

Bitte hier falzen!

Bitte hier falzen!

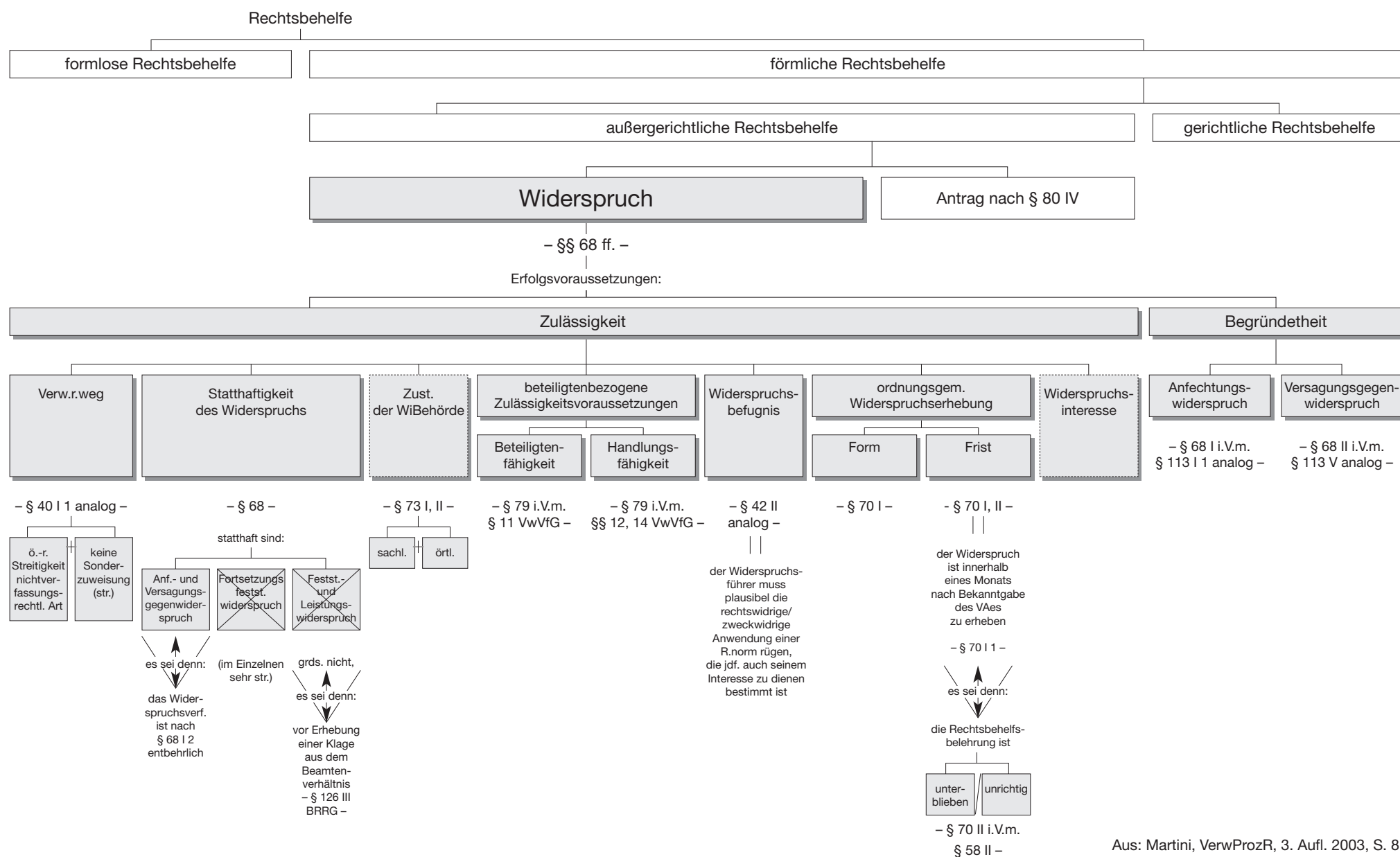
Idee und Gestaltung: Wiss. Ass. Dr. Mario Martini, Hamburg; Ergänzung zu: Martini, Verwaltungsprozessrecht – Systematische Darstellung in Grafik-Text-Kombination, 3. Aufl. 2003, S. 182 ff. Das Symbol verweist auf die entsprechenden Stellen im Buch.

<sup>1</sup> Die einstweilige Anordnung nach § 47 VI VwGO bleibt im Folgenden außer Betracht.

<sup>2</sup> Eckige Klammern [wie hier] weisen auf Prüfungspunkte hin, die in Klausuren nur bei Anhaltspunkten für ihr Fehlen zu prüfen sind.

<sup>3</sup> Ob § 78 VwGO die Passivlegitimation (und damit eine Frage der Begründetheit) regelt oder die Zulässigkeit betrifft, ist str.; vgl. dazu Martini, VerwProzR, S. 97.

<sup>4</sup> Dargestellt werden hier nur die Rechtsmittel gegen erstinstanzliche Entscheidungen der VGE; beachte auch die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 I VwGO.



Aus: Martini, VerwProzR, 3. Aufl. 2003, S. 8

## Der verwaltungsrechtliche Widerspruch

Bei VA-bezogenen Rechtsschutzbegehren sieht die VwGO zunächst grundsätzlich den Widerspruch vor. Der Widerspruch führt zu einer Überprüfung eines den Widerspruchsführer belastenden bzw. seinen Antrag ablehnenden VAes durch eine Verwaltungsbehörde in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.

### I. Erfolgsvoraussetzungen; Prüfungsschema

Ein Widerspruch hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

#### (A.) Zulässigkeit

Zulässig ist ein Widerspruch, wenn alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

##### (I.) Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs analog § 40 I 1

(1.) Über einen Widerspruch darf die zuständige Behörde nur dann entscheiden, wenn er eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art zum Gegenstand hat. Das ergibt sich aus § 40 I 1. Diese Vorschrift ist zwar auf verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten zugeschnitten und damit auf das Widerspruchsverfahren nicht unmittelbar anwendbar. Sie beansprucht wegen des Vorschaltcharakters des Widerspruchsverfahrens für dieses jedoch analoge Anwendung.

(2.) Die öffentlich-rechtliche Streitigkeit darf ferner nicht ausnahmsweise einem anderen Gericht, z.B. nach § 40 II 1 Hs. 1 dem LG, zugewiesen sein (sehr str.)<sup>1</sup>. Sonst richtet sich der Rechtsschutz allein nach der Verfahrensordnung des anderen Rechtswegs. Ein Widerspruch ist dann unzulässig.

##### (II.) Statthaftigkeit des Widerspruchs

Ein Widerspruch ist nur zulässig, wenn er statthaft ist. Statthaft ist er, wenn das Gesetz ein Widerspruchsverfahren vorschreibt.

(1.) Ein Vorverfahren schreibt die VwGO in § 68 I und II grundsätzlich vor, wenn Rechtsschutzziel die Aufhebung eines belastenden, nicht erledigten VAes oder der Erlass eines abgelehnten VAes ist, d.h. vor Erhebung einer sog. *Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage* (in Form der Versagungsgegenklage) – § 42 I. Nur in Ausnahmefällen bedarf es hier keiner Nachprüfung des VAes in einem Vorverfahren. Diese Fälle sind in § 68 I 2 genannt. Ein Widerspruch ist dann unstatthaft.

(2.) Erledigt sich der VA, bevor Anfechtungs- bzw. Versagungsgegenklage erhoben wurde (d.h. vor Widerspruchserhebung oder im Laufe des Widerspruchsverfahrens), ist ein Widerspruch nach wohl h. M.<sup>2</sup> nicht (mehr) statthaft. Ein bereits begonnenes Widerspruchsverfahren ist einzustellen. Das Vorverfahren kann – so die (angreifbare) Begründung der h. M. – einen wesentlichen Teil seiner Funktionen nicht mehr erfüllen<sup>3</sup>.

(3.) Vor der Erhebung sonstiger Klagen ist ein Vorverfahren grundsätzlich unstatthaft. Eine wichtige Ausnahme hiervon sieht § 126 III BRRG vor: Ein Vorverfahren ist danach – ungeachtet der Klageart – für alle Klagen aus dem Beamtenverhältnis erforderlich.

##### (III.) Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde

Über einen statthaften Widerspruch darf, wenn die Ausgangsbehörde nicht abgeholfen hat (§ 73)<sup>4</sup>, nur die zuständige Widerspruchsbehörde sachlich entscheiden. Zuständige Widerspruchsbehörde ist nach

§ 73 I 2 Nr. 1 grundsätzlich die nächsthöhere Behörde<sup>5</sup>. Welche das ist, ergibt sich aus den Vorschriften des Bundes- und Landesrechts, die den Behördenaufbau regeln.

#### (IV.) Beteiligtenbezogene Zulässigkeitsvoraussetzungen

##### (1.) Beteiligungsfähigkeit

Der Widerspruch ist nur zulässig, wenn der Widerspruchsführer fähig ist, am Widerspruchsverfahren beteiligt zu sein. Ob das der Fall ist, bestimmt sich nach § 79 VwVfG i.V.m. § 11 VwVfG (nicht nach § 61 VwGO!). Im Widerspruchsverfahren sind danach natürliche und juristische Personen beteiligtenfähig, ferner Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, und alle Behörden.

##### (2.) Handlungsfähigkeit

Der Widerspruchsführer muss ferner nach § 79 VwVfG i.V.m. § 12 VwVfG selbst zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig sein.

#### (V.) Widerspruchsbefugnis

Widerspruch kann nicht jeder erheben, sondern nur, wer zu den durch den VA oder dessen Ablehnung in seinen Rechten »Beschwerten« gehört (siehe § 70 I 1); der Widerspruchsführer muss widerspruchsbefugt sein. Die Widerspruchsbefugnis besteht, wenn der Widerspruchsführer die rechtswidrige oder zweckwidrige Anwendung einer Rechtsnorm rügt, die jedenfalls auch seinem Interesse zu dienen bestimmt ist (vgl. v. Mutius, Das Widerspruchsverfahren, S. 214 ff). Voraussetzung ist danach, dass eine drittschützende Norm existiert, die dem Rechtsbehelfsführer ein subjektiv-öffentliches Recht einräumt, das durch die Behörde infolge rechtswidriger oder zweckwidriger Anwendung möglicherweise verletzt worden ist.

#### (VI.) Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung

##### (1.) Form

Der Widerspruch ist nach § 70 I 1 schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben, die den VA erlassen hat (sog. *Ausgangsbehörde*). Er kann aber auch in zulässiger Weise bei der *Widerspruchsbehörde* eingelegt werden (§ 70 I 2).

##### (2.) Frist

Die Erhebung des Widerspruchs muss innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des (mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen) VAes erfolgen (§ 70 I 1). Ist die Rechtsbehelfsbelehrung unterblieben oder fehlerhaft, so beträgt die Widerspruchsfrist ein Jahr (§ 70 II i.V.m. § 58 II).

Ist die Frist verstrichen, wird der VA bestandskräftig; ein Widerspruch ist dann unzulässig, es sei denn, es wird nach § 70 II i.V.m. § 60 I-IV Wiedereinsetzung in den vorigen Standgewährt (h. M.).

#### (VII.) Widerspruchsinteresse

Die Zulässigkeit des Widerspruchs setzt schließlich ein schutzwürdiges Interesse des Widerspruchsführers an der Bescheidung seines Widerspruchs voraus. Dieses fehlt insbesondere dann, wenn der Widerspruchsführer zur Verwirklichung seines Rechts eine behördliche Entscheidung nicht benötigt (so z. B., wenn die Tätigkeit, für die die Erlaubnis begehrt wird, genehmigungsfrei ist), wenn die beantragte Sachentscheidung für ihn offensichtlich nutzlos ist sowie wenn er die Widerspruchsbehörde missbräuchlich in Anspruch nimmt (z. B. aus Schikane). Das Widerspruchsinteresse kann auch durch Verwirkung entfallen. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Nachbar unter Berufung darauf, dass die ihn belastende, einem Dritten erteilte Baugenehmigung ihm nicht bekannt gemacht wurde, gegen diese erst nach mehr als einem Jahr, nachdem er von der Erteilung der Baugenehmigung Kenntnis erlangt hat bzw. hätte erlangen müssen, Widerspruch erhebt<sup>6</sup>.

#### (B) Begründetheit

##### (I.) Anfechtungswiderspruch

Ein auf Aufhebung eines belastenden VAes gerichteter Widerspruch ist begründet, soweit der angegriffene VA rechtswidrig und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt ist.

Rechtswidrig ist der VA, soweit er nicht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht den Anforderungen genügt, die die Rechtsordnung an ihn stellt, d.h. soweit das für seine Beurteilung maßgebliche Recht unrichtig angewendet wurde oder bei der Entscheidung von einem Sachverhalt ausgegangen wurde, der sich als unrichtig erweist (vgl. § 44 I 1 SGB X).

Bei *Ermessensentscheidungen* ist der Widerspruch über die Fälle der Rechtswidrigkeit hinaus auch begründet, soweit der VA unzumutbar ist und die Ermessensnorm zumindest auch den Interessen des Widerspruchsführers zu dienen bestimmt ist (§ 68 I 1). Unzumutbar ist ein VA, wenn er seinem Inhalt nach zwar ergehen durfte, aber zur Erreichung des von der Verwaltung angestrebten Zwecks weniger sinnvoll erscheint als ein rechtmäßiger anderer VA oder ein Verzicht auf die Maßnahme<sup>7</sup>.

##### (II.) Versagungsgegenwiderspruch

Der Versagungsgegenwiderspruch ist begründet, soweit (1.) die Ablehnung des VAes rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist oder (2.) bei Ermessensentscheidungen die Ablehnung unzumutbar ist und der Handlungsspielraum der Behörde zumindest auch im Interesse des Widerspruchsführers eingeräumt ist. Für die Beurteilung ist jeweils die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde maßgeblich; Änderungen der Sach- und Rechtslage nach Erlass des VAes muss die Widerspruchsbehörde bei ihrer Entscheidung also berücksichtigen (vgl. Hufen, VerwProzR, § 7, Rz. 7).

<sup>1</sup> Vgl. P/R, Assessorexamen, § 30, Rz. 2 ff.; a. A. Kopp/Schenke, VwGO, § 40, Rz. 2 a.

<sup>2</sup> St. Rspr. (vgl. BVerwGE 26, 165 ff); Rozek, JuS 1995, 697 ff.

<sup>3</sup> Der Rechtsschutzsuchende kann u.U. *Fortsetzungsfeststellungsklage* nach § 113 I 4 analog erheben.

<sup>4</sup> Beachte: Der Abhilfebescheid muss nach § 79 VwVfG i.V.m. § 10 S. 1, 37 II 1 VwVfG nicht notwendig schriftlich ergehen.

<sup>5</sup> Die Länder Bln, Bbg, Brem, HH, MV und S-H können nach § 185 II Ausnahmen von dieser Vorschrift erlassen. HH hat dies bspw. in § 7 AGVwGO i.V.m. der VO über Widerspruchsausschüsse getan.

<sup>6</sup> BVerwGE 78, 85 [89 ff]; BVerwG, NJW 1998, 329.

<sup>7</sup> Vgl. BVerwGE 13, 195 (198); kritisch zum Merkmal der Zweckmäßigkeit Klüsener, NVwZ 2002, 816 ff.

Aus: Martini, VerwProzR, 3. Aufl. 2003, S. 9