

# Verflichte Frist

## Examenstypische Probleme im Zusammenhang mit der Widerspruchsfrist

Von Sonja K. A. Ritter, LL.B., Berlin\*

*Im Referendars- wie im Assessorexamen ist die Prüfung der Zulässigkeit einer Klage in einer öffentlich-rechtlichen Klausur keine Seltenheit, sondern vielmehr die Regel. Dabei erfreut sich die Frage der etwaigen Versäumung der Widerspruchsfrist, teilweise kombiniert mit der Frage der korrekten Rechtsbehelfsbelehrung, großer Beliebtheit.<sup>1</sup> Der Beitrag soll daher einen Überblick über den Problemkreis der Widerspruchsfrist geben und wiederholt damit gleichzeitig die typischen Probleme im Rahmen der Klagefrist des § 74 VwGO, die mit den hier genannten weitgehend identisch sind.*

### I. Die Berechnung der Widerspruchsfrist

Soll in einer öffentlich-rechtlichen Klausur eine Fristproblematik behandelt werden, so wird der Klausurersteller die Bearbeiter häufig durch explizite Äußerungen eines oder mehrerer Verfahrensbeteiligter darauf stoßen. Da Zulässigkeitsprobleme bereits im Ersten Staatsexamen abgefragt werden, sollten diese von Anfang an in die Examensvorbereitung integriert werden.<sup>2</sup> Durch die universelle Verwendbarkeit der Fristproblematik bei allen Klausurtypen liegt es nahe, eine Klausur um ein solches Problem anzureichern.

In der Klausur ist die Einhaltung der Widerspruchsmonatsfrist zunächst nach den §§ 70, 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB zu berechnen. Da in der Klausur in aller Regel die Zeit knapp bemessen ist, ist es ratsam, diese Paragraphenkette auswendig zu lernen oder – sofern dies nach den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen zulässig ist – entsprechend im Gesetz zu kommentieren. Vielfach ergibt sich in Klausuren dann das (Zwischen-)Ergebnis, dass der Widerspruch ein paar Minuten, einen Tag, ein paar Tage oder deutlich zu spät eingegangen ist oder sogar (noch) gänzlich fehlt. Ist die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO verstrichen, wäre die Klage damit unzulässig, was kaum jemals ein erstrebenswertes (Zwischen-)Ergebnis in der Klausur sein kann. Als so genannte Ereignisfrist (vgl. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB) ist als fristauslösendes Ereignis allgemein auf den Erhalt des (ablehnenden) Bescheides durch den richtigen Adressaten, in manchen Bundesländern auch auf dessen förmliche Zustellung, abzustellen, wobei gem. § 187 Abs. 1 BGB der Tag, in welchem das Ereignis fällt, nicht mitzurechnen ist. In diesem Zusammenhang können z.B. dann weitere Zustellungsprobleme auftreten, wenn der Adressat zwischenzeitlich verzogen ist, den Zugang vereitelt oder der Bescheid durch eine dritte Person

(Ehegatte, Kind, Haushaltshilfe etc.) entgegengenommen wird. Im Sinne des vernetzten Lernens erscheint es daher sinnvoll, im Rahmen der Erarbeitung von Fristproblemen auch Zustellungs- und Zugangsprobleme miteinzubeziehen.

In den Bundesländern, in denen ein Widerspruchsverfahren häufig statthaft ist, besteht zudem Streit darüber, ob die zu berechnende Frist aus § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB oder aus §§ 79, 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB herzuleiten ist. Wer sich für die erstere Normenkette entscheidet, wird die Auffassung betonen, dass das Widerspruchsverfahren als Vorverfahren bereits zum Gerichtsverfahren gehöre und daher die VwGO anwendbar sei. Wer der Gegenmeinung folgt und die Vorschriften des VwVfG anwendet, wird dagegen auf die Eigenständigkeit des Widerspruchsverfahrens als behördeninternes Überprüfungsverfahren (Selbstkontrolle der Verwaltung) abstellen.

Mut machen kann an dieser Stelle der Hinweis, dass die Punkte in der Klausur regelmäßig nicht danach vergeben werden, welcher Lösung man folgt, sondern mit welchen Argumenten man sich für die eine oder andere Lösung entscheidet. Zudem sind die §§ 187 ff. BGB in jedem Fall anwendbar, so dass es auch vertretbar erscheint, den Streit unentschieden zu lassen.

Das Fristende kann unter Umständen auch durch Anwendung der §§ 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO (eines Verweises auf § 193 BGB bedarf es nicht) nach hinten verschoben werden. Hiernach wird das Fristende – wenn es auf einen Sonn- oder Feiertag fällt – auf den nächsten Werktag verschoben. Fiele das Fristende also beispielsweise auf den Ostersonntag, so würde sich das Fristende – sozusagen durch doppelte Anwendung der § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO – von (Oster-)Sonntag auf Ostermontag und von Ostermontag (gesetzlicher Feiertag) wiederum auf den darauffolgenden Dienstag verschieben. Gleiches gilt auch, wenn man nicht die § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO, sondern den § 31 Abs. 3 VwVfG anwendet.

Führt auch dies nicht zur Wahrung der Frist, ist in einem zweiten Schritt häufig die Richtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung zu überprüfen. Dies gilt umso mehr, wenn diese im Klausurtext vollständig abgedruckt ist.

Generell sollte bei der Nennung mehrerer Daten im Sachverhalt die Anwendbarkeit der §§ 70 Abs. 2, 58 VwGO gedanklich immer mitgeprüft werden. Die Normen greifen dahingehend ineinander, dass die Widerspruchsfrist von einem Monat ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts, die in § 70 Abs. 1 VwGO geregelt ist, durch die Anwendung des § 58 VwGO teilweise modifiziert wird. § 70 Abs. 2 VwGO normiert die entsprechende Geltung des § 58 VwGO im Rahmen der Form und Frist des Widerspruchs. Damit ist die allgemeine Rechtsbehelfsjahresfrist des § 58 Abs. 2 S. 1 VwGO für den Fall einer fehlenden, unrichtigen oder unvollständigen Rechtsbehelfsbelehrung auch im (spezielleren) Widerspruchsverfahren anwendbar. Da § 58 VwGO eine allgemeine Ver-

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin und Dozentin an der IUBH.

<sup>1</sup> So beispielsweise im Assessorexamen in Baden-Württemberg in den Kampagnen Frühjahr 2021, Frühjahr 2018, Herbst 2017 und Herbst 2016.

<sup>2</sup> Auch im Assessorexamen sind Hinweise auf Fristprobleme sowohl bei Urteils- und Behördenklausuren durch schriftsätzliche oder allgemeine schriftliche Äußerungen der Beteiligten wie auch bei Anwaltsklausuren durch einen entsprechenden Vortrag des Mandanten denkbar.

fahrensvorschrift darstellt, muss in der Klausur unbedingt auf die korrekte Herleitung über § 70 Abs. 2 VwGO geachtet werden.

## II. Auswirkungen einer fehlenden oder fehlerhaften Rechtsbehelfsbelehrung auf die Fristberechnung

Die Rechtsbehelfsbelehrung kann sowohl im Rahmen der Prüfung der Einhaltung der Widerspruchs- und Klagefrist als auch bei der Form der Einlegung des Widerspruchs sowie bei der Form der Klageerhebung eine Rolle spielen. Der Umfang der erforderlichen Rechtsbehelfsbelehrung richtet sich nach § 58 Abs. 1 VwGO. Danach beginnt die Frist für ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf nur zu laufen, wenn der Beteiligte über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, den Sitz und die einzuhaltende Frist schriftlich oder elektronisch belehrt worden ist. Soll also eine (Widerspruchs-)Frist in Gang gesetzt werden, so muss die Rechtsbehelfsbelehrung auf die genannten Anforderungen eingehen. Umgekehrt betrachtet sind aber auch nur die in § 58 Abs. 1 VwGO genannten Anforderungen – sozusagen als „*essentialia negotii*“ der Rechtsbehelfsbelehrung – als ihre zwingenden Bestandteile anzusehen. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BVerwG ist damit auch die Belehrung über den Beginn der Frist nicht als erforderlich anzusehen.<sup>3</sup>

Handelt es sich allerdings um eine Rechtsbehelfsbelehrung, die über ihre „*essentialia negotii*“ inhaltlich hinausgeht, also eine Belehrung, die fakultative Bestandteile verwendet, so müssen alle Bestandteile richtig sein. Andernfalls gilt die Belehrung insgesamt regelmäßig als unrichtig. Im Rahmen der Klausurtaktik ist zu beachten, dass dies jedoch nur dann der Fall ist, wenn die Belehrung abstrakt dazu geeignet ist, den Beschwerdeführer daran zu hindern, den Rechtsbehelf einzulegen.<sup>4</sup>

Ist die Belehrung unrichtig, fehlerhaft, hinsichtlich ihrer wesentlichen Bestandteile unvollständig oder trotz Erforderlichkeit gänzlich unterblieben, ordnet § 58 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 VwGO als Rechtsfolge an, dass die Einlegung des Rechtsbehelfs nur innerhalb eines Jahres seit Zustellung, Eröffnung oder Verkündung zulässig ist. Wenn die Einlegung vor Ablauf der Jahresfrist infolge höherer Gewalt unmöglich war oder eine schriftliche oder elektronische Belehrung dahin erfolgt ist, dass ein Rechtsbehelf nicht gegeben sei, kann ein Rechtsbehelf auch über den Zeitraum eines Jahres hinaus in zulässiger Weise eingelegt werden, § 58 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwGO.

Der Wortlaut des § 70 VwGO wurde zum Januar 2018 geändert.<sup>5</sup> Seitdem ist die Möglichkeit zur elektronischen Einlegung des Widerspruchs kodifiziert. Wenn eine Behörde über eine entsprechende technische Empfangsvorrichtung verfügt und auch über den Kann-Bestandteil der Art der Wider-

spruchseinlegung belehren möchte, muss nun also die elektronische Möglichkeit genannt werden. Bereits vor der Gesetzesänderung wurde vertreten, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung, die nicht darüber belehrt, dass der Widerspruch auch im Wege der elektronischen Kommunikation gem. § 3a VwVfG eingelegt werden kann, unrichtig sei und die Jahresfrist gem. § 58 Abs. 2 VwGO in Gang setze, wenn die Behörde den Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente gem. § 3a VwVfG eröffnet hat.<sup>6</sup> Aufgrund der Gesetzesänderung ist diese Streitfrage nun nicht mehr abstrakt, sondern direkt mithilfe des Gesetzes zu lösen.

## III. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Auch die Bestimmungen zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand werden größtenteils für anwendbar erklärt, §§ 70 Abs. 2, 60 Abs. 1 bis Abs. 4 VwGO. Auf diese Bestimmungen ist ergänzend zurückzugreifen, falls die Frist tatsächlich einmal versäumt sein sollte und die oben genannten Erwägungen nicht weiterhelfen.

## IV. Klage ohne abgeschlossenes Widerspruchsverfahren: Die Untätigkeitsklage

Ergänzend soll noch auf die Untätigkeitsklage in § 75 VwGO für den Fall eingegangen werden, dass Klage erhoben wird, ohne dass die Behörde über den Widerspruch entschieden hat. In Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit der Klage muss auf § 75 VwGO dann insbesondere beim Prüfungspunkt des ordnungsgemäßen Vorverfahrens und bei der Klagefrist eingegangen werden.

§ 75 S. 1 VwGO regelt, dass, wenn über einen Widerspruch oder über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden ist, die Klage abweichend von § 68 VwGO zulässig ist. Dabei kann die Klage nicht vor Ablauf von drei Monaten seit der Einlegung des Widerspruchs oder seit dem Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts erhoben werden, außer wenn wegen besonderer Umstände des Falles eine kürzere Frist geboten ist, § 75 S. 2 VwGO. Diese Ausnahme wegen besonderer Umstände sollte in der Klausur jedoch nur mit größter Vorsicht und nur bei eindeutigen Hinweisen im Sachverhalt bemüht werden. Häufig wird sich die Behörde in Klausuren darauf berufen, dass sie aufgrund von ständiger personeller Unterbesetzung gehindert gewesen sei, zu entscheiden. Dies ist allerdings gerade kein zureichender Grund i.S.d. § 75 S. 1 VwGO.

Sind seit Einlegung des Widerspruchs bereits drei Monate verstrichen, ist eine Klageerhebung also meist auch ohne Durchführung eines erforderlichen Vorverfahrens nach §§ 68 ff. VwGO möglich. Die Klagefrist des § 74 VwGO läuft mangels Bekanntgabe bzw. Zustellung des Widerspruchsbescheids nicht, da ein solcher noch nicht existiert.

Die Selbstkontrolle der Verwaltung und gegebenenfalls eine Zurückweisung des Widerspruchs als unzulässig oder unbegründet muss also faktisch innerhalb von drei Monaten

<sup>3</sup> Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2019, 885 (885).

<sup>4</sup> Vgl. Kluckert, in: Sodann/Ziekow (Hrsg.), Kommentar, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl. 2018, § 58 Rn. 64.

<sup>5</sup> Siehe Art. 20 des Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs, BGBl. I 2018, S. 2208.

<sup>6</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 8.3.2012 – 1 A 11258/11.OVG; a.A. OVG Bremen, Urt. v. 8.8.2012 – 2 A 53/12.

erfolgen, um einem Klageverfahren zu entgehen. Ein ähnliches Ziel der Anhaltung der Verwaltung zum zügigen Tätigwerden verfolgt auch § 42a VwVfG, der bei Untätigkeit der Behörde die Fiktion der Bekanntgabe und des Bestehens von Verwaltungsakten in gewissen Fällen ermöglicht. Als mögliche Anwendungsbeispiele für den § 42a VwVfG seien an dieser Stelle die Fiktion der Gewerbeerlaubnis nach § 6a Abs. 1 GewO und die Genehmigungsfiktion bei Bauleitplänen nach §§ 6 Abs. 4 S. 4, 10 Abs. 2 S. 2 BauGB genannt.

Zudem ist zu beachten, dass der Ablauf der dreimonatigen Frist noch nicht im Zeitpunkt der Klageerhebung gegeben sein muss, sondern dass es auf den Zeitpunkt der *letzten mündlichen Verhandlung* ankommt. Dies bedeutet zum einen, dass der Kläger bereits vor Ablauf der drei Monate Klage erheben kann und die Klage zulässig bleibt, wenn im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eine Widerspruchsentscheidung der Behörde weiterhin nicht vorliegt. Zum anderen ist die Klage als unzulässig anzusehen, wenn die Behörde ihre Entscheidung nach Klageerhebung aber noch vor Ablauf der dreimonatigen Frist nachholt und die (letzte) mündliche Verhandlung zu diesem Zeitpunkt noch nicht stattgefunden hat.

#### **V. Zusammenfassung**

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich Probleme im Bereich der Widerspruchsfrist größtenteils durch genaue Gesetzeslektüre und das korrekte Zitieren der einschlägigen Normen bewältigen lassen. Wer die Verweisungsnormen kennt und wer verstanden hat, wie die Normen der VwGO zusammenhängen und welche Normen wann Anwendung finden können, ist für die Klausur bereits gut aufgestellt. Die Fallbearbeitung und wiederholte Übung der Fristberechnung können zusätzliche Sicherheit bringen. Die Übung der Fristberechnung kann mit der Behandlung von § 43 StPO im Strafrecht verknüpft werden, um Synergieeffekte beim Lernen zu erzielen.