

das BauROG 1998 in § 36 BauGB eingefügt, sie soll verhindern, dass eine Gemeinde ohne baurechtlich relevante Gründe die Erteilung der Baugenehmigung verzögert und den Bauherrn selbst bei eindeutiger Rechtslage zur Inanspruchnahme des Verwaltungsgerichts zwingt. Derartige Fälle waren in der Vergangenheit immer wieder festzustellen, die Mittel der Kommunalaufsicht erwiesen sich in der Praxis als unzureichend, um dem entgegenzuwirken (vgl. dazu *Horn NVwZ* 2002, 406). Allerdings bedarf § 36 II 3 BauGB einer landesrechtlichen Umsetzung, d. h. seine Anwendbarkeit hängt von einer landesrechtlichen Zuständigkeitsregelung ab (*Rieger in Schrödter*, § 36 Rdn. 22). Einige Länder hatten bereits vor Inkrafttreten des BauROG 1998 in ihre Bauordnungen Regelungen aufgenommen, durch die die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens erleichtert wurde und denen kommunalrechtlicher Charakter beizumessen war. Ob sich die Rechtsnatur dieser Regelungen aufgrund der Änderung des § 36 BauGB gewandelt hat, wird unterschiedlich beurteilt (eingehend dazu *Mösl BayVBl* 2003, 225), ist aber für die praktische Anwendung letztlich nicht entscheidend.

- 144 Im Einzelnen gilt Folgendes: In **Bayern** (Art. 74 BayBO), **Brandenburg** (§ 70 BbgBO), **Mecklenburg-Vorpommern** (§ 71 BauO MV), **Rheinland-Pfalz** (§ 71 BauO RhPf), **Sachsen** (§ 71 SächsBO), **Sachsen-Anhalt** (§ 70 BO LSA), **Thüringen** (§ 69 ThürBO) und im **Saarland** (§ 72 BauO Saar) hat die Bauaufsichtsbehörde die Befugnis, das Ermessen zu ersetzen und die Baugenehmigung ohne zusätzliche förmliche Entscheidung zu erteilen; die Genehmigung hat zugleich die Wirkung einer kommunalrechtlichen Ersatzvornahme. In Bayern, Rheinland-Pfalz und im Saarland ist die Befugnis nach ihrem Wortlaut als Ermessensentscheidung ausgestaltet, während in Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen und Sachsen-Anhalt eine Verpflichtung zur Ersetzung besteht. In Brandenburg und Thüringen soll das Einvernehmen ersetzt werden. Vor der Erteilung der Genehmigung ist die Gemeinde zu hören und ihr Gelegenheit zu geben, über das Einvernehmen in angemessener Frist erneut zu entscheiden. Widerspruch und Klage der Gemeinde haben auch im Hinblick auf die fiktive Ersatzvornahme keine aufschiebende Wirkung. In Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und im Saarland kann die Ersetzungsbefugnis im Vorverfahren auch von der Widerspruchsbehörde ausgeübt werden. In Bayern ist die Widerspruchsbehörde dagegen darauf beschränkt, die Bauaufsichtsbehörde anzuweisen, das Ersetzungsverfahren durchzuführen (vgl. *Lechner in Simon/Busse* Art. 74 Rdn. 71). Art. 74 V BayBO sieht eine Ersetzungsbefugnis der Widerspruchsbehörde nur für den Fall der Identität von Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde vor und ist infolge der neuen Rechtsprechung des BVerwG (s. o.) zum Anwendungsbereich des § 36 I 1 BauGB gegenstandslos. Das Gleiche gilt für die Widerspruchsbehörden in Sachsen und Thüringen (§§ 71 V SächsBO, 69 V ThürBO). In Mecklenburg-Vorpommern ist die Ausgangsbehörde zugleich auch Widerspruchsbehörde.
- 145 In **Hessen und Niedersachsen** wurde lediglich eine Zuständigkeitsbestimmung getroffen; zuständige Behörde im Sinn des § 36 II 3 BauGB ist die Bauaufsichtsbehörde und im Vorverfahren die Widerspruchsbehörde (§ 19 II a BauGBDVO He, § 1 BauGBDVO Nds). Die Ersetzung des Einvernehmens muss durch eine eigenständige Entscheidung erfolgen, die von der Gemeinde angefochten werden kann. Da ein Rechtsbehelf der Gemeinde hier aufschiebende Wirkung entfaltet, erfordert eine fehlerfreie Erteilung der Baugenehmigung, dass die sofortige Vollziehung der Ersetzungsentscheidung nach § 80 II Nr. 4 VwGO angeordnet wird (vgl. *OVG Lüneburg NVwZ* 1999, 1005; *VGH Kassel BRS* 63 Nr. 122).
- 146 Einige Länder haben davon abgesehen, die Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden zu erweitern und das Genehmigungsverfahren dadurch zu beschleunigen. In Baden-Württemberg wurde bislang überhaupt keine Zuständigkeitsbestimmung getroffen (kritisch dazu *Schmidt VBIBW* 2004, 452 [459]). In Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und im Saarland ist zuständige Behörde im Sinn des § 36 II 3 BauGB die Kommunalaufsichtsbehörde. Hier kann sich die Widerspruchsbehörde als Bauaufsichtsbehörde nicht über das fehlende Einvernehmen hinwegsetzen. Angesichts der Umständlichkeit und Langwierigkeit der kommunalaufsichtlichen Ersetzung des Einvernehmens ist die Klage beim Ver-

waltungsgericht auf Erteilung der Baugenehmigung für den Bauherrn der effektivere Weg, die Baugenehmigung zu erhalten.

**f) Normverwerfungskompetenz.** Im Vorverfahren kann ein Bauherr, dessen Bauantrag unter Hinweis auf die Festsetzungen eines Bebauungsplans abgelehnt wurde, geltend machen, das Vorhaben sei wegen Unwirksamkeit des Bebauungsplans anhand des § 34 BauGB zu beurteilen und danach zulässig. Ob dieses Vorbringen geeignet ist, dem Widerspruch zum Erfolg zu verhelfen, hängt davon ab, ob man die Widerspruchsbehörde für befugt hält, eine Sachentscheidung zu treffen, ohne den Bebauungsplan anzuwenden, wenn sie ihn nach eigener Prüfung als ungültig ansieht. Angesprochen ist damit die Frage, ob den Behörden eine Verwerfungskompetenz gegenüber Satzungen und anderen untergesetzlichen Rechtsnormen zusteht. Unstreitig fehlt den Behörden die Befugnis, eine untergesetzliche Rechtsnorm, etwa durch einen feststellenden Verwaltungsakt, allgemeinverbindlich für unwirksam zu erklären (*BVerwGE* 75, 142 = *NJW* 1987, 1344); eine dahin gehende Entscheidung ist den Oberverwaltungsgerichten im Rahmen des Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO vorbehalten (vgl. dazu auch *Gaentzsch* in *Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow* § 10 Rdn. 37). Davon zu trennen ist die Frage, ob Behörden befugt sind, eine Satzung oder Rechtsverordnung im Rahmen einer Einzelfallentscheidung, d. h. **inzident**, zu verwerfen. Die praktische Relevanz dieser Frage hat im Baurecht deutlich zugenommen, nachdem einerseits in den meisten Ländern die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens erleichtert wurde und andererseits das *BVerwG* das Erfordernis eines Einvernehmens bei Identität von Bauaufsichtsbehörde und Gemeinde hat entfallen lassen (s. o. Rdn. 142). Teilweise wird die Auffassung vertreten, eine Normverwerfungskompetenz sei mit der Planungshoheit der Gemeinde und den Grundgedanken der Rechtssicherheit unvereinbar. Die Behörde müsse das Verwaltungsverfahren aussetzen und bei der Gemeinde die Einleitung eines Verfahrens zur Aufhebung des Bebauungsplans anregen oder beim Oberverwaltungsgericht einen Antrag nach § 47 VwGO stellen. Unterbleibe eine Aufhebung des Bebauungsplans und werde auch kein Antrag nach § 47 VwGO gestellt, müsse der Bebauungsplan letztlich angewandt werden (*Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr* § 10 Rdn. 10 m. w. Nachw.). Nach anderer Auffassung, die sich auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung stützt und das Interesse der betroffenen Grundstückseigentümer anführt, ihre grundrechtlich geschützten Befugnisse nicht durch einen unwirksamen Bebauungsplan eingeschränkt zu sehen, kann sich die Behörde nach Anhörung der Gemeinde im Einzelfall über den Bebauungsplan hinwegsetzen (*Kalb* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* § 10 Rdn. 331 ff. m. w. Nachw.).

Das *BVerwG* hat auf grundsätzliche Äußerungen zur Frage der behördlichen Normverwerfung bislang verzichtet. Nach einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 (*BVerwGE* 112, 373 = *NVwZ* 2001, 1035) kann die höhere Naturschutzbehörde aber bei der Ausweisung eines Naturschutzgebiets von der Unwirksamkeit eines Bebauungsplans ausgehen, wenn die Gemeinde Hinweisen der für das Bauwesen zuständigen Behörden auf Mängel des Bebauungsplans nicht Rechnung getragen hat und die Unwirksamkeit des Plans in einem Rechtsstreit des Eigentümers des betroffenen Grundstücks von einem Gericht festgestellt wurde. Dem ist zu entnehmen, dass das *BVerwG* eine strikte Verpflichtung der Behörden, auch solche Satzungen anzuwenden, die von ihnen für ungültig gehalten werden, nicht sieht. Die Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte ist uneinheitlich. Während der *VGH München* (BRS 39 Nr. 32) und das *OVG Saarlouis* (*NVwZ* 1993, 396) einer Befugnis zur inzidenten Normverwerfung ablehnend gegenüberstehen, kann die Nichtanwendung eines Bebauungsplans oder einer Veränderungssperre nach Auffassung des *VGH Kassel* (*NVwZ* 1990, 885) und des *OVG Lüneburg* (*NVwZ* 2000, 1061) im Einzelfall durchaus geboten sein.

Die generelle Verneinung einer behördlichen Normverwerfungskompetenz führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Hervorzuheben ist zunächst, dass die Bauaufsichtsbehörde, wenn die Gemeinde ihrer Anregung zur Aufhebung des Bebauungsplans nicht folgt, oftmals nicht die Möglichkeit hat, eine fehlerhafte Sachentscheidung zu vermeiden, ohne

sich über den Bebauungsplan hinwegzusetzen. Nicht immer ist die Bauaufsichtsbehörde identisch mit der Behörde, die für die Kommunalaufsicht zuständig ist. Auch der Hinweis auf das Normenkontrollverfahren führt wegen der zweijährigen Antragsfrist nach § 47 II 1 VwGO nicht weiter. In der Praxis sind es meist ältere Bebauungspläne, deren Gültigkeit aufgrund später ergangener Gerichtsentscheidungen zweifelhaft erscheint. Der Zwang für die Behörde, selbst bei eindeutiger Rechtslage in der Sache eine fehlerhafte Entscheidung zu treffen, die vor Gericht erkennbar keinen Bestand haben wird, ist mit der Planungshoheit der Gemeinde und Aspekten der Rechtssicherheit nicht zu rechtfertigen. Die Planungshoheit wird hinreichend geschützt, wenn eine Überraschungsentscheidung vermieden und der Gemeinde Gelegenheit gegeben wird, ein Verfahren zur Aufhebung des Bebauungsplans oder zur Aufstellung eines neuen Bebauungsplans einzuleiten. Im Übrigen hat die Gemeinde die Möglichkeit, wenn sie die Auffassung der Bauaufsichtsbehörde nicht teilt und den Bebauungsplan für gültig hält, eine von den Festsetzungen des Plans abweichende Baugenehmigung unter Berufung auf die Planungshoheit anzufechten. Bedeutsamer erscheint der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit. Die Gefahr, dass eine Behörde vorschnell von der Ungültigkeit eines Bebauungsplans ausgeht, mehrere Behörden mit dem Bebauungsplan befasst sind und zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen oder im Laufe der Jahre die behördliche Bewertung des Bebauungsplans wechselt, ist nicht von der Hand zu weisen (vgl. *Engel NVwZ* 2000, 1258). Diese Gefahr kann jedoch entscheidend gemindert werden, indem die Normverwerfungskompetenz auf Fälle der **offensichtlichen Unwirksamkeit** des Bebauungsplans beschränkt wird (vgl. *VGH Kassel NVwZ-RR* 1994, 691). Mit dieser Beschränkung wird zugleich verhindert, dass eine Verwaltungspraxis entsteht, die im Ergebnis der Änderung des § 10 BauGB durch das BauROG 1998 und dem Verzicht auf das Anzeigeverfahren, d. h. auf die Kontrolle des Bebauungsplans durch die staatliche Verwaltung, zuwiderläuft. Denn soweit eine Normverwerfungskompetenz im Hinblick auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung angenommen wird, muss konsequenterweise auch eine entsprechende Prüfungspflicht bejaht werden.

- 150 Kann die Behörde eine offensichtliche Unwirksamkeit der Satzung nicht feststellen, ist auf deren Grundlage in der Sache zu entscheiden. Zweifel an der Gültigkeit der Satzung allein berechtigen die Behörde nicht, von einer Anwendung bei der Sachentscheidung abzusehen oder die Entscheidung längerfristig zurückzustellen. Eine Aussetzung des Verfahrens kommt lediglich dann in Betracht, wenn begründete Zweifel an der Gültigkeit der Satzung bestehen und ein kommunalaufsichtliches Verfahren zur Aufhebung der Satzung eingeleitet oder bei – einer – neueren Satzung – rechtzeitig ein Normenkontrollantrag gestellt wurde.

## V. Kosten des Vorverfahrens

### 1. Überblick

- 151 Die Erhebung des Widerspruchs und die Durchführung des Vorverfahrens können für den Widerspruchsführer, etwaige Dritte oder die beteiligten Behörden mit finanziellem Aufwand verbunden sein. Der Widerspruchsführer und der Bauherr, der beispielsweise durch einen Nachbarwiderspruch in ein förmliches Verfahren hineingezogen worden ist, können sich zur Wahrung oder Verteidigung ihrer Rechte eines Rechtsanwalts bedienen haben, der sein Honorar verlangt. Die Bauaufsichtsbehörde mag zur Aufklärung des Sachverhaltes oder zur Bekräftigung ihrer angegriffenen Entscheidung einen Sachverständigen beauftragt haben, der entschädigt werden will. Der Widerspruchsbehörde entstehen durch ihre Tätigkeit Verwaltungskosten. Die finanzielle Seite des Vorverfahrens wird indes durch die VwGO nur unvollständig geregelt. In §§ 72, 73 III 2 VwGO ist lediglich bestimmt, dass die Abhilfeentscheidung bzw. der Widerspruchsbescheid mit über die Kosten des Vorverfahrens zu befinden hat und dass diese Kosten – falls sich ein verwaltungsgerichtliches

Klageverfahren anschließt – als Teil der Gerichtskosten gelten, § 162 I VwGO (vgl. K 3. Teil, VII 1. d). Die VwGO enthält jedoch für den Fall, dass dem Vorverfahren ein Prozess nicht folgt (sog. **isoliertes Vorverfahren**), keine Bestimmungen über die Kostentragungspflicht und über die Verwaltungskosten (*BVerwGE* 61, 362 = DVBl 1981, 684). Die Lücken haben der Bund und die Bundesländer weitgehend mit eigenen Gesetzen geschlossen. Sie haben dabei unterschieden zwischen den Kosten, die dem am Vorverfahren Beteiligten entstanden sind, und den Kosten in Form von Gebühren und Auslagen, mit denen die Tätigkeit der Widerspruchsbehörde abgegolten wird.

Die Grundsätze über die **Kostenverteilung** sind in § 80 VwVfG niedergelegt, sie besagen, dass derjenige, der im Vorverfahren unterlegen ist, seine eigenen finanziellen Belastungen selbst tragen muss und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des anderen diesem zu erstatten hat. Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder enthalten Kostenvorschriften, die § 80 VwVfG vollständig oder zumindest weitgehend entsprechen; in Rheinland-Pfalz ist die einschlägige Kostenregelung in § 19 AGVwGO RhPf enthalten. 152

In **Kommunalabgabesachen** ist die Kostenerstattung in den Ländern allerdings unterschiedlich geregelt. Einzelne Länder verweisen für die Erhebung von Kommunalabgaben, zu denen auch Erschließungsbeiträge zählen, dergestalt auf die AO 1977, dass die § 80 VwVfG entsprechende Kostenvorschrift nicht anwendbar ist. Die Rechtsbehelfsvorschriften der AO 1977 aber, die dann allein einschlägig sind, sehen keine Kostenerstattung vor. Das liegt daran, dass das außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren der AO 1977 als ein verlängertes Verwaltungsverfahren angesehen wird (vgl. *Szymczak* in *Koch/Scholtz*, AO, vor § 347 Rdn. 9f.). **Anwendbar** ist die § 80 VwVfG entsprechende Kostenregelung in folgenden Ländern: 153

**Baden-Württemberg**, § 80 IV Nr. 2 VwVfG BW,

**Bayern**, Art. 2 II Nr. 1 BayVwVfG,

**Berlin**, da § 1 I des Gesetzes über die Berliner Verwaltung auf das VwVfG des Bundes, mithin auch auf § 80 VwVfG verweist,

**Bremen**, § 2 II Nr. 1 BremVwVfG,

**Hamburg**, da das VwVfG Hmb seine Anwendbarkeit in § 2 II Nr. 1 nur für die Verfahren der Landesfinanzbehörden in Steuerangelegenheiten ausschließt,

**Mecklenburg-Vorpommern**, § 80 II Nr. 4 VwVfG MV,

**Niedersachsen**, § 2 II Nr. 1 VwVfG Nds.,

**Rheinland-Pfalz**, da § 3 V KAG RhPf auf § 19 AGVwGO RhPf verweist,

**Saarland**, § 2 II Nr. 1 VwVfG Saar (vgl. OVG Saarlouis NVwZ 1987, 508, str.),

**Sachsen**, § 1 SächsVwVfG (OVG Bautzen JbSächsOVG 10, 157),

**Sachsen-Anhalt**, § 2 II Nr. 1 VwVfG LSA,

**Schleswig-Holstein**, § 11 KAG SH.

**Thüringen**, § 2 II Nr. 1 ThürVwVfG

In Bremen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt wird die Anwendbarkeit des jeweiligen Verwaltungsverfahrensgesetzes in § 2 II nur ausgeschlossen, soweit die AO 1977 anzuwenden ist. Da die AO 1977 keine Regelungen über die Kostenerstattung enthält, kommt insoweit auch keine entsprechende Anwendung in Betracht. Es gilt mithin die § 80 VwVfG entsprechende Regelung.

Keine Kostenerstattung ist vorgesehen in:

154

**Brandenburg**, § 2 II Nr. 1 BbgVwVfG i. V. m. § 12 I Nr. 5 BbgKAG,

**Hessen**, § 2 II Nr. 1 VwVfG He i. V. m. § 4 I Nr. 5 KAG He,

**Nordrhein-Westfalen**, § 2 II Nr. 1 VwVfG NW i. V. m. § 12 I Nr. 5 KAG NW

In den zuletzt genannten Ländern sind die Verwaltungsverfahrensgesetze nicht anwendbar in Verfahren, die nach den Vorschriften der AO – was in Kommunalabgabensachen hier jeweils der Fall ist – durchzuführen sind (vgl. *BVerwGE* 82, 336 = NVwZ 1990, 585 zur früheren Rechtslage in Bayern). Dem im isolierten abgabenrechtlichen Vorverfahren obsiegenden Abgabepflichtigen bleibt nur die Möglichkeit, die ihm entstandenen Kosten

gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG erstattet zu verlangen. Der Rechtsweg geht zu den Zivilgerichten und ist ohne anwaltliche Hilfe nicht zu beschreiten.

## 2. Kosten der Beteiligten

- 155 a) Erfolg des Widerspruchs.** Soweit der Widerspruch erfolgreich ist, hat der Rechtsträger, dessen Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, demjenigen, der Widerspruch erhoben hat, nach § 80 I 1 VwVfG die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder enthalten durchweg eine inhaltsgleiche Regelung. Für den Erstattungsanspruch des Widerspruchsführers ist es gleichgültig, ob die Entscheidung über den Widerspruch zu Recht ergeht und auf welchen Gründen sie beruht (*BVerwG NVwZ* 1983, 544; *BVerwGE* 101, 64 = *NVwZ* 1997, 272), abzustellen ist allein auf eine äußere Betrachtungsweise. Es spielt keine Rolle, ob rechtliche Erwägungen oder Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit für die Entscheidung maßgebend sind. Auf eine Differenzierung nach Entscheidungsgründen hat der Gesetzgeber, wie aus der Begründung zu § 80 I 1 VwVfG (BT-Dr. 7/910 S. 92) hervorgeht, bewusst verzichtet. Auch steht dem Kostenerstattungsanspruch nicht entgegen, dass dem Widerspruch im Hinblick auf eine nach Erlass der Ausgangsentscheidung eingetretene Änderung der Sach- oder Rechtslage stattgegeben wird (*VGH Mannheim NJW* 1986, 1370). Bei einer ursprünglich rechtmäßigen Entscheidung kann die Ausgangsbehörde allerdings wegen der Änderung der Sach- oder Rechtslage einen Widerruf nach § 49 VwVfG verfügen (s. u. Rdn. 127).
- 156** Zu den erstattungsfähigen Kosten können Porto, Telefon- und Telefaxgebühren und Kosten der Fahrt zu einem behördlich anberaumten Orts- oder Besprechungstermin gehören. Der Arbeits- und Zeitaufwand für den Widerspruchsführer ist nicht erstattungsfähig (*Busch in Knack § 80 Rdn. 94*, vgl. auch *OVG Lüneburg NJW* 1969, 1923 zu § 161 VwGO). Ein Verdienstausschlag, etwa wegen Teilnahme an einem Behördentermin, ist im Rahmen der Sätze des Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetzes. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden haben keinen Anspruch auf Entschädigung für die Zeitversäumnis wegen Wahrnehmung eines Termins im Vorverfahren (vgl. dazu *BVerwG NVwZ* 2005, 466).
- 157** Zu den erstattungsfähigen Aufwendungen gehören ferner die **Kosten für ein Gutachten**, welches in das Vorverfahren zu Beweis Zwecken eingeführt worden ist. Es hat der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor allem gedient, wenn es die Ursache für den Erfolg des Widerspruchs war. Aber auch dann, wenn sich der Widerspruchsführer aus einem anderen Grund hat durchsetzen können, bleibt ihm sein Erstattungsanspruch erhalten. Für die Erstattungspflicht ist es gleichgültig, aus welchem Grund der Widerspruch erfolgreich war, sofern die Einholung des Gutachtens aus Sicht eines verständigen Widerspruchsführers zur Klärung des Sachverhalts, insbesondere im Hinblick auf die Begründung der Ausgangsentscheidung, unerlässlich erscheinen musste. Die Erstattungsfähigkeit setzt allerdings voraus, dass das Gutachten zum Widerspruchs- und nicht zum Ausgangsverfahren gehört (*VGH Mannheim NJW* 1986, 1370; vgl. auch *VGH München BayVBl* 1999, 762). Sofern beispielsweise die planungsrechtliche Zulässigkeit der Ansiedlung einer Tischlereiwerkstatt in einem Gebiet mit überwiegender Wohnbebauung von der Einhaltung zulässiger Lärmrichtwerte abhängt, bedarf es der Vorlage eines Lärmgutachtens. Da es grundsätzlich Aufgabe des Bauherrn ist, die für das Baugenehmigungsverfahren erforderlichen Unterlagen zu beschaffen und vorzulegen, steht das erst im Vorverfahren eingereichte Gutachten im sachlichen Zusammenhang mit dem Ausgangsverfahren und kann daher nicht mit den Widerspruchskosten abgerechnet werden (*OVG Lüneburg UPR* 1986, 187).
- 158** Die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts oder sonstigen Bevollmächtigten im Vorverfahren sind nach § 80 II VwVfG erstattungsfähig, wenn die **Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig** war. Die Vorschrift des § 80 II VwVfG bezieht sich nur auf die Kosten einer Vertretung des Widerspruchsführers im Vorverfahren. Grundlage für

die Erstattung von Kosten, die durch die Einholung eines fachkundigen Rats entstanden sind, ohne dass damit eine förmliche Vertretung des Widerspruchsführers verbunden war, ist unmittelbar § 80 I 1 VwVfG (*BVerwGE* 79, 233 = *NVwZ* 1988, 721). Als notwendig ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts oder sonstigen Bevollmächtigten anzusehen, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte (*BVerwGE* 55, 299 [306] = *NJW* 1978, 1988), es gelten insoweit die gleichen Grundsätze wie bei der Entscheidung nach § 162 II 2 VwGO im gerichtlichen Verfahren. Maßgebend ist, ob dem Beteiligten nach seiner Vorbildung, Erfahrung und seinen sonstigen persönlichen Umständen zuzumuten war, das Verfahren selbst zu führen (*BVerwG NVwZ* 1987, 813; *NVwZ-RR* 2002, 447). Zu berücksichtigen sind neben der Schwierigkeit und dem Umfang des Falles und der allgemeinen persönlichen Sach- und Rechtskunde des Widerspruchsführers insbesondere auch die berufsbedingte und durch sonstige Umstände bedingte Vertrautheit mit dem Sach- und Rechtsgebiet (*Kopp/Ramsauer* § 80 Rdn. 40). Die Berücksichtigung persönlicher Fähigkeiten und Kenntnisse geht allerdings nicht so weit, dass ein Rechtsanwalt, der in eigener Sache betroffen ist, unter Kostengesichtspunkten stets gehalten ist, das Verfahren selbst zu führen. In schwierigen und umfangreichen Sachen ist auch ihm die Hinzuziehung eines Kollegen zuzubilligen. Sind die Voraussetzungen für die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten an sich erfüllt, kann der sich selbst vertretende Rechtsanwalt – in Anwendung des in § 91 II 4 ZPO enthaltenen Rechtsgedankens – die Gebühren geltend machen, die ihm nach Gebührenordnung bei der Vertretung eines Dritten zustünden (*BVerwGE* 61, 100 = *DVBl* 1981, 680; a. A. *Pietzner/Ronellenfisch* § 46 Rdn. 18).

Von einem allgemeinen Regel-Ausnahme-Verhältnis ist bei der Anwendung des § 80 II VwVfG nicht auszugehen (ebenso *Busch* in *Knack* § 80 Rdn. 77). Abzustellen ist auf den **Einzelfall**, was aber nicht ausschließt, dass sich die Zuziehung eines Rechtsanwalts auf manchen Rechtsgebieten häufig als notwendig erweist, auf anderen Rechtsgebieten dagegen dem Widerspruchsführer eher zugemutet werden kann, das Verfahren selbst zu führen (vgl. dazu *BVerwG NVwZ-RR* 2002, 447). Im Vergleich zum gerichtlichen Verfahren ist der Anteil der einfach gelagerten Fälle im Vorverfahren erfahrungsgemäß größer, dementsprechend wird hier weniger häufig Anlass bestehen, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären, ohne dass dies unterschiedliche Maßstäbe zum Ausdruck bringt. In Streitigkeiten über Erschließungs- und Straßenbaubeiträge wird die Zuziehung eines rechtskundigen Bevollmächtigten allerdings zumeist erforderlich sein, weil dabei vielfach schwierige Sach- und Rechtsfragen besonders im Hinblick auf das gemeindliche Satzungsrecht auftreten (*VGH München BayVBl* 1988, 630 und *OVG Münster NVwZ-RR* 1990, 668). Auch in Streitigkeiten wegen Erteilung einer Baugenehmigung wird einem Bauherrn oftmals nicht zuzumuten sein, das Verfahren selbst zu führen. Keine Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist allerdings geboten bei Werbesachen, wenn es ausschließlich um Fragen der Verunstaltung und Störung des Ortsbildes und das Urteil des sog. gebildeten Durchschnittsbetrachters geht. Die Bewertungsfragen und ihre möglichen Antworten kann ein Unternehmer, der in der Wirtschaftswerbung ständig tätig ist und dabei Erfahrung gesammelt hat, i. d. R. selbst erkennen und schriftlich verständlich darlegen (zutr. *OVG Münster MDR* 1983). Auch fehlt es an der Erforderlichkeit der Zuziehung eines Rechtsanwalts, wenn im Ausgangsbescheid ein offensichtlich streitentscheidender Gesichtspunkt nicht berücksichtigt wurde, der vom Widerspruchsführer unschwer selbst geltend gemacht werden kann. Hat z. B. die Ausgangsbehörde eine Abrissverfügung erlassen mit der Absicht, den Grundstückseigentümer als Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen, und ist noch vor der Zustellung der Verfügung ein Eigentumswechsel eingetreten, ohne dass dies der Behörde bekannt wurde, bedarf es keines Rechtsanwalts, um die Änderung der Sachlage darzulegen.

Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 80 II VwVfG für einen Ersatz von Rechtsanwaltskosten vorliegen, ist derjenige, zu dem die Bevollmächtigung erfolgte (*BVerwG NVwZ-RR* 1999, 611).

- 161 Erstattungsfähig sind nur die **gesetzlich vorgesehenen** Gebühren und Auslagen des Bevollmächtigten, darüber hinausgehende Kosten, etwa aufgrund einer Honorarvereinbarung, kann der Widerspruchsführer nicht beanspruchen (*VGH München* NJW 1992, 854). Bei der Anwendung der Gebührenordnung ist von dem Gegenstandswert auszugehen, der für die Festsetzung von Gerichtsgebühren maßgebend ist (*BVerwG* DVBl 1990, 869).
- 162 Nach § 80 I 4 VwVfG hat der Widerspruchsführer seine im Vorverfahren entstandenen Aufwendungen selbst zu tragen, die durch sein **Verschulden** oder durch das seines Vertreters entstanden sind (z. B. die Fahrtkosten zu einem Ortstermin, der wiederholt werden musste, weil der Widerspruchsführer die zu diesem Termin benötigten Unterlagen vergessen hatte, s. *Kopp/Ramsauer* § 80 Rdn. 56). Wenn sich hingegen sein Verschulden darauf bezieht, dass er den ihn beschwerenden, dann aber mit Erfolg angefochtenen Ausgangsbescheid nicht vermieden hat, geht sein Erstattungsanspruch nicht unter (*BVerwG* BayVBl 1988, 159). § 120 VwG SH sieht keinen ausdrücklichen Ausschluss selbstverschuldeter Aufwendungen von der Erstattungsfähigkeit vor.
- 163 Falls der Widerspruchsführer zwar keinen Erfolg hatte, mit seinem Widerspruch aber nur deshalb scheiterte, weil der Fehler der Ausgangsbehörde im Widerspruchsverfahren geheilt werden konnte, sind die Kosten ebenfalls erstattungsfähig. Die **nachträgliche Heilung von Verfahrensfehlern** soll sich gem. § 80 I 2 VwVfG kostenrechtlich nicht zum Nachteil des Widerspruchsführers auswirken, kostenrechtlich wird ein Erfolg des Widerspruchs fingiert (*Pietzner/Ronellenfisch* § 46 Rdn. 3). Es muss sich aber um eine Heilung i. S. von § 45 VwVfG handeln, und die Korrektur muss nach Erhebung des Widerspruchs erfolgt sein (vgl. *Kopp/Ramsauer* § 80 Rdn. 30 m. w. Nachw. zum Streitst.). Die Heilung kann darin bestehen, dass
- der für den Erlass des Ausgangsbescheides erforderliche Antrag nachgeholt,
  - die erforderliche Begründung nachgeschoben,
  - die erforderliche Anhörung nachgeholt oder
  - die erforderliche Mitwirkung eines Ausschusses bzw. einer Behörde nachgeholt wurde.
- Wenn jedoch der Verfahrensfehler unbeachtlich ist, weil ohnehin keine andere Entscheidung als die angefochtene hätte getroffen werden können (vgl. § 46 VwVfG), dann steht dem Widerspruchsführer auch kein Kostenerstattungsanspruch zu.
- 164 Hat der Widerspruch nur teilweise Erfolg und wird er im Übrigen zurückgewiesen, sind die Verfahrenskosten **zu teilen**. Maßstab für die Kostenverteilung ist das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen bezogen auf den Streitgegenstand insgesamt.
- 165 **b) Zurückweisung des Widerspruchs.** Soweit der Widerspruch erfolglos geblieben ist, hat derjenige, der den Widerspruch erhoben hat, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Behörde, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen hat, zu erstatten (§ 80 I 3 VwVfG). In Schleswig-Holstein besteht für den Widerspruchsführer allerdings keine Erstattungspflicht, § 120 VwG SH unterscheidet sich insoweit von den Regelungen der anderen Länder. Hier hat der Widerspruchsführer lediglich für die Entscheidung der Widerspruchsbehörde nach Maßgabe des Verwaltungskostenrechts Gebühren zu entrichten, u. U. ist auch ein Ersatz von Auslagen zu leisten. Das Gleiche gilt im Übrigen allgemein dann, wenn Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde identisch sind. § 80 I 3 VwVfG knüpft an einem „dreigliedrigen Verfahrensverhältnis an, wie es auch in §§ 68, 73 VwGO als Regelfall vorausgesetzt wird (*Pietzner/Ronellenfisch* § 44 Rdn. 22).
- 166 Erfolglos i. S. d. § 80 I 3 VwVfG ist nur der Widerspruch, der **zurückgewiesen** wird; eine Rücknahme des Widerspruchs (*Kopp/Ramsauer* § 80 Rdn. 31) oder anderweitige Erledigung des Verfahrens (*BVerwGE* 62, 201 = NJW 1982, 301) wird von § 80 I 3 VwVfG nicht erfasst. Ebenso wenig wie der Widerspruchsführer beim erfolgreichen Widerspruch hinsichtlich seines Zeit- und Arbeitsaufwands eine Kostenerstattung geltend machen kann, kann die Ausgangsbehörde vom Widerspruchsführer beim erfolglosen Widerspruch