

Caroline Zagajewski

## **Das fakultative Widerspruchsverfahren**

Eine Alternative zur Abschaffung des  
Vorverfahrens in Nordrhein-Westfalen?



Herbert Utz Verlag · München

## Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von

Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)

Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)

Prof. Dr. Georg Steinberg (Universität zu Köln)

Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 84



Zugl.: Diss. der Rechtswiss. Fakultät an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, 2012

D 6

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2013

ISBN 978-3-8316-4207-6

Printed in EC

Herbert Utz Verlag GmbH, München

089-277791-00 · [www.utzverlag.de](http://www.utzverlag.de)

# Inhaltsverzeichnis

|  |     |
|--|-----|
| Vorwort  | III |
| Inhaltsverzeichnis   | V   |
| Einleitung   | 1   |
| A. Das Vorverfahren der Verwaltungsgerichtsordnung   | 4   |
| I. Das Vorverfahren im Überblick   | 4   |
| II. Funktionen und Vorteile des Vorverfahrens  | 6   |
| 1. Entlastung der Verwaltungsgerichte  | 7   |
| 2. Rechtsschutz des Bürgers  | 9   |
| 3. Selbstkontrolle der Verwaltung  | 12  |
| 4. Entlastung der Verwaltungsgerichte als primäre Funktion   | 13  |
| 5. Informiertheit, Akzeptanz und Sicherung des Rechtsfriedens als weitere Vorteile                                       | 14  |
| III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Vorverfahrens  | 15  |
| 1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes   | 15  |
| 2. Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 IV GG  | 18  |
| a) Grundsätzlich kein Gebot eines Vorverfahrens  | 18  |
| b) Das Vorverfahren als gerechtfertigte Hürde auf dem Weg zum Verwaltungsgericht   | 20  |
| B. Die weitgehende Abschaffung des Vorverfahrens in Nordrhein-Westfalen  | 22  |
| I. Mangelnde Funktionalität als zentraler Grund für die weitgehende Abschaffung des Vorverfahrens in Nordrhein-Westfalen | 22  |
| II. Verfassungsrechtlicher Rahmen der (weitgehenden) Abschaffung des Vorverfahrens                                       | 31  |
| 1. Gesetzgebungskompetenz der Länder?  | 31  |
| 2. Gebot des effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 IV GG  | 41  |
|  | V   |

|  |    |
|--|----|
| III. Annäherung an eine Bewertung der weitgehenden Abschaffung   | 42 |
| 1. Gang der Untersuchung in Nordrhein-Westfalen  | 44 |
| 2. Verwertbarkeit sonstiger Erfahrungswerte  | 44 |
| a) Nicht verwertbares Zahlenmaterial zur Tätigkeit von Widerspruchsausschüssen                                   | 45 |
| b) Bericht der Bund/Länder-Arbeitsgruppe Verwaltungsgerichtsbarkeit  | 46 |
| c) Untersuchung zum fakultativen Widerspruchsverfahren nach § 78 II 1 SGG a.F.                                   | 47 |
| d) Rechtstatsachenforschung im Baurecht von Dagmar Oppermann   | 48 |
| e) Untersuchungen zu den Auswirkungen der Reformbestrebungen verschiedener Bundesländer                          | 49 |
| aa) Bayern   | 50 |
| bb) Niedersachsen  | 52 |
| cc) Erfahrungen in Mecklenburg-Vorpommern  | 54 |
| 3. Empirisch gestützte Überlegungen zur Bewertung der Abschaffung des Vorverfahrens                              | 56 |
| a) Funktionalität des Vorverfahrens  | 57 |
| b) Faktoren mit Einfluss auf die Effektivität des Vorverfahrens  | 61 |
| aa) Besondere Bedeutung des Vorverfahrens bei Massenbescheiden   | 62 |
| bb) Vorverfahren in Rechtsgebieten mit hoher Komplexität oder besonderen Ermessens- bzw. Beurteilungsspielräumen | 64 |
| cc) Devolutiveffekt als Voraussetzung für eine effektive Selbstkontrolle   | 66 |
| dd) Zusammenhang von Suspensiveffekt und Wirksamkeit des Vorverfahrens   | 68 |
| c) Stärkung des Ausgangsverfahrens und Umgehungsmechanismen  | 69 |
| aa) Stärkung des Ausgangsverfahrens  | 69 |
| (a) Erweiterte Anhörung  | 70 |

|   |     |
|---|-----|
| (b) Verwaltungsinterne Kontrolle vor Bescheiderlass   | 72  |
| bb) Umgehungsmechanismen zur Ermöglichung einer nachgelagerten verwaltungsinternen Kontrolle  | 73  |
| C. Das fakultative Widerspruchsverfahren  | 78  |
| I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung eines Wahlrechts im allgemeinen Verwaltungsrecht durch das Land Nordrhein-Westfalen                    | 78  |
| 1. Gesetzgebungskompetenz des Landes zur Einführung eines fakultativen Widerspruchsverfahrens als Teil der Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens | 78  |
| 2. Vereinbarkeit eines Wahlrechts mit Art. 19 IV GG   | 81  |
| II. Mögliche Vorbilder für Nordrhein-Westfalen  | 82  |
| 1. § 18 III des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit/Wahlklage in Rheinland-Pfalz                                       | 83  |
| a) Vorschaltverfahren gegen Verwaltungsakte unterer Verwaltungsbehörden mit anschließender Wahlklage  | 84  |
| b) Wahlklage gegen Verwaltungsakte der Regierungspräsidenten  | 86  |
| c) Unmittelbare Klage gegen Verwaltungsakte oberster Landesbehörden   | 86  |
| 2. Das fakultative Widerspruchsverfahren nach Art. 15 BayAGVwGO   | 87  |
| 3. Optionsmodell nach § 13a AGGerStrG M-V   | 92  |
| 4. <i>Recours administratif</i> des französischen Verwaltungsrechts   | 95  |
| a) Allgemeines  | 95  |
| b) Verhältnis des Rekurses zur verwaltungsgerichtlichen Klage   | 98  |
| aa) Grundsatz: <i>recours administratif facultatif</i>  | 98  |
| bb) Beachtung der Klagefrist auch beim <i>recours administratif</i>   | 99  |
| 5. Sonderfälle: Von der Rechtsprechung entwickelte Fälle der Entbehrlichkeit des Vorverfahrens  | 99  |
| a) Anfechtung eines Verwaltungsakts, der lediglich einen anderen abändert oder ersetzt  | 100 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| b)   | Vornahmeantrag, der auf einen modifizierten Verwaltungsakt gerichtet ist                                  | 101 |
| c)   | Unmittelbarer Zusammenhang zum vorangegangenen angefochtenen oder begehrten Verwaltungsakt                | 102 |
| d)   | Anfechtung von Nebenentscheidungen zum Widerspruchsbescheid   | 103 |
| aa)  | Kostenlastentscheidung  | 103 |
| bb)  | Kostenfestsetzung   | 103 |
| cc)  | Gebühr für den Widerspruchsbescheid   | 104 |
| e)   | Rügelose Einlassung der Behörde   | 104 |
| f)   | (Vorangegangenes) ablehnendes Verhalten der Widerspruchsbehörde   | 107 |
| g)   | Nichterforderlichhalten des Widerspruchs aufseiten der Behörde  | 108 |
| h)   | Vorverfahren durch dritte Personen  | 108 |
| i)   | Parteiwechsel   | 110 |
| j)   | Übergang von der Feststellungs- oder Leistungsklage zur Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage             | 111 |
| k)   | Bedenken gegen Rechtsprechungspraxis sind auf ein gesetzlich normiertes Wahlrecht nur bedingt übertragbar | 112 |
| III. | Mögliche Hürden bei der Ausgestaltung eines Optionsmodells  | 112 |
| 1.   | Anwendbares Recht   | 112 |
| a)   | Keine Übertragbarkeit des § 68 VwGO   | 114 |
| aa)  | Erforderlichkeit eines landesgesetzlichen Surrogats für § 68 I 1, II VwGO                                 | 114 |
| bb)  | Unanwendbarkeit des § 68 I 2 VwGO   | 115 |
| b)   | Lediglich inhaltliche Eignung des § 69 VwGO für ein Optionsmodell   | 116 |
| c)   | Aufschiebende Wirkung des Widerspruchs, §§ 80-80b VwGO  | 116 |
| d)   | Anwendung der sonstigen Normen der Verwaltungsgerichtsordnung ohne Bedenken                               | 119 |
| e)   | Kein Anwendungsbereich für §§ 110, 111 JustG NRW  | 119 |
| f)   | Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes   | 120 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 2.  | Klagefrist bei fakultativem Widerspruch  | 120 |
|     | a) Problemstellung   | 120 |
|     | b) Lösungsansätze  | 124 |
|     | aa) Eröffnung der Möglichkeit zur parallelen<br>Durchführung von Widerspruchs- und<br>Klageverfahren                 | 124 |
|     | bb) Änderung des § 74 VwGO   | 127 |
| 3.  | Untätigkeitsklage nur bei Anpassung der Klagefrist   | 128 |
| 4.  | Einschränkungen des Wahlrechts bei Verwaltungsakten, die<br>mehrere betreffen bzw. Verwaltungsakten mit Drittwirkung | 128 |
|     | a) Verwaltungsakte, die mehrere betreffen  | 129 |
|     | b) Verwaltungsakte mit Drittwirkung  | 130 |
| 5.  | Materielle Befugnis zur <i>reformatio in peius</i> im<br>Widerspruchsverfahren                                       | 130 |
| 6.  | Kosten der verwaltungsgerichtlichen Klage bei fakultativem<br>Widerspruch  | 133 |
|     | a) Kostenlastverteilung im Falle der prophylaktischen<br>Klage   | 134 |
|     | aa) Beendigung nach stattgebender Entscheidung im<br>Widerspruchsverfahren   | 134 |
|     | (a) Prozessbeendigung durch Erledigungserklärung   | 135 |
|     | (b) Beendigung durch Rücknahme der Klage   | 138 |
|     | (c) Beendigung durch Verzicht  | 138 |
|     | bb) Begründung des Widerspruchsbescheids überzeugt<br>Kläger von der Aussichtslosigkeit der Klage                    | 139 |
|     | cc) Klagebeendigung nach Heilung formeller Fehler im<br>Widerspruchsverfahren  | 140 |
|     | b) Kosten des Widerspruchsverfahrens nicht nach § 162<br>VwGO erstattungsfähig                                       | 141 |
| 7.  | Anspruch auf Erlass eines Widerspruchsbescheids  | 141 |
| IV. | Bewertung der Effektivität eines Optionsmodells  | 144 |
|     | 1. Unzweckmäßigkeit eines Optionsmodells ohne Änderung des<br>§ 74 VwGO  | 144 |

|  |     |
|--|-----|
| 2. Optionsmodell bei Anpassung der Klagefrist: Eine denkbare Alternative zur Abschaffung des Vorverfahrens | 145 |
| a) Funktionen bleiben wenigstens teilweise erhalten  | 146 |
| b) Erhalt der Vorteile der Abschaffung des Vorverfahrens   | 148 |
| c) Sonstige Auswirkungen des Wahlrechts im Baurecht  | 148 |
| Fazit in Thesen  | 150 |
| Literaturverzeichnis   | 157 |

## Einleitung

Anwendungsbereich und Wirkkraft des Vorverfahrens der Verwaltungsgerichtsordnung wurden im Laufe der Zeit durch verschiedene Einflüsse mehr und mehr geschwächt.

Es ist bereits fraglich, ob die Einordnung als bloße – nachholbare – Sachurteilsvoraussetzung der Bedeutung dieses Rechtsinstituts gerecht werden kann<sup>1</sup>. Zumindest haben die zahlreichen durch die Judikative entwickelten Fallgestaltungen, in welchen die Durchführung des Widerspruchsverfahrens gänzlich entbehrlich ist, die Bedeutung der verwaltungsinternen Kontrolle erheblich herabgesetzt. In der neueren Entwicklung hatten überdies einige Gesetzesänderungen Einfluss auf die Effektivität des Verfahrens; hierzu zählen neben Einschränkungen des Devolutiv- sowie des Suspensiveffekts des Widerspruchs insbesondere die zeitliche Ausdehnung der Heilungsmöglichkeiten<sup>2</sup> und die Option der Behörde, nach § 114 S. 2 VwGO nunmehr auch noch im gerichtlichen Verfahren Ermessenserwägungen zu ergänzen<sup>3</sup>. Denn diente das Widerspruchsverfahren zuvor noch als letzte Möglichkeit der Fehlerkorrektur für die Behörde, wurde ihm diese „ultimative Wirkung“<sup>4</sup> genommen.

Aufgrund dieser Entwicklungen erscheint es zunächst nicht verwunderlich, dass auf Bundesebene die Öffnungsklausel des § 68 I 2 VwGO zugunsten der Länder erweitert wurde und diese hiervon – in unterschiedlichem Ausmaß – weitgehenden Gebrauch gemacht und das Vorverfahren in vielen Fällen abgeschafft ha-

---

<sup>1</sup> Kritisch gegenüber der Einordnung des Vorverfahrens als Sachurteilsvoraussetzung *im weiteren Sinne* und für eine Charakterisierung als Prozessvoraussetzung, welche zwingend bereits bei Klageerhebung vorliegen muss, aktuell S. Vetter, *Mediation und Vorverfahren. Ein Beitrag zur Reform des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens*, 2004, S. 66 f.

<sup>2</sup> Auf Bundesebene ist die Heilung formeller Fehler eines Verwaltungsakts seit Änderung des § 45 VwVfG durch das Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (BGBl. I S. 1354) nunmehr gem. § 45 II VwVfG noch bis zum Abschluss eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich, siehe hierzu statt vieler J. Bader, *NVwZ* 1998, 674-678. – Auf Landesebene bestimmt für Nordrhein-Westfalen § 45 II VwVfG NRW, dass eine Heilung nur – aber immerhin – bis zum Abschluss der ersten Instanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens möglich ist.

<sup>3</sup> § 114 S. 2 VwGO wurde durch das 6. VwGO-Änderungsgesetz vom 1.11.1996 (BGBl. I S. 1626) eingefügt und erlaubt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Ergänzung von Ermessensentscheidungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, sofern die nachgeschobenen Gründe bereits beim Erlass des angegriffenen Bescheids vorgelegen haben und sie das Wesen des Verwaltungsakts unberührt lassen sowie die Verteidigung des Klägers nicht beeinträchtigen (siehe nur BVerwGE 61, 200 [210]; 105, 55 [59]; 106, 351 [363]); siehe instruktiv J. Bader, *NVwZ* 1999, 120-125.

<sup>4</sup> M.-E. Geis, in: H. Sodan/J. Ziekow (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar*, 3. Aufl. 2010, § 68 Rn. 21.

ben. Dennoch stellt sich die Frage: Ist die Abschaffung des Vorverfahrens die einzig richtige Konsequenz aus den vorgenannten Entwicklungen? In der Literatur wurden verschiedene Alternativen hierzu diskutiert; als eine Möglichkeit wurde die Einführung eines fakultativen Widerspruchsverfahrens anstelle der vollständigen Abschaffung des Vorverfahrens genannt und überwiegend befürwortet<sup>5</sup>. In Bayern und Mecklenburg-Vorpommern ist dieses Modell bereits in einigen Bereichen des Verwaltungsrechts Gesetz geworden<sup>6</sup>.

Bei diesem sog. fakultativen Widerspruchsverfahren handelt es sich um ein Widerspruchsverfahren i.S.d. Verwaltungsgerichtsordnung, welches im Unterschied zu der Normierung in § 68 I 1 VwGO dem Verwaltungsgerichtsprozess jedoch nicht zwingend vorgeschaltet ist. Vielmehr steht es dem Bürger bei einem derartigen Optionsmodell frei, ob er gegen einen Verwaltungsakt unmittelbar klagt oder aber Recht- und Zweckmäßigkeit eines Bescheids zunächst durch die Verwaltung selbst – im Widerspruchsverfahren – überprüfen lässt.

Diese Arbeit soll einen Beitrag zur Beantwortung der Frage leisten, ob ein solches fakultatives Widerspruchsverfahren – für das Land Nordrhein-Westfalen – tatsächlich eine Alternative zur vollständigen Abschaffung des Vorverfahrens darstellt. Hierzu wird einerseits die (vorläufige) gesetzgeberische Entscheidung für die weitgehende Aussetzung des Vorverfahrens, andererseits ein mögliches Optionsmodell näher beleuchtet, um so einen Vergleich dieser beiden Varianten zu ermöglichen. Dabei wird der Fokus dieser Arbeit auf den rechtlichen Rahmen beider Lösungsansätze gelegt; ergänzend werden allerdings auch Zweckmäßigkeitserwägungen hinsichtlich dieser Modelle angestellt, sofern diese bei derzeitigem Kenntnisstand möglich sind und für die Frage, welches der Konzepte vorzuzugswürdig erscheint, relevant sein können.

Da zentraler Gegenstand der Untersuchungen also ein außergerichtlicher Rechtsbehelf ist, der an das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren der §§ 68 ff. VwGO angelehnt ist und sich von diesem nur im Hinblick auf den Charakter des Verfahrens als Sachurteilsvoraussetzung unterscheidet, wird zunächst im ersten

---

<sup>5</sup> U. Rüssel, NVwZ 2006, 523 (527); E. Allesch, Zur Abschaffung oder weitgehenden Einschränkung des Widerspruchsverfahrens, in: D. Heckmann (Hrsg.), Modernisierung von Justiz und Verwaltung. Gedenkschrift für Ferdinand O. Kopp, 2007, S. 16 (34); I. Härtel, VerwArch. 98 (2007), 54 (67); J. Unterreitmeier, BayVBl. 2007, 609 (616); H. Biermann, DÖV 2008, 395 (403); C. Steinbeiß-Winkelmann, NVwZ 2009, 686 (692); D. Hanschel, Das Widerspruchsverfahren als föderales Experimentierfeld – Plädoyer für ein Fakultativmodell, alternative Streitbeilegung und dezentrale Widerspruchsabschlüsse, in: P. Baumeister/W. Roth/J. Ruthing (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, S. 777 (793 f.) – Kritisch hingegen G. Heiß/T. Schreiner, BayVBl. 2007, 609 (618); S. Müller-Grune/J. Grune, BayVBl. 2007, 65 (72); K.-P. Dolde/W. Porsch, VBIBW 2008, 428 (413 f.).

<sup>6</sup> Siehe hierzu näher unten unter C. II. 2. und 3.

Teil der Arbeit das Vorverfahren mit seinen Funktionen skizziert und in einen verfassungsrechtlichen Rahmen gestellt (A.).

Der zweite Teil der Untersuchung (B.) ist sodann der weitgehenden Abschaffung des Vorverfahrenserfordernisses durch den Landesgesetzgeber gewidmet. Nach der Feststellung, dass diese rechtspolitische Entscheidung eng mit der Überzeugung verknüpft war, dass das Vorverfahren die ihm zugeordneten Funktionen nicht (ausreichend) erfüllt hat, wird gezeigt, dass die landesrechtlichen Regelungen der §§ 110, 111 JustG NRW verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Den Abschluss des zweiten Teils leitet ein Überblick über den Stand der Rechtstatsachenforschung im Hinblick auf die Effektivität des Vorverfahrens und die Zweckmäßigkeit der Abschaffung desselben ein. Eine abschließende Bewertung der Abschaffungsbestrebungen ist auf Grundlage der Datenlage zurzeit noch nicht möglich und im Rahmen der vorliegenden Arbeit auch nicht bezweckt. Es wird allerdings auf erkennbare Tendenzen eingegangen und zumindest nachgewiesen, dass das Vorverfahren keinesfalls für alle Bereiche des Verwaltungsrechts gleichermaßen verzichtbar ist.

Unter (C.) wird schließlich das Modell des fakultativen Widerspruchs näher in den Blick genommen. Zunächst ist auf die Verfassungsmäßigkeit eines derartigen Instituts auf Landesebene einzugehen, bevor mögliche Vorbilder einer nordrhein-westfälischen Ausgestaltung dargestellt werden. Es folgt eine Auseinandersetzung mit den Hürden, welche der Gesetzgeber bei der Einführung eines Optionsmodells zu überwinden hätte. Abschließend wird der Versuch einer Bewertung der rechtstatsächlichen Wirkungen eines solchen Rechtsbehelfsverfahrens unternommen.