

I. Überblick

1 Gemäß § 68 I 1 und II VwGO sind vor der Erhebung von Anfechtungsklage und Verpflichtungsklage Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsaktes in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Anlass von Streitigkeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Baurechts ist in der Praxis meist ein Verwaltungshandeln in Form eines Verwaltungsaktes (§ 35 VwVfG), insbesondere:

- die Versagung einer Baugenehmigung
- die Erteilung einer Baugenehmigung, die sich für den Nachbarn als Belastung darstellt
- die Zurückstellung eines Baugesuchs
- die Baueinstellungsverfügung
- die Abrissverfügung
- die Mängelbeseitigungsverfügung
- die Nutzungsuntersagungsverfügung
- die Festsetzung einer Gebühr für eine Baugenehmigung
- der Erschließungsbeitragsbescheid.

Es liegt daher die Annahme nahe, dass es bei baurechtlichen Streitigkeiten regelmäßig der Durchführung eines Vorverfahrens bedarf, bevor die Gerichte in Anspruch genommen werden können. Bis vor einigen Jahren entsprach diese Annahme auch der Rechtswirklichkeit; die Regelung in § 68 I 2 VwGO über den Ausschluss des Vorverfahrens hatte nicht nur gesetzestechnisch, sondern auch aus praktischer Sicht Ausnahmecharakter. Von der in § 68 I 2 VwGO verankerten Möglichkeit, das Vorverfahren einzuschränken, hatten die Länder nur wenig Gebrauch gemacht, das öffentliche Baurecht war nur am Rande betroffen. Seit einigen Jahren hat sich das Bild gewandelt. Im Zuge von Verwaltungsreformen haben manche Länder die Öffnungsklausel in einem Umfang genutzt, der das öffentliche Baurecht nicht unberührt ließ. Zum Teil wurde eine erfolgte Abschaffung des Widerspruchsverfahrens jedoch auch bereits wieder rückgängig gemacht (→ Rn. 19).

2 Das Vorverfahren dient drei Zwecken (*BVerwGE* 51, 314 = *NJW* 1977, 1894), die eng miteinander verknüpft sind. Zunächst verbessert es den individuellen **Rechtsschutz** des Bürgers, indem es den mit Widerspruch angefochtenen Verwaltungsakt nicht nur der Kontrolle der Verwaltung unterwirft, sondern die Pflicht zur Nachprüfung auch weiter reichen lässt als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Dort findet bei Ermessensentscheidungen nur eine auf Einhaltung der rechtlichen Grenzen beschränkte Ermessenskontrolle statt (§ 114 VwGO), während im Vorverfahren auch die Zweckmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes oder die seiner Ablehnung überprüft werden muss. Vorteilhaft für den Rechtsschutzsuchenden wirkt sich ferner aus, dass das Vorverfahren im Allgemeinen zügiger durchgeführt werden kann als ein gerichtliches Verfahren. Allerdings erfordert die Wahrnehmung der Rechtsschutzfunktion eine angemessene Personalausstattung der Widerspruchsbehörde. Fehlt es daran, wird sich das Vorverfahren rasch zu einer funktionswidrigen „Durchlaufstation“ entwickeln.

3 Dem Vorverfahren wird ferner eine **Filterwirkung zugesprochen**, indem es die Verwaltungsgerichte entlastet. Unnötige Klagen können durch Nachholung einer vertiefenden Begründung des angefochtenen Verwaltungsaktes vermieden, Missverständnisse durch Anhörung des Betroffenen klargestellt werden. Die Verwaltung kann bei der Überprüfung selbst auf Mängel in ihrer Entscheidung stoßen und diese korrigieren. Dieser Entlastungseffekt war lange Zeit unbestritten, insbesondere nachdem in Bayern das Vorverfahren in Bausachen versuchsweise abgeschafft worden war und die Abschaffung zu Beginn des Jahres 1974 nach einem erheblichen Anstieg der Eingangszahlen bei den Verwaltungsgerichten wieder rückgängig gemacht wurde (vgl. dazu *Lotz BayVBl* 1987, 738 [741]). In den vergangenen Jahren wurde das Vorverfahren im Zusammenhang mit Bemühungen der Länder, Verwaltungsressourcen einzusparen und das Verfahren zu beschleunigen, dann aber zunehmend Gegenstand der rechtspolitischen Diskussion (eingehend dazu *Biermann DÖV* 2008,

395). Insbesondere wurde der Entlastungseffekt kritisch hinterfragt. Die Auswertung vorhandener Daten sowie Bewertung von Modellversuchen führten zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen. Beispielsweise wurde in Bayern zur Begründung der weitgehenden Abschaffung des Vorverfahrens zum 1.7.2007 ein Pilotprojekt in Mittelfranken herangezogen (LT-Dr. 15/7252 S. 6 ff.), dessen Ergebnisse an sich für eine Beibehaltung des Vorverfahrens in weiteren bedeutenden Rechtsgebieten sprachen (vgl. *Heiß/Schreiner* BayVBl 2007, 616). Erkennbar ist, dass der Entlastungseffekt einer nach Rechtsgebieten differenzierenden Betrachtungsweise bedarf (vgl. *Steinbeiß-Winkelmann* NVwZ 2009, 686 [689]). Für das Baurecht ist festzustellen, dass zwar nur in ca. 25% der Fälle eines erfolglosen Widerspruchs Klage zum Verwaltungsgericht erhoben wird. Eine entlastende Wirkung ist damit nicht von der Hand zu weisen, wobei mit diesem Befund nicht gesagt ist, wieviele Beschwerdeführer sich ohne ein Widerspruchsverfahren unmittelbar zur Klage entschließen würden. Da andererseits Widersprüche im Baurecht statistisch nur in wenigen Prozent der Fälle erfolgreich sind und der Ausgangsbehörde in der Regel eine hohe Fachkompetenz zukommt, empfahl die von der Bayerischen Staatsregierung im Jahr 2002 eingesetzte Deregulierungskommission (sog. „Henzler-Kommission“) die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in diesem Bereich (Bericht der Deregulierungskommission, Juli 2003, S. 131 ff.) Die Entlastung beschränkt sich indes nicht auf die Vermeidung gerichtlicher Verfahren, sie kann sich auch in den Fällen bemerkbar machen, die anschließend einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Nicht selten werden die entscheidungserheblichen Tatsachen, ohne selbst umstritten zu sein, erst im Vorverfahren vollständig erfasst. Das Verwaltungsgericht kann sich dann auf die Entscheidung der strittigen Rechtsfragen konzentrieren.

Im Vorverfahren kann die Verwaltung ihren Verwaltungsakt schließlich einer **Selbstkontrolle** unterziehen. Sie erhält nicht nur Gelegenheit, die tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Gesichtspunkte, die sie ihrer Entscheidung zu Grunde gelegt hat, zu überdenken; sie kann auch nachträgliche Bedenken und Anregungen von dritter Seite aufgreifen und daran die Zweckmäßigkeit ihres Handelns messen. 4

Die unterschiedliche Bedeutung des Vorverfahrens wirft die Frage nach deren **Rechtsnatur** auf. Je nach Auslegung werden die das Vorverfahren regelnden Normen anzuwenden sein. Dazu ist Folgendes zu bemerken: Ausgehend von der Gesetzgebung des Bundes gem. Art. 74 Nr. 1 GG konnten die Vorschriften über das Vorverfahren in §§ 68 ff. VwGO mit Wirkung für die Behörden der Länder nur ergehen, weil das Vorverfahren dem Verwaltungsgerichtsverfahren zugerechnet wird. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Vorverfahren ausschließlich Teil des Verwaltungsprozesses ist. § 79 VwVfG bestimmt lediglich eine vorrangige Geltung der VwGO und der zu ihrer Ausführung ergangenen Rechtsvorschriften, im Übrigen sind die Vorschriften des VwVfG anwendbar. Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder enthalten entsprechende Regelungen. Hieraus folgt, dass das Vorverfahren dem Grunde nach zum Verwaltungsverfahren gehört (vgl. auch *BVerwGE* 82, 336 = NVwZ 1990, 651) und lediglich funktional in den Verwaltungsprozess hineinragt. Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmen ohnehin seinen Gang, während die Exekutive im Verwaltungsprozess nur der Rechtskontrolle ausgesetzt ist. Treten im Vorverfahren Regelungslücken auf, sind daher zu ihrer Ausfüllung die Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren heranzuziehen, sofern nicht die Eigenart des Widerspruchs als prozessvorbereitender Rechtsbehelf eine entsprechende Anwendung verwaltungsgerichtlicher Vorschriften erfordert. Bei Verwaltungsakten von Landesbehörden und Kommunen ist auf das VwVfG des jeweiligen Landes abzustellen (§ 1 I-III VwVfG). Da die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder jedoch weitgehend den Regelungen des Bundes entsprechen, kann in den weiteren Erläuterungen zunächst auf die letztgenannten Bestimmungen Bezug genommen werden. 5

Der Widerspruchsbescheid kann danach sowohl Rechtsbehelfs- als auch materieller Bescheid sein. Letzteres ist zB der Fall, wenn er eine Beitragszahlungspflicht dadurch begründet, dass er den Ausgangsbescheid ändert oder ergänzt (vgl. *OVG Münster* DVBl 1986, 779). 6

- 7 Ähnlich wie im Klageverfahren wird auch im Vorverfahren zwischen der Zulässigkeit und der Begründetheit des Rechtsbehelfs unterschieden. Im Vorverfahren ist die Unterscheidung von Bedeutung für die Fragen, ob dem Widerspruch aufschiebende Wirkung nach § 80 I VwGO zukommt (str.; → K V Rn. 7). In Anlehnung an den Sprachgebrauch im gerichtlichen Verfahren wird der Widerspruch, der eine mögliche Anfechtungsklage vorbereitet, als Anfechtungswiderspruch bezeichnet. Von einem Verpflichtungswiderspruch spricht man bei Vorbereitung einer Verpflichtungsklage.

II. Einleitung des Vorverfahrens

- 8 Das Vorverfahren beginnt gemäß § 69 VwGO mit der Erhebung des Widerspruchs. Nicht jede Missbilligung einer behördlichen Entscheidung ist als Widerspruch gedacht. Ob ein Widerspruch vorliegt, ist durch verständige **Auslegung** zu ermitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Widerspruch dem Betroffenen nicht nur den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ebnet, sondern für ihn auch nachteilige Wirkungen haben kann. Der auf den Widerspruch hin ergehende Widerspruchsbescheid kann ihn mehr belasten als der Ausgangsbescheid, den er angefochten hat. So wird es in der Entscheidung des BVerwG (BVerwGE 51, 310 = NJW 1977, 1894) nicht beanstandet, dass die Anordnung der Bauaufsichtsbehörde, einen Gebäudeteil abzureißen, von der Widerspruchsbehörde dahin gehend erweitert wurde, dass das Gebäude vollständig abzureißen sei (zur „reformatio in peius“ → Rn. 133 ff.). Außerdem ist die Durchführung eines Vorverfahrens für den Betroffenen in der Regel mit Kosten verbunden, falls der Widerspruch ohne Erfolg bleibt (→ Rn. 157 ff.). Daher sollte die Behörde bei einer Unklarheit über das vom Bürger Gewollte bei ihm zunächst rückfragen; denn ein Rechtsbehelfsantrag kann auch als bloße Aufsichtsbeschwerde oder als sonstige Gegenvorstellung gedacht sein. Die Betreuungs- und Fürsorgepflichten, die der angerufenen Behörde nach § 25 VwVfG obliegen (Kallerhoff in SBS § 25 Rn. 1), machen es ihr ohnehin zur Aufgabe, den Bürger über die verfahrensrechtliche Lage aufzuklären (Näheres bei Jochum NVwZ 1987, 460). Im Allgemeinen wird sie aber von einem Widerspruch ausgehen können, wenn sich der Betroffene unter Wahrung der Widerspruchsfrist (→ Rn. 42) gegen einen Verwaltungsakt gewandt hat.
- 9 Für die Beurteilung, ob es sich bei einem Rechtsbehelf um einen Widerspruch handelt, kommt es nicht auf die gewählte Formulierung an. Die Eingabe muss nicht ausdrücklich als Widerspruch bezeichnet sein. Eingaben von Nachbarn mit den Wendungen „lehnen wir das Bauvorhaben ab“ oder „unsere Rechte geben wir nicht preis“ oder „wir kämpfen mit allen Mitteln gegen den geplanten Bau“ sind fraglos der Sache nach Widersprüche, wenn eine sie belastende Baugenehmigung vorliegt. Umgekehrt sind ablehnende Äußerungen von Baunachbarn im Angrenzerverfahren, d. h. vor der Entscheidung der Behörde, auch dann nicht als Widerspruch zu werten, wenn davon die Rede ist, dass „dem Bauvorhaben widersprochen“ werde. Hohe förmliche Anforderungen sind an vom Bürger verfasste Widersprüche nicht zu stellen. Es genügt, wenn der Inhalt eines Schreibens erkennen lässt, dass gegen einen Verwaltungsakt Einwände mit dem Begehren erhoben werden, ihn gänzlich oder teilweise aufzuheben. Dafür ist eine genaue Bezeichnung des Verwaltungsaktes nicht erforderlich. Es reicht aus, dass sich die Zielrichtung des Begehrens aus der Widerspruchschrift entnehmen lässt. Fehlt es an einer eindeutigen und zweifelfreien Erklärung des tatsächlich Gewollten, hat die Behörde den **wirklichen Willen** des Widerspruchsführers durch Auslegung seiner Erklärung zu ermitteln. Dabei hat sie in entsprechender Anwendung von § 24 II VwVfG zugunsten des Widerspruchsführers von demjenigen Inhalt eines Widerspruchs auszugehen, der nach Lage der Sache in Betracht kommt und der den Belangen des Widerspruchsführers erkennbar entspricht, weil er Erfolg haben kann (BVerwGE 115, 302 = NJW 2002, 1137; BFHE 147, 403 = NVwZ 1988, 192). Beziehen sich zB die Einwendungen gegen eine bauliche Anlage, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich der Nachbar gegen alles wehrt, also auch gegen das,

was dem Erfolg seines Widerspruchs gegen die Baugenehmigung im Wege stehen könnte. Dazu kann u. U. eine Bebauungsgenehmigung („Vorbescheid“) gehören, von der er bisher keinerlei Kenntnis hatte, die aber wegen ihrer Bindungswirkung auch im Verhältnis zu ihm wirkt, so dass er schon durch sie in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt sein könnte. Ließe er die Bebauungsgenehmigung gegen sich bestandskräftig werden, bliebe für den Erfolg seines Widerspruchs gegen die Baugenehmigung kaum Raum; denn die Entscheidung über die Bebaubarkeit des Grundstücks läge dann bereits verbindlich vor (→ H Rn. 15). Die Bebauungsgenehmigung bedarf ihrerseits der (rechtzeitigen) Anfechtung, ehe die Überprüfung der eigentlichen Baugenehmigung erfolgen kann (vgl. *VGH Mannheim NVwZ* 1995, 716 und – zum Verhältnis zwischen Bebauungsgenehmigung und Baugenehmigung eingehend – *OVG Münster NVwZ* 1997, 1006).

Ein Widerspruch stellt eine wirksame Verfahrenshandlung auch dann dar, wenn er nur **„vorsorglich“** erhoben worden ist. Zwar sind Rechtsbehelfe, die unter einer Bedingung erfolgen, also vom Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht werden, nicht rechtserheblich. Aber die vorsorgliche Erhebung eines Widerspruchs ist in diesem Sinne nicht bedingt, sondern soll im Allgemeinen sofort wirksam sein, damit etwaige Fristen gewahrt und eventuelle Klagemöglichkeiten offenbleiben (*OVG Lüneburg OVG* 30, 386).

Ein Widerspruch liegt auch vor, wenn er **ohne** nähere **Begründung** erfolgt ist. Das Gesetz schreibt eine Begründung nicht zwingend vor; gleichwohl empfiehlt es sich für den Widerspruchsführer, die Tatsachen anzugeben, durch die er sich in seinen Rechten verletzt fühlt. Ebenso sollte er etwaige Beweismittel nennen, die geeignet sind, seinen Antrag zu stützen. Die Gefahr, dass die Behörden bei einem Widerspruch ohne Begründung nur eine oberflächliche Prüfung vornehmen, ist nicht von der Hand zu weisen.

Ein während des Laufs der Widerspruchsfrist gestellter Antrag auf Wiederaufnahme des Verwaltungsverfahrens, in dem der Verwaltungsakt ergangen ist, kann als Widerspruch auszulegen sein. Dies gilt auch dann, wenn der Betroffene anwaltlich vertreten wird (*BVerwGE* 115, 302 = *NJW* 2002, 1137).

Der Auslegung von Anwaltsschreiben sind allerdings Grenzen gesetzt. Beantragt ein Rechtsanwalt beim Verwaltungsgericht, „die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und der Klage“ gegen einen Verwaltungsakt anzuordnen, und übersendet er eine Abschrift dieses Antrags an die zuständige Behörde zur Kenntnis mit der Bitte, vor der Entscheidung über diesen Antrag keine Vollzugsmaßnahmen einzuleiten, liegt allein darin regelmäßig noch nicht die Erhebung eines Widerspruchs (*VGH Mannheim NVwZ-RR* 2002, 407).

Gelegentlich bedarf eine Widerspruchsschrift einer Auslegung hinsichtlich des **Streitstoffs**. Ist der Widerspruchsführer mit einer modifizierenden Auflage (→ K III Rn. 102) nicht einverstanden, ist sein Widerspruch nicht als Anfechtungswiderspruch – der unzulässig wäre – zu verstehen, sondern als Verpflichtungswiderspruch. Ziel des Bauherrn ist es, eine Baugenehmigung ohne die von der Bauaufsichtsbehörde verfügte Modifikation zu erhalten. Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn ein anwaltlich vertretener Widerspruchsführer ausdrücklich eine Anfechtbarkeit der Auflage geltend macht. Hier ist, sofern der ausdrücklich erklärte Wille des Widerspruchsführers nicht auch dies ausschließt, davon auszugehen, dass ein Verpflichtungswiderspruch lediglich hilfsweise erhoben wird. Eine Bevormundung des Widerspruchsführers bzw. seines Anwalts ist stets zu vermeiden.

Ferner ist darauf zu achten, ob der Bescheid, mit dem der Widerspruchsführer nicht einverstanden ist, uneingeschränkt angegriffen wird. Wendet sich ein Bauherr gegen eine nach Landesrecht gesondert zu erhebende Gebühr für eine Befreiung von baurechtlichen Bestimmungen, wird er den der Baugenehmigung beigefügten Gebührenbescheid nur **teilweise**, nämlich nur hinsichtlich der Befreiungsgebühr, und nicht insgesamt zum Gegenstand des Widerspruchsverfahrens machen wollen.

III. Die Zulässigkeitsprüfung

1. Statthaftigkeit des Widerspruchs

- 16 Aus der Funktion des in den §§ 68 bis 73 VwGO und § 79 VwVfG geregelten Vorverfahrens als eines der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage vorgeschalteten Verfahrens folgen **Einschränkungen** der allgemeinen Statthaftigkeit des Widerspruchs.

Die **erste** ergibt sich daraus, dass Gegenstand von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach § 42 I VwGO lediglich Verwaltungsakte sein können. Daher kommt ein Widerspruch im Bereich des öffentlichen Baurechts nur in Betracht, wenn er gegen einen Verwaltungsakt gerichtet ist (näheres zum Begriff des Verwaltungsaktes → K III Rn. 84). Hinsichtlich erwarteter, aber noch nicht erlassener Verwaltungsakte ist ein Widerspruch unzulässig. Dies gilt auch, wenn dem Betroffenen die Gründe des Verwaltungsaktes schon vorher mitgeteilt worden sind (*BFH NVwZ* 1984, 136). Durch die spätere Bekanntgabe des Verwaltungsaktes tritt keine Heilung der Unzulässigkeit ein (*BVerwG BayVBl* 1985, 605). Ob der Verwaltungsakt schriftlich abgefasst wurde oder wegen Eilbedürftigkeit der Angelegenheit mündlich erging oder als erteilt gilt, weil ein Fiktionstatbestand erfüllt wurde, spielt keine Rolle. Um auf eine zügige Bearbeitung von Baugenehmigungsanträgen hinzuwirken, hat eine Reihe von Ländern in den letzten Jahren Regelungen erlassen, nach denen für einzelne Vorhabensarten die Genehmigung fingiert wird, falls über den Antrag nicht innerhalb einer vorgeschriebenen Frist entschieden wird (zB § 69 V 1 SächsBO). Die fiktive Baugenehmigung unterscheidet sich grundsätzlich nicht von der Genehmigung, die von der Bauaufsichtsbehörde ausdrücklich erteilt wurde. Die Bescheinigung über den Eintritt der Genehmigungsfiktion, die von demjenigen verlangt werden kann, dem die Genehmigung hätte bekannt gegeben werden müsse, stellt dagegen keinen Verwaltungsakt dar (*Jade UPR* 2009, 169[172]). Erledigt sich der Verwaltungsakt während des Vorverfahrens, entfällt die Statthaftigkeit des Widerspruchs. Das Verfahren ist einzustellen; die Widerspruchsbehörde ist nicht befugt, eine feststellende Entscheidung zur Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes zu treffen (Näheres → Rn. 145).

- 17 Die **zweite** Einschränkung folgt daraus, dass nur solche Verwaltungsakte in Betracht kommen, die Gegenstand einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage iSv § 42 I VwGO sein können. Dazu gehören zwar die oben beispielhaft aufgezeigten Verwaltungsakte (→ Rn. 1), nicht aber jene, die im Umlegungs-, Grenzregelungs- und Enteignungsverfahren nach dem Vierten und Fünften Teil des Ersten Kapitels des BauGB ergehen, ferner Verwaltungsakte, die aus Anlass

- einer Veränderungssperre (§ 18 BauGB),
- der Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts der Gemeinde (§ 28 III und VI BauGB),
- einer nutzungsbeschränkenden Planungsmaßnahme (§§ 39 bis 44 BauGB),
- einer erschließungsrechtlichen Duldungspflicht (§ 126 II BauGB),
- einer Änderung von Einrichtungen der öffentlichen Versorgung infolge einer Sanierung (§ 150 II BauGB)
- der Auferlegung von Kosten für eine Beseitigung baulicher Anlagen (§ 179 IV BauGB),
- des Härteausgleichs bei Durchführung des BauGB (§ 181 BauGB),
- von Vorarbeiten auf Grundstücken (§ 209 II BauGB) und
- der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 210 II BauGB)

ergehen. Sie können nach § 217 I BauGB nur durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung angefochten werden, über den das Landgericht, Kammer für **Baulandsachen**, entscheidet (→ K VII Rn. 7 ff.). Allerdings besteht für die Verwaltungsakte, die nach dem Vierten und Fünften Teil des Ersten Kapitels des BauGB erlassen sind, gemäß § 212 BauGB die Besonderheit, dass die Bundesländer ein Vorverfahren der gerichtlichen Überprüfung solcher Bodenordnungs- und Enteignungsmaßnahmen in Anlehnung an die Vorschriften der VwGO vorschalten dürfen. Von der Ermächtigung haben die meisten Bundesländer Gebrauch gemacht, dies aber nur für die Anfechtung von Verwaltungsakten