



Arbeitsgruppe Ausbildung ÖR I
Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen

Das Widerspruchsverfahren

Stand: Februar 2009

Das Widerspruchsverfahren

I. Anwendungsbereich/Erforderlichkeit eines Widerspruchsverfahrens

Fall 1:

A ist Adressat einer Ordnungsverfügung des Oberbürgermeisters Düsseldorf vom 07.12.2007. Darin wird seine Gaststättenerlaubnis widerrufen und die Schließung seiner Gaststättenräume angeordnet. Was kann A gegen den Bescheid unternehmen?

Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, welches Rechtsmittel statthaft ist. Nach § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts vor Erhebung der Anfechtungsklage grundsätzlich in einem Vorverfahren nachzuprüfen. Einer solchen Nachprüfung bedarf es allerdings u.a. dann nicht, wenn ein (Bundes- oder Landes-) Gesetz dies bestimmt (§ 68 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Ein Gesetz in diesem Sinne ist die AGVwGO NRW. Gemäß § 6 Abs. 1 AGVwGO ist ein Vorverfahren entbehrlich, wenn der Verwaltungsakt zwischen dem 1. November 2007 und dem 31. Oktober 2012 bekannt gegeben worden ist. Diese grundsätzliche Entbehrlichkeit eines Widerspruchsverfahrens für den genannten Zeitraum geht auf die so genannten Bürokratieabbaugesetze I und II zurück.

Für die in Absatz 2 der Norm geregelten Ausnahmefälle bleibt es allerdings bei der Erforderlichkeit eines Vorverfahrens. Gleiches gilt für die sogenannte Drittanfechtung von Verwaltungsakten, wenn der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nicht beteiligt war (§ 6 Abs. 3 AGVwGO).

Beispiele: In folgenden Fällen ist weiterhin ein Widerspruchsverfahren durchzuführen:

- Bescheid über die Festsetzung von Rundfunkgebühren (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 AGVwGO NRW).

- Bescheid einer Schule über eine schulrechtliche Ordnungsmaßnahme (§ 6 Abs. 2 Nr. 3 a) AGVwGO NRW). Achtung: Bei Verwaltungsakten, die nicht von Schulen, sondern Schulaufsichtsbehörden erlassen werden, ist kein Vorfahren erforderlich.
- Anfechtung einer dem A erteilten Genehmigung durch den Dritten D, wenn D nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt war (Drittanfechtung, § 6 Abs. 3 Satz 1 AGVwGO NRW). Achtung: Ausgenommen sind die Fälle des § 6 Abs. 3 Satz 2 AGVwGO NRW. D.h. im Falle einer dem Bauherrn B erteilten Baugenehmigung findet bei Anfechtung durch den Dritten D kein Widerspruchsverfahren statt.

Danach ist gegen die Ordnungsverfügung des Oberbürgermeisters Düsseldorf vom 07.12.2007 ein Widerspruchsverfahren nicht statthaft. Das Gaststättenrecht ist im Ausnahmekatalog des § 6 Abs. 2 AGVwGO NRW nicht genannt. Es liegt auch kein Fall der Drittanfechtung i.S.d. § 6 Abs. 3 AGVwGO NRW) vor. A muss daher direkt Anfechtungsklage vor dem zuständigen Gericht erheben. Anders sähe es aus, wenn der OB Düsseldorf die Ordnungsverfügung bereits ein Jahr früher, also am 07.12.2006, erlassen hätte.

Fall 2:

Der minderjährige Schüler S hat vom X-Gymnasium in Neuss einen unter dem 12. Januar 2008 verfassten und seinen Eltern am 14.01.2008 bekannt gegebenen schriftlichen Verweis erhalten. Welches Rechtsmittel ist gegeben?

Hier stellt sich die Frage, ob ein Widerspruch statthaft ist.

Zunächst wäre kurz zu klären, ob es sich bei dem Verweis, der nach § 53 Abs. 3 Nr. 1 SchulG NRW eine Ordnungsmaßnahme darstellt, um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 Satz 1 VwVfG NRW handelt. Dies ist aufgrund der Außenwirkung zu bejahen. Es handelt sich nicht lediglich um eine rein schulorganisatorische Maßnahme.

Sodann ist auch hier die Norm des § 6 AGVwGO NRW zu prüfen, da der Verweis zwischen dem 1. November 2007 und dem 31. Oktober 2012 bekannt gegeben worden ist. Nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 a) AGVwGO NRW bleibt es bei der Notwendigkeit eines Widerspruchsverfahrens, wenn es sich um den Erlass eines Verwaltungsaktes im Bereich des Schulrechts handelt, der von einer Schule erlassen worden ist. *So liegt es hier. Schüler S hat mithin die Möglichkeit, gegen den schriftlichen Verweis einen Widerspruch zu erheben.*

II. Zulässigkeit eines Widerspruchs

Fall 2 (Fortsetzung):

Schüler S fragt weiter, was er bei der Erhebung eines solchen Widerspruchs zu beachten hat.

Diesbezüglich bestimmt § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO, dass der Widerspruch innerhalb eines Monats, nachdem der Verwaltungsakt dem Beschwerden bekannt gegeben worden ist, schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben ist, die den Verwaltungsakt erlassen hat. *Schüler S wäre mithin auf die Form des Widerspruchs, die Frist der Einlegung und die Stelle, bei der der Widerspruch zu erheben ist, hinzuweisen.*

Abweichend von dem in § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO geregelten Standardfall ist zu beachten, dass die Monatsfrist nur gilt, wenn der schriftliche Verweis mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen ist. Anderenfalls gilt über § 70 Abs. 2 VwGO die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO. Darüber hinaus kann Schüler S die Widerspruchsfrist auch dadurch wahren, dass er den Widerspruch bei der Widerspruchsbehörde einlegt (§ 70 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Ausgehend von einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung und einer ordnungsgemäßen Bekanntgabe - vgl. hierzu § 53 Abs. 9 SchulG NRW (an die Eltern) bzw. § 123 Abs. 2 SchulG NRW (bei Volljährigkeit an den Schüler selbst) - beginnt die Widerspruchsfrist für S am 15.01.2008 und endet am 14.02.2008. Bis zu diesem Zeitpunkt müsste der Widerspruch bei dem X-Gymnasium oder bei der Widerspruchsbehörde schriftlich eingehen bzw. dort zur Niederschrift erhoben werden.

Fall 2 (Fortsetzung):

Bei dem Begriff Widerspruchsbehörde hakt Schüler S nach und fragt, welche dies ist.

Die Widerspruchsbehörde ist die Behörde, die über den Widerspruch entscheidet, wenn das X-Gymnasium als Ausgangsbehörde dem Widerspruch nicht abhilft (§ 72, § 73 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Wer konkret Widerspruchsbehörde ist, ergibt sich aus § 73 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Nach Nr. 1 der Vorschrift erlässt, soweit nicht durch Gesetz eine andere höhere Behörde bestimmt ist, die nächsthöhere Behörde den Widerspruchsbescheid. Für das Schulrecht ist insoweit in § 88 Abs. 2 Satz 2 SchulG NRW die Bezirksregierung als Behörde genannt, die die Schulaufsicht über die Schulen, die besonderen Einrichtungen sowie die Studienseminare nach dem Lehrerausbildungsgesetz wahrnimmt. Zuständige Widerspruchsbehörde für den vom X-Gymnasium in Neuss erlassenen schriftlichen Verweis ist mithin die Bezirksregierung Düsseldorf.

III. Prüfungsschema Zulässigkeit und Begründetheit eines Widerspruchs

Fall 2 (Fortsetzung):

Der Widerspruch des S wird dem Beamten B der Bezirksregierung Düsseldorf vorgelegt. Das von Rechtsanwalt R verfasste Widerspruchsschreiben trägt den Eingangsstempel 12.02.2008. Ihm ist eine schriftliche Vollmacht für Rechtsanwalt R beigelegt. Was hat der Beamte B zu prüfen?

Allgemein prüft B die Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruchs, wobei die Begründetheitsprüfung sowohl eine Rechtmäßigkeits- als auch eine Zweckmäßigkeitsprüfung umfasst (§ 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

In der Zulässigkeit ist – je nach Problemstellung im Einzelfall – auf

- die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde,
- den Verwaltungsrechtsweg,
- die Statthaftigkeit des Widerspruchs,
- die Widerspruchsbefugnis,
- die Form und Frist der Einlegung des Widerspruchs (hier: gewahrt) und
- den Widerspruchsgegner einzugehen.

In der Begründetheit wird B zu prüfen haben,

- auf welcher Ermächtigungsgrundlage der Verweis beruht,
- ob er formell rechtmäßig ergangen ist,
- ob er sich als materiell rechtmäßig erweist und
- ob er zweckmäßig ist.

IV. Umgang mit verfristeten Widersprüchen

Fall 2 (Abwandlung 1):

Der Widerspruch geht erst am 17.02.2008 bei der Bezirksregierung Düsseldorf ein, obwohl der schriftliche Verweis eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung enthielt. Welche Entscheidungsmöglichkeiten hat der Beamte B?

Bei einem Eingang des Widerspruchs am 17.02.2008 ist die Widerspruchsfrist des § 70 Abs. 1 Satz 1 VwGO versäumt. Diese Frist ist auch maßgeblich, weil der angefochtene Verweis eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung enthielt. Der Widerspruch ist mithin unzulässig.

Vorausgesetzt ein Antrag des S auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand liegt nicht vor bzw. hat keinen Erfolg, kann der Beamte B den Widerspruch als unzulässig zurückweisen. Da die Widerspruchsbehörde „Herrin des Vorverfahrens“ ist, ist es ihr darüber hinaus grundsätzlich auch unbenommen, eine Sachentscheidung über einen verfristeten Widerspruch zu treffen. Diese Befugnis steht ihr allerdings nicht zu, wenn der Widerspruchsführer einen ihn belastenden Verwaltungsakt angreift, der für einen Dritten begünstigend ist (sogenannte Drittanfechtungsfälle).

Danach kann der B hier sowohl den Widerspruch als unzulässig zurückweisen als auch in der Sache über den Widerspruch entscheiden.

Literaturhinweis: Kintz, Öffentliches Recht im Assessorexamen, 5. Aufl. 2007, Rn. 452.

Fall 2 (Abwandlung 2):

Der Widerspruch geht - wie bei der Abwandlung 1 - erst am 17.02.2008 bei der Bezirksregierung Düsseldorf ein. Dieses Eingangsdatum teilt der Beamte B dem Rechtsanwalt R mit Schreiben vom 21.02.2008 mit. Daraufhin stellt Rechtsanwalt R am 26.02.2008 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Er macht geltend, er habe das Widerspruchsschreiben bereits am 13.02.2008 in einen Postbriefkasten eingeworfen. Was bedeutet das und wann hat ein solcher Antrag Erfolg?

Da der Widerspruch hier verfristet ist, will Rechtsanwalt R mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erreichen, dass das Verfahren in den Stand zurückversetzt wird, den es bei fristgemäß eingelegtem Widerspruch hätte.

Der entsprechende Antrag des R hätte Erfolg, wenn die Voraussetzungen des § 60 VwGO erfüllt sind. Nach dieser Norm richtet sich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch im Fall der Versäumung der Widerspruchsfrist (vgl. § 70 Abs. 2 VwGO). Nach § 60 Abs. 1 VwGO ist dem Widerspruchsführer auf seinen Antrag hin Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn er ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist – hier: die Widerspruchsfrist nach § 70 Abs. 1 VwGO - einzuhalten.

In formeller Hinsicht ist erforderlich, dass der Antrag binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses (d.h. der Ursache für die nicht fristgemäße Einlegung) gestellt wird (§ 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO). Innerhalb dieser Frist ist auch die versäumte Rechtshandlung nachzuholen, hier also der Widerspruch einzulegen (§ 60 Abs. 2 Satz 3). Da das Hindernis vorliegend darin besteht, dass R keine Kenntnis vom nicht fristgemäßen Eingang des Widerspruchs hatte, beginnt die Zweiwochenfrist mit dem Empfang des Schreibens des B vom 21.02.2008. Innerhalb dieser Frist hat R den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gestellt. Der Widerspruch war ohnehin schon eingelegt.

Bei der Frage, ob die Frist ohne Verschulden des Widerspruchsführers versäumt wurde, ist darauf abzustellen, ob er die Sorgfalt hat walten lassen, die für einen gewissenhaften, seine Rechte und Pflichten sachgerecht wahrnehmenden Beteiligten zumutbar ist. Dabei muss sich der Widerspruchsführer das Verschulden seines Bevollmächtigten grundsätzlich zurechnen lassen (§ 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 85 Abs. 2 ZPO). Zu den Einzelfällen verschuldeter und unverschuldeter Fristversäumnis hat die Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik entwickelt. Im vorliegenden Fall der postalischen Absendung eines Widerspruchsschreibens einen

Tag vor Fristablauf dürfte wohl nicht von einem Verschulden auszugehen sein, da sich der Absender grundsätzlich auf die von der Post beworbene Brieflaufzeit von einem Tag verlassen kann. Abweichendes gilt aber bei besonderen Versendungsformen. Auch ist in Fällen, in denen der Widerspruch erst sehr kurz vor Ablauf der Widerspruchsfrist auf den Weg gebracht wird, grundsätzlich von erhöhten Anforderungen an die Sorgfalt auszugehen.

Kommt B danach zu dem Ergebnis, dass S die Widerspruchsfrist unverschuldet versäumt hat, gewährt er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Diese Entscheidung ist im Widerspruchsverfahren nach wohl h. M. explizit zu treffen, etwa im Rahmen der Begründung. Dagegen ist sie üblicherweise nicht Bestandteil des Tenors.

Beispiel für die Darstellung einer Wiedereinsetzungsentscheidung im Widerspruchsbescheid:

(Tenor:) Ihren Widerspruch vom ... gegen den Bescheid des ... vom ... weise ich zurück.

(Begründung): (Sachbericht) ... (Rechtliche Würdigung): Ihr Widerspruch ist zulässig, aber unbegründet. Der Zulässigkeit steht insbesondere nicht entgegen, dass der Widerspruch erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist eingegangen ist. (Darstellung Verfristung). Auf ihren Antrag vom ... war Ihnen gemäß § 60 Abs. 1 VwGO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. ...

Literaturhinweise: Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 60 Rn. 10 ff. zu Einzelfällen verschuldeter und unverschuldeter Fristversäumnis; Kintz, a.a.O., Rn. 182 f. mit Formulierungsbeispiel für Klage.

V. Inhaltliche Prüfungskompetenz der Widerspruchsbehörde

Fall 2 (Fortsetzung):

Kann der Beamte B, wenn er in der Sache über den Widerspruch entscheidet, eigene Erwägungen anstellen, d.h. solche, die das X-Gymnasium bisher nicht genannt hat?

Grundsätzlich kann die Widerspruchsbehörde eigene Erwägungen anstellen. Das gilt nicht nur bei gebundenen Verwaltungsakten, sondern auch bei Ermessensentscheidungen. Die Widerspruchsbehörde muss insbesondere in der Regel auch Entwicklungen berücksichtigen, die zwischen dem Erlass des Ausgangs- und des Widerspruchsbescheides eingetreten sind. Denn sie hat grundsätzlich eine volle eigene Prüfungskompetenz.

Im schulischen Bereich gilt jedoch die Besonderheit, dass der Schule nicht nur bei der Notengebung, sondern auch bei dem Erlass von Ordnungsmaßnahmen ein (pädagogischer) Beurteilungsspielraum obliegt. Ob daraus eine Einschränkung der Prüfungskompetenz der Widerspruchsbehörde im Widerspruchsverfahren folgt, ist in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt. Einigkeit besteht lediglich darüber, dass bei der Bewertung mündlicher (Unterrichts-)Leistungen die Widerspruchsbehörde nicht die Befugnis hat, die Entscheidung der Schule zum Nachteil oder auch zu Gunsten des Schülers abzuändern. Denn bewerten kann eine Leistung nur derjenige, der sie selbst und unmittelbar zur Kenntnis genommen hat. Das trifft auf die Widerspruchsbehörde in der Regel nicht zu.

Einschränkungen gelten weiter bei sonstigen Prüfungsentscheidungen, etwa im Hochschulprüfungsrecht, sowie bei sogenannten Drittwidersprüchen. Bei letzteren erfolgt die Prüfung nur in Bezug auf mögliche Rechtsverletzungen des Widerspruchsführers.

Literatur-Hinweis: Kintz, a.a.O., Rn. 462 ff. und 470.

Fall 2 (Fortsetzung):

Kann der Beamte B mit seinem Widerspruchsbescheid auch eine für den Schüler S noch ungünstigere Entscheidung treffen (z.B. die Androhung der Entlassung von der Schule nach § 53 Abs. 3 Nr. 4 SchulG NRW)?

Mit dieser Frage angesprochen ist die Thematik der Verböserung im Widerspruchsverfahren, der sogenannten „reformatio in peius“.

Eine solche Abänderung der im Ausgangsbescheid getroffenen Entscheidung zu Lasten des Widerspruchsführers wird von der h. M. für grundsätzlich möglich gehalten. Voraussetzung ist aber, dass die Widerspruchsbehörde die gleiche Prüfungskompetenz hat wie die Ausgangsbehörde (zu den Fällen, in denen das nicht der Fall ist, siehe zur vorhergehenden Frage).

Im Hinblick auf die Grenzen einer solchen Verböserung existieren z.T. spezialgesetzliche Regelungen. Sind solche - wie wohl im Regelfall - nicht vorgesehen, nimmt die höchstgerichtliche Rechtsprechung (BVerwG) darüber hinaus eine Begrenzung durch die Grundsätze an, die für Rücknahme und Widerruf gelten (§§ 48, 49 VwVfG <NRW>). Hier sind vor allem die Regelungen zum Vertrauensschutz in den Blick zu nehmen. Allerdings ist das Vertrauen des

Widerspruchsführers nicht umfänglich geschützt, weil er den Widerspruch selbst eingelegt und damit den Eintritt der Bestandskraft des Verwaltungsakts verhindert hat.

In besonderen Fällen ist die Verböserung im Widerspruchsverfahren gänzlich ausgeschlossen, z. B. im Prüfungsrecht vor dem Hintergrund der zu wahrenen Chancengleichheit und mit Blick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes. Im Falle eines Widerspruchs gegen die Bewertung einer Abiturprüfung bedeutet dies etwa, dass der Schüler auf jeden Fall die ihm bereits erteilte Note behält, auch wenn aus Sicht der Widerspruchsbehörde eine schlechtere Note erteilt werden muss.

Im Fall des S ist aus mehreren Gründen fraglich, ob die Bezirksregierung Düsseldorf als Widerspruchsbehörde im Rahmen des Widerspruchsverfahrens auch eine einschneidendere Maßnahme als die im Ausgangsbescheid verhängte treffen kann. Speziell im Schulrecht sind zum einen die unterschiedlichen Zuständigkeiten für die einzelnen möglichen Ordnungsmaßnahmen i.S.d. § 53 Abs. 3 SchulG NRW zu beachten. So käme im vorliegenden Fall der Erlass einer Androhung der Entlassung von der Schule im Widerspruchsverfahren deshalb nicht in Betracht, weil für den Erlass eines Verweises der Schulleiter (§ 53 Abs. 6 SchulG NRW), für den Erlass einer Androhung der Entlassung jedoch die Teilkonferenz (§ 53 Abs. 7 SchulG NRW) zuständig ist. Zum anderen erscheint auch mit Blick auf den (pädagogischen) Beurteilungsspielraum der Schule bei Erlass von Schulordnungsmaßnahmen (s.o.) zweifelhaft, ob die Widerspruchsbehörde eine weitergehende Schulordnungsmaßnahme erlassen kann.

Literatur-Hinweis: Kintz, a.a.O., Rn. 465 i.V.m. Rn. 218 ff.; Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 40.

VI. Der erledigte Widerspruch

Fall 2 (Fortsetzung):

Vor der Entscheidung des B über den Widerspruch hebt das X-Gymnasium den schriftlichen Verweis auf. Was geschieht mit dem Widerspruch? Ist er noch statthaft?

Der schriftliche Verweis hat sich aufgrund der Aufhebung erledigt. Es stellt sich die Frage, ob - entsprechend der Fortsetzungsfeststellungsklage - das Widerspruchsverfahren analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO weiter durchgeführt werden kann.

Hier geht die **h. M.** (ständige Rechtsprechung des BVerwG) davon aus, dass ein sogenannter Fortsetzungsfeststellungswiderspruch unstatthaft ist. Eine Sachentscheidung der Widerspruchsbehörde über einen erledigten Widerspruch komme nicht in Betracht. Es sei nicht originäre Aufgabe der Verwaltung festzustellen, dass der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei. Folgt man dieser Ansicht, ist das Widerspruchsverfahren einzustellen und nach billigem Ermessen über die Kosten zu entscheiden.

Beispiel 1 für Tenor bei erledigtem Widerspruch:

1. Das Widerspruchsverfahren wird eingestellt.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt ...

Etwas anderes gilt nur, wenn der Widerspruchsführer die Erledigung bestreitet. Dann wäre sein Widerspruch mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig zurückzuweisen.

Beispiel 2 für Tenor bei erledigtem Widerspruch:

1. Ihren Widerspruch vom ... gegen den Bescheid des ... vom ... weise ich zurück.
2. Die Kosten die Verfahrens sind von Ihnen zu tragen.

Nach **a. A.** (z.B. Pietzner/Ronellenfitsch) ist ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch statthaft. Dies wird im Wesentlichen mit der Effektivität des Rechtsschutzes begründet. In diesem Fall wäre eine Sachentscheidung zu treffen, die der Entscheidung über eine Fortsetzungsfeststellungsklage vergleichbar ist (s.a. dort).

Beispiel 3 für Tenor bei erledigtem Widerspruch (Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts):

Es wird festgestellt, dass der Bescheid des ... vom ... rechtswidrig gewesen ist.

Literatur-Hinweis: Kintz, a.a.O., Rn. 444 i.V.m. Rn. 172, Pietzner/Ronellenfitsch, a.a.O., § 42.

VII. Inhalt und Form eines Widerspruchsbescheides

1. Tenor eines Widerspruchsbescheides

Fall 2 (Fortsetzung):

Im Ausgangsfall (keine vorherige Aufhebung des Verweises, keine Verböserung im Widerspruchsverfahren) erlässt der Beamte B einen Widerspruchsbescheid. Welche Entscheidungen trifft er und wie werden diese im Tenor formuliert?

B trifft eine Entscheidung in der Hauptsache sowie Nebenentscheidungen.

a) Hauptsache

In der Hauptsache sind folgende Entscheidungen denkbar:

- Obsiegen des Widerspruchsführers: „Auf Ihren Widerspruch vom ... hebe ich die Verfügung des ... vom ... auf.“
- Unterliegen des Widerspruchsführers: „Ihren Widerspruch vom ... gegen die Verfügung des ... vom ... weise ich zurück.“
- teilweises Obsiegen/Unterliegen: „Auf ihren Widerspruch vom ... hebe ich die Verfügung des ... vom ... insoweit auf, als Im Übrigen weise ich Ihren Widerspruch zurück.“

b) Nebenentscheidungen

aa) Entscheidung über die Kosten

Die Entscheidung über die Kostenlast ist immer zu treffen. Das ergibt sich aus § 73 Abs. 3 Satz 2 VwGO i.V.m. § 80 VwVfG (NRW). Üblicherweise wird tenoriert:

„Die Kosten des Verfahrens trägt ...“

bb) Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren

Im Rahmen der Kostenlastentscheidung ist auch die Entscheidung zu treffen, ob die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren notwendig ist (§ 80 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 VwVfG <NRW>). Diese Entscheidung wird in der Praxis in der Regel nur auf Antrag getroffen. Ferner ist eine entsprechende Feststellung nur dann zu treffen, wenn der Widerspruchsführer obsiegt. Im Unterliegensfall unterbleibt die Feststellung, weil der Widerspruchsführer dann Kosten ohnehin nicht geltend machen kann.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren ist notwendig, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden dürfte. Kriterien sind die Schwierigkeit und der Umfang des Falles sowie die allgemeine persönliche Sach- und Rechtskunde des Beteiligten. Übermäßig hohe Anforderungen sind hier allerdings nicht zu stellen. In jedem Fall empfiehlt es sich, eine möglichst konkrete, auf den Fall bezogene Begründung zu geben.

Beispiel:

Einer der wenigen Fälle, in denen die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren *nicht* notwendig sein dürfte, ist eine beamtenrechtliche Streitigkeit, in der lediglich formale Probleme (Fristen, Beteiligungsrechte) eine Rolle spielen, weil der Beamte die einfachere und kostengünstigere Möglichkeit hat, sich (zunächst) an die zuständige Personalvertretung (Personalrat) zu wenden.

Ist eine Feststellung zur Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zu treffen, wird diese nach der Kostenentscheidung in den Tenor aufgenommen:

„Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren war notwendig.“

cc) Entscheidung über die Erhebung von Gebühren

Ob in einer Klausur eine Entscheidung über die Erhebung von Gebühren für den Erlass des Widerspruchsbescheides zu treffen ist, hängt vom Bearbeitervermerk ab. Ist eine solche Ent-

scheidung gefordert, ist der Ausspruch darüber ebenfalls in den Tenor des Widerspruchsbescheides aufzunehmen. Ob und in welcher Höhe eine Gebührenfestsetzung erfolgt, richtet sich nach dem Gebührengesetz NRW (GebG NRW) i.V.m. der jeweiligen Gebührenordnung (vgl. § 2 GebG NRW). Die Formulierung im Tenor lautet:

„Die Gebühr für diesen Bescheid wird auf festgesetzt.“

Ergeht der Widerspruchsbescheid gebührenfrei, *kann* auch diese Feststellung in den Tenor aufgenommen werden:

„Dieser Bescheid ergeht gebührenfrei.“

Literaturhinweis: Pietzner/Ronellenfitsch, a.a.O., §§ 44-47.

2. Formelle Anforderungen an einen Widerspruchsbescheid

Fall 2 (Fortsetzung):

Welche Formvorgaben hat der Beamte B bei dem Erlass des Widerspruchsbescheides zu beachten? An wen ist der Widerspruchsbescheid zu richten?

Gemäß § 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO ist der Widerspruchsbescheid zu begründen, mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen und zuzustellen. Die Zustellung erfolgt von Amts wegen nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes (§ 73 Abs. 3 Satz 2 VwGO).

Mit Verwaltungszustellungsgesetz ist das VwZG des Bundes gemeint. Es sieht als Arten der Zustellung

- die Zustellung durch die Post durch Zustellungsurkunde (PZU, § 3 VwZG),
- die Zustellung durch die Post mittels Einschreiben (§ 4 VwZG) und
- die Zustellung durch die Behörde gegen Empfangsbekanntnis (EB, § 5 VwZG) vor.

Hat sich für den Widerspruchsführer ein Rechtsanwalt bestellt und eine schriftliche Vollmacht vorgelegt, ist der Widerspruchsbescheid zwingend an den Rechtsanwalt zuzustellen (§ 7 Abs. 1 Satz 2 VwZG). Liegt eine solche Vollmacht nicht vor, ist die Zustellung an den

Rechtsanwalt zwar nicht zwingend, aber möglich (§ 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG). An den Rechtsanwalt wird üblicherweise gegen Empfangsbekanntnis zugestellt (§ 5 Abs. 1 und 4 VwZG). Die Zustellung an den Bürger selbst erfolgt i.d.R. durch PZU (§ 3 VwZG).

Der Beamte B müsste den Widerspruchsbescheid mithin an den Rechtsanwalt R zustellen. Hierfür wird er die Zustellung gegen Empfangsbekanntnis wählen. Er müsste den Widerspruchsbescheid ferner begründen und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Statthaftes Rechtsmittel ist die binnen eines Monats nach Zustellung zu erhebende Klage (§ 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO), und zwar bei dem zuständigen Verwaltungsgericht Düsseldorf (§ 1 Abs. 2 c) AGVwGO NRW i.V.m. § 52 Nr. 3 VwGO)

3. Muster eines Widerspruchsbescheides

Fall 2 (Fortsetzung):

Wie ist der Widerspruchsbescheid im Falle des vom Schüler S angefochtenen schriftlichen Verweises konkret aufgebaut?

Bezirksregierung Düsseldorf

Bezirksregierung Düsseldorf, (Anschrift)

gegen Empfangsbekanntnis

Rechtsanwalt R,
(Anschrift des R)

Sachbearbeiter:

AZ.:

Datum:

Schulrecht (Ordnungsmaßnahme nach § 53 SchulG NRW)

hier: Ihr Widerspruch vom 12. Februar 2008 gegen den Verweis des X-Gymnasiums vom 12. Januar 2008

Sehr geehrter Rechtsanwalt R,

auf den o.g. Widerspruch, den Sie namens und im Auftrag ihrer Mandanten, der Eheleute S, gegen den vom X-Gymnasium erlassenen Verweis betreffend den Sohn ihrer Mandanten, den Schüler S, eingelegt haben, ergeht folgender

Widerspruchsbescheid:

1. Ihren Widerspruch weise ich zurück.
2. Die Kosten des Widerspruchsverfahrens sind von Ihren Mandanten zu tragen.
3. Dieser Bescheid ergeht gebührenfrei.

Begründung:

Der Sohn S ihrer Mandanten ist Schüler des X-Gymnasiums. Am ... kam es zu folgenden Vorfällen ... Daraufhin erließ das X-Gymnasium am 12. Januar 2008 einen gegen S gerichteten Verweis. (Inhalt des Bescheides)

Hiergegen richtet sich Ihr Widerspruch vom 12. Februar 2008.

Da das X-Gymnasium Ihrem Widerspruch nicht abzuhelpen vermochte, legte es ihn mir zur Entscheidung vor. Ich bin gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO für die Entscheidung über ihren Widerspruch zuständig.

Ihr Widerspruch ist zulässig, aber unbegründet.

(ggf. Ausführungen zur Zulässigkeit)

Das X-Gymnasium hat den Verweis zutreffend auf § 53 SchulG NRW gestützt. Nach § 53 Abs. 1 Satz 2 SchulG NRW können Ordnungsmaßnahmen angewendet werden, wenn eine Schülerin oder ein Schüler Pflichten verletzt. Eine Ordnungsmaßnahme ist u.a. der schriftliche Verweis (§ 53 Abs. 3 Nr. 1 SchulG NRW).

(Subsumtion unter die formellen und materiellen Voraussetzungen, z.B. § 53 Abs. 6 und § 42 SchulG NRW)

Die Kostenentscheidung beruht auf § 73 Abs. 3 Satz 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 1 Satz 3 VwVfG NRW. Gebühren für den Erlass des Widerspruchsbescheides fallen mangels Gebührentatbestands nicht an (§ 2 GebG NRW).

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen den Bescheid des X-Gymnasiums vom 12. Januar 2008 können Sie nunmehr innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Widerspruchsbescheides Klage vor dem Verwaltungsgericht Düsseldorf, (Anschrift), erheben. Die Klage ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu erheben.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

(Unterschrift Sachbearbeiter)

Literaturhinweis: Pietzner/Ronellenfitsch, a.a.O., § 50; Kintz, a.a.O., Rn. 478; Huschens, Übersicht über die äußere Gestaltung verwaltungsgerichtlicher und verwaltungsbehördlicher Entscheidungen, 4. Aufl. 2008, Teil G.

VIII. Widerspruchsverfahren und einstweiliger Rechtsschutz

Fall 3:

Schüler T wird mit Bescheid des X-Gymnasiums in Neuss vom 08.02.2008 vorübergehend für fünf Tage vom Unterricht ausgeschlossen, und zwar vom 18. bis 22.02.2008. Gegen diesen Ausschluss legt er am 11.02.2008 Widerspruch ein. Er fragt, ob er weitere Maßnahmen ergreifen sollte.

Das sollte er. Gemäß § 53 Abs. 3 Satz 2 SchulG NRW hat sein Widerspruch gegen den Ausschluss vom Unterricht keine aufschiebende Wirkung. Der Widerspruch bewirkt mithin nicht, dass die Ordnungsmaßnahme nicht vollzogen werden kann.

Da gemäß § 53 Abs. 3 Satz 3 SchulG NRW § 80 Abs. 4, 5, 7 und 8 VwGO unberührt bleibt, hat S die Möglichkeit,

- einen Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 4 bei dem X-Gymnasium oder der Widerspruchsbehörde zu stellen oder/und
- einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs bei dem zuständigen Verwaltungsgericht Düsseldorf nach § 80 Abs. 5 zu stellen.

Fall 3 (Fortsetzung):

T stellt daraufhin bei der Widerspruchsbehörde (Bezirksregierung Düsseldorf) einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung des Unterrichtsausschlusses. Wie wirkt sich das auf den Widerspruchsbescheid aus?

Der zuständige Sachbearbeiter wird im Tenor des Widerspruchsbescheides einen Ausspruch zu diesem Antrag aufnehmen. Diesen wird er zwischen der Hauptsache- und der Kostenentscheidung platzieren. Ein Tenorierungsbeispiel könnte lauten:

1. Der Widerspruch wird zurückgewiesen
2. Der Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung des Bescheides des X-Gymnasiums in Neuss vom 8. Februar 2008 wird abgelehnt.
3. Der Widerspruchsführer hat die Kosten des Widerspruchsverfahrens zu tragen.

Literaturhinweis: Kintz, a.a.O., Rn. 423.