

## B. Der Widerspruchsbescheid

Hilft die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht ab, so ist ein Widerspruchsbescheid durch die Widerspruchsbehörde zu erlassen. Der Widerspruch muss zulässig und begründet sein. Ein Widerspruchsbescheid ist dann anzufertigen, wenn der angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig (und zweckmäßig) ist und daher den Widerspruchsführer nicht in seinen Rechten verletzt. Der Widerspruch wird also zurückgewiesen. (Andernfalls ergeht ein Abhilfebescheid.)

Grundsätzlich soll der Widerspruchsbescheid innerhalb von drei Monaten nach Widerspruchseinlegung angefertigt werden (§ 75 VwGO). Ansonsten kann der Widerspruchsführer eine sog. Untätigkeitsklage erheben.<sup>1</sup> Obwohl also noch kein Widerspruchsbescheid verfasst wurde bzw. der beantragte Verwaltungsakt erlassen wurde, wäre dann eine entsprechende Klage zulässig.

Der Widerspruchsbescheid ist zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zuzustellen, § 73 Abs. 1 S. 1 VwGO. Nach § 73 Abs. 3 S. 3 VwGO hat der Widerspruchsbescheid zu bestimmen, wer die Kosten trägt. Weitere Regelungen über Form und Inhalt werden in der VwGO nicht benannt. Ergänzend sind daher die allgemeinen Vorschriften zum Verwaltungsverfahren und das jeweilige Ausführungsgesetz zur VwGO heranzuziehen.

### 1. Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde

Der Widerspruchsbescheid ist ein Verwaltungsakt; die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde ist daher formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Widerspruchsbescheides.<sup>2</sup> Entscheidet eine unzuständige Behörde über den Widerspruch, so stellt dies einen wesentlichen Verfahrensfehler dar (vgl. § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO), der zur isolierten Anfechtung des Widerspruchsbescheides berechtigt.<sup>3</sup>

---

1 Nach HessVGH, B. v. 04.12.1979, Az: IV TE 91/79, juris.de können im Regelfall zwei weitere Monate dem in § 75 VwGO vorgesehenen dreimonatigen Zeitraum hinzugerechnet werden und das durch eine Untätigkeitsklage eingeleitete Klageverfahren für einen entsprechenden Bearbeitungszeitraum nach § 75 S. 3 VwGO ausgesetzt werden. Zur Verwirkung der Untätigkeitsklage vgl. *Fehling/Kastner/Störmer*, § 75 VwGO Rn. 12.

2 *Pietzner/Ronellenfitsch*, § 29 Rn. 1060 ff.

3 S. a. BVerwGE 84, 3 f.

Wird das Widerspruchsschreiben (von der Ausgangsbehörde) einer unzuständigen Behörde zugeleitet, wird der Widerspruch dadurch nicht unzulässig. Vielmehr muss die unzuständige Behörde den Widerspruch an die zuständige Behörde weiterleiten.<sup>4</sup>

Wegen ihres besonderen Charakters sollte die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde an erster Stelle vor den Zulässigkeitsvoraussetzungen des Widerspruchs im eigentlichen Sinne geprüft werden; die Prüfung wird mithin gleichsam vor die Klammer gezogen.

Allerdings werden in der Praxis keine Ausführungen zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde gemacht. Entweder ist man zuständig: Dann wird ein Widerspruchsbescheid verfasst. Oder man ist nicht zuständig, dann werden die Akten weitergereicht. Anders ist es jedoch in der Ausbildungssituation. Hier wird man in der Prüfungssituation Ausführungen zur Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde machen, um zu dokumentieren, dass man eventuelle Probleme gesehen und gelöst hat. Im Übrigen stellt die Entscheidung einer unzuständigen Behörde einen wesentlichen Verfahrensmangel (vgl. § 79 Abs. 2 S. 2 VwGO) dar, sodass die Anfechtung des Widerspruchsbescheids dessen Aufhebung zur Folge hat.

§ 73 Abs. 2 S. 1 VwGO eröffnet die Möglichkeit, dass bei einer Entscheidung über den Widerspruch nach § 73 Abs. 1 VwGO Ausschüsse oder Beiräte an die Stelle einer Behörde treten.<sup>5</sup> Abweichend von § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO können die Ausschüsse oder Beiräte auch bei der Ausgangsbehörde gebildet werden, § 73 Abs. 2 S. 2 VwGO. Derartige Ausschüsse finden sich in Hamburg<sup>6</sup>, Rheinland-Pfalz<sup>7</sup> und im Saarland<sup>8, 9</sup>.

## 1.1 Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit zum Erlass des Widerspruchsbescheides ist zunächst aus § 73 Abs. 1 S. 1 VwGO herzuleiten: Nur wenn die Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht nach § 72 VwGO abgeholfen hat, ist die Widerspruchsbehörde zum Erlass des Widerspruchsbescheides sachlich zuständig.

---

4 Die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde ist also keine Zulässigkeitsvoraussetzung des Widerspruchs. Entscheidet aber die unzuständige Widerspruchsbehörde, so wird eine Klage gegen den Widerspruchsbescheid Erfolg haben.

5 Z. B. Widerspruchsausschuss nach §§ 202, 203 SGB IX; Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr nach § 33 Abs. 3, Abs. 4 WPflG.

6 § 7 Abs. 2 Hbg AGVwGO.

7 §§ 6 ff. AGVwGO Rh.-Pf.

8 §§ 7 ff. AGVwGO Saarl.

9 *Happ*, 68.

Im Übrigen ist die sachliche Zuständigkeit zum Erlass des Widerspruchsbescheides in erster Linie in § 73 Abs. 1 S. 2 VwGO normiert.

Den Widerspruchsbescheid erlässt nach § 73 Abs. 1 S. 2

- ▶ **Nr. 1** VwGO die nächsthöhere Behörde, soweit nicht durch Gesetz eine andere höhere Behörde bestimmt wird. Wer nächsthöhere Behörde ist, ist dem Fachgesetz bzw. dem einschlägigen Organisationsrecht des Bundes<sup>10</sup> oder des Landes<sup>11</sup> zu entnehmen. Dort ist der Behördenaufbau nachzulesen. Oft ist dies auch in einer gesonderten Zuständigkeitsverordnung oder in einem Spezialgesetz<sup>12</sup> geregelt. Aufsichtsbehörde kann aber auch die Widerspruchsbehörde sein, die also gegenüber der „erstinstanzlichen“ Behörde die Aufsicht führt.

Widerspruchsbehörde in Hessen ist z. B. bei Bescheiden des Bürgermeisters kreisangehöriger Gemeinden als örtliche Ordnungsbehörde der Landrat (§ 86 Abs. 5 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 HSOG).

Ausnahmen sind in den Nr. 2 und Nr. 3 des § 73 Abs. 1 S. 2 VwGO geregelt. Auch § 16 a Abs. 4 HAGVwGO normiert, dass bei Durchführung des Vorverfahrens die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder abgelehnt hat, für die Entscheidung über den Widerspruch zuständig ist, wenn das Regierungspräsidium (oder die Wirtschafts- und Infrastrukturbank Hessen) die nächsthöhere Behörde ist.

Wird der Verwaltungsakt durch einen Beliehenen oder beliehenen Unternehmer erlassen, so ist nächsthöhere Behörde diejenige, die die Beliehung vorgenommen hat und damit Aufsichtsbehörde ist.<sup>13</sup>

- ▶ **Nr. 2** VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat (sog. Ausgangsbehörde), wenn die nächsthöhere Behörde eine oberste Bundes- oder oberste Landesbehörde ist.

Dies ist z. B. dann der Fall, wenn die Mittelbehörde (Regierungspräsidium) oder eine Bundes- oder Landesoberbehörde die Ausgangsbehörde ist.

In Hessen ist nach § 136 Abs. 1 HGO die Aufsichtsbehörde der Landeshauptstadt Wiesbaden und der Stadt Frankfurt am Main der Minister des Innern, also eine oberste Landesbehörde. Insofern wird in diesen Fallkonstellationen der Widerspruchsbescheid von den Mitarbeitern dieser Städte selbst verfasst. Dies gilt jedoch nur, wenn der Verwaltungsakt im

---

10 Z. B. § 14 WPflG.

11 Z. B. §§ 6, 7 LOG NRW benennt die Landesober- bzw. Landesmittelbehörden als nächsthöhere Behörden.

12 S. § 6 AGVwGO Rh.-Pf. oder BW.

13 BVerwG NVwZ-RR 1989, 359; *Brandt/Domgörgen*, F Rn. 53.

sog. übertragenen Wirkungskreis erlassen wurde, also z. B. in Weisungsangelegenheiten (siehe Erläuterungen zu § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VwGO).

§ 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO kommt auch in den Bundesländern zum Tragen, in denen es keine Mittelinstanz gibt (z. B. Berlin, Brandenburg, Schleswig-Holstein).<sup>14</sup> Denn § 185 Abs. 2 VwGO sieht die Möglichkeit einer von § 73 Abs. 1 S. 2 VwGO abweichenden Regelung vor. Die soeben genannten Bundesländer sowie Bremen und Mecklenburg-Vorpommern können auch die oberste Landesbehörde als nächsthöhere Behörde bestimmen.<sup>15</sup>

- **Nr. 3 VwGO** in Selbstverwaltungsangelegenheiten die Selbstverwaltungsbehörde<sup>16</sup>, soweit nicht durch Gesetz anderes bestimmt wird. In Hessen z. B. ist Widerspruchsbehörde in Angelegenheiten der Wasser- und Bodenverbände die Aufsichtsbehörde, vgl. § 13 HAGVwGO.<sup>17</sup>

Selbstverwaltungsangelegenheiten sind die Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises einer Gemeinde, also solche, die die Gemeinde als juristische Person des öffentlichen Rechtes selbständig erledigen kann.

§ 2 HGO<sup>18</sup> umschreibt den Wirkungskreis der Gemeinden. Danach sind die Gemeinden in ihrem Gebiet, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen, ausschließliche und eigenverantwortliche Träger der öffentlichen Verwaltung.<sup>19</sup>

Daraus erklärt sich auch, dass in Selbstverwaltungsangelegenheiten der Widerspruchsbescheid durch die Selbstverwaltungsbehörde selbst erlassen wird; denn in diesem Wirkkreis fehlt eine nächsthöhere Behörde i. S. des § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO. Eine außerhalb des Wirkungskreises des Selbstverwaltungsträgers stehende Behörde, insbesondere eine staatliche Rechtsaufsichtsbehörde, soll mit der Widerspruchsangelegenheit nicht befasst werden.<sup>20</sup>

In der Stadt Frankfurt am Main bedeutet dies z. B., dass der Magistrat, vertreten durch das entsprechende Fachamt<sup>21</sup>, die Ausgangsbehörde ist. Der Widerspruchsbescheid wird vom Rechtsamt des Magistrats erlassen. Dadurch wird deutlich,

---

14 Kintz, § 44 Rn. 667; Volkert, 2. Kapitel Rn. 4; Brandt/Domgörgen, F Rn. 56.

15 Art. 9 Abs. 1 AGVwGO Bremen; § 119 LVwG S-H; zur Übersicht s. Brandt/Domgörgen, Rn. 56.

16 Denn in Selbstverwaltungsangelegenheiten gibt es keine nächsthöhere Behörde, da es sich um weisungsfreie Aufgaben des eigenen Wirkungskreises handelt, vgl. z. B. § 2 Abs. 1 GemO Rh-Pf., § 2 HGO.

17 Zum Sonderfall der Übertragung der Aufgabe der Wasserversorgung durch die Gemeinde auf einen Eigenbetrieb vgl. Schmidt, HSGZ 2014, 40 ff.

18 S. a. § 2 HKO.

19 Zum hessischen Baurecht, insbes. § 73 Abs. 4 HBO s. Pfalzgraf/Vogelmann/Weber, HSGZ 2019, 42 ff.

20 Brandt/Domgörgen, F Rn. 58.

21 Das ist ein Amt, das fachlich (und nicht in erster Linie, wenn natürlich auch) rechtlich arbeitet, z. B. das Umweltamt oder die Branddirektion.

dass mit der Selbstverwaltungsbehörde i. S. des § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO nicht die konkrete Erlassbehörde, sondern die Gesamtheit der bei dem Selbstverwaltungsträger bestehenden Behördeneinrichtung gemeint ist. Die interne Organisation regelt, wer für das Abfassen des Widerspruchsbescheids zuständig ist.<sup>22</sup>

Nicht zu den Selbstverwaltungsangelegenheiten gehören Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises oder Aufgaben zur Erfüllung nach Weisung. Weisungsangelegenheiten sind gem. § 4 HGO solche, in denen das Gesetz wörtlich die Aufgaben den Gemeinden „zur Erfüllung nach Weisung“ überträgt.

Die Aufsichtsbehörde ist dann für den Erlass des Widerspruchsbescheids zuständig.<sup>23</sup>

Eine Besonderheit gilt für die Festsetzung von Verwaltungsgebühren für Amtshandlungen im Rahmen von Weisungsaufgaben: Dies ist eine Selbstverwaltungsangelegenheit, solange die Gebühren der Körperschaft als eigene Einnahme verbleiben.<sup>24</sup>

Sonderregelungen zur sachlichen Zuständigkeit finden sich in §§ 54 Abs. 3 S. 1 BeamStG, 85 Abs. 2 SGG, 99 Abs. 1, HS 2, Abs. 2, HS 2 SGB XII, 16 Abs. 4 HAGVwGO, 126 Rh.-Pf. GemO, 20 Abs. 2 S. 1 HAGKrwG.

**Schaubild 2:**<sup>25</sup> Zuständigkeiten zur Entscheidung über den Widerspruch

| <b>Ausgangsbehörde:</b>                               | <b>Widerspruchsbehörde:</b>   |
|---|---|
| Oberste Bundes- oder Landesbehörde                    | Ausgangsbehörde selbst, wenn abweichend von § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO vorgeschrieben.   |
| Mittelbehörde   | Mittelbehörde selbst (§ 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO).   |
| Untere staatliche Verwaltungsbehörde                  | Mittelbehörde nach § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO, soweit nicht durch Gesetz eine andere höhere Behörde bestimmt ist; s. a. § 185 Abs. 2 VwGO.                         |
| Selbstverwaltungsbehörde (übertragener Wirkungskreis) | Nächsthöhere Aufsichtsbehörde (§ 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO). Ist diese eine oberste Behörde, entscheidet die Selbstverwaltungsbehörde, § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO. |
| Selbstverwaltungsbehörde (eigener Wirkungskreis)      | Selbstverwaltungsbehörde selbst (§ 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VwGO). Ausnahme: § 73 Abs. 2 S. 2 VwGO.   |

22 So auch *Brandt/Domgörgen*, F Rn. 59.

23 S. § 7 AGVwGO NRW.

24 *HessVGH ESUGH* 17, 235, 236; 20, 11.

25 *Pietzner/Ronellenfitsch*, § 38 Rn. 1185.

## 1.2 Örtliche Zuständigkeit

Aus § 73 Abs. 1 S. 2 VwGO und den sondergesetzlichen Zuständigkeitsregelungen<sup>26</sup> ergibt sich nicht nur die sachliche, sondern auch die örtliche Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde.

## 1.3 Sonstige Zuständigkeitsfragen

Ändern sich nach Erlass des Ausgangsbescheids die Umstände, die die Zuständigkeit der Ausgangsbehörde begründen,<sup>27</sup> so hat dies auf die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde keine Auswirkung. § 73 Abs. 1, 2 VwGO verdrängt insofern § 3 Abs. 3 VwVfG.<sup>28</sup>

War die Ausgangsbehörde zum Erlass des Verwaltungsaktes sachlich oder örtlich unzuständig, so ist zur Entscheidung über den Widerspruch die nach dem System des § 73 Abs. 1, 2 VwGO zugeordnete Widerspruchsbehörde gleichwohl zuständig. Sie hat den Verwaltungsakt wegen des Fehlers aufzuheben, sofern nicht § 46 VwVfG eingreift oder ein Verpflichtungswiderspruch vorliegt.<sup>29</sup>

## 2. Zulässigkeit des Widerspruchs

Wie bei einer Klage ist beim Widerspruch vor der Begründetheitsprüfung die Zulässigkeit zu erörtern. Für die Zulässigkeit eines Widerspruchs gelten grundsätzlich dieselben Voraussetzungen wie für die dann zu erhebende Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage. Es gilt der Grundsatz, dass nur die Punkte eine Erwähnung im Widerspruchsbescheid finden sollten, die problematisch sind.

Zur Übersichtlichkeit der im Rahmen der Zulässigkeit des Widerspruchs zu prüfenden Punkte soll folgendes Schaubild dienen:

---

26 Z. B. § 54 BeamtStG.

27 Z. B. Wohnungswechsel.

28 *Happ*, 69.

29 VGH BW NVwZ 1990, 985.

**Schaubild 3:** Übersicht der Prüfungspunkte zur Zulässigkeit des Widerspruchs

- 2.1. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs (§§ 68, 40 VwGO bzw. Sonderzuweisung)
- 2.2. Statthaftigkeit des Widerspruchs (§ 68 VwGO<sup>30</sup>)
  - 2.2.1 Anfechtungswiderspruch (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO)
  - 2.2.2 Verpflichtungswiderspruch (§ 68 Abs. 2 VwGO)
  - 2.2.3 Fortsetzungsfeststellungswiderspruch analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO (unzulässig)
  - 2.2.4 Besonderheit im Beamtenrecht
  - 2.2.5 Unstatthaftigkeit des Widerspruchs (gemäß Gesetz)
- 2.3. Widerspruchsbefugnis (§§ 70 Abs. 1 S. 1, 68, 42 Abs. 2 VwGO analog)
- 2.4. Beteiligtenfähigkeit (§ 79 VwVfG i. V. m. § 11 VwVfG)
- 2.5. Handlungsfähigkeit (§ 79 VwVfG i. V. m. § 12 VwVfG)
- 2.6. Vorliegen der Vertretungsmacht (§ 79 VwVfG i. V. m. § 14 VwVfG)
- 2.7. Ordnungsgemäße Widerspruchserhebung/Form (§ 70 Abs. 1 S. 1 VwGO)
- 2.8. Wahrung der Widerspruchsfrist (§ 70 Abs. 1 und 2 VwGO)
- 2.9. Widerspruchsinteresse (Sachbescheidungsinteresse)
- 2.10. Fehlender Rechtsbehelfsverzicht
- 2.11. Keine Zurücknahme des Widerspruchs

## 2.1 Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges (§§ 68, 40 VwGO)

Ein Widerspruchsverfahren kann als Vorverfahren zu einer verwaltungsgerichtlichen Klage nur in Betracht kommen, wenn der Verwaltungsrechtsweg<sup>31</sup> eröffnet ist (§§ 40 Abs. 1 analog,<sup>32</sup> 68 VwGO).

Es wird also analysiert, ob sich der Widerspruch auf eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art bezieht und für diese keine anderweitige Rechtszuweisung besteht.

<sup>30</sup> Oder eine besondere gesetzliche Regelung.

<sup>31</sup> Vgl. dazu ausführlich: *Koehl*, VR 2016, 186 ff.

<sup>32</sup> *Schmidt*, Rn. 1074 insbes. zur Analogie.

Eine Streitigkeit ist dann öffentlich-rechtlicher Natur im Sinne von § 40 Abs. 1 VwGO, wenn sie im öffentlichen Recht wurzelt.<sup>33</sup> Liegt ein Verwaltungsakt vor oder wird ein Verwaltungsakt begehrt, so ist der Verwaltungsrechtsweg stets zu bejahen.

Die Streitigkeit darf nicht verfassungsrechtlicher Art sein, denn verfassungsrechtliche Streitigkeiten werden durch die Verfassungsgerichte (Bundesverfassungsgericht, Verfassungsgerichte der Länder) entschieden. An dieser Stelle im Aufbau sind anderweitige Rechtswegzuweisungen zu prüfen.<sup>34</sup>

## 2.2 Statthaftigkeit des Widerspruchs (§ 68 VwGO)

„Statthaftigkeit“ des Widerspruchs bedeutet, dass ein Widerspruch gegen eine Entscheidung überhaupt erhoben werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn im nachfolgenden Klageverfahren die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage die richtige Klageart ist und das Vorverfahren nicht gem. § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO ausgeschlossen ist. Für das Vollstreckungsverfahren bedeutet dies insbesondere im Hinblick auf § 16 a HAGVwGO<sup>35</sup>, dass ein Widerspruch gegen eine Vollstreckungsmaßnahme dann zulässig ist, wenn der zu vollstreckende Verwaltungsakt, dessen Befolgung erzwungen werden soll, in einem Widerspruchsverfahren überprüft werden kann (Akzessorietät zum Grundverwaltungsakt).<sup>36</sup> Im Gegensatz zu einer verwaltungsgerichtlichen Klage richtet sich die Statthaftigkeit des Verfahrens also nicht unmittelbar nach dem Streitgegenstand, § 88 VwGO, sondern nach der anschließenden Klageart.<sup>37</sup>

### 2.2.1 Anfechtungswiderspruch (§ 68 Abs. 1 S. 1 VwGO)

Ein Widerspruch kann grundsätzlich nur gegen einen Verwaltungsakt erhoben werden. Wenn also ein Verwaltungsakt erlassen wurde und der Widerspruchsführer dagegen vorgehen möchte, er also die Aufhebung des Verwaltungsaktes bewirken möchte, spricht man von einem sogenannten Anfechtungswiderspruch, § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO.

---

<sup>33</sup> *Krüger*, JuS 2013, 598 ff.

<sup>34</sup> Z. B. § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO; Schadensersatz wegen der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten; § 33 FGO; Finanzrechtsweg; § 51 Abs. 1 SGG; Sozialgerichtsbarkeit; § 23 EGGVG bei sog. Justizverwaltungsakten; § 217 BauGB; Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG, Art. 34 S. 3 GG.

<sup>35</sup> Bzw. vergleichbare Landesvorschriften wie Art. 15 Abs. 2 Bay.AGVwGO.

<sup>36</sup> *Linhart*, § 18 Rn. 201 a.

<sup>37</sup> *Schmidt*, Rn. 1075.

Somit wird deutlich, dass ein „vorweggenommener oder vorsorglicher“ Widerspruch gegen einen erwarteten oder angekündigten Verwaltungsakt unstatthaft ist.<sup>38</sup> Ein vorsorglich eingelegter Widerspruch wird auch nicht dadurch statthaft, dass der beanstandete Verwaltungsakt nachträglich ergeht. Vielmehr ist in diesen Fällen (erneut) Widerspruch einzulegen.<sup>39</sup>

Ein Verwaltungsakt muss objektiv vorliegen. Die bloße Behauptung, es liege ein Verwaltungsakt vor, ist nicht ausreichend.

Der Verwaltungsakt muss existent<sup>40</sup> sein, d. h., er darf nicht nichtig<sup>41</sup> sein. Denn gegen einen nichtigen, d. h. eigentlich nicht existenten Verwaltungsakt müsste der Betroffene dogmatisch konsequent die Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO erheben. Da es aber für den Rechtsuchenden unzumutbar ist, diese nicht leichte Rechtsfrage vorab selbst zu klären, hält die h. M. zu Recht in einem derartigen Fall einen Anfechtungswiderspruch für statthaft.<sup>42</sup>

Der Begriff des Verwaltungsakts wird in § 35 VwVfG (legal) definiert. Danach ist Verwaltungsakt jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Entscheidend ist, ob sich die behördliche Willenserklärung ihrem objektiven Erklärungsgehalt nach aus der Sicht des verständigen Adressaten als Verwaltungsakt darstellt. Hierbei ist also vom Empfängerhorizont auszugehen.<sup>43</sup> Unerheblich ist, als was die Willenserklärung gewollt war, erst recht, als was sie hätte ergehen dürfen.

Im folgenden Muster wird eine Formulierung zur Verfügung gestellt, in der in einem Widerspruchsbescheid dargelegt wird, dass es sich bei der angefochtenen Maßnahme um einen Verwaltungsakt handelt.

---

38 BVerwGE 25, 20, 21; BVerwG NJW 1978, 1870; *Schmidt*, Rn. 1076.

39 *Kintz*, § 48 Rn. 710.

40 BVerwGE 2, 273 ff., 274; 79, 291 ff., 296.

41 Nichtigkeit bedeutet, dass der Verwaltungsakt null und nichtig, also nicht existent ist. Im Gegensatz dazu bedeutet Anfechtbarkeit die Vernichtbarkeit (durch Feststellung der Rechtswidrigkeit) des Verwaltungsakts, s. a. *Weber*, LKV 2019, 203 ff.

42 *Geis/Hinterseh*, JuS 2001, 1076.

43 BVerwG DVBl 2014, 578 ff. 579.

**Muster 10:** Auslegung des Rechtsaktes als Verwaltungsakt

Der Widerspruch ist zulässig.

Er richtet sich gegen einen Verwaltungsakt gem. § 35 Satz 1 des (Landes-)Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung vom ... (GVBl. I, S. ...), zuletzt geändert durch Gesetz vom ... (GVBl. I, S. ...).

Denn das xxxamt des Magistrats der Stadt S. entschied als Behörde, dass im vorliegenden Einzelfall dem Antrag des Widerspruchsführers aufgrund der xxx-ordnung – einer Satzung – nicht zugestimmt wird. Es wurde eine Entscheidung (im Einzelfall) getroffen, die eine unmittelbare Auswirkung auf die Rechtsposition des Widerspruchsführers hat.

Der Anfechtungswiderspruch ist auch eröffnet gegen sogenannte formelle Verwaltungsakte oder Verwaltungsakte kraft Form. Dies sind solche Verwaltungsakte, die sich aus ihrer Form (z. B. durch Anfügen einer Rechtsbehelfsbelehrung) als solche darstellen.

Nicht statthaft ist ein Widerspruch gegen einen Widerspruchsbescheid oder gegen die Kostenentscheidung des Abhilfe- oder Widerspruchsbescheids.<sup>44</sup>

**2.2.2 Verpflichtungswiderspruch (§ 68 Abs. 2 VwGO)**

Der Verpflichtungswiderspruch ist in § 68 Abs. 2 VwGO geregelt. Die Verwaltung hat einen Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts abgelehnt. Dagegen richtet sich der Widerspruchsführer. Er will also mit dem Widerspruch erreichen, dass der beantragte Verwaltungsakt oder der bereits abgelehnte Verwaltungsakt erlassen wird. Ist der Widerspruch auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet, muss ihm zusätzlich ein erfolgloses Antragsverfahren vorausgegangen sein (§ 68 Abs. 2 VwGO), auf das nur verzichtet werden kann, wenn aus dem Zusammenhang mit einem anderen Verwaltungsverfahren eindeutig erkennbar ist, dass die Behörde auch diesen Antrag ablehnen würde.<sup>45</sup>

Wird die Behörde auf einen gestellten Antrag hin überhaupt nicht tätig, kann gegen diese Untätigkeit kein „Untätigkeitswiderspruch“ erhoben werden. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 68 Abs. 2 VwGO und aus der Sonderregelung in § 75 S. 1 Alt. 2 VwGO. Stattdessen ist sofort Untätigkeitsklage zu erheben.<sup>46</sup>

44 BVerwG NVwZ-RR 2014, 869; Kintz, § 48 Rn. 709.

45 BVerwG DVBl 1969, 702 f.; VGH BW ESVGH 22, 238 f.; Pietzner/Ronellenfitsch, § 31 Rn. 1089.

46 Geis/Hinterseh, JuS 2001, 1077; Lorenz, § 19 Rn. 12.