Zulässigkeit einer privilegierten Nutzung ab.[76] Danach ist der in § 35 Abs. 1 BauGB verwendete Begriff des „Dienens" als Öffnungsklausel zu begreifen, welche das privilegierungsbezogene Fachrecht in die bauplanungsrechtliche Prüfung miteinbezieht. Auf diesem Wege könnte der auch in § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB verwendete Begriff des „Dienens" weitere Öffnungsklausel sein, welche die Prüfungsbefugnis der Gemeinde auf fachrechtliche Belange erweitert. Einem derartigen Verständnis kann jedoch nicht gefolgt werden.[77] Der Begriff des „Dienens" will allein einen funktionellen Zusammenhang zwischen der gesetzlich normierten Privilegierung und dem tatsächlich geplanten Vorhaben herstellen, sodass der sachliche Bezug, nicht die rechtliche Zulässigkeit maßgeblich ist. „Dienen" meint - entsprechend der Deutung in § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB - eine tatsächlich vorhandene, jedoch nicht zwingend eine rechtmäßige Hilfsfunktion des geplanten Gebäudes gegenüber dem erstrebten Zweck. Erforderlich sind allein die Zweckmäßigkeit des Vorhabens und die auf den Betrieb ausgerichtete unterstützende Funktion. Nach der Auffassung *Jädes* würde die allgemein[78] anerkannte Prämisse fraglich, der Begriff des „Dienens" sei in den verschiedenen Tatbestandsalternativen identisch auszulegen. Nur hinsichtlich der privilegierten Vorhaben nach Nrn. 3, 5 und 6 kann (möglicherweise im Rahmen eines eigenständigen Verfahrens) die Prüfung fachgesetzlicher Genehmigungsvoraussetzungen bedeutsam werden. Jedoch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber dem Begriff des „Dienens" in den neueren Tatbestandsalternativen eine weitergehende Bedeutung als zunächst angenommen zuerkennen wollte. Zudem ist aus Gründen der Rechtssicherheit und der gesetzlichen Bestimmtheit davon auszugehen, dass einem in einer Norm mehrfach verwendeten identischen Rechtsbegriff dieselbe Bedeutung zuzuerkennen ist. „Dienen" bedeutet demnach *rein tatsächlich* „Hilfsfunktion für einen angestrebten Zweck", der seinen äußeren Ansatzpunkt durch eine räumliche Zuordnung erfährt, und ist nicht in einem weiteren Sinne als eine Öffnungsklausel zu verstehen, welche den Prüfungsumfang der Gemeinde erweitert.

3. Ergebnis

Das Einwendungsrecht der Gemeinde nach §§ 31, 33 bis 35 BauGB beschränkt sich auf örtliche Belange i. S. des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sowie überörtliche Belange, welche der bauaufsichtlichen Kompetenz unterliegen[79] oder nicht der Prüfung durch eine sachnahe Behörde unterfallen. Im Hinblick auf diese letztgenannten Belange ist der Prüfungsumfang der Gemeinde als Kompetenzträgerin unter dem Gedanken der Funktionen- und Kompetenzaufteilung zu reduzieren. Bezogen auf den hier gewählten Anwendungsfall der Abwasserbeseitigungsanlagen bedeutet dies, dass die Gemeinde ihr gem. § 36 Abs. 1 S. 2 1. Hs. BauGB erforderliches Einvernehmen nicht über § 35 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 1 Nr. 3 1. Alt., Nr. 6 2. Alt. BauGB wegen Verstoßes gegen wasserrechtliche Vorschriften versagen kann.

76 Vgl. insoweit zur atomrechtlichen Genehmigungsfähigkeit nach § 6 AtG im Verhältnis zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeitsnorm des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB *Jäde* (o. Fn. 11), § 35 BauGB Rn. 9; *ders.*, UPR 2001, 10 (10 ff.).
77 Vgl. hierzu ausf. *Winkler* (o. Fn. 15), S. 192 ff.
78 *Roeser* (o. Fn. 7), § 35 BauGB Rn. 27; *Stüer* (o. Fn. 41), Rn. 2447.
79 Vgl. auch BVerwG, BayVBl. 2004, 185 (186), im Hinblick auf atomrechtliche Belange.

RECHTLICHE GESTALTUNG

Zur Abhilfe nach § 72 VwGO einschließlich Kostenentscheidung und deren Tenorierung[1, 2]

Regierungsdirektor Klaus Weber, Chemnitz*

A. Der Abhilfebescheid

I. Allgemeines

Die so genannte Abhilfeentscheidung im Widerspruchsverfahren ist in § 72 VwGO geregelt: „Hält die Behörde den Widerspruch für begründet, so hilft sie ihm ab und entscheidet über die Kosten".

Demnach erlässt die Ausgangsbehörde (man kann sie jetzt auch als „Abhilfebehörde" bezeichnen) bei zulässigem und

* Der Verfasser ist Regierungsdirektor beim Regierungspräsidium Chemnitz und u. a. Arbeitsgemeinschaftsleiter für Rechtsreferendare und Lehrbeauftragter an der Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung in Meißen (www.hansklausweber.de).
1 In Ergänzung des Aufsatzes „Zur Tenorierung des Widerspruchsbescheides einschl. der Kostenentscheidung" in apf 2000, 124 ff.
2 Das OVG Bautzen (SächsVBl. 1998, 218, 219) spricht ausdrücklich vom „Spruch" oder „Tenor" der Entscheidung im Widerspruchsverfahren; das OVG Münster (NVwZ-RR 1993, 289) spricht von der „Tenorierung" im Widerspruchsverfahren, ebenso VG Leipzig, NVwZ-RR 2005, 45.

begründetem Widerspruch[3] einen Abhilfebescheid. Diese Abhilfeentscheidung kann nur zu Gunsten des Widerspruchsführers erfolgen, sei es, dass der angefochtene Verwaltungsakt ganz oder teilweise aufgehoben wird (beim belastenden Verwaltungsakt), sei es, dass der beantragte und abgelehnte Verwaltungsakt ganz oder teilweise erlassen wird (als begünstigender Verwaltungsakt).[4] Deshalb hat die Ausgangsbehörde im Widerspruchsverfahren nicht die umfassenden Entscheidungsbefugnisse wie später die Widerspruchsbehörde nach abgelehnter Abhilfe durch die Ausgangsbehörde.[5]

II. Praktische Auswirkungen

Hilft demnach die Ausgangsbehörde dem Widerspruch in vollem Umfange ab, so hat der Widerspruchsführer sein Ziel erreicht, der Widerspruch ist „verbraucht".[6] Die Widerspruchsbehörde wird deshalb mit der Angelegenheit nicht mehr befasst[7], denn der Widerspruchsführer hatte mit seinem eingelegten Widerspruch bereits bei der Ausgangsbehörde Erfolg.[8] Dieser Abhilfebescheid beendet deshalb in der Reichweite seines Regelungsgehalts das Widerspruchsverfahren.[9]

III. Kosten

Diese Abhilfeentscheidung verpflichtet die Ausgangsbehörde, auch eine Kostengrundentscheidung (zu Gunsten des Widerspruchsführers) nach § 72 VwGO zu treffen.[10] Für die Kostenentscheidung in diesem so genannten „isoliert" gebliebenen Widerspruchsverfahren[11] gelten die Vorschriften des 80 VwVfG.[12]

IV. Form des Abhilfebescheides[13]

Der Widerspruchsbescheid unterliegt bestimmten Förmlichkeiten gem. § 73 III VwGO. Derartige Formvorschriften bestehen bezüglich des Abhilfebescheides nicht[14], er muss aber nach § 72 VwGO zumindest eine Kostenentscheidung enthalten.[15] Ansonsten sind über § 79 VwVfG die entsprechenden Formvorschriften betreffend den Verwaltungsakt anzuwenden, insbesondere die §§ 37 (Bestimmtheitsprinzip bei der Tenorierung) und 39 VwVfG.[16] Unklarheiten gehen zu Lasten der Verwaltung.[17]

1. „Abhilfe" bedeutet die Beseitigung der Beschwer des Widerspruchsführers[18], d. h. die Abhilfebehörde hebt den angegriffenen Verwaltungsakt – soweit er Gegenstand des Widerspruchsverfahrens ist – mittels Abhilfebescheid (Verwaltungsakt[19]) auf (beim so genannten Anfechtungswiderspruch) bzw. erlässt den begehrten Verwaltungsakt (beim so genannten Verpflichtungswiderspruch[20]), siehe § 68 VwGO.

2. Der Umfang der Ausführungen im Abhilfebescheid kann grundsätzlich kurz gehalten werden, da es sich um eine den Widerspruchsführer begünstigende Entscheidung handelt (entsprechend dem Rechtsgedanken des § 39 II Nr. 1 und 2 VwVfG).[21]

V. „Vollabhilfe"

Zur so genannten Vollabhilfe[22] ist der **Fall 1**[23] aufschlussreich:

Mit Bescheid vom 28.12.1984 zog die beklagte Gemeinde Adelsberg die Klägerin zu einem Wasserversorgungsbeitrag von 275.000 DM heran (Anm.: belastender Verwaltungsakt). Auf den Widerspruch der Klägerin von 23.1.1985 hob die Gemeinde Adelsberg den Bescheid vom 28.12.1984 auf und veranlagte mit Bescheid vom gleichen Tage die Klägerin erneut zu einem Wasserversorgungsbeitrag in Höhe von 124.000 DM.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (VGH München, der von einer Teilabhilfe ausging) vertrat das BVerwG die Auffassung, dass eine „Vollabhilfe" vorlag:

---

3 Es besteht Einvernehmen darüber, dass der Widerspruch auch zulässig sein muss: BVerwG, DVBl. 1996, 1315, 1316, und NVwZ-RR, 2003, 871, 872; *Oberrath/Hahn*, Die Abhilfeentscheidung im Widerspruchsverfahren, JA 1995, 886, 888; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. A. 2005, S. 319; *Weides*, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. A. 1993, S. 228 und 310; *Kintz*, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 2. A. 2003, S. 291; *Brühl*, Sachbericht, Gutachten und Bescheid im Widerspruchsverfahren, JuS 1994, 56, 57; *Linhart*, Schreiben, Bescheide und Vorschriften in der Verwaltung (Loseblattausgabe, 17. Aktualisierung 200, § 20 Rdnr. 24.

4 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 319; *Oberrath/Hahn*, Fn. 3, JA 1995, 887.

5 *Oberrath/Hahn*, Fn. 3, JA 1995, 887; *Geis/Hinterseh*, Grundfälle zum Widerspruchsverfahren, JuS 2002, 35; *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. A. 2000, Anm. 3 zu § 72; *Linhart*, Fn. 3, Anm. 27 zu § 20; insbesondere kann im Abhilfeverfahren keine sog. „Verböserung" zu Lasten des Widerspruchsführers ausgesprochen werden.

6 *Renck*, Probleme des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens, DÖV 1973, 264, 265.

7 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 323.

8 OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706, 707.

9 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 329; *Pache/Knauff*, DÖV 2004, 656, 657.

10 BVerwG, DVBl. 1996, 1315, 1316, und NVwZ-RR 2003, 871, 872; VG Leipzig, NVwZ 2002, 891, 893.

11 Sog. „isoliertes Vorverfahren", weil nicht durch einen nachfolgenden Verwaltungsprozess fortgesetzt: OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706; VG Leipzig, NVwZ 2002, 891; OVG Saarlouis, NVwZ 1987, 508; BVerwG, NVwZ 1983, 346 und NJW 1988, 87.
In einem sich dem Widerspruchsverfahren evtl. anschließenden Verwaltungsprozess erfolgt die Kostenentscheidung nach den §§ 154 ff. VwGO, insbesondere § 162 II 2 VwGO betr. Notwendigkeit eines Bevollmächtigten im Vorverfahren (siehe dazu OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 317; VGH München, BayVbl. 2003, 476).

12 BVerwGE 88, 41, 44, und DVBl. 1996, 1315, 1316; OVG Hamburg, NVwZ-RR 99, 706; VG Leipzig, NVwZ 2002, 891, 892.

13 Siehe dazu ein Muster bei *Kintz*, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 2. A. 2003, S. 292; ebenso bei *Linhart*, Fn. 3, § 23.

14 OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 327, 328.

15 *Kopp/Schenke*, Fn. 5, Anm. 5 zu § 72 VwGO; *Pietzner/Ronellentfitsch*, Fn. 3, S. 328.

16 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 9. A. 2005, Anm. 10 zu § 79. So ist es zwar zutreffend, wenn *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2002, 35, darauf hinweisen, dass ein schriftlicher Bescheid nicht erforderlich ist; wg. der bereits genannten und erforderlichen Kostenentscheidung ist eine „mündliche Abhilfe" aber sehr praxisfremd und auch nicht bürgerfreundlich.

17 OVG Bautzen, SächsVBl. 1993, 160, zu einem Widerspruchsbescheid: Entscheidend ist der „Empfängerhorizont", d.h. des kommt darauf an, wie der Adressat des Verwaltungsaktes diesen nach Treu und Glauben verstehen musste bzw. durfte.

18 BVerwG, DVBl. 1996, 1315, 1316; *Kintz*, Fn. 13, S. 289.

19 *Kopp/Schenke*, Fn. 5, Anm. 3 zu § 72 VwGO.

20 *Oberrath/Hahn*, Fn.3, JA 1995, 886, 887; VG Dessau, LKV 2004, 336, 336: „Rücknahme des Beitragsbescheides", also sog. Anfechtungswiderspruch; *Kintz*, Fn. 13, S. 289.

21 Siehe dazu auch *Kintz*, Fn. 13, S. 292.

22 So die Formulierung des BVerwG in BVerwGE 88, 41; ein Formulierungsbeispiel für einen Abhilfebescheid ist nachzulesen bei *Kintz*, Fn. 13, S. 293.

23 BVerwGE 88, 41 ff.; siehe dazu auch *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 326.

„Eine Vollabhilfe ist stets gegeben, wenn die Behörde den durch einen Widerspruch angegriffenen Bescheid auf eben diesen Widerspruch hin in vollem Umfang aufhebt, d. h. wenn sie den Widerspruch dadurch bescheidet, dass sie – durch ihn veranlasst – den angegriffenen Bescheid insgesamt „aus der Welt schafft". Trifft dies zu, ist es im Rahmen des § 72 VwGO ohne Belang, ob die Behörde gleichzeitig mit der Aufhebung oder später einen inhaltlich ähnlichen oder sogar gleichen Bescheid erlässt. § 72 VwGO gebietet eine derartig formale Betrachtungsweise. Das gilt schon deshalb, weil er anderenfalls in Fällen, in denen eine quantitative Teilung nicht klar von einer qualitativen Abweichung zu trennen ist, nicht hinreichend handhabbar wäre".

VI. Zur Tenorierung bei „Vollabhilfe"

1. Tenorierung der Hauptsache[24]

a) Anfechtungswiderspruch, z. B. gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis:

„Der Bescheid des Landratsamtes ... vom 5.10.2004 betreffend Entziehung der Fahrerlaubnis der Klasse ...wird aufgehoben".[25]

Diese Aufhebung des Ausgangsbescheides[26] durch Abhilfeentscheidung beendet die Wirksamkeit des Ausgangs-Verwaltungsaktes, § 43 II VwVfG.[27]

b) Verpflichtungswiderspruch (Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Fahrerlaubnis):

„Der Bescheid vom 3.9.2004 wird aufgehoben. Dem Widerspruchsführer wird die beantragte Fahrerlaubnis der Klasse ... erteilt".[28]

Auch hier muss (entsprechend dem Anfechtungswiderspruch) zuerst die für den Widerspruchsführer ursprünglich ungünstige Entscheidung (abgelehnter Antrag auf Erteilung des begünstigenden Verwaltungsaktes) aufgehoben werden (damit die Wirkung des § 43 II VwVfG eintritt), und anschließend wird der (vorher abgelehnte) begünstigende Verwaltungsakt erteilt. Die Abhilfeentscheidung beim Verpflichtungswiderspruch umfasst demnach zwei Regelungen.

2. Tenorierung der Kostengrundentscheidung

Bei zulässigem und begründetem Widerspruch hat die Ausgangsbehörde gem. § 72 VwGO von Amts wegen eine Kostenentscheidung zu treffen.[29] Konkretisiert wird diese Vorschrift durch § 80 VwVfG, d. h. für diese „Kostengrund- oder Kostenlastentscheidung" in diesem „isoliert" gebliebenen Widerspruchsverfahren gelten die Vorschriften des 80 VwVfG.[30] Als „isoliertes" Vorverfahren bezeichnet man die Widerspruchsverfahren, die nicht in einem Verwaltungsgerichtsprozess fortgesetzt werden.[31]

Die Tenorierung nach § 80 I 1 VwVfG lautet z.B. wie folgt:

„Die Kosten des Verfahrens trägt die Stadt Chemnitz", d.h. die Ausgangsbehörde, die dem Widerspruch abgeholfen hat, trägt die Kosten des Widerspruchsverfahrens. Hat der Widerspruch in vollem Umfang Erfolg, so hat die Behörde die gesamten Kosten des Widerspruchsverfahrens zu tragen.[32] Das ist der Regelfall bei der Abhilfe, da das Widerspruchsverfahren in Form der Abhilfeentscheidung zu Gunsten des Widerspruchsführers ausgegangen ist.[33]

3. Da es sich um einen so genannten „Erfolgsfall" handelt (aus Sicht des Widerspruchsführers, gegenüber der für ihn ungünstigen Ausgangsentscheidung), ist im Falle der anwaltlichen Vertretung im Widerspruchsverfahren (konkret also hier im Abhilfebescheid) ebenfalls von Amts wegen über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts zu entscheiden (§ 80 II VwVfG).[34] *„Zu den Kosten nach § 80 I 1 VwVfG zählen gem. § 80 II VwVfG u. a. die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen. Um in diesem Sinne notwendige Aufwendungen handelt es sich bei Gebühren und Auslagen eines im Vorverfahren beauftragten Rechtsanwalts, wenn seine Zuziehung „notwendig" war".*[35]

a) Nach Ansicht des BVerwG[36] ist die Frage der Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts *„vom Standpunkt einer verständigen Partei aus zu beurteilen ... Maßstab ist, ob sich ein vernünftiger Bürger mit gleichem Bildungs- und Erfahrungsstand bei der gegebenen Sach- und Rechtslage eines Rechtsanwalts bedient hätte. Notwendig ist die Zuziehung eines Bevollmächtigten, wenn es der Partei nach ihren persönlichen Verhältnissen nicht zuzumuten war, das Vorverfahren selbst zu führen. Diese Voraussetzung ist bei Streitigkeiten über gemeindliche Abgaben regelmäßig erfüllt, weil in ihnen typischerweise schwierige Sach- und Rechtsfragen auftreten, die nur eine mit dieser Materie vertraute rechtskundige Person übersehen und (zuverlässig) beantworten kann."* Das BVerwG betont aber, dass es eine zwangläufige Kostenerstattung des Bevollmächtigten beim erfolgreichen Widerspruch nicht gibt[37] und spricht von einer *„oft schwierigen Prüfung und Entscheidung".*[38]

---

24 Siehe dazu *Rüssel/Sensburg*, Bescheidtechnik im Verwaltungsverfahren, VR 2004, 37, 45.

25 BVerwGE 88, 41, 43; das BVerwG (DVBl. 1996, 1315, 1316) spricht ausdrücklich von der Abhilfe als „Aufhebung" des vorher erlassenen begünstigenden Verwaltungsaktes; VG Leipzig, NVwZ 2002, 891: Aufhebung des Abwasserbescheides; *Linhart*, Fn. 3, § 20 Rdnr. 16 a: analog § 113 I 1 VwGO, siehe auch dort § 23 (Bescheidmuster).

26 Siehe z. B. BVerwGE 88, 41, und NVwZ-RR 2003, 871, 872; *Kintz*, Fn. 13, S. 293.

27 So ausdrücklich BVerwG NVwZ-RR 2003, 871, 872.

28 *Linhart*, Fn. 3, § 20 Rdnr. 16 a; *Rüssel/Sensburg*, Fn. 24, VR 2004, 45.

29 Bei Erfolg des Widerspruchsführers wg. „Stattgabe" des Widerspruchs; BVerwG, NVwZ 1988, 249; DVBl. 1996, 1315, 1316, und NVwZ-RR 2003, 871, 872; OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706; VG Leipzig, NVwZ 2002, 891, 892, VG Göttingen, NVwZ-RR 2000, 650.

30 BVerwGE 88, 41, 44; OVG Hamburg, NVwZ-RR 99, 706; OVG Magdeburg, NVwZ 2003, 121; VG Leipzig, NVwZ 2002, 891, 892; VG Dessau, LKV 2004, 335, 336.

31 BVerwGE 88, 41, 44; OVG Hamburg, Fn. 30; *VG Leipzig*, Fn. 30.

32 BVerwG, Fn. 31, zu einem Fall der „Vollabhilfe"; VG Cottbus, LKV 1998, 321.

33 BVerwG, NVwZ-RR 2003, 871, 872; dabei kommt es nicht darauf an, aus welchen Gründen der Widerspruch erfolgreich war (*Kopp/Ramsauer*, Fn.16, Anm. 26 zu § 80 VwVfG); entscheidend ist allein „der äußere Erfolg des Widerspruchs" (BVerwG, DVBl. 1996, 1315).

34 *Kopp/Ramsauer*, Fn. 16, Anm. 37 zu § 80 VwVfG; siehe dazu *Weber*, Fn. 2, apf 2000, 126 ff.; Bescheidmuster bei *Linhart*, Fn. 3, § 23. Dabei muss der Rechtsanwalt im Vorverfahren förmlich als Bevollmächtigter tätig geworden sein (BVerwGE 79, 226; OVG Greifswald, NVwZ 2002, 1129, 1130).

35 BVerwGE 88, 41, 44.

36 BVerwG, Fn. 35.

37 BVerwGE 68, 1, 3; 75, 107, 108,

38 BVerwGE 79, 117, 132.

b) Dabei ist es immer problematisch, im Falle des Erfolges im Widerspruchsverfahren die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts zu verneinen. Denn der Widerspruchsführer hatte nach ungünstiger Entscheidung durch die Ausgangsbehörde erst im Widerspruchsverfahren Erfolg in Form der Abhilfe. Im Interesse der „Waffengleichheit" zwischen Widerspruchsführer und Behörde kommt man grundsätzlich zur Bejahung der Notwendigkeit der Hinzuziehung.[39]

c) Der Tenor der Entscheidung nach § 80 II VwVfG lautet:

„Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts wird für notwendig (oder ausnahmsweise: „für nicht notwendig") erklärt".

4. Kosten (Gebühren und Auslagen) für den Erlass des Abhilfebescheids fallen nach § 11 III 1 SächsVwKG nicht an und werden deshalb im Abhilfebescheid nicht tenoriert.

5. Der komplette Tenor einer Abhilfeentscheidung eines sog. Anfechtungswiderspruches lautet demnach wie folgt:[40]

(I.) Der Bescheid der Stadt Zwickau vom ... wird aufgehoben.

(II.) Die Kosten des Verfahrens trägt die Stadt Zwickau.

(III.) Die Zuziehung eines Rechtsanwalts wird für notwendig (oder: für nicht notwendig) erklärt (Anm.: Ziffer III des Tenors nur, sofern der Widerspruchsführer anwaltlich vertreten war!).

6. Bei einem so genannten Verpflichtungswiderspruch lautet die Ziffer 1 des Tenors wie folgt:

„Der Bescheid ...wird aufgehoben. Die beantragte Fahrerlaubnis der Klasse ...wird erteilt".

Die weiteren Tenorierungen entsprechen dem unter Ziffer 5 genannten Beispiel.

7. Danach (also außerhalb des Abhilfeverfahrens) folgt das Kostenfestsetzungsverfahren nach § 80 III VwVfG[41], in welchem auf entsprechenden Antrag (des Widerspruchsführers oder, falls anwaltlich vertreten, dessen Rechtsanwalt) konkrete Beträge zu Gunsten des Widerspruchsführers festgesetzt werden.[42] Es ergeht ein so genannter Kostenfestsetzungsbescheid der „Abhilfebehörde", der sich auf § 80 II, III VwVfG stützt.[43] Im Gegensatz zu den von Amts wegen zu treffenden Entscheidungen nach § 80 I 1 und § 80 II VwVfG (Stufen 1 und 2 des „Kostenverfahrens" bei der Abhilfe) ist hier (in der 3. Stufe) ein Antrag erforderlich.

8. Die Kostenentscheidung nach § 80 VwVfG im Abhilfeverfahren erfolgt also in drei Stufen: *„Es ergehen drei in Form eines Verwaltungsaktes und erforderlichenfalls durch Verpflichtungsklage zu erstreitende Entscheidungen der Widerspruchsbehörde (oder der dem Widerspruch abhelfenden Behörde), nämlich*

(1.) eine Kostenentscheidung zu Gunsten des Widerspruchsführers (§ 80 I 1 VwVfG i. V. mit §§ 72, 73 III 2 VwGO (Anm.: heute § 73 III 3 VwGO),

(2.) ein in dieser Kostenentscheidung enthaltener Ausspruch, dass die Zuziehung eines Rechtsanwalts oder sonstigen Bevollmächtigten notwendig war (§ 80 III 2 i. V. mit II VwVfG) und schließlich

(3.) die Festsetzung der zu erstattenden Aufwendungen (Anm.: des obsiegenden Widerspruchsführers) gem. § 80 III 1 VwVfG[44].

9. Die Kostenentscheidung nach § 80 VwVfG bei den so genannten Verwaltungsakten mit Doppelwirkung nach § 80 a VwGO (typisch der so genannte Nachbarwiderspruch gegen ein dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung) berücksichtigt diesen Sonderfall des Widerspruchs nicht. Da eine Regelung entsprechend § 162 III VwGO fehlt, ist § 80 VwVfG weder unmittelbar noch analog anwendbar[45].

Der gesamte Tenor einer derartigen Entscheidung entspricht demnach dem oben unter 5. dargestellten Muster, ohne auf die Besonderheiten des „Drittwiderspruchs" einzugehen.

VII. Teilabhilfe:

Ein Fall der so genannten „Teilabhilfe" liegt vor, wenn der Widerspruchsführer nur einen Teilerfolg im Abhilfeverfahren erzielen konnte.[46]

1. Ist der Widerspruch zulässig, aber nur teilweise begründet, so kann die Ausgangsbehörde einen Teilabhilfebescheid erlassen und bezüglich des verbleibenden „Restes" den Widerspruch der Widerspruchsbehörde vorlegen. Diese erlässt dann zum verbleibenden Teil (dem die Ausgangsbehörde nicht abgeholfen hat) einen Widerspruchsbescheid.[47]

2. Eine Pflicht zum Erlass eines Teilabhilfebescheides besteht aber nicht, da § 72 VwGO von einer „Vollabhilfe" ausgeht. Dagegen umfasst die Regelung des § 113 I 1 VwGO auch eine Teilaufhebung. *„Die unterschiedliche Behandlung der Voll- und Teilabhilfe rechtfertigt sich daraus, dass die VwGO für den Fall der*

---

39 BVerwGE 55, 299, 306, und NVwZ 1983, 346; VG Leipzig, NVwZ-RR 2005, 45; die Herstellung völliger „Waffengleichheit" lehnte aber das BVerwG im Jahre 1987 (NVwZ 1987, 883, 884) unter Hinweis darauf ab, dass die Verwaltung an das Gesetz gebunden und ohnehin gerichtlicher Kontrolle unterworfen sei; ähnlich auch VG Cottbus, LKV 1998, 321. Dagegen betonte das BVerwG im Jahre 2000 wieder (VIZ 2000, 601, 602), dass die Erwägung nicht tragfähig sei, dass es der Herstellung völliger „Waffengleichheit" nicht bedürfe. Das OVG Bremen (NVwZ 1989, 75) bejaht die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren *„nicht nur in schwierigen und umfangreichen Verfahren, sondern sie wird für eine rechtsunkundige Partei i. d. R. zu bejahen sein".*

40 Bescheidmuster mit Tenor siehe bei *Linhart*, Fn. 3, Anm. 1 zu § 23; *Kintz*, Fn. 13. S. 293.

41 *Kopp/Ramsauer*, Fn. 16, Anm. 47 ff. zu § 80 VwVfG.

42 Siehe zu diesem Kostenfestsetzungsverfahren im Widerspruchsverfahren *Weber*, Fn. 2, apf 2000, 126 ff.; VG Cottbus, LKV 1995, 321. 322.

43 BVerwG, NVwZ 2002, 1254, 1255; *Brühl*, Fn. 3, JuS 1994, 421; zu den erstattungsfähigen Aufwendungen siehe *Kopp/Ramsauer*, Fn.16, Anm. 50 ff. zu § 80 VwVfG. In diesem Kostenfestsetzungsbescheid werden konkrete Beträge zugunsten des Widerspruchsführers genannt, während die Entscheidungen nach § 80 I 1 und II VwVfG nur dem Grunde nach entspr. Festlegungen treffen (ohne Zahlen).

44 BVerwG, NJW 1988, 87; siehe dazu ausdrücklich *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn.3, S. 525.
Von der Kostenerstattung zwischen Widerspruchsführer und Ausgangsbehörde nach § 80 VwVfG ist das sog. Verwaltungskostenrecht zu unterscheiden, also der Anspruch der Ausgangsbehörde betr. Gebühren und Auslagen (z. B. nach dem Sächsischen Verwaltungskostengesetz) für den Erlass des Abhilfebescheides (siehe dazu oben unter 4.).

45 BVerwGE 70, 58; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 508 ff.; *Weber*, Fn. 2, apf 2000, 124, 148; kritisch *Kopp/Ramsauer*, Fn. 16, Anm. 17 zu § 80 VwVfG.

46 OVG Bautzen, NVwZ-RR 1999, 101: Gänzliche Aufhebung einer Beseitigungsanordnung und Neuerlass hinsichtlich eines Teils des Regelungsgegenstandes mit Nachschieben von Ermessenserwägungen.

47 *Oberrath/Hahn*, Fn. 3, JA 1995, 886, 887.

Teilabhilfe noch einen Bescheid der Widerspruchsbehörde vorsieht und deshalb eine Abhilfepflicht nicht erforderlich ist".[48]

3. Bei der Teilabhilfe entscheidet nicht die „Abhilfebehörde" über die Kosten nach § 80 VwVfG. Diese Entscheidung obliegt allein der Widerspruchsbehörde.[49]

4. Ebenfalls kann die Widerspruchsbehörde, da die Teilabhilfe den Widerspruch nicht verbraucht, über den gesamten Verfahrensstand im Widerspruchsverfahren entscheiden, also auch den Abhilfebescheid aufheben und durch Zurückweisung des Widerspruchs den Ausgangs-Verwaltungsakt wiederherstellen.[50] Praktisch wird deshalb eine Teilabhilfe nicht in Betracht kommen. Die Ausgangsbehörde wird dem gesamten Widerspruch nicht abhelfen und die Sache (mit entsprechender Stellungnahme) der Widerspruchsbehörde vorlegen, die einen Widerspruchsbescheid erlassen wird.[51]

VIII. Identität zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde

Bei Identität zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde findet eine Abhilfeprüfung nicht statt.[52] Diese Fälle der Identität zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde sind in der Praxis nicht selten.[53] Es ergeht dann kein Abhilfebescheid, sondern nur ein Widerspruchsbescheid.[54]

IX. Erledigung des Widerspruchsverfahrens vor Erlass eines Abhilfebescheides

Praktisch bedeutsam sind die Fälle der Erledigung des Widerspruchsverfahrens, bevor die Abhilfebehörde eine Entscheidung getroffen hat, insbesondere im Falle der Rücknahme des Widerspruchs durch den Widerspruchsführer.[55] Diese Rücknahme des Widerspruchs ist als Verfahrenshandlung (wegen ihrer prozessualen Gestaltungswirkung und aus Gründen der Rechtssicherheit) grundsätzlich bedingungsfeindlich, unwiderruflich und unanfechtbar.[56]

1. Das Widerspruchsverfahren wird dann eingestellt[57], eine Entscheidung in der Sache selbst darf nicht mehr ergehen[58]: *„Nach Erledigung des mit dem Widerspruch angefochtenen Widerrufsbescheides (vgl. § 43 II VwVfG) durfte eine Widerspruchsentscheidung in der Sache nicht mehr ergehen. Das Widerspruchsverfahren war vielmehr einzustellen".*

Es ergeht ein Einstellungsbescheid mit folgendem Tenor:

„Das Widerspruchsverfahren wird eingestellt".[59]

2. Zu den Kosten dieses Widerspruchsverfahrens:

a) Den Erledigungsfall im Widerspruchsverfahren hat das Gesetz in § 80 VwVfG nicht berücksichtigt. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG enthält § 80 VwVfG insoweit eine Regelungslücke. Wegen des abschließenden Charakters des § 80 VwVfG ist eine analoge Anwendung der §§ 155 II, 161 II VwGO nicht erlaubt.[60] Somit ist es auch konsequent, wenn in derartigen Fällen eine Entscheidung nach § 80 II VwVfG über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts nicht getroffen wird.[61] *„Erledigt sich der Widerspruch, so war dieser nicht erfolgreich i.S. von § 80 I 1 VwVfG mit der Folge, dass es an der wesentlichen Voraussetzung für den Kostenerstattungsanspruch des Widerspruchsführers fehlt".*[62]

Zur Klarstellung dieses Ausnahmefalles empfiehlt sich folgende Tenorierung:

Kosten nach § 80 VwVfG werden nicht erstattet.[63]

b) Im Gegensatz zur vorgenannten Regelungslücke haben z. B. die Länder Bayern und Baden-Württemberg[64] eine ausdrückliche Festlegung in § 80 I des jeweiligen Landesverwaltungsverfahrensgesetzes getroffen. § 80 VwVfG wurde insoweit ergänzt, als im Falle der Erledigung des Widerspruchs über die Kosten nach billigem Ermessen zu entscheiden ist.[65] Das OVG Hamburg[66] hat dazu ausgeführt, dass *„Hamburg von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat; eine verfassungsrechtliche Pflicht dazu besteht nicht".*

3. Bei den Kosten für die Einstellungsentscheidung findet § 11 II des Sächsischen Verwaltungskostengesetzes Anwendung, der für den Erledigungsfall auf § 10 II verweist. Danach ist eine (der „Abhilfebehörde" zustehende) Gebühr von einem Zehntel bis zur Hälfte der für die beantragte Amtshandlung festzusetzenden Verwaltungsgebühr je nach dem Fortgang der Sachbehandlung, mindestens jedoch fünf € (neben den Auslagen) zu erheben[67].

---

48 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 320; *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2002, 35.
49 BVerwGE 88, 41, 46; *Linhart*, Fn. 3, Anm. 198 zu § 20.
50 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 320; *Linhart*, Fn. 3, Anm. 198 zu § 20.
51 So ausdrücklich auch *Linhart*, Fn. 3, Anm. 201 zu § 20; *Weides*, Fn. 3, S. 230.
52 BVerwGE 70, 4, 12; OVG Münster, NVwZ-RR 2003, 327, 328; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 321, mit Hinweisen auf die Rspr.; *Kintz*, Fn. 13, S. 289.
53 Siehe dazu die Klausur des Verfassers „Ein Fahrlehrer auf Abwegen", VR 2003, 421 ff. (konkret das Regierungspräsidium als Ausgangs- und Widerspruchsbehörde) mit weiteren Fällen aus der Rspr. zur Identität zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde.
54 *Linhart*, Fn. 3, Anm. 31 zu § 20; *Weber*, Fn. 53, Klausur in VR 2003, 421 ff., mit Tenorierung der Entscheidung der Widerspruchsbehörde.
55 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 334, und S. 395; *Weides*, Fn. 3, S. 239. Das SächsVwKG betrachtet gemäß § 11 II den Fall der Rücknahme als einen Unterfall der Erledigung; „Wird ein Rechtsbehelf zurückgenommen oder erledigt er sich auf andere Weise, gilt § 10 II entsprechend".
56 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 397, mit Hinweisen auf die Rspr.
57 BVerwG, NJW 1989, 2486, und NVwZ 1999, 1218, 1219; OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706, 707; VGH Mannheim, VBlBW 2005, 281; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 478.
58 BVerwG, NJW 1989, 2486; *Linhart*, Fn. 3, Anm. 22 und 203 zu § 20.
59 Siehe dazu ein Tenorierungsbeispiel bei *Oberrath/Hahn*, Fn. 3, JA 1995, 888; ebenso der Tenor der Entscheidung des Landratsamtes, nachzulesen in BVerwGE 88, 41, 42.
Warum und weshalb es zur Einstellung kam, ist keine Frage der Tenorierung, sondern der Begründung der Entscheidung. Hat der Widerspruchsführer die Rücknahme des Widerspruches erklärt, so kann die Begründung kurz und knapp ausfallen.
60 BVerwG, NJW 1982, 300, und 1827; 1988, 87, 89; OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 509; *Kopp/Ramsauer*, Fn.16, Anm. 18 zu § 80 VwVfG, mit kritischen Anmerkungen unter Anm. 19; *Weides*, Fn. 3, S. 316.
61 BVerwGE 88, 41, 45.
62 BVerwG, NVwZ-RR 2003, 871, 872.
63 So auch *Weber*, Fn. 2, apf 2000, 146, bei der Einstellungsentscheidung der Widerspruchsbehörde; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 518.
64 Zu den verschiedenen landesrechtlichen Regelungen siehe *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 509, und *Kopp/Ramsauer*, Fn. 16, Anm. 20 zu § 80 VwVfG.
65 BVerwG, DVBl. 1996, 1315, 1316; VGH München, NVwZ 1983, 615; VGH Mannheim, VBlBW 2005, 281; *Linhart*, Fn. 3, Anm. 22 zu § 20
66 OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706; das BVerwG (DVBl. 1996, 1315, 1316) verweist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Rspr. des BVerfG, wonach keine verfassungsrechtliche Pflicht bestehe, in jeder Hinsicht eine Kostenerstattung vorzusehen.
67 Grundsätzlich zu den Verwaltungskosten im Vorverfahren *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 498 ff.

4. Zusammenfassend der Tenor der Einstellungsentscheidung:

(I.) Das Widerspruchsverfahren wird eingestellt.

(II.) Kosten nach § 80 VwVfG werden nicht erstattet (es sei denn, es gibt besondere landesrechtliche Festlegungen, siehe oben unter 2 b).

(III.) Die Gebühr für diesen Bescheid (nebst Auslagen in Höhe von ..., falls angefallen) wird auf ... € festgesetzt.

5. Abschließend sei noch angemerkt, dass das Widerspruchsverfahren auch vergleichsweise (einschließlich Kostenentscheidung) beendet werden kann.[68]

B. Rechtsbehelfe im Abhilfeverfahren[69]

I. Gegen die „Hauptsache", also die Abhilfeentscheidung

1. Wird dem Widerspruch durch die Ausgangsbehörde komplett abgeholfen, ist eine „Beschwer" des Widerspruchsführers nicht mehr gegeben.

2. Bei „Teilabhilfe" (weil der Widerspruch nur zum Teil begründet ist) durch die Ausgangsbehörde (siehe oben A VII) wird diese keine Teilabhilfe vornehmen und den kompletten Widerspruch der Widerspruchsbehörde zur Entscheidung vorlegen.

3. Anders ist aber die Rechtslage beim so genannten „Drittwiderspruch": Zum Beispiel erhält der Bauherr eine Baugenehmigung, der Nachbar erhebt Widerspruch, es erfolgt eine Abhilfe zugunsten des Nachbarn und zu Lasten des Bauherrn die „Aufhebung" der Baugenehmigung durch Abhilfebescheid. Bei dieser Abhilfeentscheidung „zu Gunsten" des Nachbarn liegt eine erstmalige Beschwer des Bauherrn im Widerspruchsverfahren vor, weshalb nach § 68 I 2 Nr. 2 VwGO kein weiteres Widerspruchsverfahren durchzuführen ist.[70] Dabei besteht nach § 71 VwGO eine Anhörungspflicht zugunsten desjenigen, der erstmalig durch die Entscheidung im Widerspruchsverfahren beschwert wird (also des Bauherrn).

II. Gegen die Kostenentscheidung[71]

Die im Widerspruchsverfahren von der Behörde getroffenen Kostenentscheidungen sind selbständige Verwaltungsakte[72] und können unabhängig von der Sachentscheidung angefochten werden[73], so genannte isolierte Anfechtung der Kostenentscheidung[74].

1. Gegen die Kostengrundentscheidung im Abhilfeverfahren nach § 80 I 1 VwVfG ist kein Rechtsbehelf möglich, da diese Entscheidung zu Gunsten des Widerspruchsführers ausfällt, der im Abhilfeverfahren obsiegt hat; eine „Beschwer" des Widerspruchsführers scheidet aus.

2. Die Rechtsprechung muss sich aber damit befassen, dass die „Abhilfebehörde" trotz Erfolg des Widerspruchsführers eine Kostengrundentscheidung nach § 80 I 1 VwVfG zu dessen Gunsten nicht erlassen hat. *„Unterlässt es die Ausgangsbehörde, bei Stattgabe (also Erfolg) des Widerspruchs eine ihr gebotene Kostenentscheidung zu treffen, kann der widersprechende Bürger im Wege der Verpflichtungsklage[75] eine „isolierte" Kostengrundentscheidung verlangen. Ob der Klageantrag in diesem Falle auf eine Ergänzung des aufhebenden Bescheides zu richten ist oder selbständig erhoben werden muss, kann dahinstehen".*[76]

3. Die Ausgangsbehörde hat im Abhilfeverfahren eine Entscheidung über die Nichthinzuziehung eines Bevollmächtigten getroffen[77] oder diese Entscheidung nach § 80 II VwVfG überhaupt nicht getroffen.[78] Auch hier ist unmittelbar Klage bei Gericht zu erheben[79], und zwar in Form einer Verpflichtungsklage.[80]

4. Im Kostenfestsetzungsverfahren nach § 80 III VwVfG (durch die Ausgangsbehörde, die die Abhilfeentscheidung getroffen hat) kann es zum Streit über die Höhe der von der Behörde im Kostenfestsetzungsbescheid festgesetzten Kosten kommen, insbesondere wenn diese niedriger festgesetzt werden als beantragt. *„Dagegen kann sich der Widerspruchsführer selbst - evtl. vertreten durch den Rechtsanwalt - wenden, nicht dagegen der Rechtsanwalt aus eigenem Recht".*[81] Hier ist aber zu beachten, dass erst nach vorausgegangenem Vorverfahren die Verpflichtungsklage eröffnet ist,[82] d. h. es kann nicht unmittelbar Klage beim Verwaltungsgericht erhoben werden.[83]

C. „Abhilfe" außerhalb des Widerspruchsverfahrens

Dazu **Fall 2**: Der Grundstückseigentümer Müller erhält auf entsprechenden Antrag die Baugenehmigung zur Errichtung eines Satteldaches. Dagegen erhebt der Nachbar Unfreundlich Widerspruch.

---

68 *Weides*, Fn. 3, S. 303 ff.; *Linhart*, Fn. 3, Anm. 203 zu 20; *Kopp/Schenke*, Fn. 5, Anm. 6 zu 72 VwGO; *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2002, 36. Der Verfasser nutzt selbst regelmäßig die Möglichkeit des Vergleichsabschlusses im Widerspruchsverfahren zur Verfahrensbeendigung.

69 Dazu grundsätzlich BVerwG, NJW 1988, 87.

70 *Kopp/Schenke*, Fn. 5, Anm. 21 zu § 68 VwGO.

71 Siehe dazu grundsätzlich *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 521 ff.; *Kopp/Ramsauer*, Fn.16, Anm. 61 ff. zu § 80 VwVfG.

72 BVerwG, NJW 1988, 87 (siehe oben unter A VI 8.);BVerwGE 79, 291, 297; VG Leipzig, NVwZ 2002, 891, 892; *Kopp/Ramsauer*, Fn. 16, Anm. 51 zu § 80 VwVfG; das VG Dessau (LKV 2004, 335) bezeichnet die Entscheidung der Behörde über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren ausdrücklich als Verwaltungsakt.

73 *Weides*, Fn. 3, S. 317. Der Widerspruchsführer ist demnach mit der Entscheidung in der „Hauptsache" einverstanden, nicht aber mit der daraus folgenden Kostenentscheidung.

74 *Kopp/Ramsauer*, Fn.16, Anm. 61 zu § 80 VwVfG.

75 BVerwG, NJW 1988, 87; siehe Fn. 44.

76 BVerwG, DVBl. 96, 1316.

77 BVerwGE 88, 41 ff.; OVG Saarlouis, NVwZ 1987, 508; VG Leipzig, NVwZ-RR 2005, 45; VG Dessau, LKV 2004, 335.

78 VG Leipzig, NVwZ 2002, 891.

79 OVG Bremen, NVwZ 1989, 75; BVerwG NVwZ-RR 2004, 5.

80 BVerwG, NJW 1988, 87; NVwZ 1988, 249; OVG Saarlouis, NVwZ 1987, 508.

81 BVerwG, NJW 1986, 2128; *Kopp/Ramsauer*, Fn. 16, Anm. 65 zu § 80 VwVfG.

82 BVerwG, NJW 1988, 87, und NVwZ 1988, 721, 723.

83 *Kopp/Ramsauer*, Fn. 16, Anm. 64 zu 80 VwVfG; *Weides*, Fn. 3, S. 311, 317.

Er trägt vor, dass die Genehmigung gegen § 15 BauNVO (Bauplanungsrecht, Gebot der Rücksichtnahme) und gegen das bauordnungsrechtliche Verunstaltungsverbot verstoße. Deshalb sei die Baugenehmigung (begünstigender Verwaltungsakt zugunsten des Bauherrn Müller) rechtswidrig und hätte nicht erteilt werden dürfen.

Die Ausgangsbehörde legt den Widerspruch des Unfreundlich zur Entscheidung dem Widerspruchsausschuss (Rechtslage in Hessen[84]) vor. Die beiden vom Widerspruchsführer geltend gemachten Rechtsverstöße konnten in der Widerspruchsverhandlung des Ausschusses nicht geklärt werden.

Davon unterrichtet der Widerspruchsausschuss die Ausgangsbehörde (der Widerspruchsausschuss hat insbesondere wegen Zweifeln an der Begründetheit des Widerspruchs ausdrücklich keine Entscheidung getroffen).

Diese nimmt die gegenüber Müller erteilte Baugenehmigung zurück und begründet den Rücknahmebescheid nur mit der Verletzung objektiven Rechts. Daraufhin verlangt der Widerspruchsführer Unfreundlich eine Entscheidung zur Erstattung der Kosten des Widerspruchsverfahrens unter Berufung auf die Kostenregelung in § 72 VwGO.[85]

I. Abgrenzung zwischen Abhilfe und Rücknahme

Immer wieder befasst sich die Rechtsprechung mit der Frage, ob die Behörde im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens einen Abhilfebescheid erlassen (mit der für den Widerspruchsführer günstigen Kostenfolge des § 72 VwGO) oder einen anderen Weg gefunden hat, die „Beschwer"[86] des Widerspruchsführers zu beenden.

1. Der oben geschilderte praktische Fall zeigt, dass zur Beendigung des Widerspruchsverfahrens zu Gunsten des Widerspruchsführers nicht immer ein Abhilfebescheid ergehen muss. Denkbar ist stattdessen auch ein Rücknahme- oder Widerrufsbescheid nach den §§ 48, 49 VwVfG (außerhalb des Widerspruchsverfahrens).[87]

Während der Abhilfebescheid innerhalb des Widerspruchsverfahrens ergeht und insoweit dieses abschließt, eröffnen Rücknahme oder Widerruf (als „neue" Verwaltungsakte[88]) ein neues Verwaltungsverfahren als „Ausgangsverfahren".[89] Dabei muss die Ausgangsbehörde in ihrem Bescheid klarstellen, ob sei einen Abhilfe- oder einen Rücknahmebescheid erlassen will (Bestimmtheitsprinzip, § 37 I VwVfG). Unklarheiten gehen zu Lasten der Behörde. Im Zweifel ist eine Abhilfeentscheidung mit entsprechender Kostenlast der Behörde anzunehmen.[90]

2. Das BVerwG hat dazu in seiner Grundsatzentscheidung vom 18.4.1996[91] ausgeführt: *„Im Streitfall hat die Beklagte (Anm.: die Behörde) – die nach dem maßgebenden (Anm.: hessischen) Kommunalrecht sowohl Ausgangsbehörde als auch Widerspruchsbehörde ist – dem Widerspruch weder abgeholfen noch stattgegeben. Damit scheidet eine Anwendung des § 80 I 1 VwVfG aus. Allerdings hat die Ausgangsbehörde durch den von ihr erlassenen Rücknahmebescheid im Ergebnis eine Rechtslage hergestellt, welche jedenfalls objektiv den Interessen der widersprechenden Kläger entsprach (Anm.: Nachbar Unfreundlich). Diesem mochte es letztlich gleichgültig sein, ob die Ausgangsbehörde die geltend gemachte Beschwer entweder nach § 72 VwGO durch Abhilfe oder nach §§ 50, 48 VwVfG durch Rücknahme der Baugenehmigung beseitigte ..., wobei es nicht möglich ist, den Rücknahmebescheid gleichzeitig kostenrechtlich als Abhilfebescheid anzusehen. Die Ausgangsbehörde hat sich hier unmissverständlich für das Verfahren der Rücknahme entschieden ... Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen, welche bei einem Nachbarwiderspruch im Hinblick auf einen Rücknahme- oder Abhilfebescheid bestehen, entspricht es ohnedies korrektem behördlichen Vorgehen, keinen Zweifel daran zu lassen, welche Verfahrensweise gewählt wurde*[92] *... Eine Ausgangsbehörde kann aus ihrer Sicht gute Gründe haben, sich auch im Falle eines zulässigen und begründeten Widerspruchs dafür zu entscheiden, einen von ihr erlassenen begünstigenden Verwaltungsakt (Anm.: dem Grundstückseigentümer Müller erteilte Baugenehmigung) nicht durch Abhilfe, sondern durch Rücknahme aufzuheben und damit in dieser Weise die ursprüngliche Rechtslage herzustellen (unter Hinweis auf § 50 VwVfG). Billigt man der Ausgangsbehörde diese Befugnis zu, in einem Widerspruchsverfahren zwischen Abhilfe und Rücknahme zu wählen, so hat sie hierüber allerdings nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.* ***Denn jede Entscheidungsfreiheit, welche das Gesetz einer Behörde eröffnet, ist an sachgerechte Erwägungen gebunden. Das ist eine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit.*** *Das Gesetz muss dies nicht besonders betonen..."*

Nach Auffassung des Gerichts können bei einem eingelegten Nachbarwiderspruch Gründe vielfältiger Art vorliegen, welche die Behörde veranlassen, sich für einen Rücknahmebescheid (anstelle einer Abhilfe) zu entscheiden. Dabei habe die Frage im Mittelpunkt zu stehen, welche unterschiedlichen verfahrensmäßigen und materiellen Rechtsfolgen die jeweils gewählte Verfahrensart für die am Konflikt Beteiligten haben wird. Dabei benennt das BVerwG konkret drei verschiedene Fallgestaltungen:

- Unzulässiger Widerspruch mangels Verletzung subjektiver Rechte: Stützt die Behörde ihre Rücknahmeentscheidung deshalb auf den Verstoß gegen objektives Recht, so ist diese Verfahrensweise für den widersprechenden Bürger (Anm.: den Nachbarn) nur günstig, denn ein positiver Widerspruchsbescheid hätte nicht ergehen können.

---

84 Siehe dazu *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 411; BVerwG DVBl. 1996, 1315, 1317.

85 Fall nach BVerwG, DVBl. 1996, 1315 ff., sog. Drittwiderspruch in Form eines Nachbarwiderspruchs (§ 80 a VwGO, „Verwaltungsakte mit Doppelwirkung" oder Drittwirkung). Dabei handelt es sich hier konkret um den Widerspruch eines „beschwerten" Nachbarn gegen eine dem Grundstückseigentümer erteilte Baugenehmigung als diesen begünstigenden (und den Nachbarn belastenden) Verwaltungsakt.

86 Siehe § 70 I 1 VwGO; BVerwG, DVBl. 1996, 1315, 1316.

87 Siehe dazu umfassend *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 327 ff.; *Kintz*, Fn. 13, S. 290 ff.; *Linhart*, Fn. 3, Anm. 21 ff. zu § 20.

88 VGH München, NVwZ 1983, 615, 616.

89 OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706, 707; an dieses Ausgangsverfahren könnte sich dann wiederum ein Widerspruchsverfahren anschließen.

90 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 331; OVG Bautzen, SächsVBl. 1993, 160: Soweit der Widerspruchsbescheid Unklarheiten enthält, geht dies zu Lasten der Verwaltung; VG Leipzig, NVwZ 2002, 892; siehe dazu später unter II.

91 DVBl. 1996, 1316; Fn. 85.

92 So ausdrücklich auch *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 330.

■ Auch das Absehen von einem zurückweisenden Widerspruchsbescheid kann für den widersprechenden Bürger (Anm.: den Nachbarn) günstig sein, wenn nach dem Kostenrecht des Landes eine zurückweisende Widerspruchsentscheidung mit einer belastenden Gebühr verbunden ist.[93]

■ Ist der Widerspruch (Anm.: des Nachbarn, also des Dritten) hingegen sowohl zulässig als auch begründet, kann die Entscheidung anders sein. In diesem Falle erwächst der Behörde daraus der „Vorteil" des § 50 VwVfG. Sie ist von den Beschränkungen der §§ 48, 49 VwVfG insoweit befreit, als sie außerhalb der §§ 72, 73 III 2 (Anm.: heute § 73 III 3) VwGO eine Aufhebungsentscheidung erlässt. Insbesondere braucht sie einen etwaigen Vermögensnachteil i. S. des § 48 III VwVfG trotz der von ihr zu verantwortenden Rechtswidrigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes nicht auszugleichen. Dennoch kann sie – dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit folgend[94] – durch Rücknahme die gesetzesmäßige Rechtslage herstellen. Entscheidet sich die Behörde für eine auf § 48 VwVfG gestützte Entscheidung (Anm.: anstatt Abhilfe), dann entzieht sie allerdings dem Bürger, der einen zulässigen und begründeten Widerspruch eingelegt hat, dadurch zugleich einen sonst nach § 80 I 1 VwVfG gegebenen Kostenanspruch. Denn in diesem Falle kommt es zu keiner Entscheidung nach §§ 72, 73 III 2 (Anm.: heute § 73 III 3) VwGO.

„Es wäre jedoch sachwidrig, wenn sich eine Behörde in der Absicht, der sonst bestehenden Kostenlast des § 80 I 1 VwVfG zu entgehen (Anm.: bei Abhilfe), für das Verfahren der Rücknahme entschiede. Sie nähme damit zwar den ihr durch § 50 VwVfG gesetzlich zuerkannten Vorteil in Anspruch, verhinderte aber zugleich eine Kostenentscheidung zu Gunsten des Bürgers, der einen zulässigen und begründeten Widerspruch erhoben hatte. Eine derartige Absicht des Ausweichens in ein an sich übliches Verfahren mit dem Ziel, der Kostenlast des § 80 I 1 VwVfG zu entgehen, ist der Erfolg zu versagen. Das verlangen ***die ungeschriebenen Grundsätze fairer Verfahrensgestaltung und die Prinzipien von Treu und Glauben.***[95] *Wenn die Behörde erkennt, dass der eingelegte Widerspruch zulässig und begründet ist, wird sie mithin besonders zu prüfen haben, ob es sachgerecht ist, von einer Abhilfe oder einem stattgebenden Widerspruchsbescheid abzusehen und eine Rücknahme auszusprechen. Sie wird dazu Gründe anzugeben haben, um sich dem Verdacht zu entziehen, sie wolle mit ihrer Verfahrensweise der Rücknahme nur eine Kostenentlastung zum Nachteil des widersprechenden Bürgers erreichen".*

3. Auch außerhalb der so genannten Drittwidersprüche hat sich die Rechtsprechung inzwischen mit dieser Problematik befasst[96] und die vorgenannten Grundsätze der Beachtung fairer Verfahrensweise und der Bedeutung von „Treu und Glauben" bei der Frage „Abhilfeentscheidung oder Rücknahme" bestätigt.

II. Bedeutung der Unterscheidung

Wegen den unterschiedlichen Voraussetzungen und Verfahrensweisen bei Abhilfe oder Rücknahme ist auf eine klare Formulierung zu achten[97]; im Zweifel ist von einer Abhilfeentscheidung auszugehen.[98]

1. Der Abhilfebescheid nach § 72 VwGO ist eine gebundene Entscheidung zu Gunsten des Widerspruchsführers, während die Rücknahme bzw. der Widerruf eine Ermessensentscheidung der Behörde unter Beachtung der Jahresfrist des § 48 V VwVfG ist.

2. Der Abhilfebescheid muss eine Kostenlastentscheidung bezüglich des damit beendeten Widerspruchsverfahrens enthalten, in der Regel zu Gunsten des Widerspruchsführers.[99] Bei der Rücknahme entfällt eine derartige Entscheidung, denn Kosten des Verwaltungsverfahrens (außerhalb des Widerspruchsverfahrens) sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig.[100]

3. Der Abhilfebescheid ergeht aus widerspruchsbezogenen Gründen[101], insbesondere bei zulässigem und begründetem Widerspruch[102]. Ansonsten ist die Entscheidung nicht „widerspruchsbezogen" und somit außerhalb des Widerspruchsverfahrens möglich (also auch bei unzulässigem und/oder unbegründetem Widerspruch).

4. Wie die angesprochenen Fälle aus der Rechtsprechung zeigen, geht es im Wesentlichen immer um die Kostenfrage, weil insoweit eine behördliche Entscheidung außerhalb des Abhilfeverfahrens für den Widerspruchsführer immer ungünstig ausfallen wird[103].

5. Durch die Rücknahme des Ausgangsbescheides (im genannten Fall 2 gegenüber dem Bauherrn) kommt es zur Erledigung des Widerspruchsverfahrens, das Widerspruchsverfahren wird eingestellt. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter A IX. verwiesen werden.

---

93 Z. B. in Sachsen nach § 11 I SächsVwKostG.
94 Art. 20 III GG.
95 Ebenso BVerwG, NVwZ-RR 2003, 871, 872, im „normalen" Widerspruchsverfahren.
96 BVerwG, Fn. 95: das Gericht bejahte die Rücknahme nach § 48 VwVfG, weil ein „treuwidriges" Verhalten der Behörde nicht vorlag; OVG Münster, VRS 105/03, 76: *„Sachlich gerechtfertigte tragfähige Gründe, um anstelle einer Abhilfeentscheidung nach § 72 VwGO die Fahrerlaubnisentziehung zurückzunehmen ...".*
97 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 330 ff.
98 VG Leipzig, NVwZ 2002, 891, 892: *„Der Bürger darf eine Entscheidung, die auf seinen Widerspruch hin den angefochtenen Abgabenbescheid aufhebt, als Abhilfeentscheidung i. S. des § 72 VwGO werten. Will die Behörde nämlich bei einem nach ihrer Ansicht zulässigen und begründeten Widerspruch den angegriffenen Bescheid außerhalb des Widerspruchsverfahrens zurücknehmen und den Widerspruchsführer damit um den Kostenausspruch bringen, hätte sie diese Absicht klar zum Ausdruck bringen und begründen müssen".*
99 BVerwG, NVwZ-RR 2003, 872.
100 BVerwG, DVBl. 2005, 713, 716; OVG Münster, DÖV 1998, 654.
101 VGH München, NVwZ 1983, 615, 616; OVG Hamburg, NVwZ-RR 1999, 706, 707.
102 In der bereits mehrfach angesprochenen Grundsatzentscheidung des BVerwG (siehe oben, BVerwG DVBl. 1996, 1315 ff.) stellte das Gericht fest, dass es darauf ankomme, *„ob die Behörde im Zeitpunkt der Rücknahme der Baugenehmigung die Widersprüche als zulässig und begründet ansehen konnte. Denn nur bei einer derartigen Kenntnis oder ggf. bei einer fahrlässigen Unkenntnis könnte man überhaupt annehmen, sie habe von der ihr eröffneten Wahlbefugnis (Anm.: keine Abhilfe, sondern Rücknahme) einen rechtswidrigen Gebrauch gemacht. Die Feststellungen des VGH (Anm.: Vorinstanz, VGH Kassel) ergeben das nicht ...Ein Fall eines für die Behörde erkennbaren zulässigen und begründeten Widerspruchs (Anm.: der für eine Abhilfe gesprochen hätte) lag demnach nicht vor. Dann lässt sich ihr nicht der Vorhalt machen, sie habe sich aus sachwidrigen Gründen dem Erlass eines Abhilfebescheides entzogen".*
103 Trotz Erfolgs für den Widerspruchsführer in der „Hauptsache", wie Fall 2 zeigt.

D. Nichtabhilfe

Eine „Nichtabhilfe" durch die Ausgangsbehörde innerhalb des Widerspruchsverfahrens liegt vor, wenn diese an dem mit Widerspruch angegriffenen Verwaltungsakt festhält, also ihn als unzulässig oder auch als unbegründet ansieht[104] (so genannte Verweigerung der Abhilfe).

I. Vorlage an die Widerspruchsbehörde

Dann darf die Ausgangsbehörde in ihrer Eigenschaft als „Abhilfebehörde" diesen Widerspruch nicht zurückweisen, sondern muss ihn mittels eines so genannten Vorlageschreibens der Widerspruchsbehörde (einschließliche Vorlage der entsprechenden Akten[105]) zur weiteren Entscheidung vorlegen.[106] Gleichzeitig wird der Widerspruchsführer schriftlich durch die Ausgangsbehörde über die Nichtabhilfe und die Vorlage der Akten an die Widerspruchsbehörde unterrichtet.[107]

a) Damit kommt es zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde (so genannter „Devolutiveffekt"[108]) und Abschluss des Widerspruchsverfahrens durch späteren Erlass eines Widerspruchsbescheides nach § 73 I VwGO[109] durch die Widerspruchsbehörde.

b) Trotzdem darf die Ausgangsbehörde dem Widerspruch auch noch abhelfen, solange die Widerspruchsbehörde noch mit der Sache befasst ist.[110] Es besteht somit eine Zuständigkeitskonkurrenz[111] zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde, kein Entscheidungsmonopol der Widerspruchsbehörde.

II. Widerspruchsbescheid

In der Regel erlässt die Widerspruchsbehörde dann nach § 73 I 1 VwGO einen Widerspruchsbescheid, der dem Widerspruchsführer nach § 73 III 3 VwGO zugestellt wird.

Damit ist das Widerspruchsverfahren beendet. Anschließen kann sich daran eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nach § 42 I VwGO.

104 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 318; *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2002, 35.
105 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 314.
106 *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2002, 35; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 319; erst hierdurch erhält die Widerspruchsbehörde Kenntnis vom konkreten Widerspruchsverfahren, mit welchem sie vorher überhaupt nicht befasst war.
107 *Linhart*, Fn. 3, Anm. 17 zu § 20; *Weides*, Fn. 3, S. 230.
108 *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 319; *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2001, 1180; die Entscheidungskompetenz geht nun auf die Widerspruchsbehörde über.
109 *Linhart*, Fn. 3, § 20 Rdnr. 20; *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2001, 1180. Mit Zustellung des Widerspruchsbescheides nach § 73 III 2 VwGO ist das Widerspruchsverfahren beendet.
110 *Weides*, Fn. 3, S. 230; *Geis/Hinterseh*, Fn. 5, JuS 2001, 1180; *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 315; alle mit Hinweisen auf die Rspr.
111 Siehe dazu umfassend *Pietzner/Ronellenfitsch*, Fn. 3, S. 315 ff., und *Schoch*, Jura 2003, 756; beide mit Hinweisen auf die Rspr.

RECHTSPRECHUNG

VERGABERECHT

Vergaberechtswidriger Abschluss eines Rahmenvertrags über 25 Jahre Abwasserbeseitigung

1. Eine Teilprivatisierung der Abwasserbeseitigung durch Vergabe eines Abwasserbeseitigungsvertrags mit einer Laufzeit von 25 und mehr Jahren an eine zu gründende Betriebsführungsgesellschaft verstößt gegen den Wettbewerbsgrundsatz des § 97 I GWB.

2. Die neue Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG einschließlich ihrer Bestimmungen über Rahmenvereinbarungen ist ungeachtet ihrer noch nicht erfolgten nationalen Umsetzung als unmittelbar anwendbares Recht zu Grunde zu legen. Dies gilt auch für ein Vergabeverfahren, das bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist begonnen und bis hin zur Angebotswertung durchgeführt wurde.

3. Die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags über Management und Betrieb kommunaler Abwasserbeseitigungsanlagen stellt sich zumindest auch als Rahmenbauvereinbarung im Sinne der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG dar, wenn zur Erbringung der geschuldeten Dienstleistungen (auch) erhebliche Bauleistungen notwendig sind. (Nichtamtliche Leitsätze)

Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg, Beschl. v. 21. 2. 2006 – VK 29/05 (nicht bestandskräftig)

Zum Sachverhalt: Die Ag., eine kreisfreie Stadt, schrieb im Juli 2005 einen Dienstleistungsauftrag zur Einbindung eines strategischen Partners in ihre – bislang in Form eines Regiebetriebs organisierte – kommunale Abwasserbeseitigung europaweit aus. Danach beabsichtigte sie, eine Gesellschaft des privaten Rechts zu gründen und Anteile an dieser Gesellschaft an den auszuwählenden Partner zu veräußern. Durch Abschluss eines Abwasserbeseitigungsvertrags sollte die Gesellschaft mit der Dienstleistung der Abwasserbeseitigung i. S. von § 53 des Landeswassergesetzes NRW (NRWWG) betraut werden. Hierzu sollten der neu gegründeten Gesellschaft sowohl die bisherigen abwassertechnischen Anlagen als auch das bislang im Rahmen des städtischen Regiebetriebs tätige Personal unentgeltlich beigestellt werden. Bau und Finanzierung erforderlicher neuer Anlagen waren im Rahmen eines Forfaitierungsmo-