller Hinsicht für den Erlaß eines vorläufigen Verwaltungsaktes vorliegen müssen, denn die generelle Annahme der Zulässigkeit vorläufiger Regelungen hilft hier nicht weiter. Es ist nicht angebracht, unbedingt nach einer speziellen Norm zu suchen, aus der sich die Voraussetzungen ableiten lassen könnten, da das allgemeine Rechtsinstitut des vorläufigen Verwaltungsaktes keine normierte Handlungsform, sondern eine Handlungsform eigener Art ist. Läßt sich somit kein Anhaltspunkt in gesetzlichen Regelungen finden, so müssen die Voraussetzungen von dem den vorläufigen Verwaltungsakt prägenden Element der Vorläufigkeit abgeleitet werden. Daher ist der letztgenannten Meinung zu folgen. Unter diesem Aspekt muß die weitere Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit erfolgen.

(5) Sachgerechte Ermessensausübung

War es der Behörde somit grundsätzlich möglich, einen vorläufigen Verwaltungsakt auch ohne spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Rahmen des Notprogrammes des Landes zu erlassen, so folgt, stellt man auf die Vorläufigkeit ab, in materieller Hinsicht im weiteren die Rechtmäßigkeit daraus, daß die Behörde zum Erlaßzeitpunkt ihr Ermessen sachgerecht ausgeübt hat. Der Erlaß eines vorläufigen Verwaltungsaktes steht im Ermessen der Verwaltung. Bei ermessensfehlerhaftem Verwaltungshandeln wäre sein Erlaß rechtswidrig. Ermessensfehlerfrei hat die Behörde dann gehandelt, wenn die Möglichkeit einer endgültigen Bescheidung nicht vorgelegen hat und daher eine Situation vorlag, die den Erlaß eines vorläufigen Verwaltungsaktes notwendig machte.

(a) Vorläufigkeitsbedürftige Entscheidungssituation

Der vorläufige Verwaltungsakt ist nur im Vorfeld einer endgültigen Regelung zulässig. Voraussetzung für den Erlaß eines vorläufigen Verwaltungsaktes ist demnach, daß noch längere Ermittlungen erforderlich sein müssen, um die vorübergehende Ungewißheit über das Vorliegen der Voraussetzungen des Endverwaltungsaktes zu beseitigen. Die vorläufigkeitsbedürftige Entscheidungssituation ist somit nur dann gegeben, wenn noch eine vorübergehende Ungewißheit hinsichtlich der Sach-, zum Teil auch hinsichtlich der Rechtslage besteht, ein dringendes Entscheidungsbedürfnis vorliegt, die Möglichkeit des Wiederherstellens des ursprünglichen

Zustandes möglich ist und aufgrund dessen ein endgültiger Verwaltungsakt nicht ergehen kann. Es muß also an der endgültigen Entscheidungsreife fehlen.

(aa) Vorübergehende Ungewißheit der Behörde

Eine Ungewißheit der Behörde läge dann vor, wenn der Behörde bei Erlass des vorläufigen Verwaltungsaktes noch nicht alle Umstände hinsichtlich der Sach- und Rechtslage bekannt gewesen wären, so daß sie nicht in der Lage gewesen wäre, einen endgültigen Verwaltungsakt zu erlassen, wobei insbesondere auch der Fall der rechtlichen Ungewißheit über Vorfragen vom Anwendungsbereich des vorläufigen Verwaltungsaktes erfaßt wird.

Die Zuwendungsbehörde wußte zwar, daß auch ein Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit möglich gewesen wäre, jedoch befand sie sich im Zeitpunkt des Erlasses der vorläufigen Bewilligung in der Ungewißheit, ob dies eine Förderung durch das Land ausschließen würde. Es bestanden also noch Zweifel an dem Vorliegen der Förderungsvoraussetzungen, die einer abschließenden Prüfung bedurften. Die Ungewißheit war somit auch vorübergehender Natur, da sie nach einer näheren Prüfung nicht mehr vorliegen würde. Aufgrund der Unsicherheit über das Vorliegen der Förderungsbedingungen war es der Behörde nicht möglich, eine endgültige Entscheidung zu treffen. Sie konnte U weder endgültig positiv noch negativ bescheiden. Für beide Fälle bedurfte es noch einer weiteren Prüfung. Die vorübergehende Ungewißheit der Behörde über rechtliche Vorfragen lag im Erlaßzeitpunkt des vorläufigen Verwaltungsaktes damit vor.

(bb) Dringendes Entscheidungsbedürfnis

Im weiteren müßte ein dringendes Entscheidungsbedürfnis vorliegen, d. h., daß anerkannte private oder öffentliche Interessen den Erlass eines vorläufigen Verwaltungsaktes erfordern. Diese Voraussetzung soll verhindern, daß vorläufige Regelungen zur Basis einer Verwaltungsbequemlichkeit führen.

Als Kriterium kommt auch die Frage nach der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der Voraussetzungen des endgültigen Verwaltungsaktes in Betracht. Das Notprogramm des Landes hat die Sicherung von Arbeitsplätzen in existenzbedrohten Betrieben zum Ziel. In dem Unternehmen des U sind 50 Arbeitsplätze konkret gefährdet, die nur durch eine finanzielle Unterstützung gerettet werden könnten.

Der Erhalt der Arbeitsplätze steht somit nicht nur im Interesse des U, sondern es besteht auch das öffentliche Interesse, die betroffenen Personen vor der Arbeitslosigkeit zu schützen. Die Hilfe für U bedurfte auch eines schnellen Handelns der Behörde, da das Unternehmen dringend auf eine finanzielle Unterstützung angewiesen war. Auch das Vorliegen der Voraussetzungen zum Erlass eines Endverwaltungsaktes war als wahrscheinlich anzusehen, entsprach doch die Verwendung

der Fördermittel dem Ziel des Notprogrammes, Arbeitsplätze zu erhalten. Grundsätzlich mußte somit davon ausgegangen werden, daß alle Förderungsvoraussetzungen für eine Landessubventionierung des U vorliegen werden würden. Es lag folglich seitens der Behörde nach Abwägung der Interessenlage ein dringendes Entscheidungsbedürfnis vor; eine verzögerte Entscheidung wäre dem Zweck des Notprogrammes nicht gerecht geworden.

(cc) Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes

Der Erlaß eines vorläufigen Verwaltungsaktes wäre ferner nur zulässig, wenn weiterhin die Möglichkeit bestünde, den ursprünglichen Zustand, wie er vor Erlaß bestand, wiederherstellen zu können. Diese Voraussetzung ergibt sich daraus, daß der den vorläufigen Verwaltungsakt ersetzende Endverwaltungsakt diesen entweder bestätigen oder auch dessen Gegenteil - die Ablehnung - zum Inhalt haben kann. Durch die Gewährung der Forderung schafft die Behörde jedoch keine endgültigen Tatsachen. Die Behörde kann grundsätzlich bei Nichtvorliegen der Förderungsbedingungen den vorläufigen Verwaltungsakt ersetzen, so daß der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Mittel entfällt und die erhaltenen Leistungen von U zurückfordern. Somit liegt auch die Voraussetzung der Möglichkeit des Wiederherstellens des ursprünglichen Zustandes vor.

(b) Ergebnis

Die Voraussetzungen für eine vorläufige Entscheidung über den Sachverhalt liegen demnach vor.

(6) Bestimmtheit des vorläufigen Verwaltungsaktes

Schließlich müßte der vorläufige Verwaltungsakt wie jeder 'normale Verwaltungsakt' gemäß § 37 Abs. 1 VwVfG NW hinreichend bestimmt sein. Die Verwaltung muß dem Adressaten des vorläufigen Verwaltungsaktes daher hinreichend deutlich mitteilen, daß es sich zum einen nur um eine vorläufige Regelung handelt und zum anderen, von welchen ungewissen Endverwaltungsaktvoraussetzungen die endgültige Entscheidung abhängt. Durch die Bezeichnung ihres Bescheides als vorläufige Bewilligung und den Hinweis auf die noch vorbehaltenen Nachprüfung des Vorliegens der Förderungsbedingungen hat die Behörde diesen Anforderungen entsprochen.

ddd Ergebnis

Der Erlaß der vorläufigen Bewilligung verstößt somit nicht gegen den Vorrang oder Vorbehalt des Gesetzes. Bei ihrer Entscheidung einen vorläufigen Verwaltungsakt zu erlassen, hat die Behörde ihr Ermessen sachgemäß ausgeübt. Ihr Verhalten war folglich nicht ermessensfehlerhaft.

Auch den Anforderungen an die Bestimmtheit des vorläufigen Verwaltungsaktes kam die Behörde nach.

bb Ergebnis

Die vorläufige Bewilligung der Fördermittel war nach allem weder formell noch materiell rechtswidrig. Fehlt es insoweit bereits an der Rechtswidrigkeit, so kann der vorläufige Verwaltungsakt nicht nichtig im Sinne des § 44 Abs. 1 VwVfG NW sein. Somit scheidet eine Ersetzung, durch den mit der Rückzahlungsforderung konkludent erlassenen negativen Endverwaltungsakt, nicht bereits aufgrund der Nichtigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes aus.

b Ausschluß der Ersetzung aufgrund Verfristung

Möglicherweise liegt jedoch ein anderer Grund vor, nach dem eine Ersetzung des rechtswidrigen vorläufigen Verwaltungsaktes nicht mehr möglich gewesen ist, und somit die allgemeinen Regeln für Rücknahme und Widerruf wieder aufleben. Dies könnte dann der Fall sein, wenn die Ersetzung des vorläufigen Verwaltungsaktes in einem Zeitpunkt erfolgte, in dem die Behörde den vorläufigen Verwaltungsakt nicht mehr ohne weiteres ersetzen konnte. Die Befugnis der Behörde könnte dadurch erloschen sein, daß sie erst 15 Monate nach Erlass des vorläufigen Verwaltungsaktes diesen durch den Endverwaltungsakt ersetzen wollte. Dann müßte aber die Vorläufigkeit der Bewilligung zunächst überhaupt zeitlich begrenzt gewesen sein und die Behörde erst nach Ablauf dieser Frist den Endverwaltungsakt erlassen haben, so daß eine Ersetzung und Erledigung der vorläufigen Bewilligung unter Außerachtlassen der §§ 48, 49 VwVfG NW nicht mehr möglich gewesen ist.

Rechtsfolge eines verspäteten Endverwaltungsaktes müßte demnach das Erstarken des vorläufigen Verwaltungsaktes zu einem endgültigen Verwaltungsakt sein, so daß dieser nur noch unter Beachtung der Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG NW aufgehoben werden könnte, also keine automatische Ersetzung mehr stattfinden konnte. Unter diesem Kriterium ist eine mögliche zeitliche Begrenzung zu untersuchen.

aa Zeitliche Begrenzung der Vorläufigkeit der Bewilligung

Fraglich ist demnach, ob und nach welchen Kriterien eine zeitliche Begrenzung möglich sein soll und welche Rechtsfolgen eine Mißachtung dieser Fristen hat.

Insbesondere der Empfänger eines vorläufigen leistungsgewährenden Verwaltungsaktes hat ein Interesse an der Stabilisierung des vorläufigen Rechtszustandes durch den alsbaldigen Erhalt eines Endverwaltungsaktes. Auch das geduldige Abwarten des Endverwaltungsaktes ohne jegliche zeitliche Begrenzung erscheint dem Bürger nicht zumutbar, muß er doch stets mit einer für ihn ungünstigen abschließenden Entscheidung rechnen. Zudem steigert sich mit zunehmenden Verstreichen der Zeit die Gefahr, daß die Verwaltung ihre im vorläufigen Verwaltungsakt geäußerte Rechtsansicht ändert. So besteht im Ergebnis Einigkeit, daß ein rechtsstaatliches Verfahren verlangt, daß die Verwaltung Sachentscheidungen nicht hinauszögern darf, auch dann nicht, wenn dem Bürger dadurch kein Schaden entsteht. Es besteht daher ein allgemeines Bedürfnis, die Vorläufigkeit in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Dafür spricht schon der aus § 10 S. 2 VwVfG NW resultierende Grundsatz, das Verwaltungsverfahren einfach und zweckmäßig, d. h. auch mit der gebotenen Zügigkeit, durchzuführen.

Die Frage, auf welcher Grundlage eine Befristung im einzelnen beruhen soll, wird unterschiedlich beantwortet.

aaa § 48 Abs. 4 VwVfG NW analog

Möglicherweise könnte sich eine zeitliche Begrenzung der Vorläufigkeit aus einer analogen Anwendung des § 48 Abs. 4 VwVfG NW ergeben. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen. Es wird zwar noch bejaht, daß eine unbewußte Regelungslücke bestehe, da weder aus dem VwVfG NW noch aus dem Gesetzgebungsverfahren Anhaltspunkte dafür bestünden, daß bewußt auf die Aufnahme von Bestimmungen über die zeitliche Begrenzung vorläufiger Leistungsgewährungen verzichtet wurde, jedoch ist die vergleichbare Interessenlage fraglich. Einerseits unterscheiden sich der geregelte und der unregelte Tatbestand in einem wesentlichen Punkt dadurch, daß § 48 Abs. 4 VwVfG NW die Aufhebung einer verfestigten Rechtsposition regelt, die dem Bürger durch einen endgültigen Verwaltungsakt zugekommen ist, während die Begrenzung der Vorläufigkeit mit Hilfe der Analogie einen vorläufigen und damit instabilen Zustand erstmals stabilisiert. Andererseits würde die Heranziehung der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW zu einer starren Jahresfrist führen, welche für die Vorläufigkeit des Rechtsinstituts des vorläufigen Verwaltungsaktes nicht geeignet ist, da sich sonst die Verwaltung auch bei einer wesentlich kürzeren Prüfungsdauer für den Erlass des Endverwaltungsaktes bis zum Ablauf der Frist Zeit lassen könnte. Somit fehlt es für die Annahme einer Analogie an der vergleichbaren Interessenslage der Tatbestände. Eine Begrenzung der Vorläufigkeit durch die analoge Anwendung der Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW scheidet daher aus.

bbb § 75 S. 1 VwGO NW

Teilweise wird vorgeschlagen, die Frage nach der zeitlichen Begrenzung anhand des Maßstabes des § 75 S. 1 VwGO NW zu beantworten. Ob dem zuzustimmen ist, kann dahingestellt bleiben, da es auf die hier gestellte Frage keine Auswirkung hat, ob ein gegebenenfalls verspäteter Endverwaltungsakt den vorläufigen Verwaltungsakt nicht mehr ersetzen kann und demnach der vorläufige Verwaltungsakt zu einem endgültigen Verwaltungsakt erstarkt. Denn die Anwendbarkeit des § 75 S. 1 VwGO NW hätte nur zur Rechtsfolge, daß der Bürger im Wege der Untätigkeitsklage eine endgültige Bescheidung erwirken könnte.

ccc Institut der Verwirkung

Schließlich kommt aber eine Begrenzung durch die Möglichkeit einer Verwirkung des Rechts auf Erlaß eines Endverwaltungsaktes in Betracht. Allgemein anerkannt ist, daß jede Rechtsausübung durch das Rechtsinstitut der Verwirkung begrenzt ist; so kommt auch beim vorläufigen Verwaltungsakt die Möglichkeit in Betracht, daß die Verwaltung das Recht zum Erlaß des Endverwaltungsaktes verwirkt hat.

(1) Verwirkung des Ersetzungsrechts

Fraglich ist, ob die Behörde ihr Recht auf Erlaß eines Endverwaltungsaktes verwirkt hat, dadurch daß dieser erst 15 Monate nach Erlaß der vorläufigen Bewilligung ergangen ist.

Das Rechtsinstitut der Verwirkung ist im VwVfG NW zwar nicht geregelt, dennoch kommt es nicht nur für materiell-rechtliche Ansprüche, sondern auch für Verfahrensrechte, die den Beteiligten oder der Behörde zustehen, in Betracht. Darunter fällt auch die Befugnis der Verwaltung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes.

Unter Verwirkung verstehen Rechtsprechung und Literatur, daß ein Recht nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzukommen, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen. Ein alleiniges Abstellen auf den Zeitablauf reicht deshalb nicht aus, da sonst die Verwirkung neben der Verjährung keinen Raum hätte. Die Verwirkung ist nicht die Verspätung als solche, sondern die illoyale Verspätung. Voraussetzungen für die Annahme einer Verwirkung sind damit zum einen eine zeitliche Komponente, zum anderen eine durch die Umstände bedingte Komponente.

(2) Voraussetzungen

Es ist mithin fraglich, ob U nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit dem Erlaß des Endverwaltungsaktes noch 15 Monate nach Ergehen des vorläufigen Verwaltungsaktes rechnen mußte.

Dann müßten die 15 Monate ein Zeitraum sein, der über das zumutbare Maß eines Abwartens hinausgeht. Wie bereits festgestellt, ist eine starre Frist z.B. gemäß § 48 Abs. 4 VwVfG NW analog für die Begrenzung der Vorläufigkeit und somit des Rechtes einer Ersetzung ungeeignet. Dennoch kann sie zumindest als Anhaltspunkt dafür herangezogen werden, wann eine Rechtsverwirkung stattfinden könnte.

Die Behörde erließ den vorläufigen Verwaltungsakt „unter Vorbehalt der Nachprüfung des Vorliegens der Förderungsvoraussetzungen“. Diese neutrale Formulierung kann aber nicht über den Umstand hinwegtäuschen, daß der Verwaltungsakt im Grunde nur deshalb vorläufig erlassen wurde, da lediglich noch Unsicherheiten vorlagen, die in der Sphäre der Behörde begründet waren. Nur die Überprüfung, ob die Förderung im Einklang mit den Verwaltungsvorschriften stand, war noch nicht abgeschlossen. U hingegen erfüllte alle Voraussetzungen für eine Förderung durch das Notprogramm des Landes. Seine Mitwirkung beschränkte sich auf die Antragstellung und die Verwendung der Mittel für den vorgesehenen Zweck. Er hatte somit das 'seinerseits Erforderliche' getan. Folglich handelt es sich hier um eine andere Konstellation, als z.B. in dem Fall, daß noch eine Betriebsprüfung durchgeführt oder die zweckgebundene Verwendung der Förderung abgewartet werden mußte. Bei Vorliegen eines solchen Sachverhaltes hat das Bundesverwaltungsgericht die Verwirkung abgelehnt.

Hier hängt der Erlaß eines Endverwaltungsaktes aber gerade nicht von Umständen ab, die U hätte beeinflussen können. Vielmehr hatte er seinen Beitrag für die Sachverhaltsermittlung geleistet. Bei der abschließenden Überprüfung, ob die Förderungsbedingungen für eine Unterstützung des U durch das Land erfüllt sind, handelte es sich zudem auch nicht um eine komplexe bzw. komplizierte Prüfung, da insbesondere alle anderen Umstände des Sachverhalts bekannt waren. So wußte die Behörde auch schon im Erlaßzeitpunkt der vorläufigen Bewilligung, daß ein Zuschuß durch die Bundesanstalt für Arbeit möglich gewesen wäre. Einzig die Frage, ob deshalb das Land aufgrund der subsidiären Zuständigkeit gegenüber einer Bundesförderung eine Subventionierung des U nicht vornehmen durfte, benötigte noch der Klärung. Eine frühere Entscheidung als erst nach 15 Monaten wäre nach allem zu erwarten gewesen. Jedoch kam es erst nach 15 Monaten zu einem erneuten Handeln der Behörde. Zu diesem Zeitpunkt befand sich U bereits in dem guten Glauben, die Behörde werde von ihrem Ersetzungsrecht keinen Gebrauch mehr machen. Zwar wußte auch U von der Vorläufigkeit der Förderungsmaßnahmen; er mußte aber nach Ablauf eines solch langen Zeitraums nicht mehr mit einer negativen Entscheidung in Form einfacher Ersetzung der Behörde rechnen.

Wählt man die ohnehin schon recht lange Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW als Orientierungshilfe, so ist selbst diese um ein Vierteljahr überschritten worden. Das Verhalten der Behörde war demnach treuwidrig. Sie hätte U zumindest zwischenzeitlich darauf hinweisen müssen, daß das Verfahren noch nicht abgeschlossen sei, damit sich U über den gegenwärtigen Stand bewußt werden konnte. Allein der Verweis auf die Vorläufigkeit des Verwaltungsaktes verhindert nicht, daß irgendwann Rechtssicherheit, insbesondere im Interesse des Begünstigten, eintreten muß.

Die Behörde hat somit ohne erkennbaren Grund über einen längeren Zeitraum hinweg von ihrem Ersetzungsrecht keinen Gebrauch gemacht und dadurch den Eindruck erweckt, sie werde keine endgültige Entscheidung mehr treffen, sondern die vorläufige Bewilligung mit ihren Rechtswirkungen dauerhaft aufrecht erhalten und von einer Ersetzung absehen. In welchem genauen Zeitpunkt eine Verwirkung der Ersetzungsbefugnis eingetreten ist, muß nicht näher bestimmt werden, da jedenfalls im vorliegenden Fall nach 15 Monaten das Recht, den vorläufigen Verwaltungsakt zu ersetzen, verwirkt ist.

(3) Rechtsfolgen

Folge der Rechtsverwirkung wäre somit, daß der vorläufige Verwaltungsakt wie ein endgültiger Verwaltungsakt zu betrachten ist, d.h., daß keine Ersetzung des vorläufigen Verwaltungsaktes mehr möglich wäre. Die Erstarkung zum endgültigen Verwaltungsakt tritt jedoch nur dann ein, wenn der Bürger den aufgrund Verwirkung rechtswidrigen Endverwaltungsakt nicht bestandskräftig werden läßt oder der Endverwaltungsakt nichtig ist, da anderenfalls auch der rechtswidrige Endverwaltungsakt den vorläufigen Verwaltungsakt ersetzt.

Für eine Nichtigkeit des Endverwaltungsaktes gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG NW fehlt es jedoch an der Offenkundigkeit des Fehlers 'Verwirkung'.

Möglicherweise hat der konkludent erlassene Endverwaltungsakt, der die Ersetzung herbeiführen sollte, aber keine Bestandskraft erlangt. U will sich nicht mit dem Endverwaltungsakt zufrieden geben. So hat er seine Rechtsauffassung gegenüber der Behörde mit der Nichtanwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG NW begründet. U wollte nicht, daß der aufgrund Verwirkung rechtswidrige Endverwaltungsakt bestandskräftig wird und wehrte sich dagegen. In dem Vorbringen seiner gegenteiligen Ansicht ist somit ein Widerspruch gegen den Endverwaltungsakt zu sehen. Der dadurch gemäß § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO NW entstandene Suspensiveffekt hat zur Folge, daß der Endverwaltungsakt keine Rechtswirkung in Richtung des vorläufigen Verwaltungsakt entfalten kann, ihn also auch nicht ersetzen kann.

Erläßt die Behörde daher einen vom vorläufigen Verwaltungsakt abweichenden Endverwaltungsakt, obwohl sie das Recht dazu verwirkt hat, so kann der aufgrund der Verwirkung rechtswidrige Verwaltungsakt, sofern er nicht bestandskräftig geworden ist, allenfalls als eine Aufhebung des vorläufigen Verwaltungsaktes nach den Vorschriften der §§ 48, 49 VwVfG NW ausgelegt werden. Dies soll der Behörde eine letzte Möglichkeit geben, den vorläufigen Verwaltungsakt doch noch aufheben zu können, allerdings unter den nunmehr engeren Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG NW.

ddd Ergebnis

Das Ersetzungsrecht der Behörde war verwirkt. Der konkludent ergangene Endverwaltungsakt der Behörde war rechtswidrig.

bb Ergebnis

Ein Begrenzung der Vorläufigkeit der Bewilligung kommt nur durch das Institut der Verwirkung in Betracht.

c Ergebnis

Der aufgrund Rechtsverwirkung rechtswidrige Endverwaltungsakt hat die vorläufige Bewilligung mangels Bestandskraft nicht ersetzt. Die vorläufige Bewilligung ist vielmehr zum endgültigen Verwaltungsakt erstarkt.

3 Ergebnis

Eine Aufhebung der Bewilligung kommt damit nur noch nach den Regeln der §§ 48, 49 VwVfG NW in Betracht. Insofern ist der konkludent erteilte Endverwaltungsakt entweder als Rücknahme- oder Widerrufsbescheid auszulegen. Dieser Umstand eröffnet der Behörde nun doch wieder die Möglichkeit, ihren Anspruch auf Rückzahlung aus § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW geltend machen zu können, besteht nunmehr zumindest wieder die Möglichkeit, daß die Voraussetzungen des § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW, namentlich Rücknahme oder Widerruf eines Verwaltungsaktes, gegeben sind.

VI Widerruf gemäß § 49 VwVfG NW

Der konkludent ergangene Rückzahlungsbescheid könnte gemäß § 133 BGB analog als Widerruf des zum endgültigen Verwaltungsakt erstarkten vorläufigen Verwaltungsaktes auszulegen sein. In Rechtsprechung und Literatur ist allgemein anerkannt, daß § 133 BGB auch im öffentlichen Recht entsprechende Anwendung findet. Geht man vom Willen der Behörde aus, so ist der ursprünglich

mit der Intention der Ersetzung erlassene Rückzahlungsbescheid in einen Widerrufsbescheid umzudeuten, da die Behörde konsequenterweise jede Möglichkeit, die sich ihr noch bietet, ausschöpfen möchte, die Rechtswirkungen des vorläufigen Verwaltungsaktes zu vernichten.

1 Widerruf gemäß § 49 Abs. 3 S. 1 1. Alt. VwVfG NW

Der Widerruf des endgültig erstarkten Verwaltungsaktes durch einen konkludent erteilten Widerrufsbescheid wäre gemäß § 49 Abs. 3 S. 1 1. Alt. VwVfG NW dann möglich, wenn der erstarkte Verwaltungsakt rechtmäßig gewesen ist und durch ihn eine einmalige Geldleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt worden ist.

a Zweckgebundene Geldleistung

Der Verwaltungsakt müßte U eine zweckgebundene Geldleistung gewährt haben. Von § 49 Abs. 3 VwVfG NW sollen nur solche Leistungsverwaltungsakte erfaßt werden, mit denen die Behörde nicht nur einen bestimmten Zweck verfolgt, sondern der Leistungsempfänger darüber hinaus mit der Leistung einen bestimmten Zweck erfüllen muß, d.h. die Leistung zu einem bestimmten Zweck verwenden muß. Die Behörde hatte U die Förderungsmittel in Form eines Geldbetrages zum Erhalt der in seinem Unternehmen gefährdeten 50 Arbeitsplätze gewährt. Die erhaltene Leistung sollte demnach, wie es das Notprogramm des Landes vorsah, eine Entlassung der Arbeitnehmer verhindern. Aus diesem Grund wurden die Mittel an U ausgezahlt. Der Verwaltungsakt beinhaltete daher eine zweckgebundene Geldleistungsgewährung.

b Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes

Für die unmittelbare Anwendung des § 49 VwVfG NW müßte der Verwaltungsakt rechtmäßig gewesen sein. Zwar wurde bereits erörtert, daß die Erteilung der vorläufigen Bewilligung rechtmäßig gewesen ist, dies sagt jedoch nichts darüber aus, ob dies auch für den nunmehr endgültig erstarkten Verwaltungsakt gilt, da dieser beim Erstarken die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Regelung nicht zwangsläufig mit sich zieht. Die Feststellung, ob der endgültige Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig ist, kann jedoch dahingestellt bleiben, wenn in analoger Anwendung des § 49 VwVfG NW auch der Widerruf eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes möglich wäre.

aa Rechtsprechung und herrschende Literatur

Die Rechtsprechung und überwiegende Ansicht der Literatur spricht sich für eine Analogie aus. Liege ein Widerrufsgrund vor, so könne der Verwaltungsakt auch widerrufen werden, wenn er rechtswidrig sei. Denn wenn nicht einmal die Rechtmäßigkeit dem Widerruf mit seinen strengen Voraussetzungen entgegenstehen könne, so müsse dies erst recht für einen rechtswidrigen Verwaltungsakt gelten. Das gelte für Abs. 3 wie für die gesamten übrigen Regelungen des § 49 VwVfG NW. Die Feststellung der Rechtmäßigkeit wäre demnach entbehrlich.

bb Gegenansicht

Die Bejahung einer Analogie stößt jedoch im Hinblick auf die differenzierte Ausgestaltung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Widerruf und Rücknahme teilweise auf Widerstand. So spreche einerseits der Wortlaut für eine Trennung. Andererseits bestünde angesichts der Tatsache, daß im Rahmen des § 48 VwVfG NW bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit des Vertrauens die Gegebenheiten berücksichtigt werden könnten, die die Widerrufbarkeit eines Verwaltungsakt begründen, kein Bedürfnis für die Anwendung des § 49 VwVfG NW auch auf rechtswidrige Verwaltungsakte. Demzufolge wäre die Feststellung der Rechtmäßigkeit für die Anwendbarkeit des § 49 VwVfG NW zunächst zwingend erforderlich.

cc Stellungnahme

Ob eine analoge Anwendung des § 49 VwVfG NW auch auf rechtswidrige Verwaltungsakte möglich sein soll, bedarf dann keiner abschließenden Entscheidung, wenn jedenfalls keiner der in § 49 VwVfG NW geregelten Widerrufsgründe vorliegt und ein Widerruf deshalb schon an dieser Voraussetzung scheitern würde.

c Widerrufsgrund aus § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 1. Alt VwVfG NW

Für das Vorliegen eines Widerrufsgrundes aus § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 1. Alt. VwVfG NW müßte U die empfangene Leistung nicht dem Zweck entsprechend verwendet haben. Die Behörde hatte die Mittel zur Erhaltung der gefährdeten Arbeitsplätze im Betrieb zur Verfügung gestellt. Zu diesem Zweck hat U sie auch verwendet, so daß sich aus einer zweckwidrigen Verwendung kein Widerrufsgrund aus § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 1. Alt. VwVfG NW ergibt.

d Widerrufsgrund aus § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG NW

Da der Bewilligungsbescheid nicht mit einer Auflage im Sinne des § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG NW verbunden war, scheidet auch ein Widerrufsgrund aufgrund Nichterfüllung einer Auflage aus.

2 Widerruf gemäß § 49 Abs. 2 VwVfG NW

Möglicherweise liegt jedoch ein in § 49 Abs. 2 VwVfG NW normierter Widerrufsgrund vor.

a Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob die Norm des § 49 Abs. 2 VwVfG NW auf verwendungsgebundene Leistungen überhaupt anwendbar ist. Dies wäre dann nicht möglich, wenn sich Abs. 2 und Abs. 3 gegenseitig ausschließen würden. Das Verhältnis des § 49 Abs. 2 VwVfG NW zu Abs. 3 entspricht jedoch nicht dem Verhältnis zwischen § 48 Abs. 2 und Abs. 3 VwVfG NW. Beide Absätze bestehen nebeneinander. § 49 Abs. 3 VwVfG NW schließt - anders als § 48 Abs. 2 gegenüber Abs. 3 VwVfG NW - von seinem Tatbestand her die Anwendung des § 49 Abs. 2 VwVfG NW nicht aus. Das bedeutet, daß bei einem Verwaltungsakt, der eine verwendungsgebundene Leistung gewährt und daher grundsätzlich von § 49 Abs. 3 VwVfG NW erfaßt wird, auch geprüft werden kann, ob eine der Widerrufsmöglichkeiten des § 49 Abs. 2 VwVfG NW gegeben ist. Demnach scheidet eine Prüfung des § 49 Abs. 2 VwVfG NW aufgrund eines etwaigem Ausschlußverhältnisses zu Abs. 3 nicht von vornherein aus.

b Rechtsfolgen

Möglicherweise ist die Prüfung des Vorliegens eines Widerrufsgrundes gemäß § 49 Abs. 2 VwVfG NW nicht erforderlich, da die daraus resultierende Rechtsfolge ohnehin nicht den, für einen Erstattungsanspruch aus § 49 a S. 1 VwVfG NW benötigten Voraussetzungen entspricht. Dieser verlangt nämlich nicht lediglich einen Widerruf als solchen, sondern einen Widerruf, der Rechtswirkung auch für die Vergangenheit entfaltet. Selbst wenn ein Widerrufsgrund aus § 49 Abs. 2 VwVfG NW vorliegen würde, könnte der Verwaltungsakt aber nur mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden.

Möglicherweise wäre dies jedoch unerheblich, wenn entgegen des Wortlautes des § 49 a S. 1 VwVfG NW auch eine Aufhebung mit Wirkung für die Zukunft einen Erstattungsanspruch der Behörde auslösen könnte.

aa 1. Ansicht

Eine Ansicht geht auch nach der Novellierung des § 49 VwVfG NW weiterhin mit Verweis auf das Bundesverwaltungsgericht davon aus, daß auch dann ein Erstattungsanspruch anzunehmen sei, wenn eine Aufhebung lediglich ex nunc-Wirkung habe.

bb 2. Ansicht

Die Gegenmeinung lehnt dies ab, da dem bereits der Wortlaut des § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW entgegenstehe. Dieser deute darauf hin, daß die Norm hinsichtlich des Erfordernisses der rückwirkenden Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes abschließenden Charakter habe. Die Aufzählung enthielte keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, daß nur Beispiele genannt werden sollten. Sollte die ausdrückliche Nennung des Widerrufs mit Wirkung für die Vergangenheit einen Sinn haben, so könne der nur darin bestehen, eine Abgrenzung zum Widerruf mit Wirkung für die Zukunft zu erreichen. Für den abschließenden Charakter des § 49 a Abs. 1 VwVfG NW spreche auch, daß der für die Rücknahme als abschließend angesehene § 48 Abs. 2 S. 5 - 8 VwVfG NW gerade im Hinblick auf die Gesamtregelung des § 49 a Abs. 1 VwVfG NW aufgehoben worden sei.

cc Stellungnahme

Der ersten Ansicht steht der klare Wortlaut des § 49 a VwVfG NW entgegen. Ihre Vertreter halten jedoch trotz der Novellierung der §§ 48, 49, 49 a VwVfG NW weiterhin an ihrer ursprünglichen Meinung insoweit fest, daß auch ein nicht vergangenheitswirksamer Widerruf einen Erstattungsanspruch auslösen könne. Mit Einführung des § 49 a Abs. 1 VwVfG NW hat der Gesetzgeber aber klargestellt, daß nur ein vergangenheitswirksamer Widerruf einen Erstattungsanspruch auslösen solle. Wollte man dem widersprechen, so müßte man die Formulierung „mit Wirkung für die Vergangenheit“ schlicht für überflüssig halten, da es schließlich nur zwei Möglichkeiten eines Widerrufs gibt, entweder den Widerruf mit ex nunc-Wirkung oder mit ex tunc-Wirkung. Die erste Ansicht ist daher abzulehnen.

c Ergebnis

Die Anwendbarkeit des § 49 Abs. 2 VwVfG NW wird durch den Abs. 3 zwar nicht ausgeschlossen, dennoch kann ein Widerruf gemäß § 49 Abs. 2 VwVfG NW aufgrund seiner ex nunc-Wirkung keinen Erstattungsanspruch aus § 49 a S. 1 VwVfG NW auslösen.

3 Ergebnis

Es kann daher dahingestellt bleiben, ob ein Widerrufsgrund des § 49 Abs. 2 vorliegt bzw. ob eine analoge Anwendung des § 49 VwVfG NW auch für rechtswidrige Verwaltungsakte möglich sein soll, da ein Widerruf der Bewilligung entweder nicht möglich ist oder nicht die Anforderungen des § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW, nämlich das Vorliegen eines Widerrufs mit Wirkung für die Vergangenheit, erfüllt.

VII Rücknahme der Bewilligung gemäß § 48 Abs. 1 VwVfG NW

Der konkludente Rückzahlungsbescheid könnte jedoch als Rücknahmebescheid für den zum endgültigen Verwaltungsakt erstarkten vorläufigen Verwaltungsakt gemäß § 133 BGB analog auszulegen sein. Kommt eine Aufhebung durch einen Widerruf nicht in Betracht, so muß in dem konkludenten Rückzahlungsbescheid nach dem Willen der Behörde aber ein Rücknahmebescheid gesehen werden, da dies noch die einzige Möglichkeit für die Behörde ist, die Rechtswirkungen des vorläufigen Verwaltungsaktes zu vernichten. Der mit der Rückzahlungsaufforderung konkludent erlassene Rückzahlungsbescheid ist daher als Rücknahmebescheid auszulegen.

Eine Rücknahme der Bewilligung kommt somit nach § 48 Abs. 1 VwVfG NW in Betracht. Von der formellen Rechtmäßigkeit des Rücknahmeverwaltungsaktes ist auszugehen. Materiell-rechtlich müßte es sich bei der Bewilligung um einen rechtswidrigen Verwaltungsakt handeln.

1 Rechtswidrigkeit des endgültigen Verwaltungsaktes

Auch die zum endgültigen Verwaltungsakt erstarkte Bewilligung darf nicht gegen den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung verstoßen. Bereits dargestellt wurde, daß die vorläufige Bewilligung weder gegen den Vorrang noch gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt. Die Folge, daß sich daraus nicht die Rechtswidrigkeit der vorläufigen Bewilligung ergibt, gilt auch hinsichtlich des nunmehr endgültigen Verwaltungsaktes. Da insofern für beide Verwaltungsakte der gleiche Maßstab gilt, handelt es sich bei beiden um eine Bewilligung im Bereich des Subventionsrechts.

Jedoch muß in materieller Hinsicht beachtet werden, daß für die weitere Rechtmäßigkeitsprüfung ein anderer Maßstab anzuwenden ist als bei Erlass des vorläufigen Verwaltungsaktes. So kann nicht davon ausgegangen werden, daß der endgültige Verwaltungsakt automatisch die Rechtmäßigkeit des vorläufigen Verwaltungsaktes mit sich zieht, da die Rechtmäßigkeitsprüfung unter dem Gesichtspunkt der Vorläufigkeit erfolgte. So schützte die Vorläufigkeit den ursprünglichen Verwaltungsakt vor seiner Rechtswidrigkeit. Da aber nunmehr ein endgültiger Verwaltungsakt vorliegt, muß dieser insbesondere mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang stehen. Dies könnte im Hinblick auf die Verwaltungsvorschriften aber fraglich sein.

a Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften

Die Rechtswidrigkeit der Bewilligung könnte sich demnach aus einem Verstoß gegen die Verwaltungsvorschriften ergeben. Eine Verletzung folgt daraus, daß die zum endgültigen Verwaltungsakt erstarkte Bewilligung im Widerspruch zu den Verwaltungsvorschriften steht. So war die Zuwendungsbehörde nicht befugt, Förderungsmittel an Unternehmer zu verteilen, denen auch ein Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit zustehen würde.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Verstoß gegen die Verwaltungsvorschriften überhaupt zur Rechtswidrigkeit der Bewilligung im Sinne des § 48 VwVfG NW führen kann.

Die Annahme der Rechtswidrigkeit im Sinne des § 48 VwVfG NW setzt die Außenrechtswidrigkeit voraus. Diese ist nur dann gegeben, wenn eine Maßnahme der Verwaltung im Widerspruch zu einer Rechtsnorm steht, welche für die handelnde Behörde unmittelbar ein nach außen wirkendes Gebot oder Verbot enthält.

aa Mittelbare Außenrechtswirkung

Eine unmittelbare Außenrechtswirkung wird größtenteils abgelehnt. Verwaltungsvorschriften würden ihre Rechtswirkungen nur im staatlichen Innenbereich entfalten. Sie wendeten sich an die nachgeordneten Behörden und Bediensteten.

Verwaltungsvorschriften könnten aber über die Verwaltungspraxis und den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG mittelbare Außenrechtswirkung erlangen. Die Verwaltungsvorschriften würden durch ständige Anwendung eine gleichmäßige Verwaltungspraxis begründen, durch die sich die Behörde selbst binde. Die Verwaltung verstoße daher gegen den Gleichheitssatz, wenn sie in einzelnen Fällen ohne rechtlich sachlichen Grund von ihrer ständigen Verwaltungspraxis abweiche. Der Bürger könne eine solche Abweichung aufgrund eines Verstoßes gegen den außenrechtswirksamen Art. 3 Abs. 1 GG rügen, so daß die Verwaltungsvorschriften zumindest unmittelbar rechtliche Außenwirkung erlangen würden.

bb Unmittelbare Außenrechtswirksamkeit

Eine andere Ansicht geht hingegen von der unmittelbaren Außenwirkung der Verwaltungsvorschriften aus. Eine Außenwirkung sei aber nur solchen administrativen Organisationsvorschriften eigen, die nach Inhalt und Funktion eine Ergänzung der allgemeinen, d.h. gesetzlich konstituierten Rechtsordnung bezweckten. Einer Vermittlung über den Gleichheitsgrundsatz bedürfe es nicht. Die Exekutive habe in ihrem Funktionsbereich eine originäre Rechtssetzungskompetenz. Die in diesem Rahmen erlassenen Verwaltungsvorschriften stellten originäres Administrativrecht mit Außenwirkung dar.

cc Stellungnahme

Der Wille der Verwaltung bei Erlass der Verwaltungsvorschriften war, daß bei der Vergabe von Subventionen im Rahmen des Notprogrammes einheitliche Förderungsbedingungen bestehen sollten. Sie sollten gewährleisten, daß in diesem Aufgabenbereich die gleichen Maßstäbe für alle Bewerber gelten.

Die Verwaltungsvorschriften bezwecken demnach eine interne Bindung der Behörde und nicht etwa, wie z.B. durch Erlaß einer Rechtsverordnung, die Schaffung eines außenwirksamen Rechtssatzes. Hätte die Verwaltung eine Außenwirkung gewollt, so hätte sie auch bei entsprechender Befugnis eine 'Förderungsverordnung' erlassen können. In einem solchen Falle wäre dem Bürger von vornherein deutlich gewesen, daß es sich um einen Rechtssatz handelt, der unmittelbare Wirkung zwischen Staat und Bürger entfaltet. Diese Voraussetzung erfüllen Verwaltungsvorschriften nicht. So entstehen sie nicht wie 'normale' formelle oder materielle Gesetze im Wege eines festgeschriebenen Verfahrens, sondern können durch schlichtes Tätigwerden einer weisungsbefugten Stelle entstehen. Auch eine Veröffentlichung findet regelmäßig nicht statt. Die Annahme einer nur mittelbaren Außenwirkung ist daher vorzuziehen.

b Verstoß gegen Gleichheitssatz

Ist die unmittelbare Außenwirkung der Verwaltungsvorschriften somit abzulehnen, so könnte die endgültige Bewilligung wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG außenrechtswidrig sein. Bei Art. 3 Abs. 1 GG handelt es sich um einen Außenrechtssatz im Sinne des § 48 VwVfG NW.

Die Verwaltungsvorschriften und die entsprechende Vergabepaxis könnten die Bedingungen der Förderungsvergabe rechtlich festlegen.

Über Art. 3 Abs. 1 GG tritt eine Selbstbindung der Verwaltung mit der Folge ein, daß ohne besondere Gründe des Einzelfalles von den Verwaltungsvorschriften und der entsprechenden Verwaltungspraxis nicht abgewichen werden darf. Die Bewilligung der Subvention entgegen der ständig praktizierten Verwaltungspraxis wäre demnach wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz außenrechtswidrig.

Problematisch ist jedoch im vorliegenden Fall, daß die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes grundsätzlich mindestens einen Vergleichsfall voraussetzt, um das Vorliegen einer Verwaltungspraxis annehmen zu können. Es ist aber nicht ersichtlich, wie die Behörde in einem anderen Fall entschieden hat.

Eine mittelbare Außenwirkung soll aber auch dann schon möglich sein, wenn sich noch keine Verwaltungspraxis entwickelt hat, d.h. auch bereits für den ersten zu entscheidenden Fall. Die Verwaltungsvorschrift selbst stellt dann schon eine antizipierte, also vorweggenommene Verwaltungspraxis dar und führt deshalb unmittelbar die Selbstbindung herbei. Als Nachweis einer Verwaltungspraxis genügt, daß eine entsprechende Verwaltungsvorschrift existiert; diese ist Indiz für eine entsprechende Verwaltungspraxis. Demzufolge könnte selbst dann die Außenrechtswidrigkeit der endgültigen Förderungsbewilligung aufgrund eines Verstoßes gegen

Art. 3 Abs. 1 GG vorliegen, wenn es sich bei der Subventionierung des U um den ersten Fall handeln würde, der nach den Verwaltungsvorschriften entschieden worden ist.

Die Förderung des U aufgrund der endgültigen Förderungsbewilligung verstößt aufgrund der subsidiären Förderungsbefugnis des Landes gegen die Verwaltungsvorschriften. Bei Kenntnis der Subsidiarität hätte eine Förderung des U gemäß der Verwaltungsvorschriften nicht erfolgen dürfen. Stellt die Verwaltungsvorschrift somit bereits selbst die zu erwartende Verwaltungspraxis dar, so findet eine Selbstbindung der Verwaltung in der Form statt, daß bei Nichtvorliegen der Förderungsvoraussetzungen keine Bewilligung hätte ergehen dürfen. Die endgültige Bewilligung steht daher nicht mit der vorweggenommenen Selbstbindung im Einklang und stellt einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG dar. Damit verstößt die zum endgültigen Verwaltungsakt erstarrte Bewilligung gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Aufgrund der Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG ist die endgültige Bewilligung somit außenrechtswidrig im Sinne des § 48 VwVfG NW.

2 Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit

Problematisch könnte im vorliegenden Fall die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit der Bewilligung sein. Die vorläufige Bewilligung war zunächst bei ihrem Erlass rechtmäßig. Im Moment des Erstarkens zu einem endgültigen Verwaltungsakt und des Wegfalls der Vorläufigkeit lag jedoch eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG vor. Diese begründet die Rechtswidrigkeit der Bewilligung.

Fraglich ist daher, in welchem Zeitpunkt die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes vorliegen muß und welche Konsequenzen dies für die Anwendbarkeit des § 48 VwVfG NW hat. Würde man den Erlasszeitpunkt als Maßstab nehmen, so stellt sich hier die Frage, ob in dem Zeitpunkt des Erstarkens der Bewilligung der Erlass eines nunmehr endgültigen Verwaltungsaktes zu sehen ist oder aber ob dieser sich lediglich in einen endgültigen Verwaltungsakt umgewandelt hat.

a 1. Ansicht

Eine Ansicht verlangt die strikte Einhaltung der Voraussetzung, daß die Rechtswidrigkeit bereits im Erlasszeitpunkt vorgelegen haben muß. Nur im Falle einer mit Rückwirkung ausgestatteten Rechtsänderung könne von diesem Grundsatz abgewichen werden. Demnach müßte für die Anwendbarkeit des § 48 VwVfG NW in dem Erstarken der vorläufigen Bewilligung der Erlass des endgültigen Verwaltungsaktes gesehen werden.

b 2. Ansicht

Eine andere Auffassung widerspricht der These, es könne bei der Rechtswidrigkeit im Sinne des § 48 VwVfG NW nur auf den Zeitpunkt des Erlasses ankommen. Auch nachträglich rechtswidrig gewordene Verwaltungsakte könnten nach § 48 VwVfG NW zurückgenommen werden. Die Argumentation der Gegenmeinung sei in sich nicht konsequent, da sie überwiegend einen Widerruf rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte nach § 49 VwVfG NW für zulässig erachtet. Jedoch würde die Vorschrift des § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG NW mit ihrer ausbalancierten, zwischen dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem des Vertrauensschutzes vermittelnden Lösung weit eher auf nachträglich rechtswidrig gewordene Verwaltungsakte passen. Demnach wäre der Zeitpunkt, in dem die Rechtswidrigkeit eingetreten ist, unerheblich.

c Stellungnahme

Geht man zunächst vom Wortlaut aus, so ergibt sich daraus kein Hinweis, daß die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes zwingend schon im Zeitpunkt des Erlasses vorliegen muß. Dies wird durch einen Vergleich mit der Norm des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO NW noch bestärkt. So gilt hier, daß ein Verwaltungsakt auch dann rechtswidrig ist, wenn er erst nachträglich rechtswidrig geworden ist. Bei einer Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO NW ist für die Rechtswidrigkeit der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung maßgeblich. Bei Änderung der Sach- oder Rechtslage muß das Gericht auch den erst nachträglich rechtswidrig gewordenen Verwaltungsakt aufheben. Bereits aus Praktikabilitätsgründen müßte diese Befugnis auch den Verwaltungsbehörden zustehen, denn warum soll die Behörde nicht die Maßnahmen treffen können, die später ohnehin vom Gericht ergriffen würden? Gegen eine ausschließliche Anwendung des § 49 VwVfG NW im Fall rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte spricht zudem, daß diese Vorschrift nicht den Fall umfaßt, daß die Behörde den Verwaltungsakt auf Grund nachträglicher Änderungen überhaupt nicht mehr hätte erlassen dürfen. Bei der Frage nach dem Zeitpunkt der Rechtswidrigkeit kann demnach nicht strikt auf den Moment des Erlasses abgestellt werden. Auch die nachträgliche Rechtswidrigkeit reicht für die Anwendbarkeit des § 48 VwVfG NW aus. Ein striktes Abstellen auf den Erlaßzeitpunkt ist daher abzulehnen.

Ob in dem Erstarken der vorläufigen Bewilligung der Erlaß eines neuen, nunmehr endgültigen Verwaltungsaktes zu sehen ist, kann dahingestellt bleiben, da auch dann die Rechtswidrigkeit im Sinne des § 48 VwVfG NW vorliegt, wenn sich die zunächst vorläufige rechtmäßige Bewilligung zum endgültigen rechtswidrigen Verwaltungsakt lediglich umgewandelt hat.

3 Einschränkung des Rücknahmerechts

Das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung spricht grundsätzlich dafür, daß rechtswidrige Verwaltungsakte zurückzunehmen sind. Jedoch erfährt das in § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NW

eingeräumte Ermessen bei begünstigen Verwaltungsakten durch Abs. 2 und Abs. 4 eine Beschränkung.

Bei der zum endgültigen Verwaltungsakt erstarkten Bewilligung handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt im Sinne des § 48 Abs. 2 S. 1. Alt. VwVfG NW, da die Bewilligung für U das Recht begründet, die empfangenen Leistungen behalten zu dürfen.

Somit ist fraglich, ob die rechtswidrige endgültige Bewilligung auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des § 48 Abs. 2 VwVfG NW und der Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW zurückgenommen werden konnte.

a Vertrauensschutz des § 48 Abs. 2 VwVfG NW

Die Rücknahme eines Leistungsbescheides ist gemäß § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG NW dann nicht möglich, wenn der Bürger auf den Bestand des begünstigenden Verwaltungsaktes vertraut hat und dieses Vertrauen schutzwürdig ist. Dieser Schutz in Gestalt eines Rücknahmeverbotes setzt demnach kumulativ ein Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes und dessen Schutzwürdigkeit voraus.

aa Tatsächliches Vertrauen des U

Für das Vorliegen des Vertrauens ist erforderlich und ausreichend, daß der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes tatsächlich vertraut hat. Darauf, ob der Begünstigte vertrauen durfte, kommt es nicht an. U hatte die Gelder in Empfang genommen und für die dafür vorgesehenen Zwecke verwendet. Er vertraute darauf, die erhaltenen Mittel behalten zu dürfen. Ob er aufgrund seines Wissens von der Vorläufigkeit der Bewilligung darauf vertrauen durfte, ist unerheblich.

bb Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Fraglich ist aber, ob das Vertrauen des U auf den Bestand des Bewilligungsbescheides schutzwürdig ist. Die Frage der Schutzwürdigkeit des Vertrauens ist aufgrund einer Abwägung des privaten Interesses und den Gründen, die für eine Aufrechterhaltung des Verwaltungsakt sprechen mit dem öffentlichen Interesse an seiner Rücknahme zu beantworten. Dabei ist zugunsten des öffentlichen Interesses zu entscheiden, wenn einer der in S. 3 aufgeführten Tatbestände den Vertrauensschutz ausschließt.

Da U den Erlaß der Bewilligung weder durch Arglist, Drohung oder Bestechung noch aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben erwirkt hat, liegen die Negativbeispiele des § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 und 2 VwVfG NW nicht vor.

Fraglich ist, ob U die Rechtswidrigkeit der Bewilligung infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte und somit gemäß § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 2. Alt VwVfG NW eine Berufung des U auf Vertrauensschutz nicht möglich wäre. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt. Das Erkennen der Rechtswidrigkeit im Rahmen einer 'Parallelwertung in der Laiensphäre' muß sich hier also geradezu aufdrängen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten des Begünstigten. U ist Unternehmer. Es ist somit durchaus davon auszugehen, daß er zumindest grundlegende rechtliche Kenntnisse im Bereich des Wirtschaftsrechts hat. Hieraus läßt sich jedoch nicht ableiten, daß U zwingend auch die Rechtswidrigkeit der Bewilligung hätte erkennen müssen. Zwar wußte er, daß auch ein Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit möglich gewesen wäre. Es war für ihn aber nicht ohne weiteres erkennbar, daß dieser Umstand wegen eines Verstoßes gegen die Verwaltungsvorschriften zur Rechtswidrigkeit der endgültigen Subventionsbewilligung führt. Dazu benötigte es einer genaueren Prüfung, so daß nicht davon gesprochen werden kann, daß sich die Rechtswidrigkeit geradezu aufgedrängt hätte.

U hat daher nicht grob fahrlässig die Rechtswidrigkeit der Bewilligung verkannt. Ein Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Rücknahme ergibt sich somit nicht aus dem Vorliegen eines der Negativbeispiele des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG NW.

Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des U ergibt sich vielmehr gemäß § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG NW bereits aus dem Verbrauch der gewährten Leistungen. Grundsätzlich sieht das Gesetz in solchen Fällen vor, daß eine Rücknahme nicht mehr möglich sein soll. Dies gilt aber nur solange, wie die Abwägung des öffentlichen Interesses mit dem an sich schutzwürdigen Vertrauen zu keinem anderen Ergebnis führt.

cc Abwägung der entgegenstehenden Interessen

Es somit abzuwägen, ob das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung eines rechtskonformen Zustandes dem im Grunde schutzwürdigen Vertrauen des U überwiegt. Dabei sind insbesondere die Auswirkungen der Rücknahme für den Begünstigten und die Folgen der Nichtrücknahme für die Allgemeinheit und Dritte zu berücksichtigen. So ist auch das finanzielle Interesse an der Vermeidung nicht gerechtfertigter Verwaltungsleistungen als öffentliches Interesse zu werten. Eine Nichtrücknahme hätte zur Folge, daß die Fördermittel, die U durch das Land erhalten hat, anderen Bewerbern nicht mehr zur Verfügung stünden. Die Gelder würden bei U verbleiben, obwohl die Förderung durch das Land wegen der Möglichkeit Bundesförderungen in Anspruch zu nehmen, nicht hätte erfolgen sollen.

U erfüllte auch die Anforderungen für einen Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit. Durch die Inanspruchnahme der Mittel, die im Rahmen des Notprogrammes des Landes zur Verfügung gestellt wurden, minderten sich die Gelder in Höhe der unrechtmäßigen Förderung des U. Dies würde insbesondere die Unternehmer benachteiligen, die zwar die Voraussetzungen für eine Landesförderung erfüllten, nicht aber die Anforderungen für eine Unterstützung durch die Bundesanstalt für Arbeit. Ihre Anträge müßte die Behörde entweder ablehnen oder die Förderungssumme verringern. Dritte hätten somit zumindest mittelbar unter einer Nichtrücknahme zu leiden.

Demgegenüber stehen die Auswirkungen, die U bei einer Rücknahme erdulden müßte. Dieser hätte den erhaltenen Betrag an die Zuwendungsbehörde zurückzuzahlen. Zwar ist sein Unternehmen zwischenzeitlich wieder wirtschaftlich gesichert. Ob eine Rückzahlung für U aber ohne weiteres möglich wäre, ist fraglich. Jedoch ist zu beachten, daß selbst wenn die Rückzahlung den U erneut in eine finanzielle Notlage bringen würde, immer noch eine Förderung durch die Bundesanstalt für Arbeit in Frage käme, so daß eine Rückzahlung, wenn überhaupt, keine dauerhafte Belastung des U zur Folge hätte.

dd Ergebnis

Das Interesse des U an der Aufrechterhaltung der Bewilligung ist nach der Abwägung geringer einzustufen als das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtskonformen Zustandes. So liegt zwar das grundsätzliche schützenswürdige Vertrauen des U auf den Bestand der Bewilligung vor, dieses hat jedoch im Interesse der Allgemeinheit zurückzutreten. Der Behörde ist somit die Rücknahme der Bewilligung nicht durch den entgegenstehenden Vertrauensschutz verwehrt.

b Ausschlußfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW

Fraglich ist jedoch, ob das Rücknahmerecht der Behörde dadurch eingeschränkt wird, daß aufgrund der Mißachtung der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW eine Rücknahme des erstarkten Verwaltungsaktes nicht mehr möglich ist. Dann müßte die Frist im vorliegenden Fall zunächst anwendbar sein.

aa Anwendbarkeit

Der § 48 Abs. 4 VwVfG NW kommt jedenfalls immer dann zur Anwendung, wenn der Behörde nach Erlaß des Verwaltungsaktes Tatsachen im Sinne von Sachverhaltsfehlern bekannt werden, die die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes indizieren.

Umstritten ist, ob die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW auch bei Bekanntwerden von Rechtsanwendungsfehlern anwendbar ist. Diese liegen dann vor, wenn eine Behörde nachträglich erkennt, daß sie den bei Erlaß eines begünstigen Verwaltungsaktes vollständig bekannten Sachverhalt unzureichend berücksichtigt und deshalb unrichtig entschieden hat.

Im konkreten Fall sind diese Umstände, die die Behörde erfährt, das Ergebnis der näheren Prüfung des Vorliegens der Förderungsbedingungen. Fraglich ist aber, ob es sich dabei um das Bekanntwerden eines Sachverhaltsfehlers handelt oder aber um einen Rechtsanwendungsfehler. Mit dem Prüfungsergebnis wird bekannt, daß die Förderungsbedingungen für U nicht vorlagen. Danach steht nun fest, daß eine endgültige Bewilligung der Förderung rechtswidrig ist, da ein Verstoß gegen die Verwaltungsvorschriften gegeben ist. Diese Beurteilung war zuvor nicht möglich gewesen, da der Sachverhalt hinsichtlich des Vorliegens der Förderungsbedingungen noch nicht vollständig aufgeklärt war. Das Nichtvorliegen der Förderungsbedingungen war der Behörde im Erlaßzeitpunkt der Bewilligung mithin nicht bekannt. War der Sachverhalt demnach noch nicht vollständig aufgeklärt, fällt die Möglichkeit des Bekanntwerdens eines Rechtsanwendungsfehlers fort. Der Behörde wurde folglich mit Vorliegen des Prüfungsergebnisses ein Sachverhaltsfehler bekannt, auf den die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW unstreitig anwendbar ist.

bb Fristbeginn

Steht somit fest, daß die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW im vorliegenden Fall das Rücknahmerecht der Behörde einschränken kann, ist im weiteren jedoch fraglich, wann diese Frist beginnen soll. Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet.

aaa Fristbeginn ab Tatsachenkenntnis

Nach einer Ansicht kommt es darauf an, daß der Behörde die maßgeblichen Tatsachen bekannt sind. Die Frist beginne schon zu laufen, bevor sich die Behörde über die rechtliche Bedeutung der Tatsachen bewußt geworden ist.

Demnach würde die Rücknahmefrist bereits mit Kenntnis der Behörde von einer Förderungsmöglichkeit der Bundesanstalt für Arbeit zu laufen beginnen. Der Umstand, daß sich die Behörde in diesem Zeitpunkt noch nicht bewußt war, daß dies zur Rechtswidrigkeit der Bewilligung führen werde, ist nach dieser Ansicht unerheblich. Da der Rücknahmebescheid erst 15 Monate nach der Kenntnisnahme erging, wäre die Jahresfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW überschritten. Eine Rücknahme wäre nicht mehr möglich.

bbb Entscheidungsfrist

Nach einer anderen Auffassung beginne die Frist erst dann zu laufen, wenn die Behörde alle für die Rücknahmeentscheidung maßgeblichen Tatsachen kennt, wenn sie also die für eine Gewährung von Vertrauensschutz und die Ermessensabwägung relevanten Tatsachen ermittelt hat. Demzufolge käme man zu einer Entscheidungsfrist.

Folglich könnte die Frist frühestens mit Kenntnis der Behörde über das Prüfungsergebnis zu laufen beginnen. Dies allerdings nur, wenn auch schon alle anderen für eine Rücknahme relevanten Tatsachen bekannt wären. Zu der Frage, zu welchem Zeitpunkt genau der Behörde das Prüfungsergebnis vorlag, daß die Förderungsbedingungen im Fall des U nicht vorlagen, enthält der Sachverhalt keine näheren Angaben. Es ist jedoch davon auszugehen, daß die Behörde unmittelbar, zumindest aber innerhalb eines Jahres nach der vollständigen Sachverhaltsermittlung den Rücknahmebescheid erlassen hat, da mit Bekanntwerden des Prüfungsergebnisses ohne weiteres erkennbar war, daß die Subventionierung des U aufgrund eines Verstoßes gegen die Förderungsbedingungen rechtswidrig war. Da zwischen der vollständigen Sachverhaltserfassung und dem Rücknahmebescheid nicht länger als ein Jahr vergangen ist, wäre die Rücknahme nach dieser Ansicht nicht verspätet.

ccc Bearbeitungsfrist

Die vermittelnde Ansicht stellt auf die Kenntnis von der Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes ab, so daß der § 48 Abs. 4 VwVfG NW eine Bearbeitungsfrist beinhalten würde. Auch nach dieser Ansicht

wäre die Rücknahme noch nicht verfristet, da davon auszugehen ist, daß die Behörde nach Kenntnis des Prüfungsergebnisses nicht länger als ein Jahr bis zum Erlaß des negativen Bewilligungsbescheides gezögert hat.

ddd Stellungnahme

Da die erste Ansicht im vorliegenden Fall im Gegensatz zu den anderen Auffassungen zu einer Verfristung des Rücknahmebescheides gelangt, ist der Streit zu entscheiden.

Stellt man für den Fristbeginn ohne weitere Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles generell nur auf die Kenntnis der Behörde über die maßgeblichen Tatsachen ab, so führt dies zu einer erheblichen Einschränkung des Rücknahmerechts der Verwaltung. Sinn der Jahresfrist soll es sein, die Behörde zu zügigem Handeln zu veranlassen und dem Bürger einen Zeitpunkt zu geben, in dem er endgültig mit dem Bestand des Verwaltungsaktes rechnen kann. Es ist aber nicht überzeugend, eine Frist, die die Rücknahme aufgrund Rechtswidrigkeit regelt schon dann beginnen zu lassen, wenn eben die Rechtswidrigkeit noch gar nicht bekannt ist. Zwar ist fraglich,

ob die Frist im Hinblick auf die Rechtssicherheit des Bürgers als eine Entscheidungsfrist zu sehen ist und so die Position der Behörde erheblich gestärkt wird oder eher der vermittelnden Auffassung zu folgen ist, die in § 48 Abs. 4 VwVfG NW eine Bearbeitungsfrist sieht, jedenfalls engt die erstgenannte Ansicht die Rücknahmemöglichkeiten der Behörde in zu hohem Maße ein und stellt keine gerechte Verteilung des Risikos einer Verfristung zwischen Verwaltung und Bürger dar. Sie ist daher abzulehnen.

cc Ergebnis

Nach den anderen Ansichten erfolgte die Rücknahme innerhalb der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW. Ein Rücknahmeverbot für die Behörde aufgrund Verfristung liegt mithin nicht vor.

c Ergebnis

Das Vertrauen des U auf Bestand der Förderungsbewilligung ist nicht schützenswürdig. Die Rücknahme erfolgte innerhalb der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW.

4 Ermessen

Grundsätzlich handelt es sich bei der Rücknahme von rechtswidrigen Verwaltungsakten gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG NW um eine Ermessensentscheidung. Möglicherweise hat die Behörde ihr Ermessen nicht pflichtgemäß gemäß § 40 VwVfG NW ausgeübt.

Einerseits ist das Ermessen auf Null reduziert, wenn der Vertrauensschutz oder die Jahresfrist einer Rücknahme entgegenstehen. Die Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte darf dann nicht erfolgen. Ein solcher Fall liegt hier, wie gezeigt, nicht vor.

Andererseits kann die Behörde aber auch selbst bei fehlendem schutzwürdigen Vertrauen von der Rücknahme absehen, wenngleich der nun vordringende Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dafür wenig Raum läßt. Höchstens in unbedeutenden Fällen kann dies jedoch möglich sein.

Bei der endgültigen Bewilligung der Förderung des U handelt es sich aber nicht um einen unbedeutenden Fall. Somit besteht kein Rücknahmeermessen der Behörde, da insbesondere das Interesse der Öffentlichkeit auch im Hinblick auf eine Benachteiligung anderer Bewerber eine Rücknahme der rechtswidrigen Bewilligung verlangt. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung fordert daher, daß die Behörde im vorliegenden Fall die Bewilligung mit Wirkung für die Vergangenheit zurücknehmen muß, um den rechtskonformen Zustand wiederherzustellen. Das Ermessen der Behörde ist demnach auf Null reduziert, d.h. die Rücknahme der Bewilligung mußte erfolgen und war deshalb nicht ermessensfehlerhaft.

5 Ergebnis

Die durch Verwirkung zum endgültigen Verwaltungsakt erstarkte Bewilligung ist rechtswidrig. Einer Rücknahme stehen weder Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes noch die Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 VwVfG NW entgegen. Das Ermessen der Behörde war im vorliegenden Fall auf Null reduziert, so daß eine Rücknahme zwingend erforderlich war. Im Hinblick auf die Voraussetzungen für einen Erstattungsanspruch aus § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW wird die Behörde die Bewilligung mit Wirkung für die Vergangenheit zurücknehmen.

VIII Ergebnis

Damit liegt die in § 49 a Abs. 1 S. 1 1. Alt VwVfG NW verlangte Voraussetzung einer Rücknahme ex tunc vor. Die Behörde, die den Verwaltungsakt zurücknimmt, kann die zu erstattende Leistung festsetzen, braucht die Erstattungsleistung demnach nicht einzuklagen. Gegenstand der Erstattungspflicht ist die Zuwendung, also die empfangene Geldleistung. Die Behörde hat somit grundsätzlich einen Anspruch gegen U auf Erstattung der Förderungsgelder in vollem Umfang.

Gemäß § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW steht die Geltendmachung des Erstattungsanspruches nicht im Ermessen der Behörde. Es handelt sich um eine gebundene Entscheidung. Die Behörde kann somit unter Beachtung des Schriftformerfordernisses des § 49 a Abs. 1 S. 2 VwVfG NW die erbrachte Leistung zurückverlangen.

B Umfang des Erstattungsanspruches

Fraglich ist jedoch, in welchem Umfang der Zuwendungsbehörde ein Erstattungsanspruch zusteht. § 49 a Abs. 2 VwVfG NW regelt den Umfang des Erstattungsanspruches mit Hilfe einer Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die ungerechtfertigte Bereicherung.

I Kenntnis der Nichtschuld

Möglicherweise wäre eine Rückforderung der Behörde gemäß § 814 BGB i.V.m. § 49 a Abs. 2 S. 1 VwVfG NW nicht möglich, wenn die Behörde bereits im Zeitpunkt der Leistungsgewährung gewußt hätte, daß sie zur Leistung nicht verpflichtet war.

Fraglich ist aber zunächst, ob die Rechtsfolgenverweisung des § 49 a Abs. 2 S. 1 VwVfG NW überhaupt den § 814 BGB mit umfassen soll. So soll die Rechtsfolgenverweisung einerseits nur eine entsprechende Anwendung der §§ 818 ff. BGB ermöglichen, andererseits wird vertreten, daß die Rechtsfolgenverweisung auch die §§ 812 ff. BGB erfasse. Ob § 814 BGB entsprechende

Anwendung findet oder nicht, kann dahingestellt bleiben, wenn bereits seine Voraussetzungen nicht vorliegen.

Bloße Zweifel am Bestehen der Nichtschuld stehen der positiven Kenntnis nicht gleich. Gänzlich unerheblich ist sogar die positive Kenntnis der Nichtschuld, wenn eine Leistung unter ausdrücklichem Vorbehalt erbracht und ergangen ist. Wußte die Zuwendungsbehörde zwar im Zeitpunkt der Förderungsgewährung, daß ein Zuschuß der Bundesanstalt für Arbeit möglich wäre, so bestanden aber noch grundlegende Zweifel daran, ob die Förderungsbedingungen vorliegen würden. Aus diesem Grunde erging die Bewilligung gerade nur vorläufig und unter Vorbehalt. Die Rückforderung wäre somit nicht gemäß § 814 BGB i.V.m. § 49 a Abs. 2 S. 1 VwVfG NW ausgeschlossen. Somit stellt sich die Frage nach seiner Anwendbarkeit nicht.

II Wegfall der Bereicherung

Der Erstattungspflichtige könnte jedoch möglicherweise im Widerspruchsverfahren gegen den Erstattungsbescheid den Wegfall der Bereicherung geltend machen, sofern er nicht schon im Rahmen der Anhörung nach § 28 Abs. 1 VwVfG NW Gelegenheit dazu hatte.

U könnte sich gemäß § 818 Abs. 3 BGB i.V.m. § 49 a Abs. 2 S. 1 VwVfG NW auf den Wegfall der Bereicherung berufen, so daß die Erstattungspflicht entfielen. Diese läge nicht vor, soweit der Verpflichtete nicht mehr bereichert ist.

Eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung wäre indessen gemäß § 49 a Abs. 2 S. 2 VwVfG NW ausgeschlossen, wenn U die Umstände, die zur Rücknahme geführt haben, kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Die entsprechende Anwendung des § 819 Abs. 1 BGB wird durch den spezielleren § 49 a Abs. 2 S. 2 VwVfG NW ausgeschlossen. Hierbei handelt es sich um eine selbständige, über das BGB hinausgehende Regelung, da bereits die grobfahrlässige Nichtkenntnis der Umstände, die zur Rücknahme führen, die Entreicherungseinrede ausschließt.

Zwar wußte auch U von dem Umstand, daß eine Förderung durch die Bundesanstalt für Arbeit möglich gewesen wäre, daraus war für ihn jedoch nicht ohne weiteres erkennbar, daß aus diesem Grund die Bewilligung seines Förderungsantrages rechtswidrig und folglich zurückzunehmen ist. U kann sich somit grundsätzlich auf die Einrede des Wegfalls der Bereicherung berufen.

Eine Entreicherung des U könnte dadurch vorliegen, daß er die erhaltenen Mittel zweckgemäß zur Konsolidierung seines Unternehmens und somit zum Erhalt der gefährdeten Arbeitsplätze verbrauchte und folglich eine Rückzahlung der erhaltenen Gelder nicht mehr in Frage kommt. Die Frage des Wegfalls der Bereicherung beantwortet sich nicht nach rechtlichen, sondern nach wirtschaftlichen Überlegungen durch einen Vergleich des Vermögensstandes bei Empfang der Leistung mit dem Zeitpunkt der Rückforderung.

Bei Erhalt der Förderungsmittel befand sich das Unternehmen des U in einer derart schlechten wirtschaftlichen Situation, daß 50 Arbeitsplätze konkret gefährdet waren. Im Zeitpunkt der Rückforderung durch die Behörde war der Betrieb aufgrund der Förderung wieder wirtschaftlich gesichert. Die erhaltenen Mittel hat U zwar verbraucht, jedoch flossen sie in sein Unternehmen und somit in das Betriebsvermögen ein. Sie sind demnach noch vorhanden. Eine Entreicherung des U hat nicht stattgefunden. U kann sich daher nicht auf die Einrede des Wegfalls der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB i.V.m. § 49 a Abs. 2 S. 1 VwVfG NW berufen.

III Ergebnis

Eine Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruches aus bereicherungsrechtlichen Gründen kommt daher nicht in Betracht.

C Gesamtergebnis

Der Behörde steht somit ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch aus § 49 a Abs. 1 S. 1 VwVfG NW zu.

Sie kann durch schriftliche Festsetzung der zu erstattenden Leistung die an U gezahlten Förderungsgelder in vollem Umfang zurückverlangen.