

Das Widerspruchsverfahren kann in der öffentlich-rechtlichen Klausur nicht nur als Sachurteilsvoraussetzung einer Anfechtungsklage eine Rolle spielen, sondern es können auch einmal die Erfolgsaussichten eines Widerspruchs gefragt sein. Dann müssen Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs selbst geprüft werden.

1. Wo ist das Widerspruchsverfahren geregelt?

2. Skizzieren Sie den Ablauf eines Widerspruchverfahrens!

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

1. Rechtsgrundlagen

Der Widerspruchsverfahren ist an sich in den §§ 68 ff. VwGO geregelt. Diese Vorschriften sind aber nicht abschließend. Viele Voraussetzungen ergeben sich erst aus der analogen Anwendung der Regelungen der VwGO in Bezug auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Das resultiert aus der notwendigen Einheitlichkeit von außergerichtlichem Vorschaltrechtsbehelf und gerichtlicher Hauptsache. Hinsichtlich der Kosten ist § 80 VwVfG (bzw. die entsprechende Regelung in den VwVfGen der Länder) zu beachten.

2. Gang des Verfahrens

a) Das Widerspruchsverfahren wird durch die Erhebung des Widerspruchs durch den Adressaten eines VAs oder durch einen Dritten eingeleitet. Der Widerspruch muss gemäß § 70 I VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des VA schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde, die den VA erlassen hat oder bei der Widerspruchsbehörde eingereicht werden.

b) Das Widerspruchsverfahren selbst unterteilt sich nach der Einleitung in zwei Abschnitte:

- Das sog. Abhilfeverfahren durch die Ausgangsbehörde, die den VA erlassen hat, bzw. die den begehrten VA abgelehnt hat und die Entscheidung der Widerspruchsbehörde. Das Abhilfeverfahren gibt der Ausgangsbehörde die Möglichkeit, das Widerspruchsverfahren ohne die Anwendung der §§ 48, 49, 50 VwVfG zu beenden. Ist die Ausgangsbehörde allerdings weiterhin der Auffassung, dass in der Sache selbst keine andere Entscheidung ergehen kann, hilft sie dem Widerspruch nicht ab (§73 I S. 1 VwGO) und reicht den Widerspruch an die Widerspruchsbehörde weiter.
- Jetzt erst erhält die Widerspruchsbehörde in der Regel Kenntnis von dem anhängigen Verfahren. Sie prüft nun selbst umfassend die dem Sachverhalt zugrundeliegende Sach- und Rechtslage. Bei Entscheidungsreife erlässt die Widerspruchsbehörde schließlich einen Widerspruchsbescheid. Damit ist das Widerspruchsverfahren beendet.

hemmer-Methode: Die Abhilfeentscheidung scheint auf den ersten Blick überflüssig zu sein, da in der Regel davon auszugehen ist, dass die Behörde die Rechtslage schon vor Erlass des Ausgangsbescheids umfassend geprüft hat, sodass eine andere Entscheidung in der Sache unwahrscheinlich ist. Das Abhilfeverfahren gibt der Ausgangsbehörde aber die Möglichkeit, Fehler „auszubügeln“, ohne dass die Widerspruchsbehörde davon Kenntnis erlangt. Zudem eröffnet sie dem Bürger eine weitere Prüfungsinstanz und entlastet die oberen Verwaltungsbehörden.

Das Widerspruchsverfahren muss gemäß § 68 I S. 1 VwGO vor Erhebung der Anfechtungsklage grundsätzlich durchgeführt werden (sog. Anfechtungswiderspruch). Ebenso ist vor Erhebung der Verpflichtungsklage ein Widerspruchsverfahren durchzuführen, wenn der Antrag auf Vornahme des VAs abgelehnt worden ist, § 68 II VwGO (sog. Verpflichtungswiderspruch).

A sieht am 01.09.10 zu, wie die Feuerwehr ein brennendes Haus löscht. Durch die „gaffende“ Menschenmenge, zu der auch A gehört, werden die Löscharbeiten gestört. Die Polizei fordert die Zuschauer nach mehrmaligen Ermahnungen auf, sich von der Straße zu entfernen. Gegen diese Aufforderung erhebt A am 10.09.10 Klage zum Verwaltungsgericht.

Muss das Vorverfahren noch nachgeholt werden?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

1. Die Frage, ob bei der Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) nach § 113 I S. 4 VwGO analog, bei der sich der VA vor Ablauf der Widerspruchsfrist erledigt hat, ein Vorverfahren erforderlich ist, ist umstritten.

Die Rspr. und h.M. hält das Vorverfahren für entbehrlich und begründet dies u.a. damit, dass der Zweck des Vorverfahrens nicht mehr erfüllt werden kann.

2. Das Widerspruchsverfahren hat grundsätzlich drei Funktionen:

- Es tritt eine Entlastung der Gerichte ein, wenn dem Widerspruch durch die Ausgangs- oder die Widerspruchsbehörde abgeholfen wird und dadurch ein Prozess vermieden wird.
- Das erneute Verwaltungsverfahren eröffnet dem Bürger eine zusätzlichen Rechtsbehelfsmöglichkeit, die ein geringeres Kostenrisiko als ein Gerichtsverfahren in sich birgt und die an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft ist und die in der Regel auch zu der vollen Überprüfung der Zweckmäßigkeit des VA führt.
- Die Verwaltung hat durch das Widerspruchsverfahren die Möglichkeit, ihre Entscheidungen nochmals zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren, sodass von einer Selbstkontrolle der Verwaltung gesprochen werden kann.

3. Bei der FFK kann die Behörde ihre Entscheidung nicht rückgängig machen, denn ein erledigter VA kann nicht aufgehoben werden. Zudem hat die Feststellung der Rechtswidrigkeit durch die Verwaltung keine Bindungswirkung, sodass die zusätzliche Rechtsbehelfsmöglichkeit dem Bürger in diesem Fall nicht weiterhilft. Ausführlich zu diesem Streit: Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht II, Rn. 144 ff. und 117.

hemmer-Methode: Sie sehen, dass das Widerspruchsverfahren in rechtlicher Hinsicht einen Doppelcharakter hat: Zum einen ist es eine erneute Entscheidung der Verwaltung, zum anderen ein außergerichtlicher Vorschaltrechtsbehelf!

Einige Bundesländer wollen das Vorverfahren aus Kostengründen abschaffen oder haben dies bereits getan. Ob die Länder hierzu nach § 68 I S. 2 VwGO bzw. Art. 74 I Nr. 1, 72, 125a GG berechtigt sind, ist allerdings noch nicht geklärt!

Nach § 80 I S. 1 VwGO hat der Widerspruch im Fall des § 68 I S. 1 VwGO aufschiebende Wirkung, d.h. es entsteht der sog. Suspensiveffekt, es sei denn, es liegt eine Ausnahme im Sinne des § 80 II VwGO vor.

Hilft die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht ab, so erlässt den Widerspruchsbescheid in der Regel die nächsthöhere Behörde, § 73 I S. 2 Nr. 1 VwGO. Diese Wirkung nennt man Devolutiveffekt.

Die Stadt W untersagt S die Ausübung seines Gewerbes nach § 35 I S. 1 GewO. Gegen diesen Bescheid erhebt S rechtzeitig Widerspruch bei der Stadt W. Diese hilft dem Widerspruch nicht ab und leitet ihn an die zuständige Widerspruchsbehörde weiter. Während des schwebenden Widerspruchsverfahrens kommt die Ausgangsbehörde zu der Erkenntnis, dass die Untersagung nicht erforderlich war und erlässt einen Abhilfebescheid.

Durfte die Stadt W überhaupt noch tätig werden?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

- Nach einer Ansicht darf die Ausgangsbehörde nach der Durchführung des Abhilfeverfahrens und der Weiterleitung der Akten an die Widerspruchsbehörde nicht mehr tätig werden, da dann eine „Abhilfe“ im Sinne des § 72 VwGO nicht mehr möglich ist. Die Ausgangsbehörde kann also den VA nur noch unter den erschwerten Voraussetzungen der §§ 48 - 50 VwVfG (oder einer dementsprechenden Spezialregelung) zurücknehmen. Begründet wird diese Ansicht damit, dass in anderen Rechtsvorschriften (z.B. bei den Beschwerden nach § 148 I VwGO, § 306 II StPO und § 571 ZPO) der Abhilfebegriff in diesem Sinne verstanden wird. Dieses Argument hinkt aber insofern, als zwar eine konkurrierende Zuständigkeit mehrerer Gerichtsinstanzen ausgeschlossen ist, im Verwaltungsverfahren aber konkurrierende Zuständigkeiten durchaus vorkommen können, vgl. nur das Selbsteintrittsrecht der übergeordneten Behörde.
- **Die Rspr. und h.M. geht deshalb davon aus, dass die Ausgangsbehörde auch nach einer negativen Abhilfeentscheidung noch zuständig ist. Es entsteht also eine Parallel- bzw. Doppelzuständigkeit von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde.** Der Devolutiveffekt ist danach also nur ein relativer. Aus den §§ 72, 73 VwGO ergibt sich keine zeitliche Grenze, und es ist auch nicht erklärlich, weshalb der Widerspruchsbehörde ein Entscheidungsmonopol zustehen soll, insbesondere weil die Ausgangsbehörde nur eine für den Bürger positive Entscheidung treffen, dem Widerspruch „abhelfen“ darf. Eine reformatio in peius im Abhilfeverfahren gibt es nicht. Diese ist – wenn überhaupt – nur durch die Widerspruchsbehörde möglich (vgl. insoweit die vertiefende Darstellung in Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht I, Rn. 504 ff.). Damit stellt die Doppelzuständigkeit für den Bürger keinen Nachteil dar, sodass diese im Ergebnis zulässig ist und die Ausgangsbehörde im vorliegenden Fall den Abhilfebescheid erlassen durfte.

hemmer-Methode: Die Ausgangsbehörde kann den Abhilfebescheid natürlich nur bis zum Ende des Widerspruchsverfahrens erlassen. Es gilt insoweit der Prioritätsgrundsatz!

Die Einlegung des Widerspruchs als außergerichtlicher förmlicher Rechtsbehelf ist abzugrenzen von den außergerichtlichen formlosen Rechtsbehelfen Petition, Gegenvorstellung, Fach- und Dienstaufsichtsbeschwerde.

Bei der Stadt W geht folgendes Schreiben des A ein: „Ich wende mich gegen die Baubeseitigungsverfügung vom 15.01.11. Sie können doch nicht von mir verlangen, dass ich mein Haus abreiße. Solch ein willkürliches Verhalten lasse ich mir nicht bieten! Ich verlange daher eine nochmalige Überprüfung der Angelegenheit!“

1. Ist dieses Schreiben als Widerspruch zu bewerten?

2. Wie ist das Schreiben zu qualifizieren, wenn die Verfügung A am 17.01.11 zugegangen ist, er sich aber erst am 20.02.11 dagegen zur Wehr gesetzt hat?

Juristisches Repetitorium

examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend hemmer

1. A möchte hier gegen den Bescheid der Stadt W vorgehen. Er hat in seinem Schreiben zwar nicht ausdrücklich das Wort „Widerspruch“ verwendet, aber dies schadet nicht, da § 70 I S. 1 VwGO diesbezüglich keine hohen Anforderungen stellt. Auch im öffentlichen Recht gilt insoweit der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“. Das Schreiben des A ist somit auszulegen:

- Bei der Auslegung ist im Zweifel entscheidend, welche Qualifikation für den Bürger am günstigsten ist. Das ist regelmäßig der Widerspruch, da nur dieser den Suspensiveffekt bewirkt und er erforderlich ist, um sich die Möglichkeit der Klage offen zu halten. Ist – wie im vorliegenden Fall – das Schreiben des Betroffenen ausführlich dargestellt, muss allerdings auch in einer Klausur eine Abgrenzung zu den anderen außergerichtlichen Rechtsbehelfen stattfinden! - Eine ausführlichere Darstellung der außergerichtlichen Rechtsbehelfe findet sich in Hemmer/Wüst, VerwaltungsR I, Rn. 149 ff.
- In unserem Fall wendet sich A nicht gegen das Verhalten eines bestimmten Beamten, sondern gegen die Maßnahme an sich. Damit scheidet eine Dienstaufsichtsbeschwerde aus. Bei der Abgrenzung von Widerspruch und Fachaufsichtsbeschwerde ist **der Widerspruch aus den oben genannten Gründen für A der günstigere Rechtsbehelf, sodass sein Schreiben als solcher zu qualifizieren ist.**
- Bei der Auslegung einer „Beschwerde“ gegen eine Maßnahme der Verwaltung ist aber zu beachten, dass ein Widerspruch ausscheidet, wenn der Betroffene bewusst einen anderen Rechtsbehelf gewählt hat. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Rechtsanwalt das Schreiben formuliert hat oder der Betroffene ersichtlich kein Kostenrisiko eingehen wollte.

2. In der Variante ist der Widerspruch des A verfristet, § 70 I S. 1 VwGO. In diesem Fall kommt eine Behandlung des Schreibens als **Fachaufsichtsbeschwerde** in Betracht. Bei dieser wird von der Aufsichtsbehörde die Aufhebung der Maßnahme begehrt. An diese Möglichkeit ist in der Klausur immer zu denken, wenn der Widerspruch verfristet ist und der Einstieg in die Begründetheitsprüfung gesucht wird.

hemmer-Methode: In der Klausur ist die Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen sinnvollerweise an den Anfang der Klausur zu stellen, da erst bei der Auslegung des Bürgerbegehrens als Widerspruch die Anforderungen des § 70 I S. 1 VwGO Anwendung finden.

Sollte in der Klausur einmal nach den Erfolgsaussichten eines Widerspruchs gefragt sein, stellt sich die Frage, wie eine solche Prüfung aufzubauen ist. Da es sich bei dem Widerspruchsverfahren um einen Vorschaltrechtsbehelf zum Gerichtsverfahren handelt, hat der Widerspruch weitgehend die gleichen Voraussetzungen wie das Hauptsacheverfahren.

Entwerfen Sie ein Prüfungsschema zum Widerspruchsverfahren!

Juristisches Repetitorium
examenstypisch • anspruchsvoll • umfassend **hemmer**

Prüfungsschema zum Widerspruch

I. Zuständigkeit der Behörde

II. Zulässigkeit

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 VwGO analog
2. Statthaftigkeit des Widerspruchs, § 68 VwGO
3. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO analog
4. Form und Frist, § 70 VwGO
5. Beteiligtenbezogene Voraussetzungen (Beteiligten- und Handlungsfähigkeit, Vertretung, §§ 11 ff. VwVfG)
6. Sonstige Voraussetzungen (z.B. Sachbescheidungsinteresse)

III. Begründetheit

Recht- und Zweckmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes sowie subjektive Rechtsverletzung des Widerspruchsführers, §§ 68, 113 I S. 1 VwGO analog (ausführlich KK 15)

hemmer-Methode: Hat der betroffene Bürger in der Klausur einen Bescheid erhalten und ist die Frage gestellt, wie er sich dagegen zur Wehr setzen kann, obwohl im Sachverhalt keine Angaben zur Durchführung eines Widerspruchsverfahrens gemacht wurden, ist immer an die Prüfung eines Widerspruchs zu denken. Sich gleich auf die Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage zu stürzen, wäre ein grober Fehler, da es dem Korrektor zu erkennen gibt, dass der Klausurersteller nicht an die näher liegende, einfachere und umfangreichere Möglichkeit des Widerspruchsverfahrens denkt. Insbesondere Praktiker nehmen das sehr übel!

Ist in der Klausur allerdings nach den Erfolgsaussichten einer Klage gefragt und sind keine Angaben hinsichtlich eines Widerspruchsverfahrens gemacht, kann davon ausgegangen werden, dass ein solches erfolglos durchgeführt wurde.