

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 101

**Das Widerspruchsverfahren
der VwGO als Verwaltungsverfahren
und Prozeßvoraussetzung**

Von

Dr. Albert von Mutius



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

ALBERT VON MUTIUS

**Das Widerspruchsverfahren der VwGO als
Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 101

Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung

Von

Dr. Albert von Mutius



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung hat im Wintersemester 1968/69 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität in Kiel als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript habe ich Ende Oktober 1968 abgeschlossen. Neuere, bis zum 1. März 1969 veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurden noch möglichst berücksichtigt, insbesondere in die Fußnoten eingearbeitet. Die Frankfurter Dissertation von *Horst Eberhard Theis* mit dem Titel „Das Widerspruchsverfahren nach der Verwaltungsgerichtsordnung“, erschienen im Herbst 1967, die eine gedrängte Darstellung der wesentlichen Einzelprobleme des Widerspruchsverfahrens bringt und bei deren Lösung überwiegend der herrschenden Meinung folgt, konnte leider nicht mehr Berücksichtigung finden, da sie mir erst während der Drucklegung zur Verfügung stand.

Meinen verehrten Lehrern, Herrn Prof. Dr. Christian Friedrich Menger in Münster und Herrn Prof. Dr. Wolfgang Münzberg in Kiel, möchte ich auch an dieser Stelle für die vielfache Förderung, die sie mir haben zuteil werden lassen, aufrichtig danken. Herzlichen Dank sage ich Herrn Dr. Hans-Uwe Erichsen, wissenschaftlicher Assistent in Münster, für manche Anregungen und klärende Gespräche. Der Dr. Otto-Bagge-Gedächtnisstiftung schulde ich Dank für ein sechsmonatiges Promotionsstipendium. Nicht zuletzt danke ich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Untersuchung in sein Verlagsprogramm.

Kiel, im März 1969

Albert von Mutius

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG

| | |
|---|----|
| <i>A. Einführung in das Thema</i> | 13 |
| I. Ausgangspunkt | 13 |
| II. Gegenstand und Grenzen | 18 |
| <i>B. Gang der Untersuchung</i> | 19 |

HAUPTTEIL

Erster Abschnitt

Begriffsbestimmungen 21

| | |
|---|----|
| <i>A. Verwaltungsverfahren — (verwaltungs)gerichtliches Verfahren</i> | 21 |
| I. Formelle, institutionelle oder organisatorische Bestimmung | 21 |
| II. Materielle oder funktionelle Bestimmung | 25 |
| <i>B. Prozeßvoraussetzung</i> | 30 |

Zweiter Abschnitt

Bestimmung der Rechtsnatur des Widerspruchs- verfahrens durch Auslegung der §§ 68 ff. VwGO 33

| | |
|--|----|
| <i>A. Grammatisch-logische Auslegung</i> | 33 |
| I. Bedeutung und Inhalt | 33 |
| II. Grammatisch-logische Anhaltspunkte in den §§ 68 ff. VwGO | 35 |
| 1. für eine Einordnung des Widerspruchsverfahrens in das Be- griffspaar „Verwaltungsverfahren — (verwaltungs)gericht- liches Verfahren | 35 |
| 2. für eine Qualifizierung des Widerspruchsverfahrens oder ein- zelner Vorverfahrensregelungen als Prozeßvoraussetzungen .. | 54 |
| III. Teilergebnis | 60 |
| <i>B. Systematische Auslegung</i> | 61 |
| I. Bedeutung und Inhalt | 61 |

| | |
|--|-----|
| II. Systematische Gesichtspunkte für die Bestimmung der Rechtsnatur des Widerspruchsverfahrens sowie einzelner Vorverfahrensregelungen | 62 |
| 1. Stellung der §§ 68 ff. VwGO in der VwGO | 62 |
| 2. System der das Widerspruchsverfahren betreffenden Normen innerhalb des 8. Abschnitts der VwGO | 64 |
| a) Ausgestaltung des Verfahrens vor Verwaltungsbehörden ... | 64 |
| b) Normierungen von Prozeßvoraussetzungen | 71 |
| aa) § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO S. 71 — bb) §§ 69, 70 Abs. 1 VwGO S. 77 — cc) §§ 71—73 VwGO S. 86 | |
| 3. Verhältnis der §§ 68 ff. VwGO zu Normen außerhalb des 8. Abschnitts der VwGO | 90 |
| a) §§ 58, 60 Abs. 1—4 VwGO S. 90 — b) § 162 Abs. 1 und 2 S. 2 VwGO S. 92 — c) §§ 185 Abs. 2, 190 Abs. 1, 191 Abs. 1, 192 Abs. 2, 195 Abs. 2 VwGO S. 93 | |
| 4. Verhältnis der §§ 68 ff. VwGO zu Vorverfahrensregelungen außerhalb der VwGO | 94 |
| a) §§ 336, 337 i. V. m. 325 ff. LAG; §§ 32 Abs. 1—5 i. V. m. 17, 18 SaatgG; §§ 141, 142 FlurbG; §§ 22, 5 ff. WBO; §§ 13 ff. KgfEG S. 94 — b) §§ 77—86 SGG S. 96 — c) §§ 44—46 FGO, §§ 228 ff. AO S. 97 | |
| III. Teilergebnis | 98 |
| C. Historische Auslegung | 100 |
| I. Bedeutung Inhalt | 100 |
| II. Maßgebliche Materialien zu den §§ 68 ff. VwGO | 102 |
| 1. Anhaltspunkte für eine Einordnung des Widerspruchsverfahrens in das Begriffspaar „Verwaltungsverfahren — gerichtliches Verfahren“ | 102 |
| a) Amtliche Begründung der Regierungsvorlage S. 102 — b) Stellungnahme des Bundesrates S. 103 — c) Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages S. 105 | |
| 2. Anhaltspunkte für die Bestimmung der Rechtsnatur einzelner Vorverfahrensregelungen als Prozeßvoraussetzungen | 107 |
| III. Entstehungsgeschichte der §§ 68 ff. VwGO | 108 |
| 1. Der ursprüngliche Gesetzeszustand | 108 |
| 2. Der damalige Stand der Rechtswissenschaft | 109 |
| IV. Teilergebnis | 112 |
| D. Teleologische Auslegung | 112 |
| I. Inhalt und Bedeutung | 112 |
| II. Funktionen des Widerspruchsverfahrens als Ganzes | 114 |

| | |
|--|-----|
| 1. Nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers | 114 |
| a) Materialien S. 114 — b) Entstehungsgeschichte S. 115 | |
| 2. nach einem vernünftigen Sinnzusammenhang der §§ 68 ff. VwGO | 117 |
| a) Entlastungsfunktion S. 117 — b) Rechtsschutzfunktion S. 122 — c) „Selbstkontrolle der Verwaltung“ S. 124 | |
| III. Funktionen einzelner Vorverfahrensregelungen | 127 |
| IV. Folgerungen aus den festgestellten Funktionen | 131 |
| 1. für eine Einordnung des Widerspruchsverfahrens in das Begriffspaar „Verwaltungsverfahren — gerichtliches Verfahren“ | 131 |
| 2. für die Bestimmung einzelner Vorverfahrensregelungen als Prozeßvoraussetzungen | 132 |
| V. Teilergebnis | 138 |
| <i>E. Verfassungskonforme Auslegung — Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit</i> | 139 |
| I. Grundlagen, Inhalt und Grenzen | 139 |
| II. Vereinbarkeit der gewonnenen Teilergebnisse mit dem Grundgesetz | 141 |
| 1. Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) | 141 |
| 2. Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 1 S. 1, 20 Abs. 3, 80 Abs. 1, 92, 97 GG) | 147 |
| 3. Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 S. 1 GG) | 151 |
| 4. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern (Art. 70 ff. GG) | 153 |
| a) Kompetenz zur Regelung der §§ 68 Abs. 1 S. 1 — 70 Abs. 1 VwGO (ausschließlich) als Prozeßvoraussetzungen | 154 |
| b) Kompetenz zur Regelung der §§ 68—73 VwGO als Vorschriftsschriften ein- bzw. ausschließlich verwaltungsverfahrensrechtlicher Natur | 156 |
| aa) bisherige Ansichten S. 157 — (1) Art. 74 Nr. 1 GG direkt S. 157 — (2) „Sachzusammenhang“ zu Art. 74 Nr. 1 GG S. 159 — (3) Art. 84 Abs. 1 GG direkt S. 163 — bb) eigene Lösung S. 163 — (1) „Sachzusammenhang“ zu Art. 74 Nr. 1 GG (mit von der bisherigen Ansicht abweichenden Folgerungen) S. 164 — (2) Art. 84 Abs. 1 GG oder „Annex zum gerichtlichen Verfahren“ S. 171 | |
| c) Folgerungen aus der insoweit vorhandenen Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Bestimmung der Rechtsnatur des Widerspruchsverfahrens sowie einzelner Vorverfahrensregelungen | 173 |
| <i>F. Ergebnis</i> | 174 |

Dritter Abschnitt

**Folgerungen aus der Rechtsnatur des Widerspruchs-
verfahrens sowie einzelner Vorverfahrensregelungen
für die Lösung ausgewählter Einzelprobleme** 175

A. Rechtsfolgen bei fehlendem notwendigen Widerspruchsverfahren 175

I. Klageerhebung ohne vorherige Widerspruchseinlegung 175

1. Im Regelfall 175
2. Bei besonderer Fallgestaltung 179
 - a) Ausdrücklicher Verzicht der Verfahrensbeteiligten 179
 - b) Beharren der Behörde auf ihrem Standpunkt 180
 - c) Zulässige Klageänderung 180
 - d) Durchführung des Widerspruchsverfahrens durch einen Dritten 181
 - e) Widerspruchserhebung nach Rechtshängigkeit 183

II. Klageerhebung nach Einlegung des Widerspruchs, aber vor Ergehen eines Widerspruchsbescheides 184

1. Erlaß eines Widerspruchsbescheides nach Rechtshängigkeit 184
2. Klageerhebung vor Ablauf der in § 75 S. 2 VwGO normierten Sperrfrist 185

B. Rechtsfolgen bei fehlerhaftem Widerspruchsverfahren 187

I. Versäumung der in § 70 Abs. 1 VwGO normierten Widerspruchsfrist 187

1. Klageerhebung vor Ablauf der Widerspruchsfrist 187
2. Durch das Verhalten der Widerspruchsbehörde bestimmte Fallgestaltungen 190
 - a) Zurückweisung des Widerspruchs als unzulässig 190
 - b) Ausdrückliche Zurückweisung eines mit dem Widerspruch verbundenen Wiedereinsetzungsgesuchs bei Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes 195
 - c) Erlaß eines sachlichen Widerspruchsbescheides ohne ausdrückliche Wiedereinsetzung 196
 - d) Klageerhebung ohne vorheriges Ergehen eines Widerspruchsbescheides 200

II. Verletzung der in § 70 Abs. 1 VwGO vorgeschriebenen Form 201

III. Sonstige Verfahrensmängel 203

1. Nichtgewährung rechtlichen Gehörs 203
 - a) In der Person eines Dritten (§ 71 VwGO) 203
 - b) In der Person des Klägers 204

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|----|---|-----|
| 2. | Fehlen einer Abhilfeentscheidung (§ 72 VwGO) | 205 |
| a) | Im Fall des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO | 205 |
| b) | Im Fall des § 70 Abs. 1 S. 2 VwGO | 206 |
| 3. | Unzuständigkeit der den Widerspruchsbescheid erlassenden Be- hörde (§ 73 Abs. 1 S. 2 VwGO) | 207 |
| 4. | Erlaß eines unvollständigen Widerspruchsbescheides (§ 73 Abs. 3 VwGO) | 208 |
| a) | Ohne Rechtsmittelbelehrung | 208 |
| b) | Ohne schriftliche Begründung | 209 |
| c) | Ohne Kostenentscheidung | 211 |
| C. | „Widerspruchsbefugnis“ | 214 |
| D. | Beteiligten- und Handlungsfähigkeit | 218 |
| E. | Akteneinsicht | 219 |
| F. | „reformatio in peius“ | 220 |
| G. | Rechtsgrundlage des Inhalts der Kostenentscheidung bei erfolgreichem Widerspruch | 225 |
| H. | Zurücknahme des Widerspruchs nach Erlaß des Widerspruchsbescheides | 231 |
| I. | Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsakts . . . | 232 |
| | SCHLUSS | 235 |
| | Schrifttumsverzeichnis | 236 |
| | Sachverzeichnis | 254 |

Einleitung

A. Einführung in das Thema

I. Ausgangspunkt

Neuere Entscheidungen des BVerwG¹ sowie hierzu ergangene kritische Stellungnahmen² lassen erkennen, daß nach wie vor ungeklärt ist, ob und in welcher Weise sich das Widerspruchsverfahren der VwGO³ in das Begriffspaar „Verwaltungsverfahren — (verwaltungs)gerichtliches Verfahren“ einordnen läßt. Die Problematik der Frage, die hier angesprochen ist, spiegelt sich in den in Rechtsprechung und Schrifttum verwendeten Formulierungen wider:

Einerseits wird geltend gemacht, das Widerspruchsverfahren gehöre zum bzw. sei ein „Verwaltungsverfahren, kein gerichtliches Verfahren“⁴,

¹ BVerwGE 17, 246 und DVBl. 65, 243 (VII.S.), DVBl. 65, 242 (VIII.S.), BVerwGE 22, 281 (Gr.S.) = Kostenregelung bei erfolgreichem Widerspruch; DVBl. 65, 89 (VIII.S.) und DVBl. 67, 237 (II.S.) = Klage bei Versäumung der Einspruchs bzw. Widerspruchsfrist (E. in DVBl. 65, 89 ist noch zum VGG ergangen, beansprucht aber auch Geltung für die VwGO: so *Siegmund-Schultze*, DVBl. 65, 91; *Menger/Erichsen*, VerwArch. 56 (1965), 289; *Hofmann*, VerwArch. 58 (1967), 144; DÖV 66, 425 (I.S.) = Erlaß eines Widerspruchsbescheides nach Rechtshängigkeit; NJW 67, 1245 (I.S.) = zur Frage der Erforderlichkeit des Widerspruchsverfahrens im Rahmen des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO; NJW 65, 1731 (IV.S.) und BVerwGE 18, 301 (VII.S.) = Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens bei Beharren der Behörde auf ihrem Standpunkt; DVBl. 64, 357 (I.S.) = Heilung des Zuständigkeitsmangels (§ 73 Abs. 1 VwGO) durch nachträgliche Billigung des Widerspruchsbescheides durch die zuständige Behörde; DVBl. 65, 26 (IV.S.) = rechtliches Gehör im Widerspruchsverfahren; BVerwGE 25, 369 (VII.S.) = Umfang der Überprüfung im Widerspruchsverfahren; BVerwGE 26, 50 (VII.S.) = Verzicht auf Widerspruch; BVerwGE 26, 54 (VII.S.) = zur Jahresfrist des § 76 VwGO.

² z. B. *Siegmund-Schultze*, DVBl. 65, 91; *Bettermann*, JZ 65, 265; *Menger/Erichsen*, VerwArch. 56 (1965), 288 und 57 (1966), 387; *Walenta*, NJW 66, 642; *Hofmann*, VerwArch. 58 (1967), 63/135/144 ff.; *Schumann*, NJW 65, 2092; *Stern*, JUS 65, 355; *Scholler*, DÖV 66, 232; *Ericksen*, SHAnz. 66, 131; *Kratzer*, BayVBl. 65, 313 und 66, 242; *Heidler*, BaWüVBl. 66, 65.

³ Vom 21. 1. 1960 (BGBl. S. 17), i. d. F. vom 20. 5. 1968 (SaatgutG) (BGBl. I S. 444).

⁴ BVerwG (I.S.) DVBl. 64, 358; (VIII.S.) DVBl. 65, 242; vgl. auch BSGE 3, 227; Hess.VGH DÖV 49, 478 Nr. 47; 50, 505; OVG RhPf. DÖV 57, 485; *Menger*, System, S. 132 Fn. 4; *H. J. Wolff* III, S. 231 (§ 156 I); *Ule*, Lb., S. 78; *Klinger*, § 68 VwGO Anm. B 3; *Hamann*, Art. 74 GG Anm. B 5; *Maunz/Dürig*, Art. 84 Rdnr. 30; *Schrödter*, S. 43; *Hauck*, NJW 58, 327; *Schiedemair*, DÖV 60, 9; *Schu-*

ein „Verwaltungsverfahren vor dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren“⁵, ein „Verwaltungsvorverfahren“⁶ oder auch ein „nach den Regeln der VwGO durchgeführtes Verwaltungsverfahren“⁷, ein „dem Verwaltungsprozeß vorgeschaltetes Verfahren“⁸ bzw. ein „Anhang zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren“⁹. Andererseits wird demgegenüber betont, das Widerspruchsverfahren sei ein „in die Verwaltung hineinreichender Teil des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens“¹⁰, „Bestandteil des in der VwGO geregelten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens“¹¹, es sei „verfahrensrechtlich in das verwaltungsgerichtliche Verfahren eingegliedert“¹² und seine „erfolglose Durchführung“ sei eine im Prozeß von Amts wegen zu beachtende „Prozeß-“ bzw. „Sachurteilsvoraussetzung“¹³. Zwischen diesen nicht ohne weiteres in Einklang zu bringenden Formulierungen liegen Äußerungen wie: Das Widerspruchsverfahren falle „in den Rahmen der Verwaltungstätigkeit“¹⁴; es sei ein „*besonderes verwaltungsbehördliches Verfahren*“¹⁵, das „vom reinen Verwaltungsverfahren einerseits und dem Verwaltungsprozeß andererseits“ zu unter-

mann, NJW 65, 2092; Honnacker, BayVBl. 61, 339; Fleck, SKV 61, 203; Schiefer, KStZ 60, 184; Pleitner, BayVBl. 61, 40; Weides, JUS 64, 277; Hofmann, VerwArch. 58 (1967), 150; Bettermann, VVdStL 17 (1959), 119/154 ff.; Kratzer, BayVBl. 60, 166; Spanner, BayVBl. 62, 158; Becker, S. 122; Stern, JZ 62, 300; Reuscher, DVBl. 67, 852; Naumann, DÖV 68, 13/14; Scholler, DÖV 68, 758; nach Hauelsen, DVBl. 62, 881 Fn. 7 ist das die „allgemeine Ansicht“. Vgl. auch BVerfG, DÖV 67, 97: „§ 15 AG VwGO Saar regelt das verwaltungsgerichtliche Verfahren, nicht das Vorverfahren.“

⁵ Löwer, MDR 65, 92.

⁶ Freitag, VerwArch. 56 (1965), 325; Clasen, NJW 58, 861/862; demgegenüber z. B. Eyermann/Fröhler, § 68 VwGO, Rdnr. 6: „*verwaltungsgerichtliches Vorverfahren*“ (Hervorhebung v. Verf.).

⁷ OVG Münster (VI. S.) DVBl. 63, 929; anders jedoch der II. S. desselben Gerichts in JZ 64, 108: „Man könnte die Auffassung vertreten, daß das Widerspruchsverfahren, das nicht zur Klageerhebung führt, kein *verwaltungsgerichtliches Vorverfahren*, sondern ausschließlich ein *Verwaltungsverfahren* sei ...“ (Hervorhebung v. Verf.).

⁸ Siegmund-Schultze, DVBl. 65, 91.

⁹ Bergmann, BayVBl. 67, 195; Kratzer, BayVBl. 65, 313: „Gleichsam als Vorhängsel“; Scholler, DÖV 68, 757: „*extrajudiziell*“.

¹⁰ BVerwGE 17, 248 (VII. S.); vgl. demgegenüber die Formulierung desselben Senats in einer Entscheidung vom selben Tag (6. 12. 1963) in DVBl. 65, 243: „... Dieses ist zwar kein (!) Teil des gerichtlichen Verfahrens, aber in die bundesrechtliche Regelung einbezogen (§§ 68 ff. VwGO).“ Zenzinger, BayVBl. 61, 338; Kronenbitter, MDR 67, 720 ff.; VG Köln, NJW 65, 2364.

¹¹ OVG Münster (III. S.), NJW 67, 901; BVerwGE 17, 248 (VII. S.); Scholler, DÖV 66, 235; Walenta, NJW 66, 643.

¹² Wittig, BayVBl. 64, 395 BVerwGE 17, 249 (VII. S.).

¹³ Diese oder eine ähnliche Formulierung wird von der ganz überwiegenden Ansicht gebraucht. Vgl. z. B. Schunck/de Clerck, § 68 VwGO Anm. 1 d mit Nachw.

¹⁴ Klinger, § 68 VwGO Anm. B 3; Redeker/von Oertzen, § 68 Rdnr. 1; ähnlich Reuscher, DVBl. 67, 852.

¹⁵ Hervorhebung v. Verf.

scheiden¹⁶ und „im übrigen wesentlich förmlicher als das Verwaltungsverfahren“ sei¹⁷, oder es sei „mit einem Teil des Verwaltungsverfahrens identisch“¹⁸, und die „Vorverfahrensregelung“ dringe „in die Bereiche des Verwaltungsverfahrensrechts“ ein¹⁹.

Entsprechend diesen das Widerspruchsverfahren als Ganzes betreffenden Formulierungen divergieren Stellungnahmen zu Einzelregelungen in den §§ 68 ff. VwGO. Namentlich die Regelung der Widerspruchsfrist in § 70 VwGO steht im Mittelpunkt der Auseinandersetzung. Diese Fristbestimmung sei „eine solche des Verwaltungsverfahrensrechts, nicht des Verwaltungsprozeßrechts“²⁰, ein Verstoß gegen § 70 Abs. 1 VwGO stelle eine „Verletzung des materiellen Rechts“ dar²¹ und § 70 Abs. 1 VwGO sei eine „formale Vorschrift des allgemeinen Verwaltungsrechts“²², heißt es auf der einen Seite. Nach der Gegenmeinung ist die Widerspruchsfrist eine „prozessuale Ausschlußfrist“²³, deren Versäumung zur „gerichtlichen Unanfechtbarkeit“ des Verwaltungsakts führe²⁴, § 70 Abs. 1 VwGO habe jedenfalls „auch gerichtsverfahrensrechtliche Bedeutung“²⁵ und die Widerspruchsfrist sei „Element einer zwingenden Prozeßvoraussetzung“²⁶ oder selbst eine „Prozeß-“²⁷ bzw. „Sachentschei-

¹⁶ *Schunck/de Clerck*, § 68 VwGO Anm. 1b; vgl. auch *von Mangoldt/Klein*, Art. 74 Anm. VII 2 b; *Maunz/Dürig*, Art. 84 Rdnr. 28.

¹⁷ *Scholler*, DÖV 66, 236; ähnlich *Hofmann*, VerwArch. 58 (1967), 142/146/153/161, der allerdings a.a.O., S. 150, das Widerspruchsverfahren als „reines Verwaltungsverfahren“ bezeichnet.

¹⁸ *Menger/Erichsen*, VerwArch. 56 (1965), 290.

¹⁹ *Menger/Erichsen*, VerwArch. 56 (1965), 290; ähnlich die allgem. Begr. zum EVerwVerfG 1963, S. 63: „Mit der Regelung des Vorverfahrens greift die VwGO (§§ 68—73) in das Verwaltungsverfahren über.“

²⁰ *Hofmann*, VerwArch. 58 (1967), 152/156; *Jarosch*, DÖV 64, 298.

²¹ *Redeker/von Oertzen*, § 68 Rdnr. 7 und § 70 Rdnr. 5.

²² BVerwG (VIII. S.), DVBl. 65, 90.

²³ *Beth*, ZLA 62, 132.

²⁴ z. B. *Buri*, DÖV 62, 930; *Bettermann*, JZ 65, 266 ff.; *Schunck/de Clerck*, § 68 VwGO Anm. 1e.

²⁵ BVerwG (II. S.), DVBl. 67, 237; vgl. auch (I. S.) NJW 67, 1246: „Unzulässig ist auch eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, der sich erledigt hat, nachdem der Betroffene die Widerspruchsfrist versäumt hat.“ Ebenso der III. S., RLA 56, 352 und der V. S., DÖV 66, 866 (vom 30. 3. 1966) sub II, 3 (insoweit unveröffentlicht).

²⁶ *Stern*, JUS 65, 355; vgl. auch OVG Lüneburg, VerwRspr. 14, 623; diese Formulierung hat *Hofmann*, VerwArch. 58 (1967), 65/66, 68, 144, 152/153 zu dem Begriff „Projektionstheorie“ inspiriert: „... den Inhalt der Vorschriften, welche sich mit der Einleitung des Vorverfahrens beschäftigen, auf das in § 68 I 1 VwGO aufgestellte Erfordernis zu projizieren.“ Wenn er allerdings a.a.O., S. 66 Fn. 16 jene Formulierung auch *Bettermann*, *Koehler*, *Eyermaun/Fröhler*, *Klein* und *Menger/Erichsen* zuschreibt und diese Verf. dergestalt zu Vertretern jener „Projektionstheorie“ macht, so ist dies formell unzutreffend (diese Formulierung stammt *nur* von *Stern*, a.a.O.) und sachlich nicht unbedingt zwingend. Denn daß jene Verf. die rechtzeitige Einlegung des Widerspruchs als Sachurteilsvoraussetzung bezeichnen, besagt noch nicht, daß sie die Vorschrift