

Wienhues, Gibt es das Widerspruchsverfahren noch?

Nach dieser Bestandsaufnahme ist die Abwicklung an einem entscheidenden Punkt angelangt: Der Abwickler hat – mindestens im Regelfall – einen vollständigen Überblick über den Bestand der Kanzlei. Wenn er zu der Auffassung gelangt, dass die Kanzlei selbst genügend Substanz hat, um seine Vergütungsansprüche zu realisieren – vom ausgeschiedenen Anwalt ist eine Befriedigung in den seltensten Fällen zu erwarten –, kann er die Kammer und alle anderen Beteiligten dahingehend informieren, dass er nunmehr alle bestehenden Mandate fortführt, also quasi die Kanzlei als eigene übernimmt. In diesen Fällen stellt sich die Frage einer Vergütung durch Dritte – gemeint ist hiermit die Kammer – nicht. Selbst wenn eine Festsetzung erforderlich sein sollte, wäre in der Praxis selbst genügend Substanz vorhanden, um die Vergütungsansprüche zu befriedigen. Diese Konstellation ist allerdings selten gegeben. In der Mehrzahl der Fälle muss der Abwickler nach der Bestandsaufnahme feststellen, dass wenig oder gar keine Substanz vorhanden ist, eine Vereinbarung mit dem ausgeschiedenen Anwalt scheidet mangels Masse aus.

Das kann aber nicht dazu führen, dass die bis zu diesem Zeitpunkt beim Abwickler aufgelaufenen Vergütungsansprüche nicht honoriert würden. Kann der Abwickler – wohlgemerkt immer bis zum Ende der Bestandsaufnahme – seine Vergütung nicht vom ausgeschiedenen Anwalt erhalten oder aus der vorhandenen Masse realisieren, muss die Kammer festsetzen. Diesen Aufwand müsste und würde jede Kammer als noch akzeptabel und vor allen Dingen finanziell verkraftbar¹⁰ tragen. Diese Ausgestaltung einer Abwicklung hätte den Vorteil, dass der Zeitraum, für den eine Vergütung festgesetzt wird, mehr oder weniger überschaubar ist, ebenso wie das Risiko für die Kammern, für die festzusetzende Vergütung wie ein Bürge zu haften.

¹⁰ Henssler/Prütting, § 55 Rdnr. 2 und Feuerich/Weyland, § 55 Rdnr. 2.

Weitere Ausgestaltung

Der Abwickler würde sodann die – laufenden – Akten an die Mandanten mit der Aufforderung herausgeben, einen neuen Anwalt zu bestellen, verbunden mit dem Hinweis, dass hierfür natürlich auch neue Gebühren entstehen. Dieses allgemeine Lebensrisiko sollte dort angesiedelt werden, wo es seinen Ursprung hat, nämlich beim Mandanten.

Schlussbemerkung

Bei der zuvor geschilderten „neuen Form“ der Abwicklung wurden alle Aspekte, die dem bisherigen Zustand immanent sind, berücksichtigt. Der Fokus würde in erster Linie auf die „Sicherheit des Rechtsverkehrs“ gerichtet – nach Auffassung des Verfassers der wichtigste Aspekt – und der Abwickler wäre nach wie vor sicher, dass er für seine Tätigkeit vergütet wird. Auch das Interesse des Mandanten ist insoweit gewahrt, als der Abwickler während der Zeit seiner Bestellung alles Notwendige unternimmt, damit dem Mandanten kein Schaden entsteht. Der Schaden, der letzten Endes beim Mandanten verbleibt, ist das Risiko, bestimmte Leistungen zweimal bezahlen zu müssen. Dieses Risiko hat der Mandant allerdings auch dann, wenn er vor dem Ausscheiden seines Rechtsanwalts aus der Rechtsanwaltschaft einen Anwaltswechsel deshalb vornimmt, weil er mit den Leistungen seines vorherigen Bevollmächtigten nicht zufrieden ist. Schließlich hat der Mandant sich gerade für den betreffenden Anwalt entschieden, die Risikoverteilung auf die Mandanten des ausgeschiedenen Anwaltes ist deshalb sachgerechter als eine Überwälzung auf die Kammer und damit auf alle in ihr zusammengeschlossenen Rechtsanwälte, die mit ihren Kammerbeiträgen für Vergütungsansprüche haften. Es ist nämlich auch zu berücksichtigen, dass viele Anwälte sich dagegen verwahren, als redliche Anwälte für unredliche ehemalige Kollegen einstehen zu müssen.

Gibt es das Widerspruchsverfahren noch?**Bestandsaufnahme, Überblick, Erfahrungen und Empfehlungen**

Rechtsanwältin Dr. Sigrig Wienhues*, Hamburg

Hatten wir nicht gelernt, dass die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens als so genanntes gerichtliches Vorverfahren obligatorisch ist? War es nicht so, dass der Widerspruch grundsätzlich aufschiebende Wirkung hatte? Die häufig „allein fristwahrende Widerspruchseinlegung“ in der bekannten Monatsfrist wurde als ausreichend angesehen, um zunächst „Schlimmeres“ zu vermeiden. Führte der Widerspruch schließlich nicht dazu, dass sich die „nächsthöhere“ Behörde mit der Angelegenheit befasste? Damit war die Hoffnung verbunden, dass eine von möglichen persönlichen und politischen Einflüssen freie(re) Beurteilung erfolge und die im Widerspruchsverfahren vorgetragenen Gründe im Einzelnen berücksichtigt würden. Für viele Bereiche und in vielen Bundesländern ist dies zwischenzeitlich nicht mehr zutreffend. Dies im Überblick zusammenzutragen, ist der Zweck der nachfolgenden Ausführungen.

Gleichzeitig wird dieser Rechtsbehelf ab September diesen Jahres für jeden Anwalt in eigenen, berufsständischen Angelegenheiten Bedeutung erlangen. Mit der BRAO-Novelle 2009, die zum 1. September in Kraft treten wird,¹ wird die Anwendung der VwGO für die Verfahren zwischen Anwälten und Kammern vorgeschrieben², und damit wird auch der Widerspruch Teil des Verfahrens.

¹ Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, zur Errichtung einer Schlichtungsstelle der Rechtsanwaltschaft sowie zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und kostenrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 16/11385, verabschiedet am 23.4.2009, noch nicht verkündet. Ein Überblick zu den Konsequenzen dieses neuen Verfahrensrechts in „verwaltungsrechtlichen Anwaltsangelegenheiten“ wird in einer späteren Ausgabe gegeben werden.

² § 112c Abs. 1 Satz 1 BRAO 2009: Für das gerichtliche Verfahren in verwaltungsrechtlichen Anwaltsachen gelten die Vorschriften der VwGO entsprechend, soweit das Gesetz selbst keine abweichenden Bestimmungen enthält; die Vorschriften §§ 68 ff. VwGO sind nicht vom Anwendungsbereich ausgenommen worden.

* Rechtsanwältin und Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Partnerin der Sozietät Graf von Westphalen, Mitglied des Fachausschusses für Verwaltungsrecht der Bundesrechtsanwaltskammer.

Wienhues, Gibt es das Widerspruchsverfahren noch?

1. Ursprüngliche Ausgestaltung des Widerspruchsverfahrens

Das Widerspruchsverfahren findet seine Grundlagen in den §§ 68 ff. VwGO. Auf der Grundlage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Art. 72 Abs. 2 GG (damaliger Fassung) hatte der Bundesgesetzgeber 1960 ein zwingendes „gerichtliches Vorverfahren“ für die maßgeblichen Klagearten der VwGO, die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, geschaffen. Die Durchführung des Widerspruchsverfahrens ist Sachurteilsvoraussetzung.³ Im Rahmen dieser bundesrechtlichen Vorgaben war es den Ländern im Rahmen ihrer Zuständigkeit für Verwaltungsverfahren⁴ freigestellt, eine nähere Ausgestaltung dieses Verfahrens vorzunehmen. Als Grundsatz des Verfahrens sah die VwGO die aufschiebende Wirkung und die Entscheidung durch die nächsthöhere Behörde vor:

a) Suspensiveffekt

Die VwGO gibt zunächst den grundsätzlichen Suspensiveffekt des Widerspruchs vor. Gemäß § 80 Abs. 1 VwGO „haben“ Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. § 80 Abs. 2 Satz 1 VwGO lautet, dass die aufschiebende Wirkung „nur“ in den dort enumerativ aufgeführten vier Fallgruppen entfällt. Allerdings hat die Formulierung der dritten Fallgruppe durch die 6. VwGO-Novelle 1996 diesen Grundsatz zwischenzeitlich in vielen wesentlichen Bereichen fast umgekehrt. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO kennt nämlich seither die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung durch entsprechende bundes- oder landesgesetzliche Regelungen auszuschließen, „insbesondere für Widersprüche und Klagen Dritter gegen Verwaltungsakte, die Investitionen oder die Schaffung von Arbeitsplätzen betreffen“. In baurechtlichen Verfahren führte die Entwicklung durch bundesrechtliche Anordnung auf diesem Wege z.B. vom Wegfall der aufschiebenden Wirkung des Drittwiderspruchs bei Wohnbauvorhaben in den neuen Bundesländern über den grundsätzlichen Wegfall bei Wohnbauvorhaben bis hin zur jetzigen Fassung des § 212a Abs. 1 BauGB, dass der Drittwiderspruch⁵ grundsätzlich bei allen Bauvorhaben keine aufschiebende Wirkung mehr hat. Im Ergebnis muss daher heute im Falle eines Nachbarwiderspruchs in der Regel eine gerichtliche Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren herbeigeführt werden, um vor einer endgültigen Verwirklichung eines Bauvorhabens die Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen.

b) Devolutiveffekt

Weiter sah die VwGO vor, dass grundsätzlich die nächsthöhere Behörde über den Widerspruch entscheidet, § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO a.F. Zunächst wurde dann § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO dahingehend geändert, dass durch Gesetz auch eine *andere* höhere Behörde bestimmt werden konnte. Mit der Einführung von § 73 Abs. 1 Satz 3 VwGO im Jahre 2000 wurde dann – dem Wortlaut nach: grundsätzlich – ermöglicht, durch Gesetz zu bestimmen, dass die Widerspruchsbehörde auch die Ausgangsbehörde sein kann. Vom Gesetzgeber war dies allerdings nur als Ausnahmetatbestand für bestimmte Konstellationen in den Flächenländern vorgesehen.⁶ Rechtstatsächlich ist

zu beobachten, dass verschiedene Bundesländer eine „Mittelbehörde“ gar nicht kannten, sie gänzlich abschafften,⁷ oder durch Verwaltungsreformen ihre Zuständigkeitsbereiche umstrukturierten.⁸

Daher ist es zwischenzeitlich vielfach so, dass nicht nur in Selbstverwaltungsangelegenheiten⁹ die Behörde, die den angegriffenen Bescheid erlassen hat, ihn auch selbst überprüft. Allerdings findet häufig wenigstens eine Unterscheidung in der „tatsächlichen personellen“ Zuständigkeit statt, wenn es spezielle behördeninterne Zuständigkeiten für die Widerspruchsbescheidung gibt. Häufig sind diese Zuständigkeiten im Rechtsamt oder einer besonderen Abteilung des Fachbereichs angesiedelt. Einige Bundesländer kennen auch die Besonderheit von Kollektivgremien für das Widerspruchsverfahren („Ausschüsse oder Beiräte“, § 73 Abs. 2 VwGO), so z.B. in Hamburg, Hessen,¹⁰ Rheinland-Pfalz und dem Saarland. Hier treten ehrenamtliche „Beisitzer“ mit auf und es findet in der Regel ein mündlicher Termin statt.

c) Widerspruchsverfahren als Regelfall

Schließlich sah § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO grundsätzlich die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens vor. Bis zur 6. VwGO-Novelle 1996 konnte nur „für besondere Fälle“ hiervon durch Gesetz eine Ausnahme bestimmt werden. Der Zusatz „in besonderen Fällen“ wurde mit der Novelle gestrichen.

2. Aufgaben des Widerspruchsverfahrens

Das Widerspruchsverfahren soll vor allem folgende Aufgaben erfüllen:¹¹

a) Rechtsschutzmöglichkeit, Zweckmäßigkeitkontrolle

Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens stellt zunächst eine (zusätzliche) Rechtsschutzmöglichkeit für den Bürger dar. Diese geht auch über den auf die Einhaltung subjektiver öffentlicher Rechte beschränkten gerichtlichen Schutz hinaus, vor allem in Bezug auf Zweckmäßigkeitserwägungen bei Ermessensentscheidungen.¹² Denn das Widerspruchsverfahren ermöglicht entgegen dem gerichtlichen Verfahren die umfassende Zweck- und Rechtmäßigkeitkontrolle. Die Tatsachenbasis für die Entscheidung kann neu ermittelt werden. Die Einwendungen der Beteiligten können in der Entscheidung – erstmals oder neu – gewichtet und bewertet werden. Daher kommt dem Widerspruchsverfahren grundsätzlich vor allem in den Bereichen besondere Bedeutung zu, in denen Ermessensentschei-

3 H.M., vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, vor § 68 Rdnr. 6, mit weiteren Nennungen; a.A. (Begründetheitsvoraussetzung) *Kothe*, in: *Redeker/von Oertzen*, VwGO, 14. Aufl. 2004, § 68 Rdnr. 6.

4 Art. 83, 84 GG: Die Länder führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus und regeln die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren. Daher sind die Länder auch dort, wo die Sachmaterie durch Bundesgesetz geregelt ist (Bsp.: BauGB, BImSchG), für die Ausgestaltung des Verfahrens zuständig.

5 Oder der Nachbarklage, dort, wo es keinen Widerspruch im baurechtlichen Verfahren mehr gibt, s.u.

6 Vgl. *Rennert*, in: *Eyermann*, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 73 Rdnr. 6a mit Verweis auf BT-Drucks. 14/640 S. 11.

7 Z.B. die Abschaffung der Bezirksregierung in Niedersachsen zum 1.1.2005.

8 Wie zuletzt hinsichtlich der Aufgabenbereiche der Bezirksregierungen in Nordrhein-Westfalen.

9 Hier war und ist der Devolutiveffekt gerade zum Schutz der Selbstverwaltung und der insoweit fehlenden Zweckmäßigkeitkontrolle durch eine Aufsichtsbehörde gesetzlich ausgeschlossen, § 72 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 VwGO.

10 Gem. § 7 HessAGVwGO erfolgt nur eine Anhörung und keine Entscheidung durch den Ausschuss.

11 Die Ziele Rechtsschutz, Selbstkontrolle der Verwaltung und Entlastung der Gerichte nennt schon die Begründung des ersten Regierungsentwurfs einer VwGO von 1959, BT-Drucks. 1/4278, S. 40. Vgl. außerdem BVerfGE 40, 237, 255; BVerwGE 4, 203, 204; 26, 161, 166; 40, 25, 28; ausführlich zum Folgenden auch: *Härtel*, *VerwArch* 98 (2007), 54, 62 ff.; *Geis*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 68 Rdnr. 1 ff.; *Dolde/Porsch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, Stand: 2008, vor § 68 Rdnr. 1 ff.; *Kopp/Schenke*, a.a.O., vor § 68 Rdnr. 1; *Kothe*, a.a.O., § 68 Rdnr. 2 f.; *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Aufl. 2008, § 5 Rdnr. 2 [Seite 65]; konkret bezogen auf die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens vgl. auch *Kallerhoff*, *DVBl.* 2008, 334, 337 f.

12 Vgl. z.B. *Geis*, a.a.O., § 68 Rdnr. 3 f.

Wienhues, Gibt es das Widerspruchsverfahren noch?

dungen zu treffen sind, der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum zusteht und es um die Bewertung eines bestimmten Sachverhalts geht (vor allem Prüfungsentscheidungen).¹³

Eine solche, der gerichtlichen Kontrolle vorgeschaltete Überprüfung in einem Verwaltungsverfahren ist nicht grundsätzlich verfassungsrechtlich geboten. Insbesondere Art. 19 Abs. 4 GG fordert lediglich die Möglichkeit einer *gerichtlichen* Überprüfung. Das Gebot des gerechten Verfahrens und die Forderung eines Grundrechtsschutzes durch Verfahren kann jedoch z.B. im Bereich der berufsqualifizierenden Prüfungen die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens gebieten.¹⁴ Das Verwaltungsverfahren ist vor dem verfassungsrechtlichen Hintergrund so auszugestalten, dass die Betroffenen zumindest einmal die Gelegenheit haben, inhaltlich und aus ihrer Sicht zu der (geplanten) Verwaltungsentscheidung Stellung zu nehmen. Einer solchen Verfahrensausgestaltung wird z.B. mit der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens Rechnung getragen.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch von Bedeutung, dass eine Lösung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens häufig schneller möglich ist als im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.

b) Selbstkontrolle der Verwaltung

Das Widerspruchsverfahren dient weiter der Selbstkontrolle der Verwaltung. Es soll insoweit auch dazu dienen, objektiv richtige Entscheidungen zu gerieren. Denn mit Blick auf die gerichtliche Überprüfung ist auch insoweit festzuhalten, dass zum einen dort nur eine Recht- und keine Zweckmäßigkeitkontrolle erfolgt, zum anderen die gerichtliche Kontrolle auf die Überprüfung der Verletzung subjektiver Rechte beschränkt ist.

c) Entlastung der Verwaltungsgerichte

Schließlich soll das Vorverfahren der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit dienen. Dies geschieht sowohl rein quantitativ dadurch, dass viele Verfahren erst gar nicht zu Gericht gelangen. Abhilfeentscheidungen, Einigungen im Widerspruchsverfahren oder einfach nur die Akzeptanz einer sich mit den Einwänden auseinandersetzenden Entscheidung führen dazu, dass die Verfahren nicht weiter zu Gericht geführt werden. Eine

Entlastung ist aber auch in qualitativer Hinsicht gegeben. Die Verfahren sind hinsichtlich des Sachverhalts und der Streitgegenständlichen Fragen tatsächlich und rechtlich besser aufgearbeitet.

3. Die Regelungen der Bundesländer

Die Regelungen in den Bundesländern reichen von der grundsätzlichen Abschaffung des Widerspruchsverfahrens mit wenigen Ausnahmebereichen, in denen fakultativ ein Widerspruchsverfahren durchgeführt werden kann (Bayern), über umfangreiche Einzelfallaufzählungen, wann ein Widerspruchsverfahren nicht durchgeführt werden muss (Hessen), oder eine Wahlmöglichkeit zwischen Widerspruchsverfahren und unmittelbarer Klage (Mecklenburg-Vorpommern) bis hin zur vollständigen Beibehaltung des Widerspruchsverfahrens als Regelfall (z.B. Rheinland-Pfalz). Weiter finden sich Differenzierungen hinsichtlich der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, z.B. bei der Beibehaltung des Vorverfahrens bei Drittbetroffenheit oder für die Verwaltungsakte bestimmter Körperschaften (Nordrhein-Westfalen). Schließlich muss festgestellt werden, dass die Formulierungen der jeweiligen Landesgesetze, dass ein Vorverfahren „grundsätzlich“ erforderlich sei (oder eben nicht), noch keinen Rückschluss darauf zulassen, welche tatsächliche Bedeutung und Reichweite das Vorverfahren noch hat: So hält etwa Hessen „grundsätzlich“ am Vorverfahren fest, kennt aber so viele Ausnahmen, dass diese wahrscheinlich nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ die Regel darstellen, während Niedersachsen das Vorverfahren „grundsätzlich“ abgeschafft hat, aber für wesentliche Bereiche „ausnahmsweise“ daran festhält und schätzungsweise diese „Ausnahmen“ 50 % der früheren Vorverfahren darstellen.¹⁵

Die nachfolgende Tabelle versucht die unterschiedlichen Regelungen im Überblick wiederzugeben. Da es unmöglich erscheint, einen „schematischen Überblick“ zu geben, wird in der nachfolgenden Übersichtstabelle zur Verdeutlichung beispielhaft auf die aktuelle Situation für den in der (anwaltlichen) Praxis besonders häufigen Fall des Baugenehmigungsverfahrens hingewiesen.

Bundesland	Grundsätzliche Erforderlichkeit eines Vorverfahrens	Vorschrift	Ausnahmen, Besonderheiten	Erforderlichkeit eines Vorverfahrens im Baugenehmigungsverfahren
Baden-Württemberg	ja	§ 6a AGVwGO BW	Vorverfahren ist nicht erforderlich, wenn das Regierungspräsidium den Verwaltungsakt erlassen hat; Ausnahme gilt dann nicht , wenn Bundesrecht ein Vorverfahren vorschreibt, bei der Bewertung von Leistungen im Rahmen einer berufsbezogenen Prüfung, bei Klagen aus Beamtenverhältnis und bei Maßnahmen nach Landesdisziplinargesetz (außer bei Beamten).	ja
Bayern	nein	Art. 15 AGVwGO Bay	Vorverfahren bleibt fakultativ erhalten im Kommunalabgabenrecht, im Landwirtschaftsrecht, im Schulrecht, in vielen Bereichen des Landessozialrechts, im Rundfunkgebührenrecht, im Recht der Landesbeamten (ausgenommenen Disziplinarrecht), bei personenbezogenen Prüfungsentscheidungen. Wenn mehrere von einem Verwaltungsakt betroffen sind, kann im Falle des fakultativen Vorverfahrens nur dann unmittelbar Klage erhoben werden, wenn alle zustimmen.	nein
Berlin	ja	§ 4 VwGOAG Bln	Kein Vorverfahren im Aufenthaltsrecht.	ja
Brandenburg	ja	BbgVwGG		ja

¹³ Vgl. Rennert, a.a.O., § 68 Rdnr. 10.

¹⁴ BVerfGE 84, 34, 46 ff.

¹⁵ Härtel, a.a.O., S. 61.

Wienhues, Gibt es das Widerspruchsverfahren noch?

Bremen	ja	Art. 8 BrAGVwGO	Vorverfahren darüber hinaus auch bei erstinstanzlichen Verwaltungsakten des Senats oder eines Senators. ¹⁶	ja
Hamburg	ja	§ 6 HbgAGVwGO	Vorverfahren ist nicht erforderlich bei Verwaltungsakten der Bürgerschaft, Beschlüssen des Senats, Maßnahmen der Justizbehörde in Angelegenheiten des bürgerlichen Rechts, Entscheidungen des Ordnungsausschusses einer Hochschule, bei im förmlichen Verfahren erlassenen Verwaltungsakten und Planfeststellungsbeschlüssen.	ja
Hessen	ja	§ 16a Hess-AGVwGO iVm Anlage	Grundsätzlich kein Vorverfahren bei Verwaltungsakten der Regierungspräsidien, es sei denn , ein Vorverfahren ist gesondert vorgeschrieben, und bei Leistungsbewertungen im Rahmen berufsbezogener Prüfungen. Vorverfahren darüber hinaus nicht erforderlich bei <i>im Einzelnen beschriebenen Entscheidungen</i> ¹⁷ in den Bereichen Enteignung, Feiertagsrecht, Datenschutzrecht, Einbürgerungsrecht, Öffentliche Sicherheit und Ordnung, Kommunal- und Sparkassenwesen, Sozialwesen, Gesundheitswesen und Pharmazie, Veterinärwesen, Raumordnungs- und Bauwesen sowie Denkmalschutz, Aussiedler, Vertriebene und Flüchtlinge, Kosten- und Finanzwesen, Wirtschaft, Gewerbe und Versicherungen, Verkehrswesen, Landwirtschaft, Forsten und Naturschutz.	ja
Mecklenburg-Vorpommern	ja	§§ 13a, 13b AGGerStrG M-V	Vorverfahren ist fakultativ möglich bei im Einzelnen bestimmten Entscheidungen nach dem BImSchG, BauGB, der LBO, dem NamÄndG und dem LFischG	fakultativ
Niedersachsen	nein	§ 8a Nds. AG VwGO	Befristung auf zwischen dem 1.1.2005 und dem 31.12.2009 bekanntgegebene Verwaltungsakte. Vorverfahren bleibt erhalten bei Verwaltungsakten, denen eine Leistungsbewertung im Rahmen einer berufsbezogenen Prüfung zugrunde liegt (auch wenn sie durch eine oberste Landesbehörde erlassen wurden), die von Schulen erlassen wurden, die nach den Vorschriften des BauGB, der NdsBauO, des BImSchG, diverser Abfallgesetze, BBodSchG, LBodSchG, Naturschutz und Landschaftspflege betreffenden Rechtsverordnungen, WHG, NdsWassG, ChemG und SprengstoffG, GPStG, UnterhVG, NdsUIG, StrlSchV und RöV, Rundfunkgebührenstaatsvertrag sowie von auf diesen Rechtsvorschriften beruhenden Verordnungen und Satzungen ergehen (Unterausnahme : Abgabenangelegenheiten); Vorverfahren bleibt auch bei Nebenbestimmungen, Vollstreckungs- und Kostenentscheidungen zu den genannten Verwaltungsakten erhalten.	ja
Nordrhein-Westfalen	nein	§ 6 AGVwGO NRW	Befristung auf zwischen dem 1.11.2007 und dem 31.10.2012 bekanntgegebene Verwaltungsakte. Vorverfahren ist durchzuführen , wenn durch Bundes- oder EU-Recht vorgeschrieben, bei Bewertungen im Rahmen berufsbezogener Prüfungen (auch wenn durch oberste Landesbehörde erlassen), im Bereich Schulrecht bei von Schulen erlassenen Entscheidungen, im Bereich Ausbildungs-, Studien- und Graduiertenförderungsrecht, soweit sie von bei staatlichen Hochschulen oder bei Studentenwerken eingerichteten Ämtern für Ausbildungsförderung erlassen werden, Entscheidungen, die vom WDR oder der GEZ erlassen werden. Vorverfahren findet auch statt , wenn sich nicht beteiligte Dritte gegen einen anderen begünstigenden Verwaltungsakt wenden, Unterausnahmen : bei Entscheidungen der Bezirksregierungen wiederum mit Unterausnahmen, Entscheidungen nach ArbeitsSchG inkl. Rechtsverordnungen, GewO inkl. Rechtsverordnungen, GeräteProdSiG inkl. Rechtsverordnungen, ArbZeitG inkl. Rechtsverordnungen, Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit, bei Entscheidungen der Bauaufsichts- und Baugenehmigungsbehörden, bei Entscheidungen nach GastG inkl. Rechtsverordnungen.	nein
Rheinland-Pfalz	ja	AGVwGO RP		ja
Saarland	ja	SaarAGVwGO		ja
Sachsen	ja	SächsJG		ja
Sachsen-Anhalt	ja	§ 8a AG VwGO LSA	Kein Vorverfahren bei Identität von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde. Unterausnahmen : Vorverfahren ist durch Bundesrecht zwingend vorgeschrieben, Leistungsbewertungen im Rahmen berufsbezogener Prüfungen, einzelne Fälle des BRRG, Entscheidungen in Selbstverwaltungsangelegenheiten kreisangehöriger Gemeinden und von Zusammenschlüssen, an denen kreisangehörige Gemeinden beteiligt sind, Entscheidungen nach abgabenrechtlichen Vorschriften, kommunalaufsichtliche Entscheidungen, bestimmte Entscheidungen des Statistischen Landesamtes, Entscheidungen nach dem WiStruktG.	ja
Schleswig-Holstein	ja	AGVwGO S-H		ja
Thüringen	ja	ThürAGVwGO	<i>Die Landesregierung hat im Dezember 2008 einen Gesetzentwurf zur weitgehenden Abschaffung des Vorverfahrens nach Protesten zurückgezogen. Aktuell wird die Einrichtung von Widerspruchsausschüssen diskutiert.</i>	ja

Wienhues, Gibt es das Widerspruchsverfahren noch?

4. Zulässigkeit der Regelungen

Die Länderregelungen werden auf die Öffnungsklausel in § 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO gestützt. Es ist strittig, ob es den Bundesländern nach dem Streichen des Zusatzes „für besondere Fälle“ zusteht, das Widerspruchsverfahren *insgesamt* abzuschaffen. Dies wird teilweise mit Blick auf den aktuellen Wortlaut vertreten.¹⁸ Richtig dürfte es wohl sein, die Vorschrift auch systematisch und teleologisch auszulegen.¹⁹ Dann wird deutlich, dass es bei dem Regel-Ausnahme-Prinzip bleiben sollte:²⁰ Auch die aktuelle Formulierung, die eine Beschränkung auf „besondere Fälle“ sprachlich nicht mehr vorsieht, hält regelungssystematisch am Regel-Ausnahme-Prinzip fest; § 68 Abs. 1 Satz 1 formuliert den Grundsatz: „Vor Erhebung der Anfechtungsklage sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren nachzuprüfen.“ Erst Satz 2 sieht vor, dass es in bestimmten Fällen einer solchen Nachprüfung nicht bedarf, etwa wenn dies durch Gesetz bestimmt wird. Auch nach der Gesetzesbegründung²¹ sollte die Textneufassung bewirken, dass der Widerspruch durch die Länder „bereichsspezifisch“ ausgeschlossen werden kann. Dies bietet sich insbesondere für Genehmigungsverfahren an, in denen die Sach- und Rechtslage vor der ersten Verwaltungsentscheidung so umfassend geprüft worden sei, dass sich während der Widerspruchsverfahren regelmäßig keine neuen Aspekte ergäben.

Wenn es sich – nach der hier vertretenen Auffassung – um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis handelt, dann sind die Länderregelungen danach zu beurteilen, ob – unabhängig von der jeweiligen Formulierung und Regelungstechnik²² – *substantiell* noch Bereiche verbleiben, in denen ein Widerspruchsverfahren durchgeführt wird oder zumindest durchgeführt werden kann. Weiter wird bei dieser Bewertung von Bedeutung sein, welche Gründe die Abschaffung für das Widerspruchsverfahren in den jeweiligen Teilbereichen rechtfertigen,²³ ob z.B. das Vorverfahren in Bereichen der Ermessensentscheidung und vor allem bei Prüfungsentscheidungen seine grundrechtssichernde Funktion noch erfüllen kann²⁴ oder ob in anderen Bereichen möglicherweise das Interesse an schneller Investitionssicherheit (z.B. im Bereich des Anlagenzulassungsrechts) die Abschaffung rechtfertigen kann. Allein die (zweifelhafte)²⁵ Rechtfertigung einer Kostenersparnis für die Verwaltung oder des „Bürokratieabbaus“ überhaupt können eine grundsätzliche oder auch nur weitgehende Abschaffung des Widerspruchsverfahrens nicht rechtfertigen. Es wird dabei nicht berücksichtigt, dass das Widerspruchsverfahren viele der ihm zukommenden Aufgaben erfüllt. Eine mögliche Begründung für die Abschaffung des Vorverfahrens in einem bestimmten Bereich bzw. mit Blick auf die

Entscheidungen durch eine bestimmte Behörde kann es sicherlich sein, dass das Verfahren und die personelle Besetzung der Behörde bereits eine hohe Gewähr für die Richtigkeit der Entscheidung bieten und daher eine „Selbstkontrolle“ unter dem Gesichtspunkt „richtige“ Entscheidungen zu gerieren, nicht erforderlich erscheint. Ob allerdings grundsätzlich unterstellt werden kann, dass bei einer Entscheidung durch dieselbe Behörde „sowieso“ keine andere als die ursprüngliche Entscheidung ergehe und daher das Widerspruchsverfahren eine „entbehrliche Durchlaufstation“²⁶ sei, erscheint zweifelhaft.²⁷ Dies gilt wiederum vor allem in den Verfahren der Drittbetroffenheit oder in Verfahren, in denen der Bürger im Ausgangsverfahren nicht anwaltlich vertreten war. Hier zeigen die Erfahrungen, dass die neuen Sachverhaltserkenntnisse (z.B. zur Nachbarbetroffenheit) oder rechtlichen Bewertungen (z.B. zum Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Behörde) durchaus zu anderen Ergebnissen auch derselben Behörde führen können. Das gilt auch und gerade in den Bundesländern, die im Widerspruchsverfahren eine Entscheidung durch einen Ausschuss kennen, oder in den Behörden, in denen sich jedenfalls die Zuständigkeit in der Bearbeitung des Vorgangs und damit gegebenenfalls auch in seiner Beurteilung ändert.²⁸

Ohne an dieser Stelle die dargestellten landesgesetzlichen Regelungen anhand der dargelegten Kriterien im Einzelnen einer Überprüfung zuzuführen, soll hier nur angemerkt werden, dass sich hinsichtlich der sehr weitgehenden Regelungen in Bayern und Nordrhein-Westfalen die Frage stellt, ob hier noch substantielle Bereiche verbleiben, in denen das Widerspruchsverfahren seine Aufgaben erfüllen kann.²⁹ Gleichzeitig gilt für diese Bundesländer, aber ebenso für Hessen, Niedersachsen oder Sachsen-Anhalt, dass bei der Rechtfertigung der Sachverhalte, für die auf die Durchführung des Vorverfahrens verzichtet werden soll, eine Auseinandersetzung mit den Aufgaben des Widerspruchsverfahrens unterblieben ist. Dies gilt etwa für den Aspekt eines gerechten Verwaltungsverfahrens, in dem jeder Betroffene die Möglichkeit haben soll, vor der Verwaltungsentscheidung seine Position darzulegen.³⁰ Dies ist bei Drittbetroffenen in der Regel erst im Widerspruchsverfahren möglich, es sei denn, der Entscheidung ging ein formalisiertes Verfahren voran.³¹ Weiter gilt dies für die zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit aufgrund des weiteren, nämlich auf die Zweckmäßigkeitsprüfung ausgedehnten Prüfungsmaßstabs. Schließlich wird kaum berücksichtigt, dass es sich für den Rechtsschutzsuchenden um ein auch finanziell günstiges Verfahren handelt. Stattdessen wird stark auf die (angebliche) Entlastungswirkung für die Verwaltung und die wirtschaftlichen Einsparungen für den Staat abgestellt.³² Mit Blick auf den Rechtsschutzsuchenden wird eine Rechtfertigung insoweit „versucht“, wenn darauf abgestellt wird, dass sich der Zeitraum bis zu einer endgültigen und rechtssicheren Entscheidung verkürze.³³

16 Gem. § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO ist ein Vorverfahren grundsätzlich bei Verwaltungsakten einer obersten Landesbehörde nicht erforderlich.

17 Vorverfahren ist in den genannten Bereichen nicht grundsätzlich entfallen, sondern die jeweiligen Entscheidungen und Gesetze sind im Einzelnen benannt.

18 U.a. *Dolde/Porsch*, a.a.O., vor § 68 Rdnr. 10; *Beaucamp/Ringer-muth*, DVBl. 2008, 426, 428; *Kamp*, NWVBl. 2008, 41, 44.

19 So z.B. auch: *Hufen*, a.a.O., § 5 Rdnr. 5 [S. 66]; *Schneider*, LKV 2004, 207, 209.

20 *Holzner*, DÖV 2008, 217, 223 f.

21 BT-Drucks. 13/5098 S. 19, 23.

22 *Härtel*, a.a.O., S. 62.

23 *Härtel*, a.a.O., S. 60; *Schneider*, a.a.O., 208.

24 Soweit ersichtlich haben alle Bundesländer das Vorverfahren jedenfalls für die Überprüfung von Leistungsbewertungen im Rahmen berufsbezogener Prüfungen beibehalten.

25 Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Kosten für die Verwaltung im gerichtlichen Verfahren durch mehrfache Termine und nicht zuletzt den möglichen Kostenerstattungsanspruch des Bürgers höher sein können. Darüber hinaus sind die Kosten für die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu berücksichtigen. Vgl. z.B. *Beaucamp/Ringer-muth*, a.a.O., S. 430 f.; *Rüssel*, NVwZ 2006, 523, 526.

26 Bayern LT-Drucks. 15/7252, S. 9 (Hinweis bei *Holzner*, a.a.O., S. 221), *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151, 1155.

27 *Hufen*, a.a.O., § 5 Rdnr. 5 [S. 67].

28 *Härtel*, a.a.O., S. 65, 73 ff.

29 *Holzner*, a.a.O., S. 224; vgl. auch *Geiger*, BayVBl. 2008, 161, 166.

30 *Kamp*, a.a.O., S. 44, weist darauf hin, dass der Untersuchungsgrundsatz, die Aufgaben der Beratung und Auskunft sowie die Anhörung „früher“ nicht ausreichend berücksichtigt wurden; er geht jedoch davon aus, dass die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens hier disziplinierende Wirkung auf die Verwaltung haben werde und diese Aufgaben jetzt stärker wahrgenommen werden.

31 Nordrhein-Westfalen hat diesen Fall zwar gesehen, aber durch die Unterausnahmen im häufigen Fall des Nachbarwiderspruchs im Baurecht die Durchführung eines Vorverfahrens ausgeschlossen.

32 Hierzu *Hufen*, a.a.O., § 5 Rdnr. 5 [S. 66], *Beaucamp/Ringer-muth*, a.a.O., S. 430.

33 Z.B. bei *Müller-Grüne/Grüne*, BayVwBl. 2007, 65, 72 Hinweis auf die entsprechende Begründung des bayerischen Gesetzes.

Wienhues, Gibt es das Widerspruchsverfahren noch?

5. Erfahrungen und Empfehlungen aus anwaltlicher Sicht

Zwischenzeitlich liegen für verschiedene Länder Erfahrungsberichte über die Situation nach der (teilweisen) Abschaffung des Widerspruchsverfahrens vor.³⁴ Es wurde dabei auch bei Durchführung eines Widerspruchsverfahrens festgestellt, dass jedenfalls 80 % der Rechtsschutzbegehren nicht mehr zu Gericht gelangen.³⁵ Der Abschlussbericht zum Pilotprojekt in Mittelfranken stellt zusammenfassend fest, „dass das Widerspruchsverfahren sich in der aggregierten Gesamtsicht bewährt hat. Es entfaltet Befriedungswirkung durch seine Filterfunktion. Das Widerspruchsverfahren stellt sich meist als schneller, kostengünstiger und damit ‚bürgerfreundlicher‘ Rechtsbehelf dar.“³⁶ Aus den Bewertungen kann und wird häufig die Schlussfolgerung und Empfehlung abgeleitet, das Widerspruchsverfahren jedenfalls nicht insgesamt abzuschaffen, sondern – z.B. im Baurecht und bei Drittbetroffenheit – aufgrund seiner „befriedenden und akzeptanzsichernden Funktion“³⁷ beizubehalten, vor allem auch, weil es nicht zuletzt für den Bürger ein einfacheres, schnelleres und im Vergleich zum Gerichtsverfahren kostengünstigeres Rechtsschutzsystem bietet.³⁸

Die praktischen Erfahrungen der Verfasserin und vieler in diesem Bereich tätigen Kollegen bestätigen dies:

Das Widerspruchsverfahren erscheint immer dort erforderlich bzw. zumindest sinnvoll, wo der von der Entscheidung Betroffene, sei es der Entscheidungsadressat oder ein Drittbetroffener, vor Erlass der Entscheidung keine (formalisierte) Gelegenheit hatte, seine Position gegenüber der Behörde darzulegen. Wenn dies – erstmals – im Widerspruchsverfahren erfolgt, führt dies nicht nur zu einer höheren Akzeptanz der letztendlich ergehenden Behördenentscheidung, sondern oft genug auch erst zu einer sachlich richtigen Entscheidung. Das Verfahren trägt also sowohl dazu bei, dass die Verwaltungsgerichte entlastet werden, da die Entscheidung im Ergebnis nicht mehr angegriffen wird, als auch dazu, dass eine objektiv richtige Entscheidung entsteht (was im Ergebnis auch wieder die Gerichte entlasten kann). Neben diesen beiden die Durchführung des Widerspruchsverfahrens rechtfertigenden Gründen wird aber gleichzeitig auch die dritte Aufgabe, die dem Vorverfahren zugeordnet

wird, erfüllt. Denn erst so wird den Anforderungen an ein unter Rechtsschutzgesichtspunkten zu forderndes gerechtes Verwaltungsverfahren, in dem der Betroffene die Möglichkeit haben muss, jedenfalls einmal seine Argumente vorzutragen, Rechnung getragen.

Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens führt vor allem in den Fällen der „Drittbetroffenheit“ häufig auch zu Lösungen, die in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren formal gar nicht erreicht werden können: So kann der Bauherr z.B. aufgrund der auch ihm erstmals bekannt werdenden Bedenken des Nachbarn seinen Bauantrag freiwillig ändern und es wird so im Ergebnis eine die Nachbarinteressen stärker berücksichtigende und daher vom Nachbarn akzeptierte Genehmigung beantragt und erteilt. Hier wird nicht nur die Rechtsschutzkomponente des Widerspruchsverfahrens deutlich. Dies gilt sowohl für den Rechtsschutz suchenden Nachbarn als auch für den Bauherrn, der so schneller zu einer rechtssicheren und ihm damit abschließend Investitionssicherheit gewährenden Genehmigung gelangt. Gleichzeitig verhindert die akzeptierte Lösung, dass die Verwaltungsgerichte sich mit dem Fall beschäftigen müssen. „Informelle“ Lösungsmöglichkeiten können zwar auch noch parallel zu einem bereits anhängigen Klageverfahren gesucht werden.³⁹ Die persönliche Erfahrung zeigt jedoch, dass die Verhandlungsbereitschaft der Verwaltung nach Klageerhebung nur noch sehr selten vorhanden ist;⁴⁰ dies mag sich unter anderem daraus ergeben, dass oft personell eine andere Abteilung zuständig ist oder die Fachabteilung im Einzelfall auch sehr froh darüber sein kann, nicht selbst eine unter Umständen politisch oder persönlich ungeliebte Entscheidung treffen zu müssen. Im Falle der Drittbetroffenheit fehlt es darüber hinaus häufig an der Verhandlungsbereitschaft des Begünstigten. Im Rahmen des Verwaltungsverfahrens ist diese nach den eigenen Erfahrungen der Verfasserin häufig größer als nach Einleitung einer gerichtlichen Überprüfung, da der Einfluss der Verwaltung auf die eigenen Handlungsmöglichkeiten als größer wahrgenommen wird als der Einfluss eines räumlich wie persönlich „fernen“ Gerichts. Schließlich hat das Widerspruchsverfahren insbesondere dort, wo der Anwalt mit entsprechenden vermittelnden Lösungen erfahren ist und auch die Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung kennt, bereits jetzt dem Mediationsverfahren ähnliche Züge⁴¹ und kann dieses, wo es durchgeführt werden soll oder als „Ersatz“ für ein förmliches Widerspruchsverfahren diskutiert wird⁴², „vorweg“nehmen.

Aus diesen Erfahrungen leitet sich die Empfehlung ab, ein Widerspruchsverfahren jedenfalls in den Fällen beizubehalten, in denen eine formalisierte Berücksichtigung der Interessen des Adressaten oder eines betroffenen Dritten vor der Verwaltungsentscheidung nicht sichergestellt ist. In diesen Fällen sollte zumindest die Option auf die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens bestehen.⁴³ Denn der Rechtsschutzsuchende wird selbst am besten und vor allem vor dem Hintergrund der konkreten Fallgestaltung beurteilen können, ob das Widerspruchsverfahren lediglich eine „Zeit verschwendende Durchlaufstation“ sein wird oder vielmehr eine Zeit (und Geld) sparende Möglichkeit, gemeinsam mit der Behörde und ggf. dem Begünstigten eine für alle akzeptable Lösung zu finden.

34 Abschlussbericht „Pilotprojekt Probeweise Abschaffung des Widerspruchsverfahrens im Regierungsbezirk Mittelfranken“, 15.11.2006/10.1.2007, <http://www.stmi.bayern.de/service/gesetzesentwurf/detail/16688/>; Berichte im Niedersächsischen Landtag: LT Drucks. 15/2313, 15/2852, 15/3085; Überblick zu den Erfahrungen in Bayern, Hamburg, Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern bei *Beaucamp/Ringeruth*, a.a.O., S. 428 ff. und *Biermann*, a.a.O., S. 401 ff.; zu den Ergebnissen in Niedersachsen vgl. die Bewertung durch *van Nieuwland*, NordÖR 2006, 191 ff. und NdsVBl. 2007, 38 ff. auf der einen Seite und *Meyer*, NdsVBl. 2009, 7 ff. auf der anderen Seite, die fast entgegengesetzte Schlüsse aus den bisherigen Erkenntnissen ziehen; zum bayerischen Abschlussbericht und seiner Bewertung vgl. *Holzner*, a.a.O., S. 220 f.; *Müller-Grüne/Grüne*, a.a.O., S. 65; *Unterreitmeier*, BayVBl. 2007, 609, 610 ff.; *Hüffer*, BayVBl. 2007, 619. Auch bei den Bewertungen dieses Abschlussberichts fällt auf, dass er sowohl zum Anlass genommen wird für die Schlussfolgerung, „Das Widerspruchsverfahren besitzt nur in einzelnen Schwerpunktbereichen praktische Bedeutung, in denen es sich teilweise bewährt hat, während es teilweise auch entbehrlich erscheint.“ (*Unterreitmeier*, a.a.O., S. 611), als auch für die gegenteilige Ansicht, dass es als akzeptanzsicherndes, befriedendes, einfaches und für den Bürger kostengünstiges Rechtsbehelfsverfahren beizubehalten sei, vgl. etwa *Beaucamp/Ringeruth*, a.a.O., S. 431; *Rüssel*, a.a.O., S. 526; *Biermann*, DÖV 2008, 395, 402.

35 *Beaucamp/Ringeruth*, a.a.O., S. 430 unter Verweis auf Erkenntnis in Bayern; *Biermann*, a.a.O., S. 141 unter Hinweis auf Untersuchungen des Justizministeriums des Landes Mecklenburg-Vorpommern.

36 Abschlussbericht Mittelfranken, a.a.O., S. 129.

37 *Beaucamp/Ringeruth*, a.a.O., S. 430.

38 *Beaucamp/Ringeruth*, a.a.O., S. 431; *Rüssel*, a.a.O., S. 526.

39 Die Bedeutung „informeller Lösungen“ bei Abschaffung des Widerspruchsverfahrens betonen z.B. *Meyer*, NdsVBl. 2009, 7, 10; *Kamp*, a.a.O., S. 48; *Kallerhoff*, NWVBl. 2008, 334, 339.

40 Ebenso: *Hoppe*, NWVBl. 2008, 38 ff.

41 *Hufen*, a.a.O., § 5 Rdnr. 5 [S. 67]; *Härtel*, a.a.O., S. 70 ff.; *Schneider*, a.a.O., S. 212.

42 *Härtel*, a.a.O., S. 70 ff.; vgl. hierzu auch *von Barga*, DVBl. 2004, 468 ff.

43 So auch *Rüssel*, a.a.O., S. 527; *Biermann*, a.a.O. S. 403 f.