



HEMMER / WÜST / CHRISTENSEN / GRIEGER

VERWALTUNGSRECHT III

Das Prüfungswissen

- für Studium
- und Examen

15. Auflage

KLAUSURTYPISCH ▪ ANWENDUNGSORIENTIERT ▪ UMFASSEND

E-BOOK SKRIPT VERWALTUNGSRECHT III

Autoren: Hemmer/Wüst/Christensen/Grieger

15. Auflage 2022

ISBN: 978-3-96838-093-3

INHALTSVERZEICHNIS

1. ABSCHNITT: DAS WIDERSPRUCHSVERFAHREN

A) Funktion des Widerspruchsverfahrens

B) Rechtsgrundlagen des Widerspruchsverfahrens

C) Ablauf des Verfahrens

I. Gang des Verfahrens

1. Einlegung des Widerspruchs
2. Abhilfe- und Widerspruchsentscheidung
3. Wirkungen des Widerspruchs
 - a) Suspensiveffekt
 - b) Devolutiveffekt

II. Verfahren und Entscheidung im Widerspruchsverfahren

1. Zuständigkeit der Ausgangsbehörde
2. Entscheidungsmöglichkeiten im Abhilfeverfahren
3. Verfahren bei der Widerspruchsbehörde
4. Andere Möglichkeiten

D) Exkurs für Referendare: Der Sachbericht

§ 2 ERFOLGSAUSSICHTEN DES WIDERSPRUCHS IN DER KLAUSUR

A) Vorbemerkung: Auslegung des Rechtsschutzziels

B) Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde

C) Zulässigkeit des Widerspruchs

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, §§ 68 I S. 1, 40 I VwGO analog
- II. Statthaftigkeit des Widerspruchs, §§ 68 I, 42 I VwGO analog
- III. Widerspruchsbefugnis
- IV. Form und Frist, § 70 I VwGO
 1. Form (Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung)
 2. Frist
- V. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen
- VI. Sonstige Voraussetzungen

D) Begründetheit des Widerspruchs

- I. Keine Passivlegitimation
- II. Prüfungsumfang
- III. Prüfungsmäßiges Vorgehen
- IV. Maßgebliche Sach- und Rechtslage

§ 3 INSBESONDERE FÜR REFERENDARE: DER WIDERSPRUCHSBESCHEID

A) Bescheideingang

B) Tenor

- I. Entscheidung in der Hauptsache
- II. Entscheidung nach § 80 VwGO
- III. Androhung von Zwangsmitteln
- IV. Kostenentscheidung

C) Gründe

D) Rechtsbehelfsbelehrung

E) Schlussformel

2. ABSCHNITT: VORLÄUFIGER UND VORBEUGENDER RECHTSSCHUTZ

A) Verfassungsrechtliche Vorgaben

B) Zweiteilung des vorläufigen Rechtsschutzes

C) Vorläufiger und vorbeugender Rechtsschutz

§ 5 REGELUNGSGEHALT DES § 80 VWGO

A) § 80 I VwGO – Aufschiebende Wirkung

I. Bedeutung der aufschiebenden Wirkung

II. Rechtsfolgen der aufschiebenden Wirkung

- 1. Strenge Wirksamkeitstheorie
- 2. Vollziehbarkeitstheorie
- 3. Eingeschränkte Wirksamkeitstheorie
- 4. Auswirkungen der Meinungsunterschiede
- 5. Stellungnahme

III. Abhängigkeit der aufschiebenden Wirkung von den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs

- 1. Unabhängigkeit von der Begründetheit
- 2. Teilweise Abhängigkeit von Zulässigkeit

IV. Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 II VwGO

- 1. Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten - § 80 II S. 1 Nr. 1 VwGO
 - a) Abgaben
 - b) Kosten
- 2. Unaufschiebbare Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten – § 80 II S. 1 Nr. 2 VwGO
 - a) Voraussetzungen
 - b) Weitere Anwendungsgebiete
- 3. Andere durch Bundesgesetz (oder für Landesrecht durch Landesgesetz) vorgeschriebene Fälle, § 80 II S. 1 Nr. 3 VwGO
- 4. Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO
 - a) Formelle Voraussetzungen
 - b) Materielle Voraussetzungen
 - c) Wirkung der Entscheidung nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO

V. Eintritt und Dauer der aufschiebenden Wirkung

- 1. Eintritt der aufschiebenden Wirkung
- 2. Dauer der aufschiebenden Wirkung

VI. Umfang der aufschiebenden Wirkung

- 1. Verwaltungsakt mit Drittwirkung

2. Verwaltungsakt mit Mischwirkung gegenüber einem Adressaten

B) Behördliche Aussetzung der Vollziehung, § 80 IV VwGO

- I. Formelle Rechtmäßigkeit – Zuständigkeit
- II. Materielle Rechtmäßigkeit
- III. Wirkung der Entscheidung

C) Gerichtliche Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V VwGO

I. Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 V VwGO

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO
2. Statthaftigkeit
 - a) Grundfälle
 - b) Besonderheiten
3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
4. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
 - a) Antrag nach § 80 IV VwGO
 - b) Vorherige Rechtsbehelfseinlegung in der Hauptsache
5. Frist
6. Beteiligtenfähigkeit
7. Antragsgegner
8. Antrag
9. Zuständiges Gericht

II. Begründetheit des Antrags

1. Begründetheit eines Antrags nach § 80 V S. 1 Alt. 1 VwGO für die Fälle des § 80 II S. 1 Nr. 1 - 3 VwGO
 - a) Maßstab
 - b) Rechtsnatur der Entscheidung
2. Begründetheit des Antrags zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO i.V.m. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO
 - a) Formelle Rechtmäßigkeit
 - b) Materielle Aspekte – eigene Interessenabwägung des Gerichts
3. Begründetheit des Antrags auf Anordnung der Aufhebung der Vollziehung nach § 80 V S. 3 VwGO

III. Entscheidung samt Folgen

1. Allgemeines
2. Entscheidungsinhalt bei § 80 V S. 3 VwGO
3. Bindungswirkung und Abänderungsverfahren nach § 80 VII VwGO
4. Vollstreckung

IV. Rechtsbehelfe i.w.S. gegen Beschlüsse nach § 80 V VwGO

1. Beschwerde nach §§ 146 ff. VwGO
2. Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG

V. Schadensersatzansprüche

§ 6 VORLÄUFIGER RECHTSSCHUTZ NACH § 80A VWGO

A) Allgemeines

B) Überblick über die Systematik des § 80a VwGO

C) Praktische Anwendung des § 80a VwGO

I. Beispiel 1:

II. Beispiel 2:

III. Beispiel 3:

IV. Beispiel 4:

V. Beispiel 5:

D) Zusammenfassung

I. Zulässigkeit

1. Statthaftigkeit
2. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
3. Rechtsschutzinteresse

II. Begründetheit

III. Entscheidung

§ 7 EINSTWEILIGE ANORDNUNG NACH § 123 VWGO

A) Einleitung

B) Zulässigkeit des Antrags nach § 123 I VwGO

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

II. Statthaftigkeit des Antrags nach § 123 I VwGO

1. Grundregel
2. Abgrenzung von Sicherungs- und Regelungsanordnung
 - a) Sicherungsanordnung
 - b) Regelungsanordnung

III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

1. Möglichkeit des Anordnungsanspruches
2. Möglichkeit des Anordnungsgrundes

IV. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

V. Zuständigkeit des Gerichts gem. § 123 II VwGO

VI. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen

VII. Ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 81, 82 VwGO

C) Begründetheit eines Antrages nach § 123 I VwGO

I. Begründetheit eines Antrages auf Erlass einer Sicherungsanordnung gem. § 123 I S. 1 VwGO

1. Anordnungsanspruch
2. Anordnungsgrund
3. Glaubhafte Tatsachengrundlage
4. Ermessensentscheidung
5. Einschränkungen des Entscheidungsspielraums
 - a) Entscheidungsrahmen der Hauptsache
 - b) Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache
 - c) Einstweilige Anordnung bei mitgliedstaatlichem Vollzug von Europarecht

II. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer Regelungsanordnung gem. § 123 I S. 2 VwGO

1. Anordnungsanspruch
2. Anordnungsgrund
3. Glaubhafte Tatsachengrundlage

4. Ermessensentscheidung – Interessenabwägung

5. Beschränkung des Entscheidungsspielraums

D) Entscheidung

E) Änderungsverfahren

F) Rechtsbehelfe i.w.S.

I. Beschwerde nach §§ 146 ff. VwGO

II. Verfassungsbeschwerde

G) Schadensersatzansprüche bei ungerechtfertigtem Erlass einstweiliger Anordnungen

I. Voraussetzungen

II. Anspruchsberechtigter

III. Rechtsweg

IV. Andere Ansprüche

§ 8 VORLÄUFIGER RECHTSSCHUTZ IM NORMENKONTROLLVERFAHREN, § 47 VI VwGO

A) Allgemeines

B) Zulässigkeit des Antrags

I. Verwaltungsrechtsweg

II. Statthaftigkeit

III. Antragsbefugnis

1. Gegenwärtige oder künftige Rechtsverletzung

2. Anordnungsgrund

IV. Rechtsschutzbedürfnis

V. Beteiligtenbezogene Zulässigkeitsvoraussetzungen

VI. Zuständiges Gericht

VII. Antrag

C) Begründetheit des Antrags nach § 47 VI VwGO

D) Entscheidung nach § 47 VI VwGO/Rechtsmittel

E) Möglicher Entscheidungsinhalt der einstweiligen Anordnung nach § 47 VI VwGO

I. Generelle Aussetzung

II. Individuelle Aussetzung

§ 9 WEITERE BESONDERHEITEN IM VORLÄUFIGEN RECHTSSCHUTZ

A) Vorlagepflicht gem. Art. 100 GG

B) Anwendung des § 44a VwGO im vorläufigen Rechtsschutz

C) Verweisung nach § 17a II, IV GVG bei unzulässigem Verwaltungsrechtsweg im vorläufigen Rechtsschutzverfahren

D) Vorlage an EuGH

§ 10 VORBEUGENDER RECHTSSCHUTZ

A) Begriffsbestimmung/Abgrenzung zum vorläufigen Rechtsschutz

B) Grundsätzliche Zulässigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes

C) Formen des vorbeugenden Verwaltungsrechtsschutzes

I. Vorbeugende Unterlassungsklagen

- 1. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen schlichthoheitliches Verwaltungshandeln**
- 2. Vorbeugende Unterlassungsklage gegen Verwaltungsakte**

II. Vorbeugende Feststellungsklagen

III. Vorbeugender Rechtsschutz gegen Normen

3. ABSCHNITT: RECHTSMITTEL UND WIEDERAUFNAHME

§ 11 RECHTSMITTEL

A) Berufung

I. Zulassung der Berufung

- 1. Zulassung durch das VG**
 - a) Formelle Voraussetzungen**
 - b) Materielle Voraussetzungen**
- 2. Zulassung durch das OVG/VGH**
 - a) Zulässigkeit des Zulassungsantrags**
 - b) Begründetheit des Zulassungsantrags**
 - c) Entscheidung**

II. Zulässigkeit der Berufung

- 1. Statthaftigkeit**
- 2. Rechtsmittelberechtigung**
- 3. Ggf. fristgerechte Einlegung der Berufung**
- 4. Beschwer**
 - a) Beschwer bei der Berufung im Allgemeinen**
 - b) Beschwer bei Anschlussberufung**
- 5. Fristgerechte Begründung der Berufung**
- 6. Sonstige Sachurteilsvoraussetzungen**
- 7. Entscheidung bei Unzulässigkeit**

III. Begründetheit der Berufung

- 1. Zulässigkeit der ersten Instanz**
- 2. Verfahrensmängel**
- 3. Begründetheit der Klage in erster Instanz**
- 4. Entscheidung des Berufungsgerichts**

B) Revision zum BVerwG

I. Zulässigkeit der Revision

- 1. Statthaftigkeit**
- 2. Rechtsmittelberechtigung**
- 3. Beschwer**
- 4. Postulationsfähigkeit**
- 5. Form- und fristgerechte Einlegung**
- 6. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen**
- 7. Entscheidung bei Unzulässigkeit**

II. Begründetheit der Revision

- 1. Rechtsverletzung**
- 2. Revisibilität der verletzten Norm**
- 3. Beruhen der Entscheidung auf dem Rechtsverstoß**
- 4. Richtigkeit der Entscheidung aus anderen Gründen: § 144 IV VwGO**
- 5. Entscheidung des BVerwG**

C) Beschwerde

I. Zulässigkeit der Beschwerde

- 1. Statthaftigkeit**
- 2. Rechtsmittelberechtigung**
- 3. Beschwer**
- 4. Form und Frist**
- 5. Entscheidung des OVG/VGH**

II. Begründetheit der Beschwerde

III. Sonderformen der Beschwerde

§ 12 WIEDERAUFNAHME DES VERFAHRENS

I. Zulässigkeit der Wiederaufnahme

II. Begründetheit der Wiederaufnahme

III. Neue Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache

WIEDERHOLUNGSFRAGEN / RANDNUMMER

1. ABSCHNITT: DAS WIDERSPRUCHSVERFAHREN

§ 1 EINLEITUNG

Das Widerspruchsverfahren kann in der Klausur nicht nur als Sachurteilsvoraussetzung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage eine Rolle spielen.¹ Es ist vielmehr - soweit die einschlägige Prüfungsordnung nichts anderes anordnet² - auch denkbar, dass in der Klausur nach der Entscheidung der Widerspruchsbehörde gefragt ist, mithin also Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs selbst zu prüfen sind. Bevor diese hier dargestellt werden, soll jedoch eine Einleitung zu Funktion, Rechtsgrundlagen und Ablauf des Widerspruchsverfahrens erfolgen, um die nachfolgenden Prüfungspunkte besser verstehen zu können.



1

hemmer-Methode: Eine größere Rolle als im ersten Examen spielt das Widerspruchsverfahren für Referendare, sei es in der Verwaltungsstation, sei es im Assessorexamen. Im Folgenden sollen deshalb – z.T. in Exkursen – durchaus auch Punkte angesprochen werden, die v.a. für Referendare von Bedeutung sind, wobei es freilich keinem Studenten schadet, von diesen schon einmal etwas gehört zu haben. Dabei muss allerdings vorweg schon eine Einschränkung gemacht werden: Viele, für das zweite Examen nicht unwichtige, formale Fragen und Fragen der Verwaltungspraxis werden in den einzelnen Bundesländern stark unterschiedlich gelöst und sollen deshalb an dieser Stelle ausgespart bleiben.

Umgekehrt sei der (zukünftige) Referendar auch darauf hingewiesen, dass die Darstellung sich im Wesentlichen an den Anforderungen für das erste Examen orientiert, sodass sie eher unter wissenschaftlich-pädagogischen als unter praktischen Gesichtspunkten erfolgt.

Dass hier die Prüfererwartung nach dem ersten Examen z.T. eine abweichende ist (und zwar nicht nur beim Entwurf eines Bescheids, sondern auch wenn ein Gutachten verlangt wird), ist eines der ersten und grundsätzlichen Probleme, die Sie zu bewältigen haben.

1 Umfassend zum Widerspruchsverfahren als Sachurteilsvoraussetzung Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 146 ff.

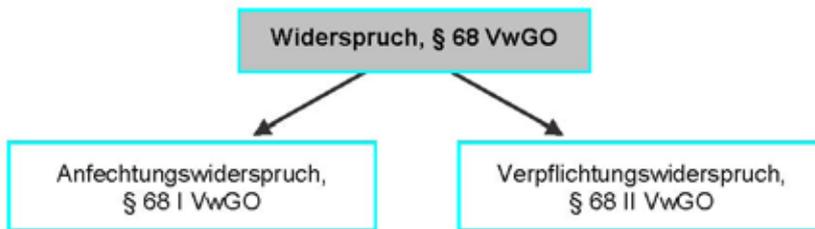
2 In Bayern ist das Widerspruchsverfahren seit 2017 kein Prüfungsstoff des Ersten Staatsexamens mehr, so dass jedenfalls keine Details aus diesem Bereich abgeprüft werden dürfen.

A) Funktion des Widerspruchsverfahrens

§ 68 I S. 1 VwGO schreibt vor Erhebung von Anfechtungsklagen grds. die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens, also eine erneute Überprüfung des angefochtenen Verwaltungsakts durch die Verwaltung selbst, vor³ (sog. Anfechtungswiderspruch).

2

Gemäß § 68 II, I S. 1 VwGO ist aber auch vor Erheben der Verpflichtungsklage ein Widerspruchsverfahren durchzuführen, wenn der Antrag bei der Behörde auf Erlass des begehrten VA zurückgewiesen wurde, also im Fall der sog. Versagungsgegen-, nicht aber im Fall der Untätigkeitsklage, vgl. auch § 75 S. 1 VwGO (sog. Verpflichtungswiderspruch).



Bei beiden Varianten handelt es sich dabei um einen außergerichtlichen Rechtsbehelf, dessen obligatorische Durchführung v.a. drei Zwecken dient:⁴

- Dem Bürger soll eine zusätzliche Rechtsbehelfsmöglichkeit eröffnet werden, die an weniger hohe formelle und finanzielle (Kostenrisiko!) Voraussetzungen geknüpft ist als eine sofortige Klage zum Verwaltungsgericht und die i.d.R. auch zu einer vollen Überprüfung der Zweckmäßigkeit führt (vgl. unten Rn. 47, 57).
- Die Verwaltungsgerichte können durch das Widerspruchsverfahren entlastet werden, soweit dem Widerspruch abgeholfen und ein Prozess dadurch verhindert wird.
- Der Verwaltung soll die Möglichkeit gegeben werden, ihre Entscheidung noch einmal zu überprüfen und sie erforderlichenfalls selbst zu ändern (Selbstkontrolle der Verwaltung).

hemmer-Methode: Diese Funktionen sind nicht nur von theoretischem Interesse, sondern können auch für die Klausur als Argumente für oder gegen eine bestimmte Auslegung eine Rolle spielen (z.B. für die Frage nach der Erforderlichkeit eines Widerspruchsverfahrens im Einzelfall⁵ oder der Zulässigkeit einer sog. reformatio in peius⁶).

In der Praxis hat sich herausgestellt, dass das Widerspruchsverfahren oft nur der Form halber durchgeführt wird und die angestrebten Ziele deshalb nicht erreicht werden können.

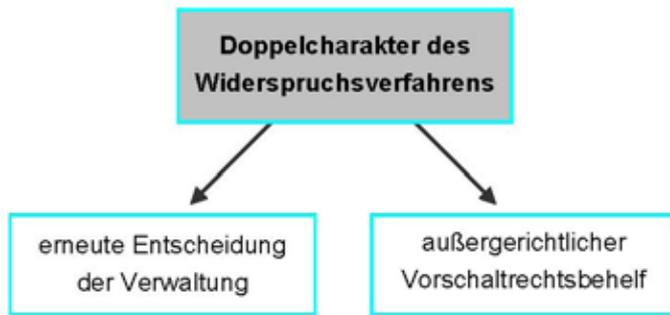
In rechtlicher Hinsicht hat das Widerspruchsverfahren damit vor allem Doppelcharakter: Es ist zum einen eine erneute Entscheidung der Verwaltung, zum anderen ist es ein Vorschaltrechtsbehelf vor der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

3 Beachte aber auch § 126 II BBG, nach dem für alle Klagen aus dem Beamtenverhältnis ein Vorverfahren erforderlich ist.

4 Vgl. Brühl, JuS 1994, 56 (57); die vierteilige Reihe, deren erster Teil dieser Beitrag darstellt (weitere Teile in JuS 1994, 153 ff., 330 ff. und 420 ff.), kann (auch schon Studenten) zur Lektüre empfohlen werden.

5 So z.B. bei der Frage, ob und wann bei der Fortsetzungsfeststellungsklage ein Vorverfahren notwendig ist; vgl. hierzu ausführlich Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 144 ff.

6 Vgl. hierzu ausführlich Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 504 ff.



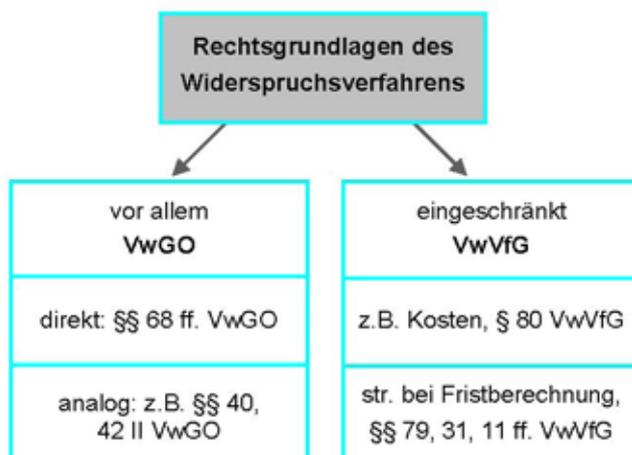
3

B) Rechtsgrundlagen des Widerspruchsverfahrens

Dem Doppelcharakter des Widerspruchsverfahrens entsprechend, ist es z.T. durch die VwGO, z.T. durch die VwVfGe⁷ des Bundes bzw. der Länder geregelt. Hierbei können sich Probleme daraus ergeben, dass die VwGO Bundesgesetz ist, die VwVfGe der Länder (die häufiger zur Anwendung kommen als das BVwVfG) Ländergesetze. Der jeweilige Gesetzgeber hat dabei auch nur die Kompetenz, den ihm jeweils zustehenden Teilbereich zu regeln, also der Bund das Widerspruchsverfahren als Vorverfahren zum Verwaltungsprozess, die Länder das Widerspruchsverfahren als spezielles Verwaltungsverfahren. Auch aus diesem Schnittpunkt der Kompetenzen können sich Abgrenzungs- und Auslegungsprobleme ergeben.

4

Konkret regelt die VwGO das Vorverfahren in den §§ 68 ff. VwGO. Die VwVfGe erwähnen dagegen die „förmlichen Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte“ (also für außergerichtliche Verfahren im Wesentlichen das Widerspruchsverfahren) in § 79 VwVfG und verweisen dabei vor allem auf die VwGO, ergänzend auf die Vorschriften über das Verwaltungsverfahren im VwVfG selbst, soweit nicht - zumindest für das erste Examen nicht relevante – Sondergesetze⁸ eingreifen. Eine wichtige eigenständige Regelung für das Widerspruchsverfahren enthalten die VwVfGe vor allem im Hinblick auf die Kostenregelung des § 73 III S. 3 VwGO i.V.m. § 80 VwVfG (vgl. auch unten Rn. 67).



In der VwGO ist das Widerspruchsverfahren in den §§ 68 ff. VwGO aber nur sehr unvollständig geregelt. Viele Zulässigkeitsvor-

7 Die Vorschriften der VwVfGe werden (wie auch in den Bänden Verwaltungsrecht I und II) einheitlich mit „§§“ zitiert. Achten Sie in der Klausur darauf, ob das für Sie einschlägige Landes-VwVfG - wie bspw. in Bayern - nach „Art.“ zitiert wird.

8 Zu einigen möglichen Gesetzen, durch die etwas „anderes bestimmt“ sein könnte, vgl. Kopp/Ramsauer VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 79 VwVfG, Rn. 13-16.

aussetzungen des Widerspruchs können deshalb nicht aufgrund direkter, sondern nur analoger Anwendung der VwGO hergeleitet werden.

5

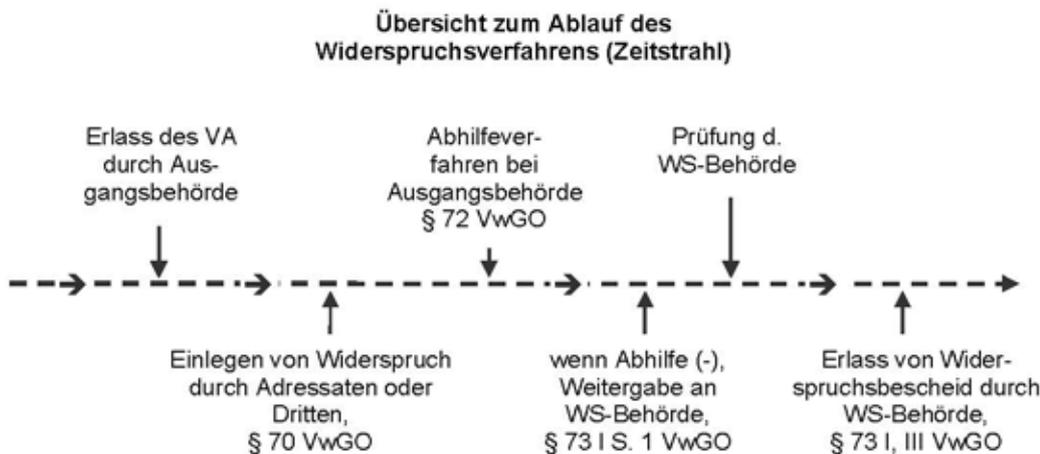
Die analoge Anwendung von Vorschriften der VwGO resultiert dabei vor allem aus der notwendigerweise weitgehenden Einheitlichkeit von außergerichtlichem Vorschaltrechtsbehelf und gerichtlicher Hauptsache.

So dürfen bei der Zulässigkeit des Vorverfahrens in vieler Hinsicht keine geringeren Anforderungen zu stellen sein, wie an die Hauptsache selbst (z.B. Klagebefugnis § 42 II VwGO bei der Anfechtungsklage und Widerspruchsbefugnis § 42 II VwGO analog beim Anfechtungswiderspruch; dazu unten Rn. 46). Gleiches gilt auch für die Begründetheit, bei der § 113 I, V VwGO analoge Anwendung findet (vgl. unten Rn. 57), weil zu einer erfolgreichen Entlastung der Gerichte der Prüfungsmaßstab im Verwaltungsverfahren nicht geringer sein kann als im Gerichtsverfahren selbst. Wenngleich es sich also beim Widerspruchsverfahren im eigentlichen Sinne um ein Verwaltungsverfahren handelt, so finden gleichwohl vielfach die Vorschriften der VwGO direkt oder analog Anwendung. Der Anwendbarkeit des VwVfG „im Übrigen“ über § 79 VwVfG kommt also nur geringe Bedeutung zu.

Hemmer-Methode: Denken in Zusammenhängen! Wer die Klagearten der VwGO beherrscht, hat deshalb i.d.R. auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Widerspruchs fest im Griff: Von den wichtigsten Prüfungspunkten im Zulässigkeitschema (vgl. unten Rn. 26) werden v.a. Statthaftigkeit, Widerspruchsbefugnis, Form und Frist und Zuständigkeiten durch die VwGO geregelt (§§ 68, 42 II analog, 70, 73 VwGO). Für die Fristberechnung besteht ein (eher akademischer) Streit, ob § 57 II VwGO, § 222 I ZPO oder §§ 79, 31 I VwVfG zu den §§ 187 ff. BGB führen.⁹ Die Beteiligtenfähigkeit richtet sich nach §§ 11 ff. VwVfG.

C) Ablauf des Verfahrens¹⁰

Die VwGO regelt in den §§ 68 ff. VwGO weitgehend den formalen Ablauf des Widerspruchsverfahrens.



I. Gang des Verfahrens

1. Einlegung des Widerspruchs

Nach § 69 VwGO wird das Verfahren durch die Erhebung des Widerspruchs eingeleitet.

6

Hierfür schreibt § 70 I S. 1 VwGO eine bestimmte Form (schriftlich oder zur Niederschrift), eine bestimmte Frist (einen Monat) und einen bestimmten Adressaten (Ausgangsbehörde) vor.

⁹ Zum Streit Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 179.

¹⁰ Vgl. dazu Brühl, JuS 1994, 56 (57 f.); Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, § 28, Rn. 1032 ff.

hemmer-Methode: Diese Anforderungen des § 70 I VwGO werden im Zulässigkeitschema bei den Punkten „ordnungsgemäße Erhebung des Widerspruchs“, „Form“ und „Frist“ geprüft, vgl. unten Rn. 48 ff.

2. Abhilfe- und Widerspruchsentscheidung

Das Widerspruchsverfahren unterteilt sich nach der Einlegung entsprechend der Regelungen der VwGO in zwei Abschnitte: Das so genannte Abhilfeverfahren durch die Ausgangsbehörde (die den VA erlassen hat bzw. bei Verpflichtungsklage erlassen sollte) und die Entscheidung der Widerspruchsbehörde.

7

Das Abhilfeverfahren gibt der Ausgangsbehörde die Möglichkeit, das Widerspruchsverfahren ohne Anwendung der §§ 48 ff. VwVfG zugunsten des Widerspruchsführers zu beenden (dazu auch weiter unten Rn. 20). Die Abhilfeentscheidung ergeht als VA i.S.d. § 35 VwVfG und ist als solche auch u.U. selbstständig anfechtbar, vgl. § 79 I Nr. 2, II VwGO.¹¹

***Bsp.:** A bekommt von der Ausgangsbehörde eine Baugenehmigung erteilt, die von Nachbar N mittels Nachbarwiderspruchs angefochten wird. Die Ausgangsbehörde nimmt daraufhin die Baugenehmigung im Abhilfeverfahren zurück.*

Die Abhilfeentscheidung ist ein für A belastender VA. Die Abhilfe ist folglich mit einer Anfechtungsklage angreifbar, da ein weiteres Vorverfahren nach § 68 I S. 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich ist.

hemmer-Methode: Zur richtigen Einordnung des Abhilfeverfahrens ist das Verständnis für Probleme der Praxis unumgänglich! Das Abhilfeverfahren dient nämlich vor allem der erneuten Selbstprüfung der Ausgangsbehörde. Stellen Sie sich also vor, Sie wären zuständiger Sachbearbeiter beim Landratsamt bzw. bei der Kreisbehörde: Während Ihres wohlverdienten Urlaubs erlässt die Urlaubsvertretung einen evident fehlerhaften VA. Hier werden Sie selbst das allergrößte Interesse daran haben, dass dieser Bescheid gar nicht erst bis zur Widerspruchsbehörde vordringt. Da der Widerspruch in der Regel auch bei der Ausgangsbehörde eingelegt wird, kann mit der Abhilfeentscheidung die Sache also ggf. unauffällig „unter den Teppich gekehrt“ werden.

Kommt die Ausgangsbehörde im Abhilfeverfahren jedoch zu dem Ergebnis, dass in der Sache selbst keine neue Entscheidung zu treffen ist, so reicht sie die mit einem Aktenzeichen versehenen Akte unter Beifügung einer eigenen erneuten Stellungnahme weiter an die Widerspruchsbehörde, die meist somit erst von dem anhängigen Widerspruchsverfahren Kenntnis erlangt.

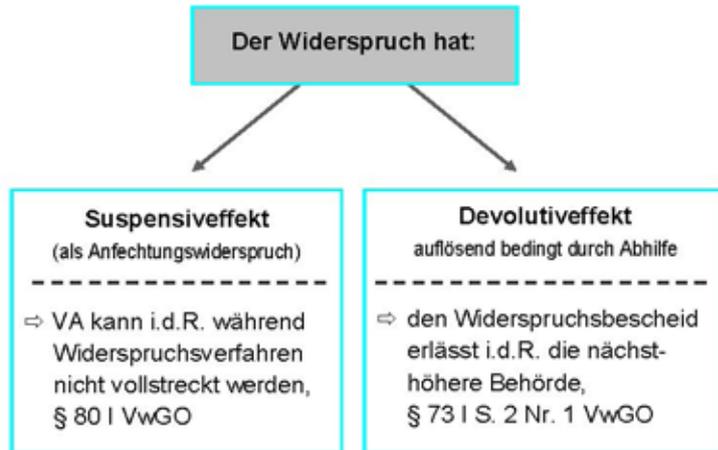
8

Anschließend prüft die Widerspruchsbehörde selbstständig die dem Widerspruch zugrundeliegende Sach- und Rechtslage. Schließlich erlässt diese bei Entscheidungsreife den Widerspruchsbescheid.

- Ist die Widerspruchsbehörde der Ansicht, dass eine Baugenehmigung zu Unrecht erteilt und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt wurde, so wird die Baugenehmigung mit dem Widerspruchsbescheid aufgehoben.
- Ist die Widerspruchsbehörde allerdings der Ansicht, dass die Baugenehmigung zu Recht erteilt oder der Widerspruchsführer durch die rechtswidrige Baugenehmigung nicht in seinen Rechten verletzt ist, so wird mit dem Widerspruchsbescheid die Sache zurückgewiesen.

3. Wirkungen des Widerspruchs

Wichtige Wirkungen des Widerspruchsverfahrens sind vor allem der Suspensiv- und der Devolutiveffekt.



a) Suspensiveneffekt

Mit der Einlegung hat der Widerspruch als Anfechtungswiderspruch grds. aufschiebende Wirkung,¹² es entsteht also der sog. Suspensiveneffekt (vgl. § 80 I S. 1 Alt. 1 VwGO).

9

Ausnahmen bestehen jedoch in den Fällen des § 80 II S. 1 Nr. 1 - 4 VwGO,¹³ also bei der Anforderung öffentlicher Kosten, unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen der Polizei, in anderen durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetze vorgeschriebenen Fällen und bei Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit. Die Vollstreckbarkeit des angefochtenen VA kann in diesen Fällen durch die Einlegung des Widerspruchs nur dann verhindert werden, wenn ein Verfahren nach § 80 IV, V S. 1 VwGO erfolgreich eingeleitet wird.¹⁴

Bsp.: Die Ausgangsbehörde erlässt gegenüber A eine Abrissverfügung für ein Wochenendhaus im Außenbereich. Der Bescheid wurde nicht für sofort vollziehbar erklärt. A legt dagegen Widerspruch ein.

Eine Vollstreckung der Abrissverfügung kommt erst nach Bestandskraft des VA, frühestens also nach Beendigung des Widerspruchsverfahrens in Betracht, vgl. bspw. Art. 19 I Nr. 1 BayVwZVG. Während der Dauer des Widerspruchsverfahrens bewirkt der Suspensiveneffekt, dass der VA nicht vollstreckt werden darf, § 80 I S. 1 VwGO.

§ 80b I S. 1 VwGO stellt klar, dass diese aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs mit der Unanfechtbarkeit des VA endet, also bspw. mit Ablauf der Klagefrist, wenn nach ablehnendem Widerspruchsbescheid keine fristgerechte Anfechtungsklage erhoben wurde.

hemmer-Methode: Die Frage der aufschiebenden Wirkung spielt allerdings bei der Prüfung der Erfolgsaussichten eines Widerspruchs i.d.R. keine Rolle. Vielmehr ist sie im Zusammenhang mit dem einstweiligen Rechtsschutz, v.a. dem Antrag nach § 80 V S. 1 VwGO zu sehen, vgl. dazu Rn. 78 ff.

b) Devolutiveneffekt

aa) Dem Widerspruch kommt außerdem i.d.R. ein sog. Devolutiveneffekt zu, d.h. er begründet im Normalfall die Entscheidungszuständigkeit der nächsthöheren Behörde, § 73 I S. 2 Nr. 1 VwGO. Dieser Devolutiveneffekt ist aber¹⁵ aufschiebend bedingt durch die

12 Häufig wird hier auch (wie bei gerichtlichen Rechtsmitteln) vom Suspensiveneffekt gesprochen, wobei aber keine völlige Identität zwischen beiden Begriffen besteht, vgl. unten Rn. 286.

13 Vgl. Rn. 98 ff.

14 Vgl. Rn. 120 ff.

15 Anders als z.B. bei den gerichtlichen Rechtsmitteln der Berufung oder Revision, aber ebenso wie bei der Beschwerde, vgl. § 148 I VwGO u. Rn. 352.

Abhilfiverweigerung der Ausgangsbehörde, an die nach § 70 I S. 1 VwGO (vgl. oben) der Widerspruch zu richten ist, vgl. §§ 72, 73 I S. 2 VwGO.

10

Bsp.: Hilft bereits die Ausgangsbehörde dem Widerspruch ab, kommt es zu keiner Zuständigkeit der übergeordneten Behörde. Hilft die Ausgangsbehörde dagegen nicht ab, wird die Zuständigkeit erst mit der (auch konkludent, etwa durch Übersendung der Akten an die übergeordnete Behörde möglichen) Abhilfiverweigerung begründet.

hemmer-Methode: Lesen Sie jetzt noch einmal bewusst die im Studium nur selten beachteten §§ 72, 73 VwGO: Die „Behörde“ i.S.d. § 72 VwGO ist die Ausgangsbehörde, an die nach § 70 I S. 1 VwGO grds. der Widerspruch zu adressieren ist. Hilft diese (Ausgangs-) Behörde dem Widerspruch nicht ab, ergeht nach § 73 I S. 1 VwGO ein Widerspruchsbescheid durch die Widerspruchsbehörde; auch dieser kann selbstverständlich das vom Widerspruchsführer angestrebte Ziel, nämlich die Aufhebung des Ausgangsverwaltungsaktes, noch zum Inhalt haben.

bb) Nach wohl h.M. ist überdies der Devolutiveffekt des Widerspruchs nur ein relativer, d.h. er begründet bei Abhilfiverweigerung die Zuständigkeit der übergeordneten Behörde, ohne dass die weitere Zuständigkeit der Ausgangsbehörde, doch noch ihre Meinung zu ändern und dem Widerspruch abzuwehren, beendet würde.¹⁶

Im Ergebnis besteht damit nach unterlassener Abhilfeentscheidung der Ausgangsbehörde eine Parallel- bzw. Doppelzuständigkeit von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde. Dagegen bestehen insoweit keine Bedenken, als der Ausgangsbehörde nur eine Entscheidungsmöglichkeit zugunsten des Widerspruchsführers eingeräumt ist.

11

Die Gegenansicht¹⁷ gesteht der Ausgangsbehörde dagegen die Abhilfebefugnis nur bis zur Abhilfiverweigerung zu, danach käme eine „Abhilfe“ i.S.d. § 72 VwGO nicht mehr in Betracht.

Zwar könne sie auch weiterhin dem Begehren des Widerspruchsführers entsprechen, allerdings nur über eine neue, vom Widerspruchsverfahren zu trennende Entscheidung nach den Grundsätzen über den Erlass eines „Zweitbescheids“, vor allem also nach den §§ 48 - 50 VwVfG.

So werde nämlich der Abhilfebegriff auch in anderen Rechtsvorschriften verstanden (z.B. bei den Beschwerden nach § 148 I VwGO, § 306 II StPO und § 571 ZPO), die dem Gesetzgeber beim Erlass der VwGO bekannt waren, sodass es keinen Grund gebe, den Begriff hier anders zu deuten.

Andererseits wird aus den §§ 72, 73 VwGO keine zeitliche Grenze ersichtlich, und es wäre nicht recht verständlich und mit dem Sinn des Widerspruchsverfahrens schwer in Einklang zu bringen, wenn § 73 I S. 1 VwGO ein Entscheidungsmonopol der Widerspruchsbehörde begründen würde.

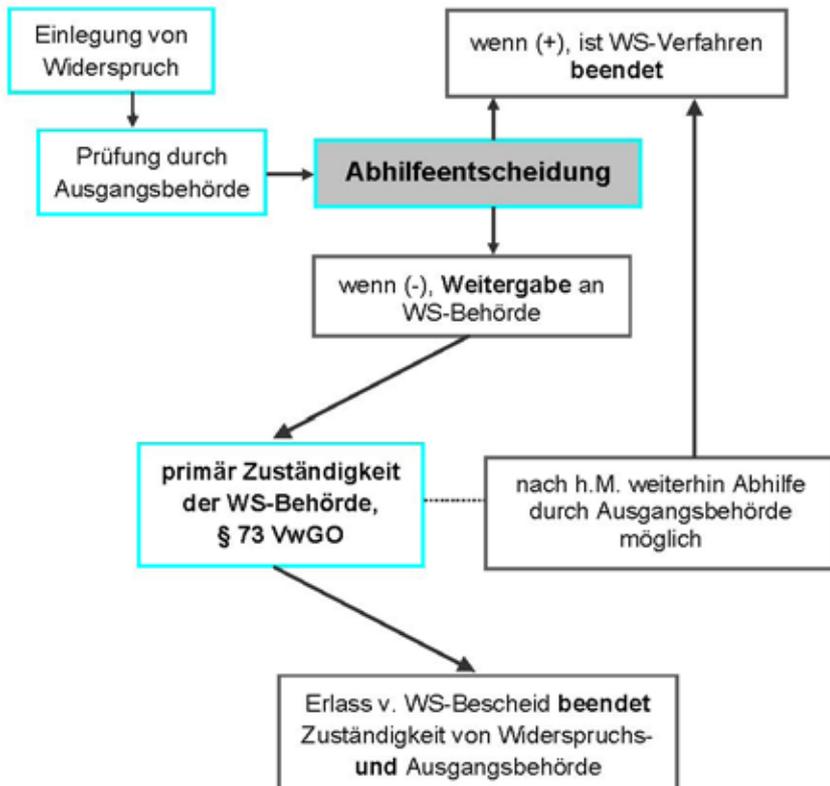
Zwar sind konkurrierende Zuständigkeiten mehrerer Gerichtsinstanzen dem Prozessrecht grds. fremd und wären sub specie Art. 101 I S. 2 GG (Recht auf den gesetzlichen Richter) auch problematisch, wohingegen im Verwaltungsverfahrenskonkurrenz auch sonst vorkommen, z.B. beim Selbsteintrittsrecht der übergeordneten Behörde.¹⁸

Jedenfalls hat die Ausgangsbehörde nach Erlass des Widerspruchsbescheides nach allen Ansichten nur noch die Möglichkeit des Zweitbescheids, d.h. die Aufhebung des Erstbescheides nach §§ 48, 49 VwVfG, da die §§ 72 ff. VwGO nur bis zum Erlass des Widerspruchsbescheides Anwendung finden können.

16 Vgl. BVerwGE 43, 291; 76, 289; 82, 336, st. Rechtsprechung; OVG Koblenz, NVwZ 1987, 1098; Pietzner/Ronellenfisch, § 28, Rn. 1036 ff. m.w.N.

17 Kopp bis 10. Aufl., § 72 VwGO, Rn. 2, 8 f.; BayVG, BayVBl. 1976, 691; P. Schmidt, BayVBl. 1982, 89; anders aber (d.h. i.S.d. oben genannten h.M.) BayVG (23. Senat), BayVBl. 1988, 628; so jetzt auch Kopp/Schenke, § 72 VwGO, Rn. 2.

18 Vgl. zu den jeweiligen Argumenten näher Pietzner/Ronellenfisch, § 28, Rn. 1045 f.



hemmer-Methode: Die Frage nach Zeitpunkt und Umfang des Devolutiveffekts würde im Gutachten bei der Frage der Zuständigkeit auftauchen. Dabei ist der Streit um den relativen Devolutiveffekt und die weitere Abhilfeszuständigkeit der Ausgangsbehörde für das erste Examen schon sehr tiefgehend. Für Referendare gilt es hier, insbesondere auch die Rechtsprechung des jeweiligen für Sie zuständigen OVG/VGH zu kennen.

II. Verfahren und Entscheidung im Widerspruchsverfahren

1. Zuständigkeit der Ausgangsbehörde

Wegen des durch die Abhilfeverweigerung aufschiebend bedingten Devolutiveffekts ist zunächst also nur die Ausgangsbehörde zuständig, die neben der Zulässigkeit des Widerspruchs erneut Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit¹⁹ des Verwaltungsakts in vollem Umfang nachprüft.²⁰

12

hemmer-Methode: Die vollumfängliche Zweckmäßigkeitprüfung durch die Ausgangsbehörde hat besondere Bedeutung in Selbstverwaltungsangelegenheiten, in denen die übergeordnete Widerspruchsbehörde auf eine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt ist.

¹⁹ Zur Zweckmäßigkeitüberprüfung in der Klausur als Teil der Begründetheitsprüfung vgl. unten Rn. 57 f.

²⁰ Zum Ablauf des Abhilfeverfahrens und den wichtigsten Problemen vgl. auch die knappe Darstellung im Exkurs in Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 168 ff.

2. Entscheidungsmöglichkeiten im Abhilfeverfahren

a) Was den Entscheidungsinhalt angeht, ist zu beachten, dass die Ausgangsbehörde als Abhilfebehörde auf eine positive Entscheidung zugunsten des Widerspruchsführers beschränkt ist, also dem Widerspruch nur abhelfen kann.

13

Hilft sie ihm dagegen nicht ab, ist dies keine Entscheidung mit Außenwirkung, sondern lediglich ein verwaltungsinterner Vorgang, der die (nach h.M. konkurrierende, vgl. oben) Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde begründet. Insbesondere kann die Ausgangsbehörde im Rahmen eines Abhilfebescheides keine „Verböserung“ beschließen.²¹

hemmer-Methode: Dieses Verböserungsverbot für die Ausgangsbehörde ist zu unterscheiden von der Frage, ob im Widerspruchsverfahren überhaupt, d.h. also durch die Widerspruchsbehörde, eine reformatio in peius zulässig ist und welche spezifischen Probleme dadurch in Zulässigkeit und Begründetheit einer Anfechtungsklage auftreten können. Lesen Sie dazu Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 504 ff.!

Für das Verfahren ist zu beachten, dass Dritte, die durch die Abhilfeentscheidung erstmalig beschwert werden, nach § 71 VwGO die Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten müssen.

14

b) Wenn die Ausgangsbehörde den Widerspruch für zulässig und begründet hält, hat sie nicht nur eine Abhilfebefugnis, sondern nach h.M. auch eine Abhilfepflicht; nach § 72 VwGO entscheidet sie bei der Abhilfe außerdem über die Kosten.

15

c) Hält sie ihn dagegen für nur teilweise begründet, soll sie nach wohl herrschender, wenngleich nicht unbestrittener Ansicht zu einer teilweisen Abhilfe nicht verpflichtet sein.²²

16

d) Umstritten ist die Frage, ob das System der §§ 72, 73 VwGO auch gilt (d.h. ob auch ein Abhilfeverfahren stattfinden muss), wenn ausnahmsweise Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind.²³

17

Bsp.: Student S erhält von seiner Universität eine Bescheidung über den Semesterbeitrag in Höhe von 500,- €. In diesem Fall ist die Universität als Selbstverwaltungskörperschaft nicht nur Ausgangs-, sondern nach § 73 I S. 2 Nr. 3 VwGO auch Widerspruchsbehörde.

Letztlich spielt diese Frage für den Rechtsschutz suchenden Bürger allerdings keine Rolle, ein Unterschied besteht nur bei der Frage, ob auch ein dem Widerspruch stattgebender Bescheid in diesen Fällen immer ein Widerspruchsbescheid ist oder auch ein Abhilfebescheid sein kann.

e) Sollte entgegen § 70 I S. 1 VwGO der Widerspruch direkt bei der übergeordneten Behörde eingelegt werden, was nach § 70 I S. 2 VwGO fristwährend wirkt, hat diese der Ausgangsbehörde gleichwohl Gelegenheit zur Entscheidung zu geben.

§ 70 I S. 2 VwGO enthält nämlich nur eine Erleichterung hinsichtlich der Fristwahrung, begründet aber keine von §§ 72, 73 VwGO abweichenden Zuständigkeiten.²⁴ Ein Abhilfeverfahren durch die Ausgangsbehörde ist also auch in diesem Fall möglich.

3. Verfahren bei der Widerspruchsbehörde

a) Wenn dem Widerspruch durch die Ausgangsbehörde nicht abgeholfen wird, entscheidet die Widerspruchsbehörde i.S.d. § 73 I S. 1 VwGO über den Widerspruch, es ergeht der sog. Widerspruchsbescheid, der seinerseits wieder einen Verwaltungsakt darstellt.

18

Soweit man mit der h.M. eine Zuständigkeitskonkurrenz annimmt (vgl. oben) kann aber immer auch noch ein Abhilfebescheid ergehen, wobei sich die Wirkung der beiden möglichen Bescheide dem Bürger gegenüber nach dem Prioritätsprinzip richtet.

21 Allerdings steht ihr die Möglichkeit eines „verschlechternden“ Zweitbescheides zur Verfügung, vgl. Kopp/Schenke, § 72 VwGO, Rn. 3; das Institut der reformatio in peius ist hier also überhaupt nicht von Nöten.

22 Vgl. Pietzner/Ronellenfisch, § 28, Rn. 1041 ff. Zur Begründung wird angeführt, dass es in § 72 VwGO gerade anders als in § 113 I S. 1 VwGO nicht heißt, „soweit die Behörde den Widerspruch für begründet hält“.

23 Dafür z.B. Kopp bis 10. Aufl., § 72 VwGO, Rn. 1 m.w.N.; dagegen Pietzner/Ronellenfisch, § 28, Rn. 1043 ff. m.w.N.; so jetzt auch: Kopp/Schenke, § 72 VwGO, Rn. 1, da sonst der Devolutiveffekt entfallen würde; nicht ganz klar BVerwGE 70, 4 (11 f.) = jurisbyhemmer (Wenn dieses Logo hinter einer Fundstelle abgedruckt wird, finden Sie die Entscheidung online unter „juris by hemmer“: www.hemmer.de).

24 Vgl. Pietzner/Ronellenfisch, § 28, Rn. 1038.