



ALPMANN SCHMIDT

Müller/Hansen/Wüstenbecker

## Die behördliche Assessorklausur

Ausgangs- und Widerspruchs-  
verfahren

9. Auflage 2014

# DIE BEHÖRDLICHE ASSESSORKLAUSUR

Ausgangs- und  
Widerspruchsverfahren

2014

Thomas Müller, Rechtsanwalt  
Frank Hansen, Rechtsanwalt  
Horst Wüstenbecker, Rechtsanwalt

Liebe Leserin, lieber Leser,

wir sind stets bemüht, unsere Produkte zu verbessern. Fehler lassen sich aber nie ganz ausschließen. Sie helfen uns, wenn Sie uns über Druckfehler in diesem Skript oder anderen Printprodukten unseres Hauses informieren.

E-Mail genügt an „druckfehlerteufel@alpmann-schmidt.de“

Danke

Ihr AS-Autorenteam

**Müller, Thomas**

**Hansen, Frank**

**Wüstenbecker, Horst**

Die behördliche Assessorklausur  
Ausgangs- und Widerspruchsverfahren  
9., völlig neu konzipierte Auflage 2014  
ISBN: 978-3-86752-324-0

Verlag Alpmann und Schmidt Juristische Lehrgänge  
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Münster

Die Vervielfältigung, insbesondere das Fotokopieren der Skripten,  
ist nicht gestattet (§§ 53, 54 UrhG) und strafbar (§ 106 UrhG).  
Im Fall der Zuwiderhandlung wird Strafantrag gestellt.

## INHALTSVERZEICHNIS

**Einleitung:**

|                                                                         |          |
|-------------------------------------------------------------------------|----------|
| <b>Klausurtypen in der öffentlich-rechtlichen Assessorklausur .....</b> | <b>1</b> |
| A. Die Aufgabenstellung in der Assessorklausur .....                    | 1        |
| B. Entscheidungsformen .....                                            | 1        |
| I. Entscheidungen der Ausgangsbehörde .....                             | 1        |
| II. Entscheidungen im Widerspruchsverfahren .....                       | 2        |
| III. Entscheidungen über nichtförmliche Rechtsbehelfe .....             | 2        |
| IV. Anwaltliche Aufgabenstellungen .....                                | 2        |
| C. Vorbereitung der Klausurlösung .....                                 | 3        |
| I. Lesen des Aktenauszugs und des Bearbeitungshinweises .....           | 3        |
| II. Erstellung einer chronologischen Zeittafel .....                    | 4        |
| III. Gegenüberstellung der rechtlichen Argumente .....                  | 4        |
| IV. Erstellen einer gutachterlichen Lösungsskizze .....                 | 5        |
| <br><b>1. Teil: Entscheidungen im Ausgangsverfahren .....</b>           | <b>6</b> |
| <b>1. Abschnitt: Der belastende Verwaltungsakt .....</b>                | <b>6</b> |
| A. Entwurf eines belastenden Verwaltungsaktes.....                      | 6        |
| I. Bescheidkopf .....                                                   | 8        |
| II. Bekanntgabe/Zustellung .....                                        | 8        |
| III. Anschrift .....                                                    | 8        |
| IV. Betreff etc. ....                                                   | 9        |
| V. Überschrift .....                                                    | 9        |
| VI. Anrede .....                                                        | 10       |
| VII. Tenor .....                                                        | 10       |
| 1. Der Hauptausspruch .....                                             | 10       |
| 2. Die Anordnung sofortiger Vollziehung .....                           | 12       |
| 3. Androhung von Zwangsmitteln .....                                    | 13       |
| 4. Kostenentscheidung .....                                             | 14       |
| VIII. Begründung des Bescheids .....                                    | 14       |
| 1. Der Sachverhalt .....                                                | 14       |
| 2. Die rechtlichen Gründe für die Verfügung .....                       | 15       |
| 3. Die rechtlichen Gründe für die Androhung von Zwangsmitteln ..        | 20       |
| 4. Die Begründung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ..       | 20       |
| 5. Die Begründung der Kostenentscheidung .....                          | 21       |
| IX. Die Rechtsbehelfsbelehrung .....                                    | 21       |
| X. Grußformel und Unterschrift .....                                    | 24       |
| B. Gutachten zum belastenden Verwaltungsakt .....                       | 24       |
| I. Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage .....                  | 25       |
| II. Formelle Rechtmäßigkeit .....                                       | 26       |
| III. Materielle Rechtmäßigkeit .....                                    | 32       |
| IV. Spezialfall: Aufhebung von Verwaltungsakten                         |          |
| gemäß §§ 48, 49 VwVfG .....                                             | 37       |
| 1. Widerruf nach § 49 VwVfG .....                                       | 37       |
| 2. Rücknahme nach § 48 VwVfG .....                                      | 39       |
| 3. Rückforderungen gemäß § 49 a VwVfG .....                             | 43       |
| a) Voraussetzungen .....                                                | 43       |
| b) Rechtsfolgen .....                                                   | 43       |

|                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>2. Abschnitt: Der begünstigende Verwaltungsakt</b>                     | 45 |
| A. Entwurf eines begünstigenden Verwaltungsaktes                          | 45 |
| I. Allgemeine Anforderungen                                               | 47 |
| II. Betreff, Bezug, Anlagen                                               | 47 |
| III. Tenor                                                                | 47 |
| IV. Sachverhalt                                                           | 48 |
| V. Rechtliche Gründe                                                      | 48 |
| B. Gutachten zum begünstigenden Verwaltungsakt                            | 50 |
| I. Die Anspruchsgrundlage                                                 | 50 |
| II. Formelle Voraussetzungen                                              | 51 |
| III. Materielle Voraussetzungen                                           | 52 |
| IV. Die Rechtmäßigkeit von Nebenbestimmungen                              | 53 |
| V. Wiederaufgreifen des Verfahrens, § 51 VwVfG                            | 56 |
| 1. Wiederaufgreifen im engeren Sinne                                      | 56 |
| 2. Wiederaufgreifen im weiteren Sinne                                     | 56 |
| <b>3. Abschnitt: Entwurf von untergesetzlichen Rechtsnormen</b>           | 58 |
| A. Kommunale Satzungsgebung                                               | 58 |
| I. Satzungsautonomie                                                      | 58 |
| II. Erlass einer Satzung                                                  | 58 |
| 1. Ermächtigungsgrundlage                                                 | 59 |
| 2. Formelle Anforderungen                                                 | 59 |
| 3. Materielle Anforderungen                                               | 60 |
| 4. Gestaltung von Satzungen                                               | 63 |
| a) Formale Gestaltung                                                     | 63 |
| aa) Überschrift                                                           | 64 |
| bb) Einleitungsformel                                                     | 64 |
| cc) Normenteil                                                            | 64 |
| dd) Haftungsregeln                                                        | 64 |
| ee) Ausfertigungsvermerk                                                  | 65 |
| ff) Bekanntmachung                                                        | 65 |
| b) Beispiel für eine Satzung zur Benutzung einer kommunalen Einrichtung   | 65 |
| c) Beispiel für eine Gebührensatzung                                      | 69 |
| 5. Rechtsfolgen fehlerhafter Satzungen                                    | 71 |
| B. Ordnungsbehördliche oder polizeibehördliche Verordnungen               | 72 |
| <b>2. Teil: Entscheidungen im Widerspruchsverfahren</b>                   | 74 |
| <b>1. Abschnitt: Widerspruchsbescheid als zulässige Entscheidungsform</b> | 74 |
| A. Auslegung der Eingabe des Bürgers                                      | 75 |
| B. Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde                                  | 77 |
| C. Abhilfeverfahren durchgeführt                                          | 79 |
| <b>2. Abschnitt: Der Widerspruchsbescheid</b>                             | 80 |
| A. Entwurf eines Widerspruchsbescheides                                   | 82 |
| I. Der Tenor des Widerspruchsbescheids                                    | 82 |
| 1. Erfolgloser Widerspruch                                                | 82 |
| 2. Erfolgreicher Anfechtungswiderspruch                                   | 83 |
| 3. Erfolgreicher Verpflichtungswiderspruch                                | 83 |
| 4. Teilweise erfolgreicher Anfechtungswiderspruch                         | 84 |
| 5. Teilweise erfolgreicher Verpflichtungswiderspruch                      | 85 |
| 6. Sonstige Fälle                                                         | 85 |

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. Nebenentscheidungen .....                                            | 85  |
| 1. Anordnung der sofortigen Vollziehung .....                            | 85  |
| 2. Aussetzung der Vollziehung .....                                      | 86  |
| III. Die Kostenentscheidung im Vorverfahren .....                        | 86  |
| 1. Grundsätze der Kostenentscheidung .....                               | 86  |
| a) Kosten des Widerspruchsverfahrens .....                               | 87  |
| b) Die Kostengrundentscheidung .....                                     | 87  |
| c) Anwendbarkeit des § 80 VwVfG .....                                    | 87  |
| d) Kosten der Widerspruchsbehörde .....                                  | 89  |
| 2. Erstattung der Aufwendungen der Beteiligten .....                     | 91  |
| 3. Die Notwendigkeit der Zuziehung eines Bevollmächtigten .....          | 93  |
| IV. Kostenfestsetzung nach § 80 Abs. 3 VwVfG .....                       | 95  |
| V. Begründung des Widerspruchsbescheids .....                            | 95  |
| 1. Sachverhalt .....                                                     | 95  |
| 2. Rechtliche Würdigung .....                                            | 96  |
| VI. Rechtsbehelfsbelehrung .....                                         | 98  |
| VII. Form des Widerspruchsbescheids – Bescheid- oder Beschlussform ..... | 99  |
| VIII. Begleitende Maßnahmen .....                                        | 100 |
| 1. Begleitverfügung .....                                                | 100 |
| 2. Schreiben an die Ausgangsbehörde .....                                | 100 |
| 3. Vermerke .....                                                        | 101 |
| B. Entscheidungen der Ausgangsbehörde im Widerspruchsverfahren .....     | 102 |
| I. Abhilfebescheid .....                                                 | 102 |
| II. Vorlagebericht bei Nichtabhilfe .....                                | 104 |
| C. Das Gutachten im Widerspruchsverfahren .....                          | 106 |
| I. Zulässigkeit des Widerspruchs .....                                   | 106 |
| 1. Vorliegen einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit .....             | 106 |
| 2. Statthaftigkeit des Widerspruchs .....                                | 106 |
| a) Anfechtungswiderspruch .....                                          | 107 |
| b) Verpflichtungswiderspruch .....                                       | 110 |
| c) Leistungs- und Feststellungswidersprüche .....                        | 110 |
| d) Unstatthaftigkeit des Widerspruchs .....                              | 111 |
| aa) Gesetzlicher Ausschluss des Vorverfahrens .....                      | 111 |
| bb) Verwaltungsakte oberster Bundes- oder Landesbehörden .....           | 113 |
| cc) Beschwer durch Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid .....              | 113 |
| dd) Fortsetzungsfeststellungswiderspruch .....                           | 113 |
| ee) Entbehrlichkeit des Widerspruchs .....                               | 115 |
| 3. Widerspruchsbefugnis .....                                            | 115 |
| 4. Die Form des Widerspruchs .....                                       | 119 |
| 5. Widerspruchsfrist .....                                               | 119 |
| a) Fristberechnung .....                                                 | 120 |
| b) Einhaltung der Widerspruchsfrist .....                                | 124 |
| c) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Vorverfahren .....           | 125 |
| aa) Voraussetzungen für die Wiedereinsetzung .....                       | 125 |
| bb) Rechtsfolge .....                                                    | 129 |
| 6. Verwirkung des Widerspruchsrechts .....                               | 130 |
| 7. Sachentscheidung trotz Verfristung .....                              | 131 |
| 8. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen .....                           | 132 |
| II. Begründetheit des Widerspruchs .....                                 | 134 |
| 1. Prüfungsmaßstab .....                                                 | 134 |
| 2. Rechtmäßigkeit des VA .....                                           | 135 |

|                                                                                                                                |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| a) Form- und Verfahrensfehler .....                                                                                            | 136        |
| aa) Anhörungsfehler, § 28 VwVfG .....                                                                                          | 136        |
| bb) Begründungsfehler, § 39 VwVfG .....                                                                                        | 138        |
| b) Materielle Fehler .....                                                                                                     | 138        |
| c) reformatio in peius (Verböserung) .....                                                                                     | 140        |
| aa) Zulässigkeit der reformatio in peius .....                                                                                 | 140        |
| bb) Rechtmäßigkeit einer reformatio in peius .....                                                                             | 140        |
| III. Das behördliche Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 4 VwGO ....                                                           | 143        |
| 1. Formelle Voraussetzungen für eine Aussetzung .....                                                                          | 144        |
| 2. Materielle Voraussetzungen für eine Aussetzung .....                                                                        | 144        |
| 3. Entscheidung .....                                                                                                          | 145        |
| <b>3. Abschnitt: Sonstige Aufhebung des Ausgangsbescheides .....</b>                                                           | <b>146</b> |
| A. Aufhebung außerhalb des Widerspruchsverfahrens .....                                                                        | 146        |
| B. Aufhebung nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens .....                                                                   | 146        |
| <b>3. Teil: Entscheidungen über formlose Rechtsbehelfe .....</b>                                                               | <b>148</b> |
| <b>1. Abschnitt: Gegenvorstellung und Aufsichtsbeschwerde .....</b>                                                            | <b>148</b> |
| <b>2. Abschnitt: Petitionsbescheide .....</b>                                                                                  | <b>148</b> |
| A. Zulässigkeit einer Petition .....                                                                                           | 148        |
| B. Petitionsbescheid .....                                                                                                     | 149        |
| C. Rechtsschutz .....                                                                                                          | 149        |
| <b>4. Teil: Die Anwaltsklausur .....</b>                                                                                       | <b>150</b> |
| <b>1. Abschnitt: Aufbau der Anwaltsklausur .....</b>                                                                           | <b>150</b> |
| <b>2. Abschnitt: Das Gutachten in der Anwaltsklausur .....</b>                                                                 | <b>151</b> |
| A. Sachverhaltsdarstellung .....                                                                                               | 151        |
| B. Feststellung des Begehrens des Mandanten .....                                                                              | 152        |
| C. Prüfung der Erfolgsaussichten des Vorgehens .....                                                                           | 153        |
| I. Materieller Aufbau .....                                                                                                    | 153        |
| II. Prozessualer Aufbau .....                                                                                                  | 153        |
| III. Inhalt des Gutachtens .....                                                                                               | 154        |
| D. Zweckmäßigkeits- und taktische Überlegungen und Entscheidung<br>über die Vorgehensweise .....                               | 154        |
| I. Kostenrisiko .....                                                                                                          | 154        |
| II. Folgerisiken .....                                                                                                         | 155        |
| E. Anwaltliche Schreiben im behördlichen Verfahren .....                                                                       | 155        |
| I. Widerspruch und Aussetzungsantrag .....                                                                                     | 156        |
| II. Antrag auf Aussetzung der Vollziehung einer Baugenehmigung<br>und Stilllegung der Baustelle § 80 a Abs. 1 Nr. 2 VwGO ..... | 157        |
| III. Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung nach<br>§§ 80 a Abs. 1 Nr. 1, 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO .....             | 158        |
| IV. Mandantenschreiben .....                                                                                                   | 158        |
| <b>Stichwortverzeichnis .....</b>                                                                                              | <b>161</b> |

## LITERATURVERZEICHNIS

|                                                |                                                                                                 |
|------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Bader/Funke-Kaiser/<br>Stuhlfauth/von Albedyll | Verwaltungsgerichtsordnung<br>5. Aufl., Heidelberg 2011                                         |
| Bader/Ronellenfitsch                           | BeckOK-VwVfG<br>Online-Kommentar, München<br>Stand: 01.07.2013                                  |
| Bosch/Schmidt/Vondung                          | Praktische Einführung in das verwaltungs-<br>gerichtliche Verfahren<br>9. Aufl., Stuttgart 2012 |
| Engelhardt/App                                 | Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz,<br>Verwaltungszustellungsgesetz<br>9. Aufl., München 2011     |
| Erichsen/Ehlers (Hrsg.)                        | Allgemeines Verwaltungsrecht<br>14. Aufl., Berlin, New York 2010                                |
| Eyermann                                       | Verwaltungsgerichtsordnung<br>13. Aufl., München 2010                                           |
| Fehling/Kastner/Störmer                        | Verwaltungsrecht<br>VwVfG – VwGO<br>3. Aufl., Baden-Baden 2013                                  |
| Huck/Müller                                    | Verwaltungsverfahrensgesetz<br>München 2011                                                     |
| Hufen                                          | Verwaltungsprozessrecht<br>9. Aufl., München 2013                                               |
| Knack/Henneke                                  | Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)<br>9. Aufl., Köln 2010                                      |
| Kopp/Ramsauer                                  | Verwaltungsverfahrensgesetz<br>14. Aufl., München 2013                                          |
| Kopp/Schenke                                   | Verwaltungsgerichtsordnung<br>19. Aufl., München 2013                                           |
| Maurer                                         | Allgemeines Verwaltungsrecht<br>18. Aufl., München 2011                                         |
| Pietzner/Ronellenfitsch                        | Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht<br>12. Aufl., Düsseldorf 2010                          |
| Posser/Wolff                                   | BeckOK-VwGO<br>München<br>Stand: 01.07.2013                                                     |
| Redeker/v.Oertzen                              | Verwaltungsgerichtsordnung<br>15. Aufl., Stuttgart 2010                                         |

|                       |                                                                                                    |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Sadler                | Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz<br>Verwaltungszustellungsgesetz<br>8. Aufl., Heidelberg 2011      |
| Schoch/Schneider/Bier | Verwaltungsgerichtsordnung<br>München, Loseblatt<br>Stand: August 2012                             |
| Sodan/Ziekow          | Verwaltungsgerichtsordnung<br>3. Aufl., Baden-Baden 2010                                           |
| Stelkens/Bonk/Sachs   | Verwaltungsverfahrensgesetz<br>7. Aufl., München 2008                                              |
| Wolff/Decker          | Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)<br>Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)<br>3. Aufl., München 2012 |
| Wysk                  | Verwaltungsgerichtsordnung<br>München 2011                                                         |
| Ziekow                | Verwaltungsverfahrensgesetz<br>3. Aufl., Stuttgart 2013                                            |

**Einleitung:****Klausurtypen in der öffentlich-rechtlichen Assessorklausur****A. Die Aufgabenstellung in der Assessorklausur**

Die Aufgabenstellung in der öffentlich-rechtlichen Assessorklausur ist regelmäßig 1 darauf gerichtet, einen tatsächlich meist einfachen und nicht allzu umfangreichen Aktenfall in rechtlicher und verfahrensmäßiger Hinsicht zu bearbeiten und das Ergebnis in einem Entscheidungsentwurf (Ausgangsbescheid, Widerspruchsbescheid, Urteil, Beschluss), einen Schriftsatz (Widerspruchsschreiben, Klageschrift, Klagerwiderrückung o.Ä.) oder in einer sonstigen schriftlichen Äußerung (Vermerk, gutachtliche Stellungnahme, Schreiben an den Mandanten etc.) darzulegen.

Überwiegend liegt auch in der Assessorklausur der Schwerpunkt auf der Anwendung des **materiellen Rechts**, nur angereichert mit prozessualen Problemen. Sie sollten also bei der Vorbereitung auf das Examen das materielle Recht stets wiederholen. Das bedeutet nun aber nicht, dass Sie wie im Referendarexamen jede Frage bis in die letzte Verästelung beherrschen müssen. In der Assessorklausur soll eine praktische Entscheidung getroffen werden, die nicht mit für die Praxis unbedeutenden (Streit-)Fragen belastet werden darf (dazu im Einzelnen AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assessorklausur).

Gerade im Öffentlichen Recht gibt es immer wieder Examensklausuren aus **abgelegenen Rechtsgebieten**, in denen Einzelwissen nicht vorausgesetzt wird, sondern 2 lediglich Verständnis und Arbeitsmethode des Kandidaten festgestellt werden sollen. Hier liegt die Schwierigkeit zumeist in der **Entschlüsselung des Aufgabentextes**. Die materiellen Fragen lassen sich regelmäßig durch die Angaben im Aktenauszug bzw. in den ausgetauschten Schriftsätzen lösen. Entscheidend ist, dass der Kandidat den Sachverhalt unter das unbekannte Gesetz subsumieren kann und damit seine „Praxistauglichkeit“ unter Beweis stellt. Dies umfasst auch das Anpassen an die Gepflogenheiten der (Klausur-)Praxis bei der Abfassung der Entscheidung.

So sind z.B. im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit die Punkte Zuständigkeit und Verfahren immer, wenn auch in der gebotenen Kürze, anzusprechen. Im Widerspruchsbescheid werden nicht nur die entscheidungserheblichen, sondern alle problematischen Punkte angesprochen, um der Ausgangsbehörde Handlungsdirektiven für künftige Entscheidungen zu geben.

**B. Entscheidungsformen**

Die AS-Skripten zur **öffentlich-rechtlichen Assessorklausur** behandeln die **verfahrensrechtlichen und prozessualen Fragen** so, wie sie in der Praxis und im Examen auftreten. Das im vorliegenden Skript dargestellte **verwaltungsbehördliche Verfahren** kennt vielfältige Formen des Verwaltungshandelns (Verwaltungsakte, öffentlich-rechtliche Willenserklärungen, öffentlich-rechtliche Verträge etc.). Dies gilt auch für die Aufgabenstellung in der verwaltungsbehördlichen Assessorklausur. 3

**I. Entscheidungen der Ausgangsbehörde**

Seit Novellierung der Prüfungsordnungen ist festzustellen, dass im Examen vermehrt **Entscheidungen der Ausgangsbehörde**, zumeist mit einem vorbereitenden Gutachten, gefordert werden. Dies gilt vor allem in den Ländern, die das Widerspruchsverfahren weitgehend (zeitlich befristet) abgeschafft haben (insbesondere Bayern, Niedersachsen, NRW). Typische Aufgabenstellungen sind hier: 4

- **Ausgangsbescheide** als belastende oder begünstigende Verwaltungsakte,
- **Anordnung der sofortigen Vollziehung** bzw. **Aussetzung der Vollziehung**,
- nachbegleitende Verfahrensschritte, insbesondere **Begleitverfügungen**.

In Betracht kommen auch Maßnahmen, die eine **Verwaltungsentscheidung vorbereiten** (Vermerk, Gutachten, Rats- und Ausschussvorlagen, Bericht an die Aufsichtsbehörde u.Ä.). Die Gestaltung hängt hier vom Einzelfall ab. Denkbar sind auch sog. **Kautelarklausuren**, also z.B. der Entwurf eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder einer RechtsVO oder Satzung.

## II. Entscheidungen im Widerspruchsverfahren

- 5 Im Übrigen stehen in der verwaltungsbehördlichen Assessorklausur Entscheidungen im **Widerspruchsverfahren** im Vordergrund, und zwar vor allem:
- **Widerspruchsbescheid** durch die Widerspruchsbehörde nach § 73 VwGO,
  - **Abhilfebescheid** durch die Ausgangsbehörde nach § 72 VwGO,
  - **Vorlagebericht** der Ausgangsbehörde an die Widerspruchsbehörde bei Nichtabhilfe,
  - **Aufhebung** außerhalb des Widerspruchsverfahrens nach §§ 48, 49, 51 VwVfG.

## III. Entscheidungen über nichtförmliche Rechtsbehelfe

- 6 Vereinzelt sind Entscheidungen über **nichtförmliche Rechtsbehelfe** zu entwerfen (z.B. Bescheide auf Aufsichtsbeschwerden oder Petitionsbescheide). Derartige Entscheidungen unterliegen nur geringen Förmlichkeiten (s.u. Rdnr. 487 f.).

## IV. Anwaltliche Aufgabenstellungen

- 7 In zahlreichen Bundesländern gehört die Anwaltsklausur zu den Pflichtklausuren. In der Regel wird die Erstellung eines Gutachtens über den Erfolg aller anwaltlichen Vorgehensmöglichkeiten verlangt, im Anschluss daran eine Taktik- und Entscheidungsstation und abschließend der Entwurf des anwaltlichen Schreibens. Im **behördlichen Verfahren** sind dies insbesondere:
- Widerspruchsschreiben
  - Antrag auf Aussetzung der Vollziehung
  - Antrag auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts
  - Schreiben an den Mandanten

Zur Anwaltsklausur im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vgl. AS-Skript Die verwaltungsgerichtliche Assessorklausur (2013), 2. Teil.

## B. Entscheidungen der Ausgangsbehörde im Widerspruchsverfahren

- 351 Bevor der Widerspruchsbescheid ergehen darf, muss die Ausgangsbehörde nach § 72 VwGO Gelegenheit erhalten, auf den Widerspruch des Betroffenen hin den VA noch einmal zu überprüfen (sog. **Abhilfeverfahren**).

### I. Abhilfebescheid

- 352 Kommt die Ausgangsbehörde im Abhilfeverfahren zu dem Ergebnis, dass dem Widerspruch in vollem Umfang stattzugeben ist, wird ein **Abhilfebescheid** an den Widerspruchsführer nach dem folgenden Muster zu entwerfen sein. Der Abhilfebescheid ist mit einer **Kostengrundentscheidung** zu versehen, die sich – wie beim Widerspruchsbescheid – nach § 80 VwVfG richtet. Da der Widerspruch im Fall der Abhilfe in jedem Fall „erfolgreich“ ist, hat der Widerspruchsführer gegen den Rechtsträger der Ausgangsbehörde einen Anspruch auf Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwVfG).

Eine **Begründung** des Abhilfebescheids ist nicht erforderlich. Nur dann, wenn durch den Abhilfebescheid ein Dritter erstmalig beschwert wird oder der Widerspruchsführer mit Verwaltungs- oder Verfahrenskosten belastet wird, etwa weil die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten nicht notwendig war.

Gleiches gilt für eine **Rechtsbehelfsbelehrung**. Sie ist in § 73 Abs. 3 S. 1 VwGO nur für den Widerspruchsbescheid vorgeschrieben. Aus den gleichen Gründen wie oben kann es jedoch sinnvoll sein, den Abhilfebescheid auch mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen. Dabei ist allerdings § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO zu beachten (Klage, nicht erneuter Widerspruch).

Da der Abhilfebescheid keine rechtlichen Ausführungen enthält, sind die rechtlichen Probleme i.d.R. in einem umfangreichen **Vermerk** (s.o. Rdnr. 350) zu erörtern.

- 353 Unabhängig vom Abhilfeverfahren hat die Ausgangsbehörde die Möglichkeit, den angefochtenen VA **außerhalb des Vorverfahrens** nach §§ 48, 49 VwVfG aufzuheben (s.o. Rdnr. 143 ff. und unten Rdnr. 481). Danach kann ein Verwaltungsakt, „auch nachdem er unanfechtbar geworden ist“ ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder ggf. auch für die Vergangenheit aufgehoben werden. Dies gilt erst recht, wenn der Verwaltungsakt noch nicht unanfechtbar ist, soweit er mit Widerspruch (oder Klage) angefochten worden ist.

Unklarheiten, ob es sich bei dem Bescheid der Ausgangsbehörde um einen Abhilfebescheid oder um einen Rücknahmebescheid nach § 48 VwVfG handelt, sind durch Auslegung zu klären. Grundsätzlich hat die Behörde ein Wahlrecht, welche Entscheidung sie trifft.<sup>281</sup>

281 BVerwG NVwZ 1997, 272.

| Aufbau eines Abhilfebescheides |                                                          |                                                                                                                                                                                                                |
|--------------------------------|----------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Rdnr.                          | Thema                                                    | Entwurf                                                                                                                                                                                                        |
| 18                             | <b>Absender<br/>Aktenzeichen<br/>Ort, Datum</b>          | <div> <b>Stadt Musterhausen</b> 11111 Musterhausen </div> <div> Der Oberbürgermeister Mustermannstr. 99 </div> <div> – Bauaufsichtsamt – Tel.: 0000-0000-00 </div> <div> Az: 35-47/13 Fax: 0000-0000-00 </div> |
| 19 ff.                         | <b>Bekanntgabe</b>                                       |                                                                                                                                                                                                                |
| 22                             | <b>Anschrift des<br/>Empfängers<br/>(ggf. Vertreter)</b> | Herrn<br>Martin Mustermann<br>Mustermannstr. 10<br>11111 Musterhausen                                                                                                                                          |
| 25                             | <b>Betreff</b>                                           | Ungenehmigte Baumaßnahme auf Ihrem Grundstück                                                                                                                                                                  |
|                                | <b>Bezug</b>                                             | Ihr Widerspruchsschreiben vom ... (bei RA zusätzlich: Ihr Mandant: N.N.)                                                                                                                                       |
|                                | <b>Anlagen</b>                                           | <u>Anlagen:</u>                                                                                                                                                                                                |
| 27                             | <b>Überschrift<br/>(nicht zwingend)<br/>Anrede</b>       | <p style="text-align: center;"><b>A b h i l f e b e s c h e i d</b></p> <p>Sehr geehrter Herr Mustermann,</p>                                                                                                  |
| 293 ff.                        | <b>Tenor</b>                                             |                                                                                                                                                                                                                |
|                                | ■ <b>Entscheidung in der<br/>Hauptsache</b>              | auf Ihren Widerspruch vom ... hebe ich meine Abbruchverfügung om ... (Az: 35-47/13) auf.                                                                                                                       |
| 307 ff.                        | ■ <b>Kostenentscheidung</b>                              | Die Kosten des Widerspruchsverfahrens trägt die Stadt Musterhausen (Rechtsträger der Ausgangsbehörde).                                                                                                         |
| 92                             | <b>Grußformel<br/>Unterschrift</b>                       | <p>Mit freundlichem Gruß</p> <p>(i.V./i.A.)</p> <p>Unterschrift</p>                                                                                                                                            |

## II. Vorlagebericht bei Nichtabhilfe

- 354 Sollte die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht stattgeben wollen, ist ein sog. **Vorlagebericht an die Widerspruchsbehörde** zu entwerfen. Die Entscheidung der Ausgangsbehörde, dem Widerspruch nicht abzuhelpen, ist **mangels Außenwirkung kein VA**, sodass dagegen kein gesonderter Rechtsbehelf statthaft ist. Die Entscheidung hat den Devolutiveffekt zur Folge und begründet die Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde nach § 73 Abs. 1 VwGO.

Das gilt auch, wenn der Widerspruch gemäß § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO fristwährend bei der Widerspruchsbehörde erhoben wird. Die Widerspruchsbehörde ist zu einer Sachentscheidung erst befugt, wenn zuvor die Ausgangsbehörde ausdrücklich oder konkludent die Abhilfe verweigert hat (z.B. durch Übersendung der Akten).<sup>282</sup>

Als **innerbehördliches Schreiben** weist der Vorlagebericht folgende Besonderheiten auf:

- Er ist an die **Behörde** und nicht an einen konkreten Sachbearbeiter zu richten.
- Persönliche Anrede und Grußformel entfallen.
- Das Gleiche gilt für den Zustellungsvermerk.

Inhaltlich ist im Vorlagebericht der **Sachverhalt** wiederzugeben sowie zur **Zulässigkeit** und **Begründetheit** des Widerspruchs Stellung zu nehmen. Anders als bei einem an den Bürger gerichteten Bescheid sind juristische Zweifelsfragen ggf. ausführlicher darzulegen.<sup>283</sup>

Wesentliche Unterschiede zum Widerspruchsbescheid sind nur im Eingang des Vorlageberichts zu beachten. Dabei wird vor allem der **Entscheidungsvorschlag** in der Praxis unterschiedlich gehandhabt. Zwingend erforderlich ist er nicht, da die nähere Begründung ohnehin noch folgt. Er ist vor allem in umfangreichen Sachen angebracht, um der Widerspruchsbehörde von vornherein deutlich zu machen, ob die Probleme in der Zulässigkeit oder in der Begründetheit liegen.

Verfehlt wäre es demgegenüber, das Vorlageschreiben mit einem „Antrag“ einzuleiten oder abzuschließen, da die Ausgangsbehörde im Widerspruchsverfahren kein Antragsteller ist.<sup>284</sup>

Die Darstellung des Sachverhalts sowie der Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs folgt im Wesentlichen den Grundsätzen des Widerspruchsbescheids. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf den Ausgangsbescheid verwiesen werden.<sup>285</sup> Die **äußere Gestaltung** im Einzelnen ist teilweise in Verwaltungsvorschriften näher konkretisiert.

Eine förmliche **Nichtabhilfeentscheidung** gegenüber dem Widerspruchsführer ist nicht vorgesehen. Allerdings kann es zweckmäßig sein, ihn formlos über die Weiterleitung des Widerspruchs an die Widerspruchsbehörde zu unterrichten.<sup>286</sup>

<sup>282</sup> Schoch NVwZ 1983, 249, 255; Pietzner/Ronellenfisch § 25 Rdnr. 4 u. 5.

<sup>283</sup> Zum Vorlagebericht Pietzner/Ronellenfisch § 41 Rdnr. 16 u. 17; Redeker/v.Oertzen § 72 Rdnr. 4; Oberrath/Hahn JA 1995, 886, 887.

<sup>284</sup> Pietzner/Ronellenfisch § 41 Rdnr. 17.

<sup>285</sup> Pietzner/Ronellenfisch § 41 Rdnr. 17.

<sup>286</sup> Vgl. Oberrath/Hahn JA 1995, 886, 888; Redeker/v.Oertzen VwGO § 72 Rdnr. 4.

## Aufbau eines Vorlageberichtes bei Nichtabhilfe

| Rdnr.  | Thema                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Entwurf                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 18     | <b>Absender<br/>Aktenzeichen<br/>Ort, Datum</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <b>Stadt Musterhausen</b> 11111 Musterhausen<br>Der Oberbürgermeister Mustermannstr. 99<br>– Schulamt – Tel.: 0000-0000-00<br>Az: 32-42/13 Fax: 0000-0000-00                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 22     | <b>Anschrift des Empfängers</b> (ist immer eine Behörde oder Körperschaft)                                                                                                                                                                                                                                                                                            | An die<br>Bezirksregierung<br>Überstraße 1<br>22222 Überhausen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| 25     | <b>Betreff</b> (Sachgebiet und Vorgang)<br><br><b>Anlagen</b> (üblich)                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Ordnungsmaßnahme gegen den Schüler Anton Frech<br>hier: Vorlage zur Entscheidung im Widerspruchsverfahren des ...<br><br><u>Anlagen:</u> – 1 Band Verwaltungsvorgänge<br>– Widerspruchsschreiben vom ... (u.a.)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|        | <b>Entscheidungsvorschlag (= Votum)</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Ich helfe dem o.g. Widerspruch nicht ab und bitte (nicht „beantrage“), diesen als unbegründet (unzulässig) zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| 335    | <b>Begründung</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | <u>Begründung:</u>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 336 f. | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Sachverhalt</b></li> <li>■ (unbestritten) Tatsachen</li> <li>■ Vorbringen der Verfahrensbe- teiligten im Ausgangs- verfahren</li> <li>■ angegriffene Verfügung mit Datum, Tenor und wesentl. Gründen</li> <li>■ ggf. ordnungs- gemäße Zustel- lung</li> <li>■ Widerspruchser- hebung mit wesentl. Vor- bringen</li> </ul> | <p>Meine Auffassung zur Sache begründe ich wie folgt:</p> <p>Am 20.01. ... wurde der Schüler Anton Frech auf dem Schulhof der X-Schule mit einem Klappmesser angetroffen.</p> <p>Am 22.01. ... verfügte ich gegen Herrn ... aufgrund der dargeleg- ten Umstände ... die Pflicht ...<br/>Die Verfügung erfolgte gemäß § ... dessen Voraussetzungen gege- ben sind.<br/>Denn ...</p> <p>Die Verfügung wurde Herrn ... am ... durch ... zugestellt.</p> <p>Gegen diesen Bescheid hat Herr ... am ... Widerspruch erhoben, mit dem er geltend macht, ...</p> |
|        | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ Auffassung der vorlegenden Behörde zum Widerspruch</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                | Diesen Widerspruch halte ich für zulässig, aber unbegründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| 353    | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Auslegung</b> bzw. Umdeutung des Antragsbegeh- rens</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                            | Das nicht näher bezeichnete Schreiben wird von hier im Sinne ei- nes Widerspruchs behandelt. Denn, ...                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
| 338    | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Zuständigkeit</b> der Wider- spruchsbehörde</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                    | Für den Erlass eines Widerspruchsbescheids ist die Musterbe- zirksregierung als nächsthöhere Verwaltungsbehörde gemäß ... zuständig                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|        | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Zulässigkeit</b> des Widerspruchs</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                              | ...                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|        | <ul style="list-style-type: none"> <li>■ <b>Begründetheit</b> des Widerspruchs</li> </ul>                                                                                                                                                                                                                                                                             | ...<br>ggf. Ermittlungsergebnisse der Vorlagebehörde                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| 92     | <b>Unterschrift</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | (i.V./i.A.)<br>...                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |

## C. Das Gutachten im Widerspruchsverfahren

- 355 Um das zutreffende Ergebnis nach der Aufgabenstellung zu ermitteln, ist es auch im 2. Staatsexamen unerlässlich, das Ergebnis anhand gutachterlicher (Vor-)Überlegungen zu ermitteln. Dies gilt nicht nur, wenn ein **Gutachten** nach dem Bearbeitungsvermerk ausdrücklich verlangt wird. Auch bei den reinen Bescheidklausuren kommt der gutachterlichen Lösungsskizze eine entscheidende Bedeutung zu. Nur wer den zu beurteilenden Fall gutachtlich erfasst hat, ist in der Lage, den Entscheidungsentwurf schrittweise zu entwickeln und eine überzeugende Begründung zu liefern.

## I. Zulässigkeit des Widerspruchs

### Grundschemata: Zulässigkeit des Widerspruchs

- a) Verwaltungsrechtliche Streitigkeit
- b) Statthaftigkeit des Widerspruchs
- c) Widerspruchsbefugnis
- d) Form und Frist
- e) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Über die **Reihenfolge** der Zulässigkeitsvoraussetzungen besteht in der Ausbildungsliteratur keine Einigkeit. Der Streit um die „richtige“ Reihenfolge ist jedoch müßig. Aus Gründen der Vereinfachung sollte der Aufbau der prozessualen Prüfung angepasst werden.

### 1. Vorliegen einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit

- 356 Da die Durchführung des Widerspruchsverfahrens Sachurteilsvoraussetzung für den anschließenden Verwaltungsprozess ist, muss es sich bei dem Verfahrensgegenstand entweder kraft Spezialregelung (z.B. § 54 Abs. 1 BeamStG, § 126 Abs. 1 BBG) oder aufgrund der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO um eine **verwaltungsrechtliche Streitigkeit** handeln.<sup>287</sup>

Das Vorliegen einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit ist in der Klausur regelmäßig unproblematisch, da der Widerspruchsführer entweder gegen einen Verwaltungsakt vorgeht oder einen Verwaltungsakt begehrt. Widersprüche gegen sonstige Verwaltungsmaßnahmen (z.B. Realakte oder Ausnahmen ohne Außenwirkung) gibt es nur im Beamtenrecht, wo der verwaltungsrechtliche Charakter bereits aus § 126 Abs. 1 BBG bzw. § 54 Abs. 1 BeamStG folgt.

**Beispiel:** Bei Maßnahmen der Polizei liegt eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit nur bei präventivem Handeln nach PolG vor. Handelt die Polizei dagegen repressiv auf der Grundlage der StPO als „Justizbehörde“ richtet sich das Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG, das ein „Vorverfahren“ nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Regelung kennt (§ 24 Abs. 2 EGGVG).

### 2. Statthaftigkeit des Widerspruchs

- 357 Statthaft, d.h. der richtige Rechtsbehelf, ist der Widerspruch, wenn er **Sachurteilsvoraussetzung** für ein späteres Klageverfahren ist. Dies ist gemäß § 68 VwGO bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen der Fall, in beamtenrechtlichen Streitigkeiten gemäß § 126 Abs. 2 S. 1 BBG, § 54 Abs. 2 S. 1 BeamStG, auch bei allen sonstigen Klagen (insbesondere bei der Leistungs- und Feststellungsklage), falls das Landesrecht keine abweichende Regelung getroffen hat (§ 54 Abs. 2 S. 3 BeamStG).

<sup>287</sup> BVerwG NVwZ 2008, 694; Kopp/Schenke VwGO § 40 Rdnr. 2 a u. Vorb § 68 Rdnr. 12; Geis/Hinterseh JuS 2002, 34, 37; Winkler JA 2005, 516, 518.

### Grundschemata: Statthaftigkeit des Widerspruchs

- **Widerspruch** als richtiger Rechtsbehelf
  - vor der Erhebung von **Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen** (§ 68 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 VwGO)
  - im **Beamtenrecht** grundsätzlich auch vor Leistungs-, Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklagen (§ 54 Abs. 2 S. 1 BeamStG, § 126 Abs. 2 S. 1 BBG)
- **Ausnahmen**
  - **Ausschluss kraft Spezialgesetz** (§ 68 Abs. 1 S. 2, 1. Halbs. VwGO)
  - **Entscheidungen einer obersten Bundes- oder Landesbehörde** (§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO)
  - **erstmalige Beschwerde** durch einen Abhilfe- oder Widerspruchsbescheid (§ 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO)
  - **Erledigung** des VA oder des VA-Beglehrens

#### a) Anfechtungswiderspruch

Der **Anfechtungswiderspruch** (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO) richtet sich gegen einen (belastenden) VA. 358

**Beispiele:** Widerspruch gegen eine Ordnungsverfügung, gegen einen Leistungsbescheid, gegen die Entziehung der Fahrerlaubnis, gegen die Rücknahme einer Gewerbeerlaubnis, gegen beamtenrechtliche Abordnungen und Versetzungen, gegen Verkehrszeichen nach § 41 StVO als Allgemeinverfügungen gemäß § 35 S. 2, 3. Fall VwVfG.<sup>288</sup>

Damit der Widerspruch zulässig ist, muss der VA bereits vorliegen. Ein **vorbeugender Widerspruch** gegen einen noch zu erlassenden VA ist daher **unzulässig**.<sup>289</sup>

**Beispiel:** Will Beamter B die Beförderung des Konkurrenten K verhindern, so kann er dies nicht im Wege des Widerspruchs, sondern nur im Wege der vorbeugenden Unterlassungsklage bzw. durch einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO).<sup>290</sup>

Gegenstand des Widerspruchs können auch **Nebenbestimmungen** sein. 359

Prozessual geht es hierbei um die Frage, ob der Kläger den ihn belastenden Teil des VA isoliert mit der Anfechtungsklage angreifen kann oder ob er Verpflichtungsklage auf einen uneingeschränkten VA erheben muss. Während teilweise stets die Verpflichtungsklage angenommen wird, geht die Rspr. zunehmend davon aus, dass grundsätzlich jede Nebenbestimmung isoliert angefochten werden kann, wenn sie vom Haupt-VA logisch teilbar ist.<sup>291</sup> Die logische Teilbarkeit wird lediglich bei Inhaltsbestimmungen und sog. modifizierenden Auflagen verneint.<sup>292</sup> Andere wollen nach der Art des Haupt-VA oder nach der Art der Nebenbestimmung unterscheiden.

In der **verwaltungsbehördlichen Klausur** spielt die Unterscheidung nur eine geringe Rolle. Für die Statthaftigkeit eines Widerspruchs ist es wegen § 68 Abs. 1 u. § 68 Abs. 2 VwGO unerheblich, ob es sich um einen Anfechtungs- oder Verpflichtungswiderspruch handelt. Auch die Zulässigkeit des Widerspruchs im Übrigen ist von der Einordnung unabhängig. Bedeutung kann die Frage allenfalls im Hinblick auf den Gegenstand des Widerspruchsverfahrens erlangen.

288 Vgl. BVerwG NJW 2004, 698; NJW 1997, 1021, 1022; VGH Kassel NJW 1999, 2057; Maurer § 9 Rdnr. 36.

289 OVG NRW DVBl. 1996, 115.

290 BVerfG NVwZ 2008, 70, 71; NVwZ 2007, 1178, 1179; NVwZ 2003, 200, 201; BVerwG NVwZ 2012, 884, 885; NJW 2004, 870, 871; Battis NJW 2005, 800, 804.

291 Vgl. OVG Magdeburg NVwZ-RR 2009, 239 zur Frage der isolierten Anfechtbarkeit einer Bedingung; BVerwG NVwZ 1990, 855 zur inhaltlichen Bestimmtheit einer Auflage.

292 BVerwG NVwZ 2001, 429; Maurer § 12 Rdnr. 8 u. 13; Sproll NJW 2002, 3221, 3222; Ehlers Jura 2004, 30, 32; Hufen/Bickenbach JuS 2004, 867, 871 m.w.N.

- 360 Unerheblich ist, ob der Widerspruchsführer Adressat des angefochtenen VA ist. Auch **Drittwidersprüche** sind grundsätzlich statthaft (können aber mangels Widerspruchsbefugnis unzulässig sein, s.u. Rdnr. 387 ff.).

**Beispiele:** Widerspruch des Nachbarn gegen die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung, Widerspruch des Dritten gegen die Begünstigung eines Konkurrenten.

- 361 Wie im Rahmen des § 35 VwVfG ist auch für den Widerspruch ein sog. **formeller VA** ausreichend, d.h. bei der Frage, ob ein VA vorliegt, wird allein auf die nach außen hin erkennbare Form abgestellt.

**Beachte:** Trifft die Behörde eine Maßnahme in der Form des VA, die sie in dieser Handlungsform nicht hätte treffen dürfen, so führt dies allein schon zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme.

- 362 Auch ein **nichtiger VA** kann mit dem Widerspruch angefochten werden.<sup>293</sup> Zwar entfaltet ein nichtiger VA keinerlei Rechtswirkungen, seine Aufhebung hat daher keine rechtsgestaltende Wirkung. Da aber auch von einem nichtigen VA der Rechtschein der Verbindlichkeit ausgeht, hat der Betroffene bis zum Ablauf der Rechtsbehelfsfristen die allgemeinen Rechtsbehelfe, wie sie gegenüber rechtswidrigen, nicht nichtigen VAen bestehen.<sup>294</sup>

Beim nichtigen VA besteht daher sowohl die Möglichkeit von Widerspruch und Anfechtungsklage als auch der Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 Abs. 1, 2. Alt. VwGO.

- 363 Statthaft ist der Widerspruch auch gegen **feststellende VAe**, in denen die gesetzliche Rechtsfolge lediglich konkretisiert wird (sog. gesetzeskonkretisierende VAe). Entscheidendes Kriterium ist, ob sich die von der Behörde getroffene Feststellung auf ein **klärungsbedürftiges Rechtsverhältnis** bezieht, da dann auch aus der Sicht des Bürgers ein Regelungsbedürfnis besteht.<sup>295</sup> Die bloße Mitteilung einer Rechtsansicht ist dagegen kein (feststellender) VA.<sup>296</sup>

- 364 Kein VA mangels hoheitlicher Regelung, sondern verwaltungsrechtliche Willenserklärung ist die öffentlich-rechtliche **Aufrechnungserklärung**.<sup>297</sup> Zwar tritt bei einer Aufrechnung die Rechtsfolge des Erlöschens von Forderungen ein, diese wird aber nicht durch die Behörde „einseitig verbindlich gesetzt“, sondern tritt kraft Gesetzes (§ 389 BGB) ein und wird durch die Erklärung nur „ausgelöst.“ Ein gegen die Aufrechnung gerichteter Widerspruch wäre nicht statthaft und damit unzulässig.

Gleiches gilt für die Ausübung eines **Zurückbehaltungsrechtes**, z.B. an einem PKW durch die Polizei wegen der Abschleppkosten.<sup>298</sup> Auch hier wird keine regelnde Entscheidung über den Herausgabeanspruch des Bürgers getroffen, sondern die Herausgabe nur tatsächlich verweigert.

- 365 Unzulässig ist der Widerspruch gegen **Realakte**, da diese mangels Regelung keinen VA darstellen.

Unstatthaft ist der Widerspruch daher z.B. gegen ehrbeeinträchtigende Äußerungen, Produktwarnungen, Hinweise oder Mitteilung einer Rechtsansicht.

Etwas anderes gilt, wenn in der Vornahme eines Realakts ein **konkludenter VA** enthalten ist.

<sup>293</sup> Kopp/Ramsauer VwVfG § 44 Rdnr. 69.

<sup>294</sup> Kopp/Schenke VwGO § 43 Rdnr. 7 u. 20; Ehlers Jura 2004, 30, 32.

<sup>295</sup> BVerwGE 34, 353, 355; OVG NRW NWVBl. 2004, 74; Kahl Jura 2001, 505, 510.

<sup>296</sup> BSG JA 2004, 441, 442; OVG NRW NWVBl. 1996, 356, 357.

<sup>297</sup> BVerwG RÜ 2009, 189; NJW 1983, 767; OVG Magdeburg NVwZ-RR 2002, 907; BayVGh NJW 1997, 3392; VGh Mannheim VBlBW 1991, 386, 387; VG Oldenburg NVwZ-RR 2006, 135; Maurer § 9 Rdnr. 10.

<sup>298</sup> Vgl. OVG NRW DÖV 1983, 1023.

So hat die Rspr. zuweilen angenommen, dass in der Anwendung von Zwangsmitteln im abgekürzten Vollstreckungsverfahren die Pflicht zur Duldung des angewendeten Zwangs konkretisiert werde. Diese konkludente Regelung stelle einen selbstständig anfechtbaren VA dar.<sup>299</sup>

**Beispiele:** Auflösung einer Versammlung durch Wegtragen der Demonstrationsteilnehmer, Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Einsatz von Wasserwerfern, Betreten einer Wohnung zum Zwecke der Durchsuchung, Versiegelung einer baulichen Anlage, Abschleppen eines PKW im Wege des Sofortvollzugs (vgl. auch § 18 Abs. 2 VwVG, der beim Sofortvollzug das Vorliegen eines VA fingiert).

Der Rspr. wird entgegen gehalten, dass die Annahme eines konkludenten DuldungsVA lebensfremd und konstruiert sei, da die VwGO auch gegen schlichtes Verwaltungshandeln ausreichenden Rechtsschutz eröffne.<sup>300</sup>

Unzulässig ist der Widerspruch auch gegen die bloße **Wiederholung** eines bereits bestandskräftigen VA, zulässig dagegen bei einem sog. **Zweitbescheid**, der eine erneute Sachentscheidung enthält. Für die Annahme einer wiederholenden Verfügung spricht vor allem der bloße Verweis auf den Inhalt der früheren Regelung, während von einem Zweitbescheid auszugehen ist, wenn der Bescheid eine neue Sachentscheidung enthält oder wenn er sich mit neuen rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkten auseinandersetzt.<sup>301</sup> Die schriftliche oder elektronische Bestätigung eines mündlichen Verwaltungsaktes nach § 37 Abs. 2 S. 2 VwVfG ist kein neuer Verwaltungsakt (kein Zweitbescheid). Beachte aber, dass die Bestätigung bei Hinzufügung einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung die Jahresfrist nach §§ 70 Abs. 2, 58 Abs. 2 VwGO auf einen Monat nach §§ 70 Abs. 1, 58 Abs. 1 VwGO verkürzt.

Besondere Beachtung verdient der Fall, bei dem zunächst eine **mündliche Verfügung** durch eine Behörde getroffen wird, der später eine schriftliche gleichlautende Verfügung folgt. Hier kann nur gegen die mündliche Verfügung ein Widerspruch statthaft erhoben werden, das nachfolgende Schreiben stellt lediglich eine Wiederholung des Verwaltungsaktes dar.

**Beispiel:** Eine Ordnungsbehörde erlässt mündlich einen Verwaltungsakt und wiederholt diesen schriftlich einige Tage später.

Möglicherweise wird aber in dem nachfolgenden Schreiben eine weitere, über die mündliche Verfügung hinausgehende Regelung getroffen. Gegen die neue in dem Schreiben enthaltene Regelung ist der Widerspruch statthaft.

**Beispiel:** In dem vorgenannten Beispiel wird ergänzend in dem Schreiben ein Zwangsmittel angedroht.

Unstatthaft ist der Widerspruch auch bei **verwaltungsinternen Maßnahmen**, die **mangels Außenwirkung** keinen VA darstellen (z.B. dienstliche und fachaufsichtliche Weisungen, Gemeinderatsbeschlüsse mit Ausnahme von Straßenbe- und -umbenennungsakten).

**Beachte:** Anders im Beamtenrecht, da dort nach § 126 Abs. 2 S. 1 BBG bzw. § 54 Abs. 2 S. 1 BeamStG grundsätzlich Widerspruch auch gegen verwaltungsinterne Maßnahmen (wie z.B. gegen eine Umsetzung) zu erheben ist (vorbehaltlich landesrechtlicher Ausnahmen nach § 54 Abs. 2 S. 3 BeamStG).

Unzulässig ist der Widerspruch schließlich auch bei bloßen **Verfahrenshandlungen** (§ 44 a VwGO).

<sup>299</sup> BVerwGE 26, 161, 164; OVG NRW NVwZ-RR 1994, 549, 550; Rasch DVBl. 1992, 207, 210; Götz JuS 1985, 869, 870.

<sup>300</sup> Vgl. VGH Mannheim NVwZ 2001, 574; BayVGHE 34, 63, 66; Pietzner VerwArch 1994, 261, 271; Kahl Jura 2001, 505, 509.

<sup>301</sup> Vgl. BVerwGE 13, 99, 101; 17, 256, 258; OVG Koblenz DVBl. 1964, 773; Seiler JuS 2001, 263, 267.