

# § 1 Die Eröffnung der gutachterlichen Prüfung

Eine gute Klausurlösung setzt solide Kenntnisse der **Grundstrukturen verwaltungsgerichtlicher Kontrolle** und ihrer **Darstellung in verwaltungsrechtlichen Prüfungsarbeiten** voraus. Diese Grundstrukturen werden daher ganz zu Beginn vertieft (s. Rn. 2ff.).

Das eigentliche verwaltungsrechtliche Gutachten eröffnet sodann zumeist (s. zu Abweichungen in der Aufgabenstellung näher Rn. 35) mit der Frage nach der Zulässigkeit eines verwaltungsgerichtlichen Vorgehens. Diese **Zulässigkeitsprüfung** setzt mit der Frage an, ob überhaupt der **Verwaltungsrechtsweg eröffnet** ist (dazu näher Rn. 162ff.).

Ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, ist sodann die **statthafte Klage- bzw. Antragsart** zu ermitteln. Die Rn. 222ff. geben dafür einen ersten Überblick über die Klage- und Antragsarten der VwGO, bevor die Prüfung der verwaltungsprozessualen Besonderheiten der jeweils für einschlägig befundenen Klage-/Antragsart und ihre Bezüge zum Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht in den folgenden §§ vertieft dargestellt werden.

## Gliederung

- A. Die gutachterliche Prüfung im Verwaltungsrecht (Björnstjern Baade) — 3**
  - I. Bedeutung und Funktion verwaltungsgerichtlicher Kontrolle — 5
  - II. Struktur verwaltungsrechtlicher Prüfungsarbeiten — 7
    - 1. Der Prüfungsgegenstand und die Prüfungsaufgabe — 7
    - 2. Der Sachverhalt — 11
    - 3. Die Fallfrage — 14
    - 4. Der Erfolg eines Rechtsbehelfs — 17
      - a) Die Zulässigkeit — 18
      - b) Die Begründetheit — 21
      - c) Die „Zwischenebene“ — 22
        - aa) Die Klagehäufung — 22
        - bb) Die Beiladung — 23
    - 5. Das Arbeiten mit Schemata — 25
  - III. Juristischer Sprach- und Denkstil — 27
    - 1. Allgemeines zur juristischen Fachsprache — 27
      - a) Die korrekte Standardsprache — 28
      - b) Die wesentlichen Grundsätze richtiger Fachsprache — 28
        - aa) Verständlichkeit — 29
        - bb) Unparteilichkeit und Nüchternheit — 29
        - cc) Korrekte Fachbegriffe — 30
        - dd) Korrektes Benennen der Normen — 31
        - ee) Keine Kommentierung auf Meta-Ebene — 32

## 2 — § 1 Die Eröffnung der gutachterlichen Prüfung

- ff) Keine Doppelungen — 32
- 2. Zweifel und Gewissheit im Rechtsgutachten — 33
  - a) Der Gutachtenstil — 34
    - aa) Die Funktion und Herkunft des Gutachtenstils — 34
    - bb) Der Justizsyllogismus — 35
  - b) Der Urteilsstil — 39
  - c) Die Schwerpunktsetzung — 40
  - d) Das Problem und seine Lösung — 42
    - aa) Was ist ein Problem und wann ist es zu lösen? — 43
    - bb) Wie ist ein entscheidungserhebliches Problem zu lösen? — 44
    - cc) Was für Probleme gibt es? — 46
      - (1) Standardprobleme — 46
      - (2) Unbekannte Probleme — 47
      - (3) Aktuelle Probleme — 48
- IV. Klausurtaktik — 50
- V. Zusammengefasst — 51
- VI. Literaturhinweise — 52
- B. Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs als Einstiegsfrage in die verwaltungsrechtliche Klausur (Nikolas Eisentraut) — 52**
  - I. Aufdrängende Spezialzuweisung — 53
  - II. § 40 I 1 VwGO: Die Generalklausel — 54
    - 1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit — 55
      - a) Sonderrechtstheorie / Modifizierte Subjektstheorie — 55
        - aa) Ermächtigungsgrundlagen — 56
          - (1) Allgemeines Verwaltungsrecht — 56
          - (2) Polizei- und Ordnungsrecht — 57
          - (6) Versammlungsrecht — 57
          - (3) Bauordnungsrecht — 57
          - (4) Kommunalrecht — 58
          - (5) Verwaltungsvollstreckungsrecht — 58
        - bb) Anspruchsgrundlagen — 58
          - (1) Allgemeines Verwaltungsrecht (Ansprüche auf Unterlassung, Folgenbeseitigung, Erstattung und aus Verträgen) — 58
          - (2) Recht der Gefahrenabwehr — 61
          - (3) Ansprüche auf Erlaubnisse und Genehmigungen — 61
          - (3) Kommunalrecht (insbesondere auf Zugang zu kommunalen Einrichtungen und wirtschaftliche Betätigung) — 62
      - cc) Bereiche ohne normative Prägung (Subventionsverhältnisse, Hausverbote und Realakte) — 63
    - b) Subordinationstheorie — 64
    - c) Interessentheorie — 65
  - 2. Nicht-verfassungsrechtlicher Art — 65
  - 3. Keine abdrängende Sonderzuweisung — 66
    - a) Art. 23 EGGVG — 67
    - b) Abdrängende Sonderzuweisungen im Recht der staatlichen Ersatzleistungen — 67
    - c) Abdrängungen an besondere Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit — 67

III. Literaturhinweise — 67

**C. Die statthafte Klage- bzw. Antragsart: Ein erster Überblick über die Klage- und Antragsarten der VwGO (Nikolas Eisentraut) — 68**

I. Klagearten der VwGO — 68

II. Antragsarten der VwGO — 68

III. Die Stellschraube in der Klausur: Das klägerische Begehren — 69

1. Systematisierung der Klage- und Antragsarten der VwGO nach Begehren — 70

2. Der Sonderfall objektiver Klagehäufung, § 44 VwGO (Carola Creemers) — 72

IV. Der Handlungsformenbezug der Klagearten (Nikolas Eisentraut) — 73

1. Die Handlungsformen der Verwaltung — 73

a) Der Verwaltungsakt, §§ 35 ff. VwVfG — 75

b) Verträge — 75

c) Normsetzung durch die Verwaltung — 75

d) Schlichtes Verwaltungshandeln — 76

e) Plan und Planung — 76

f) Privatrechtliches Handeln der Verwaltung — 76

2. Auswirkungen auf die statthafte Klageart — 77

a) Verwaltungsaktbezogener Rechtsschutz — 77

b) Vertragsbezogener Rechtsschutz — 77

c) Normbezogener Rechtsschutz — 78

d) Tathandlungsbezogener Rechtsschutz — 78

e) Rechtsschutz bei „sonstigem“ Verwaltungshandeln — 79

V. Literaturhinweise — 79

## **A. Die gutachterliche Prüfung im Verwaltungsrecht (Björnstjern Baade)**

Die Auflösung einer Versammlung, die Entscheidung über den Flüchtlingsstatus und die Erteilung einer Baugenehmigung sind ebenso Gegenstand des Verwaltungsrechts wie der Betrieb einer Gaststätte, die zulässige Höhe der Emission von Industrieanlagen oder die Erteilung der Nutzungserlaubnis für eine Turnhalle an einen Sportverein. Gleich ob es um Gefahrenabwehr, öffentlich-rechtliche Wirtschaftsregulierung oder die Gewährung staatlicher Leistungen geht: Die gesellschaftliche Bedeutung des Verwaltungsrechts ist ebenso hoch wie die Wahrscheinlichkeit, einmal persönlich von ihm betroffen zu sein. Diese thematische Breite des Verwaltungsrechts spricht für seine Praxisrelevanz, macht es aber als Prüfungsgegenstand auch scheinbar unübersichtlich.

Examenswissen: Die Aufzählung ließe sich lange fortsetzen. Neben dem zum Pflichtfachstoff gehörenden (Überblick über den Pflichtfachstoff bei Rn. 15–18) und in diesem Lehrbuch vertieften Polizeirecht (s. einführend § 2 Rn. 1008 ff.), Baurecht (s. einführend § 2 Rn. 1227 ff.) und Kommunalrecht (s. einführend § 2 Rn. 1255 ff.) existieren das Straßen- und Straßenverkehrsrecht, Waffenrecht, Atomrecht, Wehrrecht, Apothekenrecht, Betäubungsmittelrecht, Schul- und Hochschulrecht, Abfallrecht, Energierecht und viele mehr. Sozial- und Steuerrecht sind ebenfalls

Verwaltungsrecht, enthalten aber viele Spezialregelungen, welche das allgemeine Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht modifizieren. Um die Vielzahl der Materien besser bewältigen zu können, hat die Rechtswissenschaft einzelne Rechtsgebiete zu Forschungsmaterien zusammengefasst, die sich über verschiedene, aber inhaltlich zusammenhängende Gesetze erstrecken, so beispielsweise das Umweltrecht (u. a. Immissionsschutzrecht, Abfallrecht, Gewässerschutzrecht) und das Öffentliche Wirtschaftsrecht (u. a. Gewerberecht, Subventions- und Beihilfenrecht, Vergaberecht).<sup>1</sup>

Um dieser Unübersichtlichkeit Herr zu werden, hat sich – abstrahiert von seinen besonderen Gegenständen – ein allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts herausgebildet. Darin werden die Rechtsprinzipien und -institute behandelt, die fachgebietsübergreifend Geltung beanspruchen (s. dazu Rn. 15 ff.).<sup>2</sup>

3 Den allgemeinen Grundsätzen, die in der Bearbeitung von Prüfungsarbeiten im Verwaltungsrecht zu beachten sind, kommt deshalb zentrale Bedeutung zu. Ihnen widmet sich dieser Abschnitt. Ziel ist es, **jene methodischen Fähigkeiten** und **jenes Wissen um Grundstrukturen** zu vermitteln, die **für die Bearbeitung aller verwaltungsrechtlichen Prüfungsaufgaben**, unabhängig vom konkreten (Teil-)Rechtsgebiet, erforderlich sind.

4 Eingangs werden die grundsätzliche Bedeutung und Funktion der gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen dargestellt (I.). Dies geschieht in aller Kürze. Das sollte jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Erwägungen zur juristischen Allgemeinbildung gehören und auch immer wieder zur Lösung konkreter verwaltungsrechtlicher Rechtsprobleme herangezogen werden, etwa in der Frage, ob eine *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren (dazu § 2 Rn. 347) zulässig ist.

5 Die Struktur verwaltungsrechtlicher Prüfungsfragen zeichnet sich dadurch aus, dass die materiellen (inhaltlichen) Fragestellungen oftmals durch prozessuale (Verfahrens-) Fragen ergänzt werden. Meist stellen sich die materiellen Fragen sogar nur *innerhalb* der prozessualen Fragen (weswegen man auch von prozessualer „Einkleidung“ spricht).<sup>3</sup> Dies stellt im universitären Studium und in der ersten juristischen Prüfung eine Besonderheit des Verwaltungsrechts gegenüber dem Zivil- und Strafrecht dar (II.).

6 Verwaltungsrechtliches **Wissen** ist eine **notwendige, aber keine hinreichende Bedingung** für die erfolgreiche Bearbeitung einer Klausur oder Hausarbeit. Dieses Wissen muss auch methodisch vertretbar in korrektem juristischem Sprachstil zur Beantwortung der Fallfrage eingesetzt werden (III.). Hierbei geht es

---

<sup>1</sup> Zu den in der Ausbildung gängigsten Materien des Verwaltungsrechts, s. etwa Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018.

<sup>2</sup> Schmidt-Aßmann, in: Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, Einleitung Rn. 2.

<sup>3</sup> Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 1 Rn. 3.

auch, aber nicht einmal primär, um Fachbegriffe und korrekte Zeichensetzung. Der juristische Sprachstil ist vor allem Denkstil, der eng mit dem Inhalt verflochten ist, insbesondere über die Frage der Schwerpunktsetzung. Juristisch zu denken und seine Gedanken entsprechend darstellen zu können, ist eine Fähigkeit, der nicht nur in Prüfungsarbeiten, sondern allgemein im juristischen Arbeiten wesentliche Bedeutung zukommt.

## I. Bedeutung und Funktion verwaltungsgerichtlicher Kontrolle

Die Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen durch unabhängige Gerichte ist ein unverzichtbarer Teil des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 III GG.<sup>4</sup> Die Verwaltungsgerichtsbarkeit übt diese Kontrolle über die Tätigkeit der Verwaltung aus, indem sie deren Handeln am Maßstab des Öffentlichen Rechts misst. Sie gibt dem Bürger die Möglichkeit, die Beachtung seiner Rechte durch die Verwaltung zu erzwingen, und stellt dadurch auch allgemein sicher, dass die Verwaltung im Rahmen ihrer gesetzlichen Befugnisse handelt.<sup>5</sup>

Das Verwaltungsprozessrecht dient nach heutigem Verständnis in erster Linie der Umsetzung von **Art. 19 IV 1 GG**: Gegen jede Handlung der öffentlichen Gewalt, die eine Person in ihren Rechten verletzt, muss **effektiver Rechtsschutz** zur Verfügung stehen.<sup>6</sup> Dieser ist von unabhängigen (Art. 92, 97 GG), gesetzlich vorbestimmten (Art. 101 GG) Richterinnen und Richtern zu gewährleisten, die dem Betroffenen rechtliches Gehör schenken (Art. 103 GG).<sup>7</sup> Eine Befangenheit der Richter kann gem. § 54 VwGO gerügt werden.

*Hausarbeitswissen: Die in § 1 VwGO verbürgte, unabhängige Verwaltungsgerichtsbarkeit ist eine historische Errungenschaft. Noch im 18. und 19. Jahrhundert war die rechtsförmige Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen vielfach weisungsabhängigen Beamten der Verwaltung selbst zugewiesen (sog. Administrativjustiz).<sup>8</sup> Ein Gesetz des Landes Baden aus dem Jahr 1863 schuf das erste „echte“, weil von der Verwaltung institutionell und personell getrennte Verwaltungsgericht der Neuzeit, den Verwaltungsgerichtshof Baden; weitere Länder folgten dem Beispiel.<sup>9</sup> Die Zeit des Nationalsozialismus war durch einen Abbau bestehender verwaltungsgerichtlicher Strukturen und deren Bedeutungsverlust gekennzeichnet; die Geheime Staatspolizei war gänzlich von verwal-*

<sup>4</sup> Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band II, 3. Aufl. 2004, § 26 Rn. 70 – 74.

<sup>5</sup> S. hierzu: Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 53.

<sup>6</sup> S. hierzu: Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 1 Rn. 18 – 21.

<sup>7</sup> Für einen kurzen Überblick s.: Decker, in: Wollf/Decker, VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, Vor §§ 15 – 18.

<sup>8</sup> S. zur historischen Entwicklung: Kronisch, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 2 – 8.

<sup>9</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 2 Rn. 9.

tingsgerichtlicher Kontrolle freigestellt.<sup>10</sup> Erste Ansätze einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in der DDR auf Länderebene wurden zusammen mit den Ländern 1952 beseitigt.<sup>11</sup>

10 Daraus dass die Hauptfunktion des Verwaltungsrechtsschutzes im **Individualrechtsschutz** liegt, folgt, dass man die Verwaltungsgerichte im Grundsatz nur zur Durchsetzung *eigener* subjektiver Rechte in Anspruch nehmen kann. Eine Popularklage (*actio popularis*) im Interesse der Allgemeinheit ist grundsätzlich ausgeschlossen. Dieser individualrechtsschützende Charakter des Verwaltungsrechts schlägt sich in besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen aller Klage- und Verfahrensarten nieder, z. B. in der Klagebefugnis nach § 42 II VwGO und dem Feststellungsinteresse des § 43 I VwGO.

11 *Hausarbeitswissen: Dieser allgemeine Grundsatz des Verwaltungsprozessrechts wird durch die sogenannten **Verbandsklagen** gelockert. So gibt z. B. § 64 Bundesnaturschutzgesetz anerkannten Naturschutzvereinigungen in bestimmten Fällen das Recht, vor den Verwaltungsgerichten zu klagen, auch ohne die Verletzung eigener Rechte geltend zu machen. Für das Umweltrecht haben die Verbandsklagerechte zudem nähere Ausgestaltung im Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) erfahren. Solche Verbandsklagen werden in der Regel nur geringe Prüfungsrelevanz haben (s. Rn. 18f.; s. näher zu den Verbandsklagen § 2 Rn. 285).*

12 Ob auch das Normenkontrollverfahren nach **§ 47 VwGO** (dazu ausführlich § 7) dem Individualrechtsschutz dient, ist umstritten. Die Begründetheitsprüfung lässt sich als objektive Rechtskontrolle verstehen, deren Ergebnis nicht von einer Verletzung subjektiver Rechte abhängt. Jedenfalls in der Zulässigkeit muss aber eine Verletzung subjektiver Rechte geltend gemacht werden (s. § 7 Rn. 36) und faktisch wird mit dem Normenkontrollverfahren Individualrechtsschutz angestrebt.<sup>12</sup>

13 Auch wenn Verwaltungsgerichte in erster Linie subjektiven Rechten der Betroffenen zur Geltung verhelfen, geht ihre faktische Bedeutung doch hierüber hinaus. Die gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns – und schon die bloße Existenz dieser Möglichkeit – führt dazu, dass die Verwaltung sich allgemein im Rahmen der Gesetze bewegt und ggf. hierzu gezwungen werden kann.<sup>13</sup>

---

10 Kronisch, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 11f.

11 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 2 Rn. 23. Umfassend zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Sommermann/Schaffarzik, Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Band 1–3, 2019.

12 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 19 Rn. 4, § 30 Rn. 1.

13 S. §§ 170, 172 VwGO sowie ggf. über § 167 VwGO die §§ 883 ff. ZPO. Die Grenzen dieser Fähigkeit der Verwaltungsgerichte, die Exekutive zu zwingen, werden gegenwärtig (im Jahr 2019) in

Dies stellt die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sicher, die Art. 20 III GG gebietet, aber letztlich auch im Demokratieprinzip des Art. 20 I, II GG wurzelt. Denn die Verwaltung hat nur im Rahmen demokratischer Gesetze zu handeln (**Vorrang des Gesetzes**) und darf jedenfalls in der Eingriffsverwaltung nicht ohne Gesetz handeln (**Vorbehalt des Gesetzes**) (dazu noch näher § 2 Rn. 554 ff.).<sup>14</sup> Trotz der individualrechtlichen Ausrichtung des Verwaltungsprozessrechts führt die Existenz und faktisch umfassende Nutzung einer effektiven Verwaltungsgerichtsbarkeit auch zu einer **objektiven Rechtskontrolle** im Allgemeininteresse.<sup>15</sup>

## II. Struktur verwaltungsrechtlicher Prüfungsarbeiten

Verwaltungsrechtliche Prüfungsarbeiten können viele verschiedene (Teil-) 14 Rechtsgebiete zum Gegenstand haben (1.). Doch unabhängig vom konkreten Rechtsgebiet verlangen verwaltungsrechtliche Prüfungsarbeiten stets, dass eine Rechtsfrage beantwortet wird. Traditionell wird diese Rechtsfrage anhand eines Sachverhalts aufgeworfen (2.). Dieser Sachverhalt beschreibt ein (meist fiktives) tatsächliches Geschehen (z. B.: „Der X wird von der Polizei körperlich durchsucht.“), zu dem eine oder mehrere juristische Fragen gestellt werden: die sogenannte Fallfrage (z. B.: „War die Durchsuchung rechtmäßig?“) (3.). Die verbreitetste Fallfrage ist jene nach dem Erfolg eines Antrags oder einer Klage vor Gericht (4.). Zur Beantwortung dieser und anderer Fallfragen ist wiederum die Beantwortung vieler weiterer Unterfragen rechtlich erforderlich. Um diese Fragenkomplexe einfacher zu erlernen und in der Klausur oder Hausarbeit parat zu haben, haben sich in der juristischen Ausbildung sogenannte Schemata eingebürgert, die diese Rechtsfragen systematisch zusammenstellen (5.).

### 1. Der Prüfungsgegenstand und die Prüfungsaufgabe

Das Verwaltungsrecht zeichnet sich durch eine besondere Vielfalt (oder schein- 15 bare Unübersichtlichkeit) aus. Dem begegnet die Lehre mit der typischen juristischen Aufteilung in einen allgemeinen und einen besonderen Teil. Aus diesen Teilen setzt sich der **Prüfungstoff** des Pflichtfachteils der ersten juristischen

---

rechtsstaatlich bedenklicher Weise ausgetestet: Michl, Hund sans scho, Verfassungsblog vom 27.8.2018, <https://verfassungsblog.de/hund-sans-scho/>.

<sup>14</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 181–184.

<sup>15</sup> Vgl. Krebs, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen, 1984, S. 59 f.

Prüfung zusammen, der landesrechtlich unterschiedlich geregelt, in weiten Teilen aber deckungsgleich ist.<sup>16</sup>

- 16 Das **allgemeine Verwaltungsrecht** umfasst die Grundstrukturen des Verwaltungshandelns (u. a. Wissen um Handlungsformen und Rechtmäßigkeitsmaßstäbe).<sup>17</sup> Das **allgemeine Verwaltungsprozessrecht** beinhaltet die Grundlagen der Rechtsbehelfe, die zur Verfügung stehen, um öffentlich-rechtliche Rechtspositionen zu schützen (den Widerspruch bei Behörden sowie Klagen und Anträge vor den Verwaltungsgerichten).<sup>18</sup> Grundwissen um das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, also das **Staatshaftungsrecht** (s. § 11), und **europarechtliche Bezüge** gehören ebenso zum Pflichtfachstoff.

---

**16** S. für **Berlin**: § 3 Abs. 4 Nr. 3 lit. b und c sowie Abs. 5 der Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristinnen und Juristen im Land Berlin vom 4. August 2003 (JAO Bln), GVBl. 2003, 298; für **Nordrhein-Westfalen**: § 11 II Nr. 12–14 Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst (JAG NRW); für **Niedersachsen**: § 16 III Nr. 2–4 Verordnung zum Niedersächsischen Gesetz zur Ausbildung der Juristinnen und Juristen vom 2. November 1993 (NJAVO), Nds. GVBl. 1993, 561; für **Sachsen**: § 14 III Nr. 5 lit. b und c, Nr. 6 Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen des Freistaates Sachsen (SächsJAPO); für **Hamburg**: § 1 III Nr. 2–4 Verordnung über die Prüfungsgegenstände der staatlichen Pflichtfachprüfung im Rahmen der ersten Prüfung vom 23. Dezember 2003 (PrüfVO HH); für **Sachsen-Anhalt**: § 14 II Nr. 5 lit. b Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Juristen vom 2. Oktober 2003 (JAPrVO LSA), GVBl. LSA 2003, 245; für **Baden-Württemberg**: § 8 II Nr. 9 und 10 Verordnung des Justizministeriums über die Ausbildung und Prüfung der Juristen vom 8. Oktober 2002 (JAPrO BW), GBl. 2002, 391; für **Hessen**: § 7 S. 1 Nr. 4 lit. d–f Gesetz über die juristische Ausbildung vom 01.04.2004 (JAG Hess), GVBl. I 2004 S. 158; für **Bayern**: § 18 II Nr. 5 lit. b und c Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen vom 13. Oktober 2003 (JAPO Bay), GVBl. Bay 2003, S. 758; für **Brandenburg**: § 3 IV Nr. 3 lit. b und c Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Juristen im Land Brandenburg vom 6. August 2003 (BbgJAO), GVBl.II/03, [Nr. 20], S. 438; für **Bremen**: § 5 I Nr. 3 lit. b und c Bremisches Gesetz über die Juristenausbildung und die erste juristische Prüfung (JAPG Brem); für das **Saarland**: § 8 II Nr. 5 lit. c und d Gesetz Nr. 1228 über die juristische Ausbildung vom 6. Juli 1988 (JAG Saar) i. d. F. der Bekanntmachung vom 12. Juni 2015, Amtsbl. I S. 402; für **Schleswig-Holstein**: § 3 V Nr. 3–5 Landesverordnung über die Ausbildung der Juristinnen und Juristen vom 15. Februar 2015 (JAVO SH), GS Schl.-H. II, Gl. Nr. 301–11–4; § 11 II Nr. 3 lit. b, c und e; für **Mecklenburg-Vorpommern**: Verordnung zur Ausführung des Juristenausbildungsgesetzes vom 16. Juni 2004 (JAPO M-V), GVOBl. M-V 2004, S. 281; für **Thüringen**: § 14 II Nr. 4 lit. b und c Thüringer Juristenausbildungs- und -prüfungsordnung vom 24. Februar 2004 (ThürJAPO), GVBl. 2004, 217; für **Rheinland-Pfalz**: Anlage I (C.) Juristische Ausbildungs- und Prüfungsordnung vom 23. Juli 2010 (JAPO RP), GVBl. 2010, S 249 ff.

**17** Besondere Verwaltungsverfahren, wie das Planfeststellungsverfahren, sind allerdings stets ausgenommen.

**18** Eine Besonderheit ist, dass Bayern das Widerspruchsverfahren vom Prüfungsstoff ausnimmt: § 18 II Nr. 5 lit. b JAPO Bay.

Examenswissen: Üblicherweise nicht vertieft werden **die formlosen Rechtsbehelfe**. Vom **Petitionsrecht** aus Art. 17 GG, mit dem man sich insbesondere an Parlamente wenden kann, der **Gegenvorstellung**, mit der man formlos um eine andere Entscheidung bitten kann, sowie der **Aufsichts- und Dienstaufsichtsbeschwerde**, mit denen man sich an die nächsthöhere Behörde bzw. den Vorgesetzten eines Amtswalters wenden kann, sollte man aber zumindest einmal gehört haben.<sup>19</sup> Allgemein heißt es wohlgerne, diese Rechtsbehelfe seien nicht nur formlos und fristlos, sondern auch (oft) fruchtlos.

Folgende Materien des **besonderen Verwaltungsrechts** sind in allen Ländern **18** Pflichtfachstoff: das Polizei- und Ordnungsrecht (inklusive des Versammlungsrechts), das Baurecht und das Kommunalrecht. Manche Bundesländer verlangen zusätzlich Grundzüge im öffentlichen Wirtschafts- und Umweltrecht<sup>20</sup> sowie im Straßenrecht.<sup>21</sup> Die genaue Schwerpunktsetzung (Grundkenntnisse / vertiefte Kenntnisse) und weitere Eingrenzungen können in Details variieren.<sup>22</sup>

Darüber hinaus können aber auch **Rechtsgebiete** zum Gegenstand einer **19** Prüfung gemacht werden, **die nicht zu diesem Pflichtfachstoff gehören**. Möglicher Prüfungsgegenstand kann im Prinzip das gesamte Verwaltungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Länder sein. Dann ist jedoch in einer Klausur kein Wissen um dieses besondere Rechtsgebiet (zur Rechtsprechung und Lehre) vorausgesetzt, sondern (nur) die Anwendung allgemeiner verwaltungsrechtlicher Kenntnisse und Fähigkeiten gefordert.<sup>23</sup> In einer Hausarbeit müsste man sich das besondere Wissen erarbeiten.

Dieser Prüfungsstoff wird in aller Regel nicht abstrakt abgeprüft. Prüfungs- **20** aufgabe ist fast durchgängig die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu einem konkreten Lebenssachverhalt. Die erfolgreiche Erstellung eines solchen verwaltungsrechtlichen Gutachtens erfordert **verwaltungsrechtliches Wissen** und die **Anwendung allgemeiner juristischer Fähigkeiten**. Das zweifellos erforderliche Fachwissen kann nur dann zu einer erfolgreichen Bearbeitung führen, wenn die

<sup>19</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 1 Rn. 45.

<sup>20</sup> § 1 III Nr. 3 PrüfVO HH; § 5 I Nr. 3 lit. c JAPG Brem; § 8 II Nr. 5 lit. d JAG Saar; § 3 V Nr. 4 lit. c JAVO SH.

<sup>21</sup> § 14 II Nr. 4 lit. c ThürJAPO.

<sup>22</sup> Wobei der Wert dieser Konkretisierung, auch in der prüfungsrechtlichen Spruchpraxis, wohl insgesamt unbefriedigend ist: Brockmann/Schmidt, ZDRW 2017, 83.

<sup>23</sup> § 3 III JAO Bln; § 16 IV NJAVO; § 11 I JAG NRW; § 14 V SächsJAPO; § 2 II PrüfVO HH; § 13 II JAPrVO LSA; § 8 V JAPrO BW; § 18 I 2 JAPO Bay; § 3 III BbgJAO; § 5 II 2 JAPG Brem; § 8 I 2 JAG Saar; § 3 I 2 JAVO SH; § 14 I 2 ThürJAPO, § 11 V JAPO M-V; § 1 I 2 JAPO RP. Allein Hessen scheint eine solche Klausel zu fehlen. Allerdings ist die Prüfung unbekannter Normen letztlich eine Prüfung des Verständnisses des allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts, welches zum Pflichtfachstoff gehört.

methodischen Fähigkeiten hierfür vorhanden sind.<sup>24</sup> Der allgemeinen juristischen Methodik des Rechtsgutachtens wird im Folgenden daher besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Denn auch wenn es sich vielfach um allgemeine juristische Fähigkeiten handelt, finden diese im Verwaltungsrecht teilweise eine besondere Ausprägung.

21 Das Verfassen eines Rechtsgutachtens, nur mit Sachverhalt und Gesetz ausgestattet, ist eine äußerst komplexe Tätigkeit, die auch, aber bei Weitem nicht nur, eine Wissenswiedergabe darstellt. In ganz erheblichem Umfang sind Transferleistungen und normative Bewertungen gefordert. Das Wissen und die Fähigkeiten, die es hierzu im Laufe des juristischen Studiums zu erlernen gilt, lassen sich nicht durch das einmalige Lesen eines auch noch so hilfreichen Lehrbuchs aneignen.<sup>25</sup> Auch das Nachvollziehen der Musterlösung eines Falls (in entsprechenden Falllösungssammlungen,<sup>26</sup> Vorlesungen oder in Kleingruppenkursen) ist – so sinnvoll es ist – für sich genommen unzureichend. Es macht einen erheblichen qualitativen Unterschied, ob man eine fertige Lösung versteht oder selbst eine Lösung erstellt. **Wer eine Fähigkeit erlernen will, muss diese selbst üben** – und nicht nur darüber lesen, wie jemand anderes sie anwendet. Niemand würde auf die Idee kommen, nur aus einem Buch das Fußballspielen zu lernen. Von angebotenen Übungsmöglichkeiten, insbesondere Probeklausuren, sollte entsprechend umfassend Gebrauch gemacht werden. In Studiengruppen oder allein lassen sich ggf. weitere Übungsmöglichkeiten schaffen.<sup>27</sup> Jeder Fehler, der in einer Übungssituation geschieht und anschließend reflektiert und korrigiert wird, wird im „Ernstfall“ wahrscheinlich nicht gemacht.

22 Examenswissen: Die Lösung einer Prüfungsaufgabe weist – richtig verstanden – große Schnittmengen mit der Lösung eines realen Falls auf, also z. B. der realen Entscheidungsfindung eines Verwaltungsgerichts. Es bestehen aber natürlich ebenso viele **Unterschiede zur Praxis**, die dem Charakter einer Prüfungsarbeit geschuldet sind. Im Folgenden wird angesichts der Zielsetzung eines Lehrbuchs, das auf Klausuren und Hausarbeiten vorbereiten soll, schwerpunktmäßig die Bearbeitung von Prüfungsarbeiten behandelt. Auch auf die sogenannte Klausurtaktik (Erwä-

---

24 Teubner, Die Examens- und Übungsklausur im Bürgerlichen Recht, Strafrecht und Öffentlichem Recht, einschließlich der Verfahrensrechte, 4. Aufl. 1995, S. V–IX.

25 Vgl. Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 8.

26 Z. B. frei online verfügbar: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020; [www.hauptstadtfaelle.de/](http://www.hauptstadtfaelle.de/); [www.saarheim.de/](http://www.saarheim.de/); aber auch gedruckt: Ebenfalls Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020; sowie Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016; Heyen u. a., 40 Klausuren aus dem Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2017.

27 S. zur Selbstorganisation: Deppner u. a., Examen ohne Repetitor, 4. Aufl. 2017. Eine große Zahl an Klausuren verschiedener Schwierigkeitsgrade samt Lösungen lässt sich über den **Klausurfinder** der Ausbildungszeitschrift JuS erreichen: <https://rsw.beck.de/zeitschriften/jus/klausurfinder>. Die (kostenpflichtige) Zeitschrift müsste an allen Fakultäten vorhanden sein.

gungen, die ausschließlich auf den kurzfristigen Erfolg in der zu bewältigenden Prüfungsaufgabe gerichtet sind) wird eingegangen werden. Wann und warum Unterschiede zwischen Prüfung und Praxis bestehen, wird an den entsprechenden Stellen erläutert.

## 2. Der Sachverhalt

Bis zur ersten juristischen Prüfung wird in der Prüfungspraxis ein fester **Lebenssachverhalt** vorgegeben, der rechtlich zu beurteilen ist. Eine Würdigung von Beweismitteln ist (in aller Regel) erst in der zweiten juristischen Staatsprüfung gefordert. Dies vereinfacht die Aufgabe zunächst, zieht aber auch Probleme eigener Art nach sich. Denn das Lesen des Sachverhalts einer Prüfungsarbeit folgt gewissen Konventionen.<sup>28</sup>

Examenswissen: Es bietet sich an, Stellen im Sachverhalt, die man für rechtlich relevant erachtet, beim Lesen zu kennzeichnen. Es kann auch stärker ausdifferenziert werden, indem verschiedene Farben oder Zeichen verwendet werden. Insbesondere tatsächliche Vorgänge und Rechtsbehauptungen der Beteiligten sind zu unterscheiden. Wenn mehrere Datumsangaben oder eine Reihe von Handlungen relevant sind, kann es auch sinnvoll sein, einen Zeitstrahl anzulegen, um einen Überblick zu erlangen. Letztlich kommt es aber darauf an, eine Arbeitsweise zu finden, mit der man den Sachverhalt persönlich am besten auswerten kann.<sup>29</sup>

Alles, was der „**allwissende Erzähler**“ des Sachverhalts im Indikativ äußert, ist als zutreffend zu unterstellen und ist **nicht zu hinterfragen**. Dies gilt sowohl für tatsächliche als auch für rechtliche Aspekte:

*Beispiel: „X kam gerade von einem Jogging-Ausflug.“ / „X wusste nicht, dass dies verboten war.“ / „Am 3.5.2019 erließ das zuständige Forstamt folgenden Bescheid.“*

Im letzteren Beispiel ist im Gutachten entsprechend nur ein Satz zur Zuständigkeit der Behörde angezeigt, der z. B. wie folgt lauten kann: „Den Bescheid erließ das zuständige Forstamt.“ Dieser Hinweis könnte auch im Bearbeitervermerk stehen. Die Zuständigkeit der Behörde ist dann nicht selbst zu prüfen, sondern zu unterstellen (s. z. B. Fall 1 und Fall 2 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020, § 2 Rn. 20 und Rn. 65).

<sup>28</sup> S. hierzu: Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 74–106.

<sup>29</sup> Für einen Vorschlag s.: Pense/Lüdde, Methodik der Fallbearbeitung im Studium und Examen, 3. Aufl. 2018, S. 8–11.

- 26 Examenswissen: Ob im Gutachten explizite **Verweise auf den Sachverhalt oder Bearbeitervermerk** sinnvoll sind, ist umstritten.<sup>30</sup> Streng genommen sind sie nicht notwendig. Korrektoren haben den Sachverhalt und den Bearbeitervermerk gelesen und es gibt nur den Sachverhalt, aus dem die Tatsachen stammen können. Auch wer derartige Verweise für überflüssig hält, wird sie aber nicht als falsch bewerten. Jedenfalls dann, wenn der Sachverhalt bestimmte rechtliche Aspekte „fingiert“ (wie im vorigen Absatz die Zuständigkeit der Behörde) macht der Verweis Sinn. In diesem Fall gibt man zu verstehen, dass man den Punkt bewusst nur deshalb nicht weiter vertieft, z. B.: „Den Bescheid erließ laut Sachverhalt das zuständige Forstamt.“ Auf keinen Fall darf der Punkt vollständig weggelassen werden. Man muss weiter zeigen, dass der Prüfungsaufbau beherrscht wird.
- 27 Von Feststellungen des allwissenden Erzählers zu unterscheiden sind alle Aussagen, rechtlicher und tatsächlicher Art, die **Charaktere und Institutionen im Sachverhalt** äußern. Dies geschieht oft im Konjunktiv, aber auch in direkter Rede. Den Beteiligten werden so regelmäßig Aspekte des Sachverhalts oder Argumente in den Mund gelegt, die es zu verwerfen gilt. Zweck hiervon ist es, die Bearbeiter zu einer bestimmten Schwerpunktsetzung anzuhalten (s. hierzu Rn. 123 ff.). Es handelt sich letztlich um **Hinweise** darauf, **wo die Probleme** der Prüfungsaufgabe **zu suchen sind**. Solche Aussagen können und **müssen hinterfragt werden**:

*Beispiel: „X ist der Auffassung, es sei völlig unklar, was der Bescheid von ihm verlange.“ (Verwaltungsakt bestimmt genug, § 37 I VwVfG? S. zu dieser Frage § 2 Rn. 706) / „Das Bezirksamt lehnt die Erteilung einer Gaststättenerlaubnis ab. X sei unzuverlässig. Immerhin trinke er jedes Wochenende.“ (Ist X „dem Trunke ergeben“, § 4 I 1 Nr. 1 GastG?)*

Examenswissen: Wenn die (Tatsachen-) Behauptung eines Charakters vom allwissenden Erzähler mit einem Einschub wie „– was zutrifft –“ kommentiert wird, ist diese Tatsache natürlich ebenfalls als zutreffend zu unterstellen.<sup>31</sup> Anderes mag dann aber für die rechtliche Bewertung dieser Tatsache gelten.

- 28 Wird die Aussage eines Charakters oder einer Institution im Sachverhalt in **direkter Rede** (wörtlich) wiedergegeben, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass die gewählte Formulierung **auszulegen** ist oder anderweitig rechtliche Relevanz hat. Wenn eine Rechtsbehelfsbelehrung im Wortlaut abgedruckt wird, ist aller Wahrscheinlichkeit nach zu prüfen, ob diese vollständig und richtig ist (§ 58 II VwGO, s. § 2 Rn. 368 f.). Insbesondere Aussagen juristischer Laien im Sachverhalt sind oft juristisch einzuordnen bzw. richtigzustellen, auch und gerade dann, wenn Fachbegriffe falsch verwandt werden:

<sup>30</sup> Kategorisch dagegen etwa: Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 384.

<sup>31</sup> Reimer, ZJS 2012, 623 (624).

*Beispiel: „X erhebt Klage und beantragt, ... die Abrissverfügung ‚zurückzunehmen‘ / ... den Abriss zu ‚stoppen‘.“ (Jeweils Auslegung des klägerischen Begehrens erforderlich, § 88 VwGO: Anfechtungsklage/vorläufiger Rechtsschutz? S. Rn. 225ff.)*

Man muss sich darüber im Klaren sein, dass es sich um eine Prüfungsarbeit und nicht einen realen Sachverhalt handelt – auch dann, wenn ein realer Fall Vorbild ist.<sup>32</sup> **Zweck der Bearbeitung einer Prüfungsaufgabe** ist *nicht* die Entscheidung eines realen Falls. Natürlich soll geprüft werden, ob man die notwendigen Fähigkeiten erlernt hat, um reale Fälle juristisch beurteilen zu können. Es soll abgeprüft werden, inwiefern Methodik beherrscht wird und Fachwissen vorhanden ist. Aus dem Format der Prüfung folgen aber Besonderheiten, die man sich bewusst machen sollte.

**Alle Sachverhaltsangaben**, die juristisch relevant sind, sind auch zu **verwerten**.<sup>33</sup> Zwar kommen auch in Prüfungssachverhalten durchaus Angaben vor, die nur „**Kolorit**“ ohne juristische Bedeutung sind (z. B.: „Die X stellt ihr Motorrad – eine *Suzuki Hayabusa 1300* – direkt vor dem Halteverbotschild ab.“).<sup>34</sup> Solche Ausschmückungen werden jedoch – anders als ggf. bei einem realen Mandantengespräch – die Ausnahme sein. Der Sachverhalt ist dazu entworfen, eine juristische Prüfungsaufgabe zu sein. Es ist also davon auszugehen, dass alle Angaben im Sachverhalt an irgendeiner Stelle des Gutachtens eine Bedeutung haben. Dies gilt z. B. für Datumsangaben, bei denen stets an Fristen zu denken ist (s. § 2 Rn. 361).

Examenswissen: Wenn im Sachverhalt **mehrere ähnliche, aber nicht identische Handlungen** dargestellt sind, wird dieser Unterschied in einer Klausur oftmals ein rechtlich relevanter sein. Anders als ggf. in der Realität sollte hier nicht ohne weiteres von einem zufälligen und bedeutungslosen Unterschied ausgegangen werden. Diesen Unterschied und seine rechtliche Relevanz zu erkennen kann wesentlicher Teil der Prüfungsaufgabe sein. Gleiches gilt, wenn **mehrere Personen** sich gegen ähnliche oder gleiche Maßnahmen wehren:

*Beispiel: „Der Polizeibeamte durchsucht, ohne vorige Aufforderung, den Rucksack des X. So dann verkündet er dem X, dass er nun seine Kleidung durchsuchen werde und er dies zu dulden habe.“ (Realakt/Verwaltungsakt? Andere Rechtsgrundlage? S. § 2 Rn. 71) / X erhebt Klage gegen die Sicherstellung seines Rucksacks. Sein guter Freund Y, der bei der Durchsuchung dabei war, ist empört und erhebt ebenfalls Klage gegen die Sicherstellung des Rucksacks des X. (Klagebefugnis? S. § 2 Rn. 281ff.)*

<sup>32</sup> Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 54.

<sup>33</sup> Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 40.

<sup>34</sup> Reimer, ZJS 2012, 623 (624).

- 32 Der Sachverhalt ist so hinzunehmen, wie er vorgegeben wird. Es ist nichts hinzuzudichten, etwa um eine bestimmte Argumentation zu ermöglichen (sog. „**Sachverhaltsquetsche**“). Man darf nicht in Versuchung kommen, den Sachverhalt zu einem Fall, der einem zufällig bekannt ist, oder in Richtung eines bestimmten Ergebnisses „hinzubiegen“. Einzig erlaubt ist die sog. „**lebensnahe Auslegung**“. Hiermit sind Tatsachen gemeint, die zwar nicht ausdrücklich im Sachverhalt angegeben sind, sich aber doch (fast) zwingend aus den expliziten Angaben ergeben.<sup>35</sup>
- 33 Examenswissen: Die Grenze ist wohlgermerkt fließend. Bei Sachverhaltsauslegungen, die sich nicht zwingend logisch ergeben, ist tendenziell Zurückhaltung angezeigt. Was nicht im Sachverhalt angegeben ist, ist im Zweifel nicht passiert. Dies gilt vor allem für zentrale Punkte, welche die **materielle Beurteilung** des Falls betreffen. Wenn etwa die gaststättenrechtliche Zuverlässigkeit einer Person zu prüfen ist (§ 4 GastG), wäre es falsch, ihr Straftaten zu unterstellen, von denen im Sachverhalt nichts steht.

Allein bei **formalen Voraussetzungen**, in der Zulässigkeit und bei behördlichen Verfahrensschritten, wird hiervon eher eine Ausnahme gemacht. Wenn hierzu im Sachverhalt nichts weiter angegeben ist, ist z. B. davon auszugehen, dass Frist- und Formerfordernisse eingehalten wurden oder noch eingehalten werden können.<sup>36</sup> Wenn besondere Hinweise fehlen, wird eher von einer Anhörung (§ 28 VwVfG) und Begründung des Verwaltungsakts (§ 39 VwVfG) auszugehen sein.<sup>37</sup> Wenn X am frühen Abend vor seinem Wohnhaus von einem Sondereinsatzkommando in Gewahrsam genommen wird, darf auch dann davon ausgegangen werden, dass dies Nachbarn wahrgenommen haben (und daher ein Rehabilitationsinteresse besteht, § 113 I 4 VwGO), wenn hierzu ausdrücklich nichts im Sachverhalt steht. Dies gilt aber keinesfalls für ein **Vorverfahren** (§ 68 VwGO).<sup>38</sup> Dieses ist so zentral und wesentlich für den Rechtsschutz, dass es nicht unterstellt werden kann. In einer anwaltlichen Klausur (s. näher Rn. 37) wäre entsprechend die Erhebung eines Widerspruchs zu prüfen – nicht eine Anfechtungsklage, in der die erfolglose Durchführung des Widerspruchsverfahrens unterstellt wird.

### 3. Die Fallfrage

- 34 In Klausuren und Hausarbeiten, die eine Falllösung verlangen, wird die zu beantwortende (Haupt-) Rechtsfrage in einer sogenannten Fallfrage formuliert.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 96.

<sup>36</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 814.

<sup>37</sup> Ebenso, aber mit Hinweis auf eine unterschiedliche Handhabung: Reimer, ZJS 2012, 623 (624).

<sup>38</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 776.

<sup>39</sup> Lagodny, Juristisches Begründen, 2013, S. 68f. **Abstrakte Wissens- oder Essayfragen** sind die absolute Ausnahme. Sie können in den ersten Semestern, im Schwerpunktbereich oder ergänzend zu einer Falllösung gefordert sein. Die Erstellung einer **thematischen Hausarbeit** unterscheidet sich ebenfalls erheblich von einer Falllösung. Solche Hausarbeiten sind im juristi-

Diese Fallfrage steht üblicherweise am Ende des Sachverhalts, aber vor dem (meist ausdrücklich so bezeichneten) Bearbeitervermerk. Mit der Fallfrage beabsichtigt die Klausurstellerin, bestimmtes Wissen und bestimmte Fähigkeiten abzufragen. In Fallbearbeitungsklausuren und -hausarbeiten ist dieses Wissen jedoch nicht abstrakt darzustellen, sondern praktisch auf den geschilderten Lebenssachverhalt anzuwenden.<sup>40</sup> Der **erste Satz** der Klausur oder Hausarbeit **greift immer die Fallfrage aus dem Sachverhalt auf**. Zu beantworten ist immer (und nur!) die Frage, die auch tatsächlich gestellt wurde. Dies ist banal – wird aber im Eifer der Klausursituation gern nicht beachtet.<sup>41</sup>

Fallfragen existieren in unterschiedlichen Formen. Es kann nur nach der **Rechtmäßigkeit** einer bestimmten behördlichen Maßnahme gefragt sein („War die Abrissverfügung rechtmäßig?“). Üblicher sind im Verwaltungsrecht – im Gegensatz zum Zivil- und Strafrecht – jedoch Fallfragen, die solche materiellen Rechtsfragen („War das Verwaltungshandeln rechtmäßig?“) prozessual „einkleiden“.<sup>42</sup> Meist wird nach dem „**Erfolg**“ bzw. (ohne Unterschied in der Sache) nach den „**Erfolgsaussichten**“ **eines Rechtsbehelfs** gefragt.<sup>43</sup> Dies kann ein Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, aber auch ein Widerspruch im behördlichen Verwaltungsverfahren sein. Mit dem „Erfolg“ ist stets eine für den Antragsteller, die Klägerin oder den Widerspruchsführer positive Entscheidung gemeint, die dann zu erwarten ist, wenn Antrag, Klage oder Widerspruch zulässig und begründet sind.

Examenswissen: Wenn nicht nach dem Erfolg, sondern nach der „**Entscheidung**“ eines Gerichts bzw. einer Behörde gefragt ist, bietet es sich an (und wird gegebenenfalls erwartet), diese Entscheidung abschließend auch kurz und richtig zu formulieren, z.B.: „Die Klage/der Antrag/der Widerspruch ist zulässig und begründet. Das Verwaltungsgericht/die Behörde wird ihr/ihm

---

schen Studium die Ausnahme. Die Studienabschlussarbeiten, die in die universitäre Examensnote einfließen, machen diese Ausnahme wohlgemerkt zu einer wichtigen. S. zu den Anforderungen: Lahnsteiner, JURA 2011, 580; Schimmel/Basak/Reiß, Juristische Themenarbeiten, 3. Aufl. 2017.

**40** S. näher zur Fallfrage: Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 40 – 73.

**41** Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 40 – 48.

**42** Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 579.

**43** Der Hinweis, dass eine zulässige und begründete Klage nicht „Aussicht“ auf Erfolg hat, sondern Erfolg, ist formal richtig, s. etwa: Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 118. Dennoch findet sich die Formulierung auch in Fallfragen und ist sicherlich nicht als falsch zu bewerten. Gerade bei anwaltlichen Fragestellungen drängt sich dies auf, da das Gericht dem angefertigten Gutachten nicht folgen muss.

*stattgeben.*“ Oder: „Die Klage ist zulässig, aber unbegründet. Das Verwaltungsgericht wird sie *abweisen.*“ Anträge werden *abgelehnt*, Widersprüche *zurückgewiesen.*<sup>44</sup>

37 Neben Fallfragen, die direkt nach einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung fragen, kommen (auch schon in der ersten juristischen Prüfung) **anwaltliche Fragestellungen** vor.<sup>45</sup> Diese verlangen es, sich in die Situation einer anwaltlichen Beratung zu versetzen („X kommt am 1.2.2019 zu Ihnen ins Büro und bittet um Rat. Er möchte wissen, ob er gegen die Versagung der Gaststättenerlaubnis vorgehen soll.“). Auch hier wird in aller Regel nach den Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs oder der Rechtmäßigkeit einer behördlichen Maßnahme gefragt sein.<sup>46</sup> Denn hiervon hängt ab, was dem Mandanten zu raten wäre. Man muss aber auch hier stets von der gestellten Fallfrage ausgehen (z. B.: „X sollte gegen die Versagung der Gaststättenerlaubnis vorgehen, wenn dies erfolgsversprechend ist. Das Vorgehen ist erfolgsversprechend, wenn X ein zulässiger und begründeter Rechtsbehelf zur Verfügung steht.“).

38 Eine Besonderheit anwaltlicher Fragestellungen ist es, dass in dieser Prüfung auch verschiedene Handlungsoptionen auszuloten sein können. Dies kann die besondere Schwierigkeit der Aufgabenstellung begründen, da hierfür nicht nur vereinzelt Wissen, sondern systematischer Überblick erforderlich ist. Es können z. B. verschiedene Rechtsbehelfe in Frage kommen; u. U. kann neben der Klage in der Hauptsache auch vorläufiger Rechtsschutz geboten sein. Aber auch praktische und wirtschaftliche Erwägungen können anzustellen sein. Wenn der Mandant am Tag des Fristablaufs zur Anwältin kommt, bietet es sich an, die Klage per Fax zu erheben.<sup>47</sup> Wenn der Kläger im Sachverhalt sein primäres Rechtsschutzziel schon erreicht hat (z. B. wurde die beantragte Gaststättenerlaubnis letztlich doch erteilt), wäre an finanzielle Schäden zu denken, die diese Verzögerung verursacht hat, und an eine Fortsetzungsfeststellungsklage mit Blick auf die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs. Die Möglichkeiten sind vielfältig. Abschließend ist dem **Mandanten** ein bestimmtes **Vorgehen** zu **empfehlen**, das in seinem Interesse liegt. In aller Regel wird dem Mandanten zu raten sein, ob der gerade geprüfte Rechtsbehelf eingelegt werden sollte. Folgendes Schema bietet sich regelmäßig an:

- A. Vorüberlegungen
- B. Zulässigkeit
- C. Begründetheit
- D. Ergebnis [inkl. Rat an den Mandanten]

39 *Hausarbeitswissen: Eher in der zweiten Staatsprüfung treten in anwaltlichen Prüfungsaufgaben außerdem Erwägungen hinsichtlich der **Kosten** hinzu, z. B. die Rücknahme einer bereits erhobenen Klage aus Kostengründen, sollte sie unzulässig oder unbegründet sein, § 92 VwGO. War die Anwältin schon im Vorverfahren für den Mandanten tätig, kann es angezeigt sein, die Erklärung der Notwendigkeit ihrer Hinzuziehung zu beantragen, § 162 II VwGO.*

40 Unbedingt im Zusammenhang mit der Fallfrage zu lesen ist ein etwaiger „**Bearbeitervermerk**“. Dieser steht meist nach dem Sachverhalt, ggf. auch erst nach Normen, die mit abgedruckt wurden. Ein Bearbeitervermerk kann die Auf-

<sup>44</sup> Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 35.

<sup>45</sup> S. hierzu: Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 64.

<sup>46</sup> Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 25.

<sup>47</sup> Was trotz des Schriftformerfordernisses des § 81 VwGO möglich ist: Rn. 55.

gabenstellung eingrenzen, indem er bestimmte Punkte von der Prüfung ausnimmt, z.B. die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsgrundlage unterstellt, bestimmte Rechtsgebiete oder Normen ausschließt oder weitere Angaben zum Sachverhalt macht. Der Bearbeitervermerk kann so auch Hinweise auf die Probleme des Falls enthalten.

Ein sehr üblicher Bearbeitervermerk ist der Hinweis, dass **„alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen, ggf. hilfsgutachterlich, zu beantworten“** sind. Welche Rechtsfragen beziehungsweise „Probleme“ hiermit gemeint sind, wird in Rn. 130 ff. näher behandelt. Wann und wie ein Hilfsgutachten anzufertigen ist wird in den Rn. 137–139 angesprochen.

#### 4. Der Erfolg eines Rechtsbehelfs

Eine verwaltungsrechtliche Prüfungsarbeit wird in aller Regel nach dem Erfolg eines Rechtsbehelfs fragen. In Betracht kommen vor allem eine Klage oder ein Antrag vor Gericht oder ein Widerspruch bei einer Behörde. Stets sind Zulässigkeit (Rn. 47 ff.) und Begründetheit (Rn. 57 ff.) des Rechtsbehelfs zu prüfen. Von einer solchen Unterteilung geht auch die VwGO aus, etwa in §§ 42 II, 72, 111. Manche Punkte sind auf einer Zwischenebene anzusprechen (Rn. 63 ff.).

Examenswissen: **Rechtsbehelf** ist der Oberbegriff für alle Verfahren, die die Rechtsordnung bereithält, um gegen eine staatliche Handlung vorzugehen bzw. eine bestimmte staatliche Handlung zu erwirken. **Rechtsmittel** sind nur die Rechtsbehelfe, die sich gegen Gerichtsentscheidungen richten, einen Suspensiveffekt haben (die angegriffene Entscheidung entfaltet noch keine Wirkung)<sup>48</sup> sowie einen Devolutiveffekt haben (die Entscheidung über den Rechtsbehelf trifft eine höhere Instanz). Nur folgende Rechtsbehelfe der VwGO sind daher Rechtsmittel: die Berufung, die Revision und die Beschwerde.<sup>49</sup> Alle anderen Verfahren sind Rechtsbehelfe, insbesondere auch die erstinstanzliche Klage und der Widerspruch.<sup>50</sup>

Die Prüfung des Erfolgs einer **verwaltungsgerichtlichen Klage**, insbesondere der Anfechtungsklage, kann als **Regelfall** angesehen werden. Dieser wird auch meist zuerst gelehrt und gelernt.

<sup>48</sup> Worin der Suspensiveffekt genau liegt ist umstritten: Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 32 Rn. 2–4. Der Streit ist von rein akademischer Bedeutung.

<sup>49</sup> Das Rechtsmittelrecht ist üblicherweise nicht Gegenstand der ersten juristischen Staatsprüfung. Sich einmal einen kurzen Überblick zu verschaffen, kann aber nicht schaden. Dieser Überblick gehört zur juristischen Allgemeinbildung: Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, §§ 40–43.

<sup>50</sup> Diese richten sich jeweils gegen eine behördliche Entscheidung. Statt aller: Kluckert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 58 Rn. 16 f.

Für den Widerspruch nach § 68 VwGO oder Anträge im Eilrechtsschutz nach § 80 V oder § 123 I VwGO gilt eine ähnliche Grundstruktur in der Prüfung. Dass die Grundstruktur vergleichbar ist, darf aber nicht über bestehende Unterschiede hinwegtäuschen. Denn im Rahmen dieser Grundstruktur sind andere Normen anzuwenden, die auch zu anderen rechtlichen Ergebnissen führen können.

- 45 Examenswissen: Wichtig ist es in diesem Zusammenhang auch, auf die **unterschiedliche Fachterminologie** zu achten:<sup>51</sup> Wird Widerspruch „erhoben“ (§ 69 VwGO) oder ein „Antrag“ (§§ 80 V, 123 VwGO) im vorläufigen Rechtsschutz gestellt, ist nicht von einer „Klage“ zu sprechen, sondern (allgemeiner) von einem „Verfahren“. Die Entscheidung, die das Gericht am Ende einer Klage trifft, ist in der Regel ein *Urteil* (§ 107 VwGO),<sup>52</sup> am Ende eines Verfahrens ergeht ein *Beschluss* (s. z. B. § 80 VII VwGO).<sup>53</sup> Gleiches gilt für den Sonderfall des *Normenkontrollverfahrens* nach § 47 VwGO, das mit einem Antrag eingeleitet wird, es aber dem Gericht überlässt, ob es durch Urteil oder Beschluss entscheidet (Abs. 5).<sup>54</sup>
- 46 **Aufbaufragen**, welche die Gliederung oder den Standort einer Rechtsfrage innerhalb der Gliederung betreffen, werden in der Klausur oder Hausarbeit nicht kommentiert und nicht begründet.<sup>55</sup> Z. B. ist umstritten, ob § 78 VwGO (richtiger Klagegegner, s. dazu § 2 Rn. 409 ff.) eine Zulässigkeitsvoraussetzung oder Teil der Begründetheit ist. In der Klausur ist die Norm an einer dieser Stellen anzusprechen, ohne auf diesen Streit einzugehen oder auch nur hinzuweisen.

### a) Die Zulässigkeit

- 47 Bevor ein Verwaltungsgericht oder eine Behörde über einen Rechtsbehelf *in der Sache* (d. h. inhaltlich / materiell) entscheiden kann, muss es oder sie feststellen, dass der Rechtsbehelf zulässig ist. Die Zulässigkeit stellt eine **formelle Vorprüfung** dar, ob die rechtlichen Voraussetzungen für ein Tätigwerden des Gerichts oder der Behörde gegeben sind. Diese Vorprüfung dient einerseits rechtsstaatlichen Erfordernissen: Es darf nur das zuständige Gericht (im Widerspruchsverfahren: die zuständige Behörde) zur Sache entscheiden. Die Vorprüfung dient aber auch der Verfahrensökonomie: Das Gericht muss sich nicht mit

51 Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 32.–34.

52 Die nach § 84 VwGO bestehende Möglichkeit, in einfachen Fällen durch Gerichtsbescheid zu entscheiden, ist erst in der zweiten juristischen Staatsprüfung relevant.

53 Ein wesentlicher Unterschied ist, dass Beschlüssen in der Regel keine mündliche Verhandlung vorausgehen muss, § 101 Abs. 3 VwGO.

54 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 30 Rn. 1.

55 Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 41; Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 369.

schwierigen materiellen Rechtsfragen auseinandersetzen, wenn die Klage verfristet ist.

Examenswissen: Ob als **Überschrift der Zulässigkeitsprüfung** „A. Zulässigkeit“ oder „A. Sachentscheidungsvoraussetzungen“ zu wählen ist, ist **umstritten**. Vertretbar ist beides. Sie müssen sich (ohne zu erklären, warum)<sup>56</sup> für eine Variante entscheiden. Verständnis für den Hintergrund der Differenzierung ist dennoch hilfreich, jedenfalls für die mündliche Prüfung. **48**

Das Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung führt nicht in jedem Fall zur Abweisung der Klage als unzulässig. Für die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des verwaltungsgerichtlichen Rechtswegs (dazu noch Rn. 162 ff.) sowie der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Gerichts (dazu noch § 2 Rn. 462 ff.) gelten Sonderregeln: Sollte der Rechtsweg nicht gegeben sein, wird die Klage gem. § 17a II GVG, § 173 VwGO an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verwiesen. Gleiches gilt gem. § 83 VwGO, falls das sachlich oder örtlich unzuständige Gericht angerufen wurde. **49**

Da das Fehlen einer dieser Voraussetzungen also nur dazu führt, dass das angerufene Gericht nicht selbst in der Sache (zur Begründetheit) entscheiden darf, wählen manche Autoren die Überschrift „Sachentscheidungs-“ oder „Sachurteilsvoraussetzungen“. Da die Klage vom angerufenen Verwaltungsgericht aber auch nicht für „zulässig“ erklärt werden darf, wenn eine dieser Voraussetzungen fehlt, ist „Zulässigkeit“ ebenso eine vertretbare Überschrift.<sup>57</sup> Ebenfalls vertretbar, aber eher unüblich, ist eine Dreiteilung: A. Rechtsweg, B. Zulässigkeit, C. Begründetheit.<sup>58</sup>

Die **Zulässigkeitsprüfung beschränkt die Entscheidungsbefugnis** von Gericht und Behörde. So darf nur das örtlich und sachlich zuständige Gericht des richtigen Rechtswegs in der Sache entscheiden. Selbst wenn eine Klage begründet wäre, darf das Gericht dies nicht aussprechen, wenn sie unzulässig ist, z. B. weil die Frist zur Klageerhebung nach § 74 I VwGO nicht gewahrt wurde. **50**

Examenswissen: Es werden **Ausnahmefälle** diskutiert: Wenn Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erhoben wurde, obwohl ein nach § 68 VwGO notwendiges Vorverfahren nicht stattgefunden hat, kann die Klage dennoch zulässig sein, wenn sich die Behörde in der Sache auf die Klage einlässt, ohne ihre Unzulässigkeit zu rügen (s. § 2 Rn. 312). Diese Streitfrage ist besonders prüfungsgeeignet, da sie im Sachverhalt nur durch das Fehlen eines Vorverfahrens integriert wird.<sup>59</sup> Ebenso verhält es sich mit der Entscheidung über einen Widerspruch trotz Verfristung (§ 2 Rn. 326–328). **51**

In der ersten juristischen Prüfung müssen die **wesentlichen Punkte der Zulässigkeit** stets angesprochen werden – selbst dann, wenn diese völlig unproblematisch sind. Allerdings ist dem Umstand, dass eine Zulässigkeitsvoraus-

<sup>56</sup> Wie generell bei Aufbaufragen: s. Rn. 46.

<sup>57</sup> Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 5 Rn. 21.

<sup>58</sup> S. hierzu: Mann/Wahrendorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 81.

<sup>59</sup> Die Durchführung eines Vorverfahrens ist nicht zu unterstellen, s. oben Rn. 33.

setzung keine rechtlichen Probleme aufwirft, in der Darstellungsweise Rechnung zu tragen: Die betreffende Voraussetzung ist im Urteils- oder gar im Behauptungsstil festzustellen (s. Rn. 123 ff.).

- 53 Examenswissen: In der **Praxis** werden Sachentscheidungsvoraussetzungen oft verkürzt dargestellt oder ganz weggelassen, soweit sie unproblematisch sind. („Die zulässige Klage ist begründet. Die Abrissverfügung ist rechtswidrig und verletzt den Kläger dadurch in seinen Rechten, § 113 I 1 VwGO.“) Entsprechendes ist in der zweiten juristischen Staatsprüfung gefordert.<sup>60</sup> Bis zur ersten juristischen Prüfung darf nicht so vorgegangen werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass das Verwaltungsgericht, bevor es zu dieser verkürzten Darstellung griff, durchaus gedanklich prüfte, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Diese Prüfung wird nur aus verfahrensökonomischen Gründen nicht im Urteil dargestellt. Bis zur ersten juristischen Prüfung ist es aber Teil der Prüfungsaufgabe zu zeigen, dass man die Zulässigkeitsvoraussetzungen kennt und anwenden kann. Anders als bei einem Gericht (*iura novit curia*) kann dies in einer Prüfungsarbeit richtigerweise nicht vorausgesetzt werden.
- 54 In der Zulässigkeit einer Klage sind die folgenden **allgemeinen Voraussetzungen** stets anzusprechen. Für andere Rechtsbehelfe gilt mit den bereits genannten terminologischen und ggf. inhaltlichen Unterschieden (s. oben Rn. 44 f.) Entsprechendes:
- I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)
  - II. Statthafte Klageart (§ 88 VwGO)
  - III. Zuständigkeit (§§ 45, 52 VwGO)
  - IV. Beteiligten- und Prozessfähigkeit (§§ 61 f. VwGO)

Die entsprechenden Normen müssen nicht in der Überschrift genannt werden, aber auf jeden Fall im dazugehörigen Text.

- 55 Examenswissen: **Weitere allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen** wie die deutsche Gerichtsbarkeit (§ 13 GVG) sind normalerweise nicht anzusprechen – obwohl sie zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung sind. Sie sind so selbstverständlich, dass eine Nennung überflüssig scheint. Entsprechend wären sie aber dann anzusprechen, wenn der Sachverhalt hierzu Anlass gibt – was nur äußerst selten der Fall sein wird.
- Häufiger relevant werden allein das allgemeine **Rechtsschutzbedürfnis** (s. näher § 2 Rn. 476 ff.), z. B. im einstweiligen Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 (s. näher § 8 Rn. 41, § 9 Rn. 43 f.) oder § 123 VwGO (s. näher § 10 Rn. 22–25), sowie die **ordnungsgemäße Klageerhebung** (§§ 81 f. VwGO). Zu letzterer sollte das Standardproblem bekannt sein, dass das **Schriftformerfordernis** nicht mit § 126 BGB gleichzusetzen ist. Die Schriftform i. S. v. § 81 VwGO soll vielmehr die Identität der klagenden Person und deren Willen, eine Prozesshandlung vorzunehmen, sicherstellen. Klageerhebung ist hiernach jedenfalls auch per Telefax möglich, welches über den

---

<sup>60</sup> S. hierzu: Mann/Wahrendorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 84.

Telefonanschluss die Identität sicherstellt. Ob Klageerhebung per einfacher E-Mail<sup>61</sup> oder Computerfax möglich ist, ist umstritten.<sup>62</sup>

**Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen** ergeben sich aus der jeweiligen 56 Klage- oder Verfahrensart. So muss bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklage auch geprüft werden, ob ein Vorverfahren nach den §§ 68 ff. VwGO ordnungsgemäß durchgeführt (§ 2 Rn. 301 ff.) und die Klagefrist eingehalten wurde, § 74 VwGO (s. näher § 2 Rn. 353 ff.). Es ist wohlgemerkt unüblich, die Zulässigkeit nach allgemeinen und besonderen Voraussetzungen zu untergliedern.

### b) Die Begründetheit

In der Begründetheit werden die materiellen (inhaltlichen) Fragen des Falls ge- 57 prüft. Der Obersatz bestimmt sich zunächst immer nach der gem. § 88 VwGO statthaften Klage- oder (i.V.m. § 122 I VwGO) statthaften Verfahrensart (s. zu § 88 VwGO Rn. 225 ff. und im Detail jeweils bei den Klagearten):

„Die Klage/der Widerspruch/der Antrag ist begründet, soweit..

- der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO (Anfechtungsklage)
- die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 V 1 VwGO (Verpflichtungsklage)
- usw.

Examenswissen: Es ist in diesen Beispielen darauf zu achten, den Obersatz mit „soweit“ nicht „wenn“ einzuleiten, da ein Verwaltungsakt oder sonstiges Verwaltungshandeln auch nur **teilweise rechtswidrig** sein kann.

Bei vielen Klagen und Verfahren kann der **Obersatz** direkt dem **Gesetzeswort-** 58 **laut** entnommen werden (Feststellungsklage, § 43 I VwGO; Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, § 113 I 1, V VwGO; Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I 4 VwGO). Im vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V und § 123 VwGO hingegen muss der Obersatz durch Auslegung ermittelt (bzw. auswendig gewusst) werden.

---

<sup>61</sup> Rechtlich unproblematisch möglich hingegen ist die Klageerhebung per E-Mail mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach § 55a VwGO.

<sup>62</sup> S. hierzu: Würtenberger/Heckmann, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2018, Rn. 291; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 23 Rn. 3. Detailliert zu allen diesen Fragen: Aulehner, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 81 Rn. 43–77.

Aus diesem Obersatz kann in der Regel wiederum die **Untergliederung der Begründetheit** abgeleitet werden:

59 Begründetheit der Anfechtungsklage, § 113 I 1 VwGO:

- I. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts
- II. Verletzung in eigenen Rechten

60 Begründetheit der Verpflichtungsklage, § 113 V 1 VwGO:

- I. Rechtswidrigkeit der Ablehnung/Unterlassung
- II. Verletzung in eigenen Rechten
- III. Spruchreife

61 Examenswissen: Es sind aber **Varianten** denkbar. Der Aufbau der Verpflichtungsklage in der Begründetheit, der sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, kann auch in einen (üblicheren) „Anspruchsaufbau“ umformuliert werden („Dies ist der Fall, soweit A einen Anspruch auf den begehrten Verwaltungsakt hat.“) (dazu ausführlich § 3 Rn. 46 ff.). In besonderen Konstellationen können sich auch **zusätzliche Prüfungspunkte** ergeben: nach h.M. etwa bei der isolierten Anfechtung von Nebenbestimmungen (s. dazu ausführlich § 2 Rn. 257 ff.).

62 Es ist darauf zu achten, mit **Fallbezug** zu arbeiten. Diese abstrakten Obersätze sind auf den konkreten Prüfungssachverhalt zu konkretisieren.<sup>63</sup> Abstrakte Begriffe wie „Verwaltungsakt“ sind mit ihrer konkreten Ausformung im vorliegenden Fall zu ersetzen.

*Beispiel: „Die Anfechtungsklage der X ist begründet, soweit die Verbotsverfügung vom 11.5.2019 rechtswidrig ist und die X in ihren Rechten verletzt.“*

### c) Die „Zwischenebene“

63 Zwei besondere Rechtsfragen werden üblicherweise weder der Zulässigkeit noch der Begründetheit zugeordnet. Die Klagehäufung und die Beiladung sind als Gliederungspunkt „B.“ zwischen „A. Zulässigkeit“ und „C. Begründetheit“ anzusprechen, aber nur soweit der Sachverhalt hierzu Anlass gibt.<sup>64</sup>

#### aa) Die Klagehäufung

64 Mehrere Klagebegehren einer Klägerin (z. B. zwei Anfechtungsklagen gegen zwei verschiedene Verwaltungsakte) können unter bestimmten Voraussetzungen in

---

<sup>63</sup> Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 14.

<sup>64</sup> Statt aller: Mann/Wahrendorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 143.

einer Klage verfolgt werden (**objektive Klagehäufung**). Gem. **§ 44 VwGO** ist dies möglich, wenn die Klagebegehren sich gegen den **gleichen Beklagten** richten (s. § 78 VwGO), **dasselbe Gericht** zuständig ist (s. §§ 45, 52 VwGO) und die Klagebegehren „in **Zusammenhang** stehen“ (s. hierzu auch Rn. 251). Letzterer Zusammenhang kann rechtlicher Art sein (z. B. Anfechtungsklage und Vollzugsfolgenbeseitigung, § 113 I 1 und 2 VwGO), er kann aber auch tatsächlicher Art sein und darin bestehen, dass die Klagebegehren einem „einheitlichen Lebensvorgang“ zuzuordnen sind (z. B. verschiedene Feststellungs- oder Fortsetzungsfeststellungsklagen gegen mehrere polizeiliche Maßnahmen in engem zeitlichem Zusammenhang, etwa Identitätsfeststellung, Durchsuchung und Ingewahrsamnahme). In den meisten Klausuren werden diese Voraussetzungen nur kurz anzusprechen sein. **Ein Problem liegt hier fast nie.**

*Hausarbeitswissen: § 44 VwGO stellt deshalb keine Sachentscheidungs- oder Zulässigkeitsvoraussetzung dar, weil die Klagebegehren nur gem. § 93 VwGO in mehrere Klagen getrennt werden, wenn es nicht der gleiche Beklagte ist oder kein Zusammenhang besteht. Das Gericht wird trotzdem über sie entscheiden. Anderes gilt natürlich, wenn das Gericht nicht zuständig ist (s. oben Rn. 49).*

Mehrere Kläger können ihre Begehren auch in einer Klage verfolgen (**subjektive Klagehäufung** oder **Streitgenossenschaft**) (s. hierzu im Detail: § 2 Rn. 455 ff.). **§ 64 VwGO** verweist hierfür auf die §§ 59–63 ZPO.<sup>65</sup> Möglich ist eine **einfache Streitgenossenschaft**, z. B. wenn verschiedene Nachbarn gemeinsam gegen die Baugenehmigung eines Dritten Klagen, aber auch eine **notwendige Streitgenossenschaft** i. S. v. § 62 ZPO. Bei einer notwendigen Streitgenossenschaft *muss* die Entscheidung aus Rechtsgründen gegenüber allen Klägern ergehen (Miteigentümer klagen auf eine Baugenehmigung). In den meisten Klausuren wird die Streitgenossenschaft, wenn überhaupt, nur kurz anzusprechen sein. **Ein Problem liegt hier fast nie.**

### bb) Die Beiladung

Mit einer Beiladung durch das Gericht nach **§ 65 VwGO** wird ein Dritter, der bislang nicht am Rechtsstreit beteiligt ist, förmlich zum Verfahren hinzugezogen und dadurch Beteiligter i. S. v. § 61 VwGO (s. im Detail: § 2 Rn. 445 ff.). Er kann dann seine Interessen wahrnehmen, die durch das Verfahren tangiert werden. Beigeladene werden, wie alle Beteiligten, von der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidungen erfasst (sind also an sie gebunden, § 121 VwGO) und in die

<sup>65</sup> S. detaillierter: Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 12 Rn. 16.

Kostenentscheidung miteinbezogen (§§ 154 III, 162 III VwGO).<sup>66</sup> Der Unterschied zur Streitgenossenschaft besteht darin, dass der Beigeladene keine eigene Klage führt, sondern sich an einer fremden Klage beteiligt. In Prüfungsarbeiten mit **anwaltlicher Aufgabenstellung** kann es sich anbieten, die Beiladung Dritter beim Gericht *anzuregen*, wenn es im Interesse des Mandanten liegt, den Dritten an die Entscheidung zu binden.

- 68** Examenswissen: Im **behördlichen Verwaltungsverfahren** können Dritte als Beteiligte *hinzugezogen* werden, § 13 II VwVfG. Soweit der Ausgang des Verfahrens für den Dritten rechtsgestaltende Wirkung haben kann, ist dieser über das Verfahren zu informieren und muss auf Antrag hinzugezogen werden (man denke an den Bauherrn, gegen dessen Baugenehmigung ein Nachbar Widerspruch erhebt). Diese Hinzuziehung im Verwaltungsverfahren entspricht der Sache nach der Beiladung vor Gericht.<sup>67</sup> Der Dritte wird Beteiligter am Verwaltungsverfahren mit den hiermit korrespondierenden Rechten und Pflichten. Beteiligte können insbesondere Akteneinsicht nehmen, § 29 VwVfG.
- 69** Die **einfache Beiladung** nach § 65 I VwGO *kann* das Gericht nach seinem Ermessen vornehmen, wenn die Interessen eines Dritten betroffen sind. Eine **notwendige Beiladung** *muss* nach § 65 II VwGO vorgenommen werden, wenn die Entscheidung aus Rechtsgründen nur einheitlich ergehen kann. Notwendig ist z. B. die Beiladung eines Bauherrn, wenn ein Nachbar dessen Baugenehmigung anfechtet. Die **Verletzung der Vorschriften** über die **einfache Beiladung macht eine Klage jedoch nicht unzulässig**. Daher handelt es sich nicht um eine Sachentscheidungsvoraussetzung.
- 70** Hausarbeitswissen: **Unterbleibt eine notwendige Beiladung** ist die Situation schwieriger zu beurteilen und entsprechend umstritten.<sup>68</sup> Diese Unterlassung stellt grundsätzlich einen Rechtsfehler dar, der in Berufung und Revision geltend gemacht und durch Nachholung geheilt werden kann (§ 142 II VwGO).<sup>69</sup> Es wird vertreten, dass die Entscheidung dann (zumindest in bestimmten Fällen) nichtig ist. Auf jeden Fall entfaltet ein solches Urteil gegenüber dem nicht beigeladenen keine Rechtskraft.<sup>70</sup> Da das Rechtsmittelrecht nicht Prüfungsgegenstand ist, sollte diese Problematik aber nicht prüfungsrelevant sein. In der Klausur, in der man in der Regel als erstinstanzliches Gericht entscheidet, denkt man einfach an eine notwendige Beiladung (s. Fall 3 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020, § 2 Rn. 86).

---

**66** Für einen Überblick zur Beiladung: Guckelberger, JuS 2007, 436.

**67** Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, § 13 Rn. 29.

**68** S. im Detail etwa: Czybulka/Kluckert in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 65 Rn. 184–188.

**69** Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 12 Rn. 14.

**70** BVerwG, Beschl. v. 16.09.2009, Az. 8 B 75.09.

## 5. Das Arbeiten mit Schemata

Die üblichste Fallfrage nach dem Erfolg eines Rechtsbehelfs teilt sich auf 71 höchster Gliederungsebene grundsätzlich in „A. Zulässigkeit“ und „B. Begründetheit“ (s. oben Rn. 42 ff.). Nur in Ausnahmefällen tritt eine Zwischenebene hinzu (s. Rn. 63 in diesem § sowie § 2 Rn. 445 ff., 455 ff.). Zulässigkeit und Begründetheit sind sodann in verschiedene Unterpunkte und diese ggf. in noch weitere Unterpunkte aufzugliedern. Diese Gliederungspunkte dienen dazu, jene Rechtsfragen zu beantworten, die zur Beantwortung der übergreifenden Fallfrage beantwortet werden müssen.

All diese Rechtsfragen werden in sogenannten Schemata systematisiert 72 und zusammengefasst, die man selbst erstellen, aber auch verschiedenen Lehrbüchern entnehmen kann.<sup>71</sup> Schemata sind eine **Lern- und Verständnishilfe**, welche die Struktur des geltenden Rechts (und seine dogmatische Durchdringung durch Rechtsprechung und Lehre) abbildet.<sup>72</sup> Zum Beispiel kann die übergeordnete Rechtsfrage „War der Verwaltungsakt rechtmäßig?“ mit einem Schema wie dem folgenden beantwortet werden:

- I. Rechtsgrundlage
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
- III. Materielle Rechtmäßigkeit

Um die Frage zu beantworten, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig war, müssen also (mindestens) drei weitere Fragen beantwortet werden: War eine Rechtsgrundlage für diesen Verwaltungsakt notwendig und, wenn ja, gab es diese? Wurde diese Rechtsgrundlage formell und materiell rechtmäßig angewandt?<sup>73</sup>

Examenswissen: Das Wissen, das solch ein Schema vermitteln kann, wird von vielen zu Recht als 73 oberflächlich angesehen. Gerade in einer gewissen Oberflächlichkeit liegt aber sein Wert. Verbreitete Vorbehalte unter Lehrenden gegen die Nutzung von Schemata richten sich der Sache nach auch eher gegen den falschen Gebrauch dieses Hilfsmittels.<sup>74</sup> Dass ein **Schema allein** den Fall nicht löst und **nicht alle juristischen Kompetenzen** vermitteln kann, entwertet Schemata nicht. Richtig verstanden sind sie ein wesentliches Hilfsmittel.

<sup>71</sup> Z. B. Beaucamp/Lechelt, Prüfungsschemata Öffentliches Recht, 6. Aufl. 2014.

<sup>72</sup> S. zur Funktion von Schemata: Rosenkranz, JuS 2016, 294.

<sup>73</sup> s. auch: Schaks/Friedrich, JuS 2018, 954.

<sup>74</sup> Bull, JuS 2000, 778; vgl. Lagodny, Gesetzestexte, suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl 2012, S. 187 f.

74 Rechtsfragen können **nie „nur“ mit Hilfe von Schemata** verstanden werden.<sup>75</sup> Doch die Anzahl und Komplexität der Rechtsfragen, die sich in einer verwaltungsrechtlichen Prüfungsarbeit stellen, ist regelmäßig so hoch, dass ein vollständiger Verzicht auf Schemata als Lernhilfe illusorisch wäre.<sup>76</sup> Der Zweck eines Schemas liegt in der **gezielten Reduktion der Komplexität**. Es macht die Grundstrukturen der Normen eines Rechtsgebiets erfassbar, die für die Beantwortung einer bestimmten Rechtsfrage oder üblicher Fallkonstellationen relevant sind. Prüfungspunkte, Prüfungsreihenfolge und ggf. weitere Informationen können so effektiv wiederholt und angeeignet werden. Ohnehin bilden Schemata im Wesentlichen den in Klausur und Hausarbeit geforderten Aufbau ab, innerhalb dessen Probleme anzusprechen sind.<sup>77</sup> Dieses Lehrbuch ist dementsprechend gegliedert.

75 Schemata leisten folgendes: Sie geben einen **Überblick** darüber, wie die Beantwortung einer Rechtsfrage strukturiert ist, ermöglichen eine schnelle **Wiederholung** dieser Struktur und bieten ein **Gerüst**, das den Ausgangspunkt **für die Bearbeitung beliebiger Sachverhalte** darstellen kann.

76 Schemata können in verschiedenen **Detail-Stufen** erstellt werden. Das Schema zur Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts ließe sich etwa weiter unterteilen in:

- I. Rechtsgrundlage
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
  1. Zuständigkeit
  2. Verfahren
    - Anhörung, § 28 VwVfG
  3. Form
    - aa) Grundsatz der Formfreiheit, § 37 II VwVfG
    - bb) Begründung, § 39 VwVfG
- III. Materielle Rechtmäßigkeit
  1. Tatbestand
  2. Rechtsfolge

---

<sup>75</sup> Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 10–17.

<sup>76</sup> Nicht nur die Skripte kommerzieller Repetitoren enthalten mittlerweile Schemata, sondern auch viele etablierte Lehrbücher.

<sup>77</sup> Vgl. Thomas Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 8. Aufl. 2016, Rn. 51.

Je höher die Detailtiefe, desto mehr Details werden sichtbar – und desto weniger „oberflächlich“ ist das Schema. Diese Details können ggf. in einem Sachverhalt relevant werden. Sie müssen es aber nicht. D.h.: **Je detaillierter und umfassender** ein Schema ist, **desto seltener** werden alle seine Teile in einer Prüfungsaufgabe **relevant** sein.

Examenswissen: Generell gilt: Schemata sind Mittel zum Zweck. Je detaillierter ein Schema ist, desto weniger ist es „sklavisch“ zu befolgen.<sup>78</sup> Dies gilt vor allem für sehr detaillierte Schemata zur Zulässigkeit.<sup>79</sup> Die **Schwerpunktsetzung** anhand der Probleme des Falls **hat stets Priorität** vor der Befolgung eines Schemas.<sup>80</sup> Wenn ein Schema im konkreten Fall unübersichtlich oder bloßer Formalismus wird, kann es (und muss es ggf.) abgewandelt werden. Eine Untergliederung der formellen Rechtmäßigkeit in Zuständigkeit, Verfahren und Form z. B. erübrigt sich in jedem Fall dann, wenn im Bearbeitervermerk angegeben ist, dass die formelle Rechtmäßigkeit zu unterstellen ist. Dann genügt die Feststellung der formellen Rechtmäßigkeit in einem Satz.

### III. Juristischer Sprach- und Denkstil

Eine wesentliche Herausforderung in der Bearbeitung verwaltungsrechtlicher Klausuren und Hausarbeiten ist die Beherrschung des juristischen Sprachstils, der gleichzeitig korrektes juristisches Denken widerspiegeln soll. Juristischer Sprachstil teilt gewisse Grundsätze mit anderen Fachsprachen, weist aber auch viele Besonderheiten auf. Diese lassen sich nicht abschließend aufzählen. Die wesentlichsten und erfahrungsgemäß fehleranfälligesten Punkte lassen sich aber benennen (1.). Der Schwerpunktsetzung mit Blick auf die im Sachverhalt aufgeworfenen Probleme wird im Folgenden besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Denn die **sprachliche Darstellung** ist hier besonders eng **mit inhaltlichen, materiellen Anforderungen verwoben** und stellt Studierende in der Prüfungspraxis oft vor erhebliche Schwierigkeiten (2.).

#### 1. Allgemeines zur juristischen Fachsprache

In Prüfungsarbeiten sind zunächst eine korrekte Standardsprache (a) und die Einhaltung diverser fachsprachlicher Konventionen (b) gefordert. Diese Anforderungen **decken sich** weitgehend **mit der Praxis** und sollten daher ernst genommen werden.

<sup>78</sup> Vgl. Bull., JuS 2000, 778 (779).

<sup>79</sup> Detailliert etwa: Schaks/Friedrich, JuS 2018, 860; sehr detailliert: Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 7.

<sup>80</sup> Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 40.

### a) Die korrekte Standardsprache

80 Dass in Klausur und Hausarbeit auf korrekte **Orthographie, Zeichensetzung und Grammatik** zu achten ist, ist selbstverständlich. Einzelne Flüchtigkeitsfehler sind in der Klausur entschuldbar und werden die Note nicht weiter beeinträchtigen. Die gehäufte und deutliche Verletzung standardsprachlicher Konventionen, wie sie u. a. im Duden verschriftlicht sind, muss jedoch negativ in die Bewertung einer Leistung einfließen. Dies gilt vor allem bei Hausarbeiten, bei denen nicht nur genug Zeit zum Korrekturlesen einzuplanen, sondern auch verfügbare Hilfsmittel wie die Rechtschreibprüfung des Textverarbeitungsprogramms zu nutzen sind.<sup>81</sup>

81 *Hausarbeitswissen: Die Forderung nach korrekter Standardsprache ist kein bloßer Formalismus. Die Wahrnehmung schriftlicher Kommunikation als kompetent und überzeugend hängt in nicht zu unterschätzendem Maße an einer Sprache, die allgemein anerkannten Konventionen genügt. Ein Text, der an erheblichen sprachlichen Defiziten leidet, wird ggf. schwer verständlich sein. Jedenfalls wird eine mangelhafte Form auch Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit wecken und die Überzeugungskraft des Textes schmälern. An dieser sozialen Wahrnehmung von Texten muss man sich messen lassen. Dies gilt übrigens nicht nur für Klausur und Hausarbeit, sondern auch für Urteile, anwaltliche Schriftsätze und Gutachten sowie alle anderen Fachtexte, seien sie juristisch oder nicht. Mit Texten andere Juristen und Laien zu überzeugen, ist eine Kernkompetenz juristischer Arbeit, die im Studium zu erlernen ist.<sup>82</sup> Schwächen in diesem Bereich sollte selbstständig und frühzeitig begegnet werden.<sup>83</sup>*

### b) Die wesentlichen Grundsätze richtiger Fachsprache

82 Die allgemeinen Anforderungen guter juristischer Fachsprache lassen sich nicht abschließend auflisten und sind – wie Sprache generell – auch dem Wandel der Zeit unterworfen. Gewisse Grundsätze und beliebte Fehlerquellen lassen sich aber benennen.<sup>84</sup> Vorbild sollte (im Allgemeinen) die höchstrichterliche Rechtsprechung sein.<sup>85</sup>

---

81 Es sind natürlich auch die Grenzen dieser Hilfsmittel zu beachten, die hauptsächlich Orthographie prüfen. So können diese Hilfsmittel z. B. richtig geschriebene, aber an dieser Stelle inhaltlich falsche Worte kaum Erker.

82 S. prüfungsrechtlich: OVG Münster, Urt. v. 27.8.2009, Az.: 14 A 313/09 = NVwZ 1995, 800 (803).

83 Für beliebte Fehler speziell in juristischen Prüfungsarbeiten s.: Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 324 ff. Allgemein (und kostengünstig) aus dem Duden-Verlag z. B.: Steinhauer, Crashkurs Rechtschreibung, 4. Aufl. 2017; Stang, Erste Hilfe – Komma, Punkt & Co., 2. Aufl. 2018.

84 Mit vielen Beispielen: Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 357 ff.; s. auch: Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 183–200; Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 35–45, S. 90–96.

85 Lagodny, Gesetzestexte, suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. 2012, S. 211.

**aa) Verständlichkeit**

Zunächst gilt der bewährte Grundsatz „**Keep It Simple, Stupid**“ (KISS) auch für das Verfassen juristischer Texte.<sup>86</sup> Juristische Texte sind so einfach zu formulieren, wie es die intendierte Aussage zulässt. Aber **fachliche Korrektheit** hat **im Zweifel Priorität**.

Sätze sind tendenziell **kurz** zu halten. Vor allem sind „Schachtelsätze“, die gleich mehrere komplexe Gedanken verschränken, nach Möglichkeit in mehrere Sätze aufzulösen. **Substantivierungen und Passivkonstruktionen** sollte man **sparsam einsetzen**. Die Sprache soll nicht infantil werden – Einschübe und Nebensätze sind durchaus gestattet –, aber den **Gedankengängen muss der Leser möglichst leicht folgen können**.<sup>87</sup> Zumindest gilt die folgende Schwelle: Wer beim Lesen des eigenen Textes einen Satz zweimal lesen muss, um ihn zu verstehen, sollte den Satz umstellen oder ggf. zwei Sätze aus den Gedanken bilden.

Insgesamt muss es einen „**roten Faden**“ geben, der der Leserin das Verstehen der Zusammenhänge vereinfacht. Hierzu können (kurze) **Überleitungen** dienen, die von einem Gedankengang zum nächsten führen. **Absätze** sind **nach Sinn-einheiten** zu setzen, also dann, wenn ein neuer, eigenständiger Gedankengang beginnt. Zu vermeiden sind ganzseitige Absätze genauso wie Absätze, die nur aus einem Satz bestehen.

**bb) Unparteilichkeit und Nüchternheit**

Juristische Texte sind in einem **unaufgeregten, neutralen** fachsprachlichen **Stil** zu verfassen. Für gerichtliche und behördliche Entscheidungen ergibt sich dieses Erfordernis zwanglos aus dem Rechtsstaatsprinzip, das nicht nur Unparteilichkeit in der Sache fordert, sondern auch gebietet, alles zu unterlassen, was berechnete Zweifel an der Unparteilichkeit aufkommen lassen könnte.<sup>88</sup> Anders als manchmal suggeriert wird, tun **auch anwaltliche Schriftsätze** an Gerichte und Behörden gut daran, dem Ideal der Nüchternheit und einer gewissen Objektivität zu entsprechen. Denn auch wenn die Anwältin natürlich Vertreterin der Interessen ihrer Mandanten ist: Die Überzeugungskraft von Argumenten kann

<sup>86</sup> Ursprünglich aus dem militärischen Bereich, später z.B. auch im Design: Jonathon Green, „k.i.s.s.“, in: Green, Green's Dictionary of Slang, Online-Version 2011.

<sup>87</sup> Viele Beispiele bei: Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 340 ff.

<sup>88</sup> Schon der „böse Schein“ mangelnder Objektivität genügt: Kluckert in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 54 Rn. 45.

darunter leiden, dass die Person, die sie vorträgt, sich allzu deutlich als befangen zu erkennen gibt.<sup>89</sup>

- 87 Examenswissen: **Auf emphatische Betonungen** wie „selbstverständlich“, „zweifelsohne“, „völlig klar“ u. ä. ist zu **verzichten**. Wenn eine Aussage wirklich völlig selbstverständlich ist, sind solche Formulierungen überflüssig. Die Betonung nährt vielmehr den Verdacht, sie solle überspielen, dass die Aussage so selbstverständlich gar nicht ist. Jedenfalls wird sie bei Personen, die die Aussage nicht für selbstverständlich halten, unnötig verstärkten Widerspruch hervorrufen.

### cc) Korrekte Fachbegriffe

- 88 Juristische Fachbegriffe sind richtig, d.h. in der allgemein anerkannten Weise zu benutzen. Fachbegriffe, die der Sachverhalt einer Prüfungsaufgabe vorgibt, sollten nicht abgewandelt werden (soweit der allwissende Erzähler den Begriff verwendet, s. Rn. 25 ff.). Dies gilt vor allem dann, wenn der Begriff dem oder der Bearbeiter\*in unbekannt ist. Hier geht im Zweifel **Präzision vor Schönheit**.<sup>90</sup>

- 89 Examenswissen: Zum **Beispiel** darf die im Sachverhalt angesprochene „Einziehung“ (§ 19 TierSchG) in der Bearbeitung nicht umformuliert werden. Sprachliche Wiederholungen sind hinzunehmen, soweit es sich um Rechtsbegriffe handelt. Denn Rechtsbegriffe sind nur so zu verwenden, wie sie das Gesetz vorgibt. **Variationen laufen Gefahr, ungewollt anderes auszu-drücken**. Selbst Begriffe, die man umgangssprachlich ggf. synonym verwenden könnte, ohne missverstanden zu werden, können in der juristischen Fachsprache eine spezielle Bedeutung haben. So ist die Einziehung eines Tieres gem. § 19 TierSchG gerade keine „Entziehung“ (eines Führerscheins, § 3 StVG) und auch kein „Entzug“ (beispielsweise von Drogen). Eine solche Einziehung eines Tieres ist auch keine „Beschlagnahme“ (eines Beweismittels für ein Strafverfahren, § 94 StPO). Ob sie eine „Enteignung“ (einer Eigentumsposition i. S.v. Art. 14 GG) darstellt, wäre ggf. in der Klausur oder Hausarbeit zu prüfen.<sup>91</sup>

- 90 Die korrekte Nutzung von Fachbegriffen liegt in einer Prüfung außerdem ganz im Interesse des Prüflings. Klausuren und Hausarbeiten werden von Korrektoren korrigiert, die ggf. sehr viele Klausuren und Hausarbeiten zu korrigieren haben. Die **Verwendung** der einschlägigen **Fachbegriffe macht es dem Korrektor einfacher**, zu dem (vorläufigen) Schluss zu kommen, dass man die relevanten Punkte gesehen hat. **Man darf sich aber keine Illusionen machen**: Die reine Nennung eines oder möglichst vieler Stichworte in der Hoffnung, eines werde passen („Schrotflinten-Taktik“), genügt nicht! Es muss sich auch aus der weiteren Argumentation ergeben, dass die Problematik richtig verstanden wurde.<sup>92</sup>

89 Im Übrigen vertritt der Anwalt bzw. die Anwältin zwar den Mandanten, ist aber gleichzeitig „unabhängiges Organ der Rechtspflege“, § 1 BRAO. Vgl. Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 193.

90 Vgl. zur Subsumtion: Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 28.

91 Die vielleicht etwas kontraintuitive, aber ganz herrschende Antwort ist übrigens: Nein! S.: Epping, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Rn. 474a.

92 Vgl. Lagodny, Juristisches Begründen, 2013, S. 151.

**dd) Korrektes Benennen der Normen**

Zur juristischen Denk- und Arbeitsweise gehört es schließlich, Normen richtig **91** zu benennen und zu zitieren. Alle **Rechtsbehauptungen** sind, **soweit wie möglich, mit Normen zu belegen**. Zum Beispiel bestimmt sich die statthafte Klageart nicht deshalb nach dem klägerischen Begehren, weil der Bearbeiter oder die Korrektorin dies möchte, sondern weil es sich aus § 88 VwGO ergibt. Das Gebot, Rechtsbehauptungen mit Normen zu belegen, stützt sich letztlich auf das Rechtsstaatsprinzip (des Art. 20 III GG) und im Verwaltungsrecht auf die daraus folgende Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Examenswissen: Zumindest bei Normen, die einen Schwerpunkt des Falls betreffen, ist **exakt zu zitieren**, also nicht nur der Paragraph und der Absatz, sondern auch der Satz und ggf. der Buchstabe und die Nummer (z. B.: „unzuverlässig i. S.v. § 4 I 1 Nr. 1 GastG“). **92**

Während in Anfängerklausuren die relevanten Normen des (besonderen) Fachrechts noch **93** oft vorgegeben und mit dem Sachverhalt abgedruckt sein können, wird in Fortgeschrittenen- und Examensklausuren verlangt, dass die relevanten Normen (soweit sie Teil der zugelassenen Gesetzessammlungen sind) selbstständig gefunden werden.<sup>93</sup> Hilfsmittel bei der **Suche nach Normen** kann das den Gesetzen vorangestellte Inhaltsverzeichnis oder das Sachregister am Ende der Gesetzessammlung sein. Der Rückgriff auf diese Hilfsmittel ist völlig legitim und gehört zur juristischen Arbeitsweise dazu.<sup>94</sup> Er muss jedoch die Ausnahme bleiben. **Viele Normen** werden als **Standardwissen** angesehen, das nicht erst langwierig in der Klausur gesucht werden kann. Wer sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Anfechtungsklage erst in der Klausur mühsam zusammensucht, wird keine Zeit haben, die Begründetheitsprüfung angemessen abzuschließen.

Wenn man eine **einschlägige Norm**, insbesondere die Rechts- bzw. (gleichbedeutend) Ermächtigungsgrundlage für ein Verwaltungshandeln (s. näher § 2 Rn. 832 ff.), gefunden hat, muss man diese **vollständig und richtig lesen**. Zudem sollte auch geprüft werden, ob im **Umfeld der Norm** (einige Nummern davor oder danach) nicht noch weitere relevante Festlegungen zu finden sind. Im Öffentlichen Recht finden sich sehr häufig **Regel-Ausnahme-Verhältnisse** oder **Legaldefinitionen**. **94**

Vor der Anwendung mancher **Gesetze** muss (kurz) festgestellt werden, dass diese überhaupt **95** **anwendbar** sind. Dies kann sich aus der **Föderalismusreform I** (2006) ergeben, da der Bund für einige wesentliche Materien Gesetze erlassen hatte, für die er aber nunmehr keine Gesetzgebungskompetenz mehr hat. So gelten z. B. in Berlin sowohl das Versammlungsgesetz als auch das Gaststättengesetz des Bundes nur gem. der **Übergangsvorschrift** des **Art. 125a GG** fort. Denn der Landesgesetzgeber hat keine (abschließende) eigene Regelung erlassen.<sup>95</sup>

**In manchen Ländern** sind einige **wichtige Gesetze** zum Verwaltungsverfahren materiell **96** nicht eigens geregelt. Stattdessen werden für die **Verwaltungstätigkeit von Landesbehörden**

**93** Zum Suchvorgang s.: Reimer, ZJS 2012, 623 (625); ausführlich: Lagodny, Gesetzestexte, suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. 2012, S. 13–40.

**94** Haft, Einführung in das juristische Lernen, 7. Aufl. 2015, S. 214.

**95** Das Berliner „Versammlungsgesetz“ enthält nur, seinem amtlichen Namen entsprechend, Ermächtigungen zu Aufnahmen und Aufzeichnungen von Bild und Ton bei Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen, GVBl. 2013, 103.

auch jene **Bundesgesetze** angewandt, die direkt nur für Bundesbehörden gelten. Das Berliner **Verwaltungsverfahrensgesetz** (VwVfG Bln) z. B. verweist für die Verwaltungstätigkeit der Berliner Behörden in § 1 I dynamisch auf das VwVfG Bund in der jeweils geltenden Fassung. Nämliches wird durch § 7 VwVfG Bln für das **Verwaltungszustellungsgesetz** (VwZG) des Bundes und durch § 8 VwVfG Bln für das **Verwaltungsvollstreckungsgesetz** (VwVG) des Bundes angeordnet.

97 Dies **muss** bei der erstmaligen Anwendung des Bundesgesetzes **klargestellt werden**, indem die Bundesnorm „i. V. m.“ der landesrechtlichen Norm zitiert wird, die sie anwendbar macht, z. B.: „§ 35 VwVfG i. V. m. § 1 I VwVfG Bln“. Damit man dies nicht bei jeder Nennung des Gesetzes wiederholen muss, wird gleichzeitig in einer „**Sternchen-**“ bzw. Asterisk-**Fußnote (\*)** vermerkt: „Alle nachfolgenden Verweise auf das VwVfG erfolgen über § 1 I VwVfG Berlin.“ (bzw. die jeweils anwendbare Landesnorm) (s. Fall 14 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020, § 8 Rn. 7).

98 Aber Achtung: Diese grundsätzlichen Verweise können **landesrechtliche Modifikationen** enthalten. So bestimmt § 8 I 2 VwVfG Bln, dass § 11 III VwVG Bund mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass die Höhe des Zwangsgeldes 50.000 Euro beträgt (nicht die im VwVG Bund genannten 25.000 Euro).

### ee) Keine Kommentierung auf Meta-Ebene

99 Das eigene „Klausurschreiben“ ist nicht auf einer Meta-Ebene zu kommentieren. Man erklärt nicht im Text der Klausurbearbeitung, dass man gerade eine Prüfungsarbeit schreibt und weshalb man was wie tut (z. B. „Hier war ich mir unschlüssig.“, aber auch das verbreitete „Nun ist zu prüfen, ...“ o. ä.). Solche Gedanken gehören nicht niedergeschrieben. Stattdessen prüft man, was zu prüfen ist.

100 Die „**Ich-Form**“ ist generell zu **vermeiden**. Dies folgt fachsprachlichen Konventionen, soll letztlich zu Objektivität anhalten und diese auch sprachlich darstellen.

### ff) Keine Doppelungen

101 Schließlich kann es sein, dass in einer Klausur oder Hausarbeit bestimmte Rechtsfragen an verschiedenen Stellen, also mehrfach, beantwortet werden müssen. Doppelungen (Redundanzen) sollten soweit als möglich vermieden werden, insbesondere indem man nach oben verweist („Wie bereits ausgeführt...“ oder besser: „Wie bereits unter B.II.3. ausgeführt...“).<sup>96</sup> **Verweisungen** nach unten sind zu unterlassen. Sobald eine Rechtsfrage erstmals in einem Gutachten entscheidungserheblich ist, muss sie auch an dieser Stelle beantwortet werden.

---

<sup>96</sup> Wobei vorher zu prüfen ist, ob es sich tatsächlich um eine Doppelung handelt oder doch ein rechtlich relevanter Unterschied besteht.

## 2. Zweifel und Gewissheit im Rechtsgutachten

In dem Rechtsgutachten, das in Prüfungsarbeiten (aber auch sonst) zu erstellen ist, ist eine Rechtsfrage zu prüfen. Man prüft, ob die Tatbestandsvoraussetzungen von Normen gegeben und was die Rechtsfolgen sind. Aller Wahrscheinlichkeit nach, ergeben sich hieraus viele weitere Rechtsfragen, die es zu beantworten gilt (s. Rn. 72 ff.). Die **Beantwortung aller dieser Rechtsfragen in hoher Detail- und Begründungstiefe ist praktisch unmöglich** – nicht nur in der Rechts-, sondern auch in der Prüfungspraxis. Zeit, Platz und die intellektuelle Aufnahmekapazität von Menschen sind begrenzt. Das juristische Denken und der juristische Sprachgebrauch orientieren sich daher in Praxis und Ausbildung bei der Beantwortung von Rechtsfragen daran, wie unsicher das Ergebnis scheint.

**Je mehr Zweifel** man (unter juristisch relevanten Erwägungen) an dem Ergebnis haben kann, **desto ausführlicher** ist zu **argumentieren**. Dieses Erfordernis folgt in der Praxis daraus, dass die Rechtswissenschaft nicht nur Entscheidungswissenschaft ist, sondern diese Entscheidungen rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechend begründet und ggf. kontrolliert werden müssen.<sup>97</sup> Je mehr ein Ergebnis mit vernünftigen juristischen Erwägungen angezweifelt werden kann, desto mehr ist es begründungsbedürftig. In Prüfungsarbeiten soll man entsprechend zeigen, dass man diese Methodik juristischer Entscheidungsfindung und -begründung beherrscht.

*Hausarbeitswissen: Die juristische Entscheidungsmethodik weist hier starke Parallelen zu philosophischen Erkenntnissen auf, die insbesondere mit Ludwig Wittgenstein (1889–1951) verbunden werden: „Der vernünftige Mensch hat gewisse Zweifel nicht... Am Grunde des begründeten Glaubens liegt der unbegründete Glaube.“<sup>98</sup> Wittgenstein vergleicht die Sicherheit unserer Überzeugungen mit einem Fluss: Das Flussbett steht für die grundlegendsten Überzeugungen, derer man sich allgemein absolut sicher ist. Innerhalb dieses Flussbetts bewegen sich unsere Überzeugungen und sind Veränderungen zugänglich. Nur hier zweifelt man in aller Regel. „[D]as Ufer jenes Flusses besteht zum Teil aus hartem Gestein, das keiner oder einer unmerklichen Änderung unterliegt, und teils aus Sand, der bald hier bald dort weg- und angeschwemmt wird.“<sup>99</sup> „Alle Prüfung, alles Bekräftigen und Entkräftigen einer Annahme geschieht schon innerhalb eines Systems... Wer an allem zweifeln wollte, der würde auch nicht bis zum Zweifel kommen. Das Spiel des Zweifelns selbst setzt schon die Gewißheit voraus....D.h. die Fragen, die wir stellen, und unsre Zweifel beruhen darauf, daß gewisse Sätze vom Zweifel ausgenommen sind, gleichsam die Angeln, in welchen*

<sup>97</sup> Zur Begründungspflicht von Behörden und Gerichten: s.: §§ 39, 73 III, 117 II, 122 II VwGO.

<sup>98</sup> Wittgenstein, Über Gewißheit, 13. Aufl. 2013 [verfasst 1950/1951, Erstausgabe 1969], §§ 220, 253 (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>99</sup> Wittgenstein, Über Gewißheit, 13. Aufl. 2013 [verfasst 1950/1951, Erstausgabe 1969], § 99, zur Flussbettmetapher auch: §§ 94–98.

*jene sich bewegen...Wenn ich will, daß die Türe sich drehe, müssen die Angeln feststehen.*<sup>100</sup> Wittgensteins Ausführungen beziehen sich zwar auf Tatsachenbehauptungen, sind aber auf normative Wertungen übertragbar.<sup>101</sup>

- 105 Wenn man Wittgensteins Metaphern auf das Rechtsgutachten übertragen wollte, das in einer Prüfungsarbeit zu erstellen ist, könnte man sagen, dass vor allem die grundlegenden, allgemein akzeptierten Schemata, Definitionen und die Auslegungsmethoden das harte Gestein des Flussufers ausmachen. An diesen Stellen zu zweifeln wird in einer Falllösungsaufgabe nicht belohnt werden. Zweifel sind erst innerhalb dieses Systems erlaubt (das es im Rahmen der Ausbildung ja gerade erst zu erlernen gilt). Standardprobleme mag man zum sandigen Ufer zählen – das immer noch Ufer ist, aber veränderbarer. Schon hier, aber erst recht im Flusswasser „unbekannter Probleme“ eröffnet sich ein Raum für Zweifel über das, was richtig und falsch ist (zu den verschiedenen Problemtypen noch Rn. 140 ff.) In diesem Flusswasser sind (im Rahmen beider Ufer) verschiedene Ergebnisse und Begründungen vertretbar.

Zum Beispiel wäre es verfehlt, in einer Falllösungsarbeit daran zu zweifeln, aus welchen Elementen die Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht, wie diese zu definieren sind und ob diese Rechtsfigur überhaupt angewandt werden sollte. All dies ist als wissenschaftliche Fragestellung denkbar, etwa in einer rechtstheoretischen Seminararbeit. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung zählt im Öffentlichen Recht Deutschlands jedoch so gewiss zum „harten Ufer“, dass Zweifel in einer Falllösung unangebracht wären. Innerhalb der Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, also in der Anwendung auf den konkreten Sachverhalt befindet man sich im Flusswasser, d. h. Zweifel sind nicht nur angebracht, sondern von der Aufgabenstellung regelmäßig gefordert (s. Rn. 146 ff.).

- 106 Die **sprachliche Darstellung spiegelt die Ungewissheit** über das Entscheidungsergebnis in der Verwendung des Gutachten- (a) oder Urteilsstils (b). Der so verwendete Stil entspricht wiederum der Schwerpunktsetzung (c) anhand juristischer „Probleme“ (d).

#### a) Der Gutachtenstil

- 107 Im Gutachtenstil ist grundsätzlich die Beantwortung jener Rechtsfragen darzustellen, bei denen man vernünftigerweise juristisch über das Ergebnis streiten kann, die also „problematisch“ sind.

#### aa) Die Funktion und Herkunft des Gutachtenstils

- 108 **Gutachtenstil** ist nicht nur eine Form der Darstellung, sondern **ist** in erster Linie **juristischer Denkstil**.<sup>102</sup> Seine Verwendung in der Ausbildung soll lehren, Normen und deren Voraussetzungen richtig auszulegen und auf konkrete Sachverhalte

<sup>100</sup> Wittgenstein, Über Gewißheit, 13. Aufl. 2013 [verfasst 1950/1951, Erstausgabe 1969], §§ 105, 115, 341, 343 (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>101</sup> S. insgesamt hierzu: Nida-Rümelin, Demokratie und Wahrheit, 2006, S. 29 f.

<sup>102</sup> Vgl. Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 1.

anzuwenden. Dieses Denkverfahren gilt es zu erlernen und gedanklich konsequent durchzuhalten. Letztlich muss diese Denkweise eine Denkgewohnheit werden.

*Hausarbeitswissen: Seinen Ursprung findet der Gutachtenstil im Vortrag des **Berichtstatters eines Kollegialorgans**, also eines Gremiums, das aus mehreren stimmberechtigten Personen besteht. Dem Berichtstatter, z.B. in der Kammer eines Verwaltungsgerichts, wurde die Ausarbeitung eines Entscheidungsvorschlages übertragen. Er oder sie bereitet den Sachverhalt aus den Akten auf, stellt die einschlägige Rechtslage dar und wendet sie auf den Sachverhalt an, wobei an potentiell strittigen Stellen Schwerpunkte gebildet werden und vertieft argumentiert wird. Schließlich wird ein Entscheidungsvorschlag unterbreitet.*<sup>103</sup>

*Der Gutachtenstil kann sich auch anbieten, wenn **anwaltschaftliche Gutachten** zu erstellen sind.*<sup>104</sup> Dies kann die anwaltliche Beratung eines Mandanten betreffen, für den ein Gutachten zu einer bestimmten Rechtsfrage erstellt wird. Es kann aber auch die rechtliche Beratung innerhalb eines Unternehmens oder innerhalb einer Behörde sein. Anders als das Urteil eines zur Streitentscheidung ermächtigten Gerichts, muss sich ein anwaltliches Gutachten nämlich auch mit Folgefragen auseinandersetzen, die sich ergeben, falls der primären Argumentation nicht gefolgt wird. Anwaltliche Gutachten, die sich an Mandanten richten, müssen zusätzlich eine Übersetzungsleistung aus der juristischen Fachsprache in die Alltagssprache bzw. die Sprache des Adressaten bieten.

## bb) Der Justizsyllogismus

Rechtsfragen werden in der deutschen Rechtstradition mit einer logischen Schlussform beantwortet, die man Syllogismus nennt. Diese Schlussform geht bis auf Aristoteles zurück.<sup>105</sup> Das bekannteste Beispiel für die Beantwortung einer Frage mit dem Syllogismus ist die Folgende: **Ist Sokrates sterblich?** Alle Menschen sind sterblich. Sokrates ist ein Mensch. Also ist Sokrates sterblich.<sup>106</sup> Dieser Syllogismus wird in der Rechtswissenschaft am ausführlichsten im Gutachtenstil dargestellt:

1. Rechtsfrage <sup>107</sup>	Fraglich ist, ob X zuverlässig i. S. v. § 4 I 1 GastG ist.
2. Definition (Obersatz)	Zuverlässig ist, wer dem Gesamteindruck seines Verhaltens nach die Gewähr dafür bietet, seine Gaststätte künftig ordnungsgemäß zu betreiben.
3. Subsumtion (Untersatz)	X bietet die Gewähr, künftig seine Gaststätte ordnungsgemäß zu betreiben.
4. Ergebnis	X ist daher zuverlässig i. S. v. § 4 I 1 GastG.

<sup>103</sup> Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 224.

<sup>104</sup> Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 15.

<sup>105</sup> Joerden, Logik im Recht, 2010, S. 327.

<sup>106</sup> S. anschaulich zum Syllogismus (anhand zivilrechtlicher Beispiele): Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 5–32.

<sup>107</sup> Begrifflich leider verwirrend wird auch diese Fragestellung von manchen als „Obersatz“ bezeichnet: Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 6.

112 *Hausarbeitswissen: Ob der Einleitungssatz, der die Frage aufwirft, mit einem Konjunktiv zu beginnen ist oder nicht, ist umstritten, aber von keinerlei praktischer Bedeutung. „X muss/müsste zuverlässig i. S. v. § 4 I 1 GastG sein.“ – beides ist vertretbar.<sup>108</sup> „Fraglich/Problematisch/Zweifelhaft ist ob, ...“ entspricht dem. Die gewählte Formulierung spiegelt hier auch das Ausmaß der Zweifel.*

113 **Der Syllogismus funktioniert wie folgt:** Aus zwei Prämissen (Definition und Subsumtion) folgt (logisch zwingend) ein Ergebnis. Logisch zwingend heißt, dass eine vernünftige Person, die beide Prämissen bzw. Voraussetzungen akzeptiert, nicht anders kann, als dem Ergebnis zuzustimmen. Eine Verweigerung der Zustimmung würde durch andere als widersprüchlich, also irrational wahrgenommen.

114 Die **inhaltliche Richtigkeit eines syllogistischen Schlusses** (die über seine logische Korrektheit hinausgeht) **hängt** daher **an der Richtigkeit seiner Prämissen:**

1. Fragestellung	Fraglich ist, ob X zuverlässig i. S. v. § 4 I 1 GastG ist.
2. Definition (Obersatz)	Zuverlässig ist, wer beim Betrieb einer Gaststätte noch nie jemanden getötet hat.
3. Subsumtion (Untersatz)	X hat noch nie jemanden beim Betrieb einer Gaststätte getötet.
4. Ergebnis	X ist somit zuverlässig i. S. v. § 4 I 1 GastG.

(Achtung: falsches Beispiel!)

Dieser Schluss ist formallogisch unbezweifelbar richtig – und dennoch juristisch unvertretbar. Die Prämissen (Definition und Subsumtion) sind inhaltlich falsch. Die Definition ist unvertretbar: jedenfalls die Schutzpflicht für körperliche Unversehrtheit und Leben aus Art. 2 II 1 GG wird ein staatliches Einschreiten schon weit vor dieser Schwelle gebieten. Unterstellt, dass ein Gast von X (laut Sachverhalt) schon aufgrund einer Lebensmittelvergiftung verstarb, ist auch die zweite Prämisse in der Subsumtion falsch. Die **inhaltliche Richtigkeit** der Lösung einer Rechtsfrage **hängt** also **nie allein an** der Einhaltung **formaler Logik**. Darüber hinaus muss man die **Prämissen überzeugend** (oder jedenfalls vertretbar) **begründen**.<sup>109</sup>

115 In verwaltungsrechtlichen Prüfungsarbeiten sind oft bestimmte **Tatbestandsmerkmale auszulegen**. Strukturell erarbeitet man dann (als 1. Prämisse)

<sup>108</sup> Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 204 – 207; Mix, Schreiben im Jurastudium, 2011, S. 56 f.

<sup>109</sup> Vgl. Puppe, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 204 f.

eine **Definition** dieser rechtlichen Voraussetzung.<sup>110</sup> Man diskutiert ggf., welche unter mehreren denkbaren Definition die richtige ist, indem man die verschiedenen Möglichkeiten darstellt und juristisch argumentiert, welcher dieser Definitionen der Vorzug zu geben ist. Die **juristische Argumentation** ist im Gegensatz zur allgemeinen (politischen) Argumentation dadurch beschränkt, dass mit den allgemein akzeptierten **Auslegungsmethoden** gearbeitet werden muss, also mit Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck sowie der historischen Auslegung des Gesetzes. Analogie, teleologische Reduktion und ihre Voraussetzungen sollten Studierenden ebenso ein Begriff sein wie verschiedene übliche Argumentformen (wie der Erst-recht- und der Umkehrschluss).<sup>111</sup>

Examenswissen: Im Verwaltungsrecht gibt es **besonders relevante Aspekte der systematischen Auslegung**. Es muss unbedingt nach **Legaldefinitionen** gesucht werden. (Einen Begriff auszulegen, für den das Gesetz eine Definition bereithält, ist falsch. Vielmehr ist dann ggf. diese Legaldefinition auszulegen.) Schließlich können verwaltungsrechtliche Begriffe häufig **verfassungs- und/oder europarechtskonform** auszulegen sein. Es ist an die Grundrechte des Grundgesetzes und die Grundfreiheiten des AEUV zu denken. 116

Nachdem man die **Definition** des Tatbestandsmerkmals einer Rechtsnorm erarbeitet und begründet hat, muss man diese **auf den Lebenssachverhalt anwenden** (Sind wirklich schon Gäste von X wegen hygienischer Mängel gestorben?). In der Praxis und in der zweiten Staatsprüfung kann hierzu eine Beweiswürdigung vorzunehmen sein, in der Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten und weitere Beweismittel ausgewertet werden.<sup>112</sup> In der ersten juristischen Prüfung ist das tatsächliche Geschehen im **Sachverhalt** vorgegeben. Diesen gilt es **richtig zu lesen** (s. dazu Rn. 23 ff. und unten Rn. 155). Denn die Aufgabe in juristischen Falllösungsprüfungen ist es nicht, eine abstrakte Rechtsfrage darzustellen (dann würde der Schritt der Definition ausreichen). Vielmehr muss der konkrete Sachverhalt einer rechtlichen Bewertung zugeführt werden – wozu der Sachverhalt natürlich verwertet werden muss. **Es ist stets mit Fallbezug zu arbeiten** (s. auch Rn. 62)! 117

**110** Vgl. Bialluch/Wernert, JuS 2018, 326 (327). Zahlreiche Formulierungsbeispiele zur Anwendung der Auslegungsmethoden: Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 215 ff.

**111** S. sehr kurz zur Methodenlehre: Thomas Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 8. Aufl. 2016, Rn. 14–25; Huang, Fallbearbeitung im Staats- und Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, Rn. 52–76; ausführlicher: Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012; sehr ausführlich: Rüthers/Fischer/Birk, Rechtslehre, 10. Aufl. 2018, Rn. 717 ff.

**112** S. § 96 I VwGO.

118 Verwaltungsrechtliche Prüfungsarbeiten zeichnen sich oft dadurch aus, dass **unbestimmte Rechtsbegriffe** in dieser Weise auszulegen und anzuwenden sind (näher § 2 Rn. 758). Regelmäßig werden mehrere Lösungen vertretbar sein. **Es kommt** hier, wie auch sonst, **auf die methodisch vertretbare Argumentation an**. Bei Rechtsgebieten, die nicht zum Pflichtfachstoff gehören (aber dennoch geprüft werden können, s. Rn. 19) wird in Klausuren keine Kenntnis der Rechtsprechung oder Lehre vorausgesetzt.

119 Zur Illustration folgt ein etwas **ausführlicheres Beispiel** zur Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs anhand des „unbekannten“ Problems, wann jemand die nötige Zuverlässigkeit hat, um im Sicherheitsbereich eines Flughafens zu arbeiten (zu Begriff und Typen von „Problemen“ s. Rn. 140 ff.). Sowohl hinsichtlich der Definition als auch der Subsumtion wäre in einer Prüfungsarbeit eine abweichende Lösung vertretbar, soweit sie entsprechend begründet wird.

120 *Sachverhalt: X möchte im Sicherheitsbereich eines Flughafens arbeiten. Er wurde in den letzten zwei Jahren drei Mal wegen Diebstahls zu geringen Geldstrafen verurteilt. Wird eine Zuverlässigkeitsprüfung nach dem Luftsicherheitsgesetz für X positiv ausfallen?*

---

1. Rechtsfrage X müsste zuverlässig<sup>113</sup> i. S. v. § 7 I 1 des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG) sein.<sup>114</sup>

---

2. Definition (Obersatz) Zuverlässig ist grundsätzlich, wer dem Gesamteindruck seines Verhaltens nach die Gewähr dafür bietet, zukünftig mit Blick auf das Luftsicherheitsgesetz ordnungsgemäß zu handeln.<sup>115</sup> Fraglich ist aber, wie hoch die Wahrscheinlichkeit künftigen Fehlverhaltens sein muss.  
Im Gewerberecht, das den Begriff der „Zuverlässigkeit“, etwa in § 4 GastG, ebenfalls verwendet, wäre eine „gewisse“ Wahrscheinlichkeit ausreichend.<sup>116</sup> Bloße Vermutungen ins Blaue hinein wären nicht ausreichend, aber ein Fehlverhalten müsste auch nicht „überwiegend“ wahrscheinlich sein. Anders als das Gewerberecht bezweckt das LuftSiG jedoch, den Schutz höchststrängiger

---

113 Die Frage der „Zuverlässigkeit“ einer Person ist allerdings ein sehr häufig vorkommendes „unbekanntes“ Problem, auf das man jedenfalls rudimentär vorbereitet sein sollte. Ausführlich und instruktiv hierzu: Eifert, JuS 2004, 565.

114 Gem. § 7 I 1 Nr. 1 LuftSiG ist u. a. die Zuverlässigkeit von Personen zu überprüfen, „denen zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit nicht nur gelegentlich Zugang zum Sicherheitsbereich des Geländes eines Flugplatzes im Sinne des § 8 ... gewährt werden soll ...“.

115 Diese Definition wandelt die entsprechende (und Studierenden eher bekannte) Definition des gleichlautenden Rechtsbegriffs aus dem Gewerberecht ab. Die Definition der Rechtsprechung ist anders und beinhaltet bereits das folgende Auslegungsergebnis. Da das LuftSiG nicht zum Pflichtfachstoff gehört, handelt es sich um ein „unbekanntes“ Problem; Kenntnis der Rechtsprechung ist zur Lösung in der Klausur also nicht erforderlich.

116 Metzner, GastG, 6. Aufl. 2001, § 4 Rn. 10 ff., 22.

117 Vgl. VG Berlin, Urt. v. 24. Januar 2018, Az.: 13 K 279.16 – Rn. 15, juris.

Rechtsgüter (Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 II GG) einer großen Vielzahl von Personen gegen schwerwiegende, irreparable Schäden, z. B. durch terroristische Anschläge, § 1 LuftSiG. § 7 VI LuftSiG verlangt entsprechend auch, dass „keine Zweifel“ an der Zuverlässigkeit verbleiben dürfen. Daher genügen bereits geringste Zweifel daran, dass X künftig mit Blick auf das Luftsicherheitsgesetz ordnungsgemäß handeln wird.<sup>117</sup>

- 
3. Subsumtion (Untersatz) X wurde in den letzten zwei Jahren drei Mal wegen Diebstahls zu geringen Geldstrafen verurteilt. Hierbei handelt es sich eher um Bagatelldelicten, die keinen direkten Zusammenhang mit Gefahren für die Luftsicherheit haben. Die wiederholte Begehung von Diebstählen in engen zeitlichen Abständen zeigt jedoch die Bereitschaft, sich zum eigenen Vorteil auch über strafrechtlich bewehrte Verbote hinwegzusetzen. Dass X sich über sicherheitsrelevante Bestimmungen hinwegsetzen könnte, um einen persönlichen Vorteil zu erlangen, scheint nicht ausgeschlossen. Es bestehen somit – wenn auch geringe – Zweifel an der Luftsicherheitsrechtlichen Zuverlässigkeit des X.
- 
4. Ergebnis Somit ist X unzuverlässig i. S. v. § 7 I 1 LuftSiG.
- 

Examenswissen: In der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe überschneiden sich inhaltliche und formale Anforderungen an die Argumentation. Ein neutraler, fachsprachlicher Stil dient nicht nur der Darstellung, sondern auch dazu, dass die Entscheidung der Rechtsfrage *tatsächlich* neutral und nach fachlichen Erwägungen geschieht. Es werden in letzter Konsequenz auch subjektive Wertungen und Werturteile heranzuziehen sein. Dies bedeutet aber nicht, dass die Argumentation einseitig sein darf. **Alle ersichtlichen Argumente**, die **für und wider** eine Auslegung sprechen, sind als solche darzulegen und zu **verwerten**; sowohl auf der Ebene der Definition als auch der der Subsumtion. Argumente, die für eine Gegenposition sprechen, sind als solche anzuerkennen. Man muss nicht jedes einzelne Argument völlig entkräften, das für eine andere Auslegung sprechen könnte. Wenn dies überzeugend möglich wäre, würde aller Wahrscheinlichkeit nach überhaupt kein Streit bestehen. **Welche Argumente** man **letztlich für gewichtiger** erachtet, bleibt einem im Rahmen des Nachvollziehbaren selbst überlassen. Hier eröffnet sich der **Raum des Vertretbaren**.<sup>118</sup>

### b) Der Urteilsstil

Im Urteilsstil sind – wenig überraschend – die Entscheidungen deutscher Gerichte formuliert. Man stellt das Ergebnis voran und begründet im Anschluss. Tendenziell werden hiermit weniger Zweifel aus dem Vorgang der Entscheidungsfindung offengelegt als mit dem Gutachtenstil. Ein Ausschnitt aus der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Verwaltungsakts soll als Beispiel dienen:

---

<sup>118</sup> Mit Negativ-Beispielen: Mann, Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 5. Aufl. 2015, Rn. 259.

---

1. Ergebnis	Die Einziehung des Wellensittichs gem. § 19 TierSchG ist auch erforderlich.
2. Definition	Die Einziehung ist erforderlich, wenn keine andere Maßnahme zur Verfügung steht, die zwar milder, also weniger eingriffintensiv hinsichtlich der Rechte der Klägerin ist, und gleichzeitig ebenso wirksam das Ziel des Tierschutzes verfolgt.
3. Subsumtion	Ein bloßer Appell wäre zwar milder, aber auch weniger geeignet, das Ziel des Tierschutzes zu erreichen, da er R nicht mit gleicher Sicherheit von der Wiederholung von Handlungen abhalten würde, die den Wellensittich schädigen. Andere mildere Mittel, die gleich geeignet wären wie die Einziehung, sind nicht ersichtlich.

---

### c) Die Schwerpunktsetzung

123 Ob die Darstellung im Gutachtenstil oder im Urteilsstil vorzunehmen ist, entscheidet sich danach, ob die Frage rechtlich problematisch ist.<sup>119</sup> Der **Stil verdeutlicht** die **Schwerpunktsetzung**. Aus dieser Schwerpunktsetzung folgt ein wesentlicher Teil der Note. Denn es ist eine juristische Kernkompetenz, **Wesentliches von Unwesentlichem** und Problematisches von Unproblematischem **unterscheiden** zu können.

124 Der **Urteilsstil** ist nur **Unproblematischem vorbehalten**, z. B.: „Die Monatsfrist zur Einlegung des Widerspruchs kann eingehalten werden, da seit Bekanntgabe der Abrissverfügung erst 14 Tage vergangen sind.“ Insbesondere in der Zulässigkeitsprüfung ist an diversen Stellen sogar ein „**Behauptungsstil**“ angebracht, der auf eine Begründung (fast) gänzlich verzichtet, z. B.:<sup>120</sup>

*„Das Verwaltungsgericht Berlin ist zuständig gem. §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO.“ / „K ist als natürliche Person, die Bundesrepublik Deutschland ist als juristische Person gemäß § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig.“*

125 Die Verwendung des Urteils- oder gar Behauptungsstils hat zur Voraussetzung, dass der entsprechende Punkt auch tatsächlich unproblematisch ist. So wird oft eine detaillierte Begründung entbehrlich sein, weshalb ein **Verwaltungsakt i. S. v. § 35 VwVfG** vorliegt und weshalb der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet ist

---

**119** Die Bedeutung dieser Unterscheidung kann nicht überbetont werden. So alle: Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 836; Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 150; Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 24,73–78; Bialluch/Wernert, JuS 2018, 326 (328); Lagodny, Gesetzestexte, suchen, verstehen und in der Klausur anwenden, 2. Aufl. 2012, S. 184.

**120** Vgl. Mix, Schreiben im Jurastudium, 2011, S. 49, 52f.

(s. z. B. Fall 1 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020, § 2 Rn. 10).<sup>121</sup> Zuvor muss aber gedanklich geprüft worden sein, ob nicht doch eines der Merkmale eines Verwaltungsakts zweifelhaft ist. Die Klage- oder Verfahrensart und mithin das gesamte weitere Prüfungsschema hängen hiervon ab.

Der Grund dafür, dass eine bloße Behauptung an solchen Stellen genügt, ist der, dass eine andere Ansicht vernünftigerweise nicht vertreten werden kann – und die Begründung gleichwohl etwas langwierig oder sogar schwer erscheint. **Selbstverständliches im Gutachtenstil** darzustellen, **wirkt** nicht nur **skurril**, sondern nimmt auch **Zeit für die** Bearbeitung der **wirklichen Probleme**.<sup>122</sup> Ein deutliches

*Beispiel: Fraglich ist, ob A beteiligtenfähig ist. Gemäß § 61 Nr. 1 VwGO sind alle natürlichen und juristischen Personen fähig, am verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligt zu sein. A könnte eine natürliche Person sein. Natürliche Personen sind alle Menschen. Mensch ist – nach dem heutigen Stand der Technik –, wer von einer Frau geboren ist. A hat bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung eine Mutter. Daher ist A ein Mensch. Entsprechend ist A eine natürliche Person. Mithin ist A beteiligtenfähig.*

Wenn eine Rechtsfrage einfach oder gar unzweifelhaft zu Bejahen oder zu Ver- 126  
neinen ist, muss der Urteils- oder Behauptungsstil eingesetzt werden. Die Anzahl echter Probleme in einer verwaltungsgerichtlichen Prüfungsaufgabe wird in der Regel überschaubar sein. Das bedeutet, dass die **Verwendung des Gutachtenstils die Ausnahme** ist.<sup>123</sup> Ein Großteil des Rechtsgutachtens in einer verwaltungsrechtlichen Prüfungsarbeit wird im Urteils- oder Behauptungsstil verfasst werden. Es ist eine dieser drei Darstellungsformen zu wählen. **Mischformen** wie die folgende sind **unzulässig**:

*Beispiel: „Fraglich ist, ob A eine Gefahr i.S.d. § 14 II BPolG verursacht hat. Eine im Einzelfall bestehende (konkrete) Gefahr ist ein Verhalten oder eine Sachlage, bei der die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eintreten wird. Dies ist hier aber nicht der Fall.“<sup>124</sup>*

Examenswissen: Der Fehler ist nicht nur stilistischer Art, sondern liegt in einem **formativen** 127  
**Selbstwiderspruch**: Mit der Verwendung des Gutachtenstils wird angezeigt, dass an dieser Stelle

**121** Vgl. Voßkuhle/Kaufhold, JuS 2011, 34 (36); Uerpmann-Wittzack, Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 6f., 10.

**122** Bringewat, Methodik juristischer Fallbearbeitung, 3. Aufl. 2017, Rn. 214.

**123** Aus dem Blickwinkel des Strafrechts, aber in alle Rechtsgebiete übertragbar: Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (158f.); vgl. Haft, Einführung in das juristische Lernen, 7. Aufl. 2015, S. 193.

**124** Vgl. Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 117: „informationslose Subsumtionen“.

ein Problem liegt. Mit dem plötzlichen Abbruch der Ausführungen wird gesagt, dass es doch nicht so ist. Entweder die Frage ist tatsächlich völlig unproblematisch, dann ist schlicht festzustellen: „Von X ging keine Gefahr aus“ oder „X verursachte keine Gefahr, da bloßes Autofahren nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit einen Schaden für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung herbeiführt.“ Sollte doch ein Problem vorliegen, muss es im Gutachtenstil durch fallbezogene Argumentation gelöst werden. Bloße Behauptungen genügen dann gerade nicht.

128 Entgegen der hiesigen Ausführungen kritisieren Korrektoren vereinzelt die Verwendung des Urteilsstils auch bei völlig klaren und unproblematischen Subsumtionen. Mit dem **Urteilsstil** assoziierte Konjunktionen wie „weil“ und „da“ werden oft **beanstandet**.<sup>125</sup> Dies entspricht jedoch nicht prüfungsrechtlicher Spruchpraxis; die Verwendung des Urteils- oder Behauptungsstils ist – richtig eingesetzt – völlig vertretbar.<sup>126</sup> Zumindest wird der Zeitgewinn, den die (richtige) Verwendung des Urteilsstils bewirkt, jeden (fälschlichen) Punktabzug aufwiegen.<sup>127</sup> Wer ganz sicher gehen möchte, vermeidet einfach die genannten Konjunktionen im Urteilsstil.

129 Alternativ zum Urteilsstil wird auch ein „**verkürzter**“ **Gutachtenstil** empfohlen, der letztlich ein umgedrehter Urteilsstil ist: „Bloßes Autofahren führt nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, somit verursachte X keine Gefahr.“<sup>128</sup> Auch dies ist sicher vertretbar.

#### d) Das Problem und seine Lösung

130 Das Kriterium, nach dem die Schwerpunktsetzung in einer Klausur vorzunehmen ist, entspricht im Ausgangspunkt demjenigen der juristischen Praxis. Zweifelhafte ist vertieft zu analysieren und nach Erwägung aller juristisch relevanten Argumente einer vertretbar begründeten Entscheidung zuzuführen.<sup>129</sup> Unzweifelhafte Ergebnisse sind, wenn überhaupt, in aller Kürze abzuhandeln. **Rechtsfragen, über deren Beantwortung man sich unsicher sein und streiten kann**, werden in der juristischen Ausbildung traditionell als „Problem“ bezeichnet. Doch wie erkennt man ein solches Problem und was macht man, wenn man es erkannt hat?

125 Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 37; Zwickel/Lohse/Schmid, Kompetenztraining Jura, 2014, S. 64, aber mit Einschränkung im Öffentlichen Recht: S. 55.

126 OVG Münster, Urt. v. 27.8.2009, Az.: 14A 313/09, Rn. 51; Peine, Klausurenkurs im Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2016, Rn. 16; s. insgesamt hierzu: Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (160 f.).

127 Ebenso: Lagodny/Mansdörfer/Putzke, ZJS 2014, 157 (163).

128 Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 41, 43 f.

129 Dazu, was dies eigentlich bedeutet: Neupert, Was macht Rechtsauffassungen vertretbar?, JuS 2016, 489 (492–494).

**aa) Was ist ein Problem und wann ist es zu lösen?**

Es gibt viele Sachverhalte, die eindeutig von einer Norm erfasst sind, und viele, 131 die eindeutig nicht von ihr erfasst sind. Anhand dieser (unproblematischen) „**Normalfälle**“ der Anwendung und Nicht-Anwendung einer Norm lässt sich ein neues Rechtsgebiet am besten erschließen.<sup>130</sup> Denn so lernt man die übliche Bedeutung der entsprechenden Rechtsnormen.

*Beispiel: Der jedermann offenstehende Gemeingebrauch an öffentlichen Straßen umfasst den „Verkehr“ (s. z. B. § 10 II Berliner Straßengesetz<sup>131</sup>). Im Normalfall ist mit Verkehr (nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Norm) die Nutzung der Straße zur Fortbewegung gemeint.*

Das juristische „Problem“ bezeichnet den Umstand, dass es Sachverhalte gibt, bei 132 denen unsicher scheint, ob sie von der Norm erfasst sind oder nicht, also **Grenzfälle**. Diese Schwierigkeit in der Auslegung einer Rechtsnorm ist es, die in der juristischen Ausbildung als „Problem“ bezeichnet wird. Und diese Schwierigkeit ist es, die durch Auslegung zu bewältigen ist, indem man juristisch argumentiert und eine Entscheidung (im Gutachtenstil) begründet.

*Beispiel: „Fraglich ist, ob auch das Verteilen von Flugblättern auf der Straße ‚Verkehr‘ i. S. d. Gemeingebrauchs ist. Vom Wortsinn her könnte mit ‚Verkehr‘ auch ‚kommunikativer Verkehr‘ gemeint sein. Eine verfassungskonforme Auslegung mit Blick auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG könnte geboten sein, wenn eine Genehmigungspflicht dieses Grundrecht unangemessen beschränkte. Jedenfalls soweit keine nennenswerte Beeinträchtigung des ‚normalen‘ Gemeingebrauchs durch andere zu befürchten ist, wird dies anzunehmen sein.<sup>132</sup> Vorliegend... [Subsumtion]“*

Wie in der Praxis sind Rechtsprobleme auch in einer Prüfungsarbeit **nur** dann 133 (vertieft) zu behandeln, **wenn** diese mit Blick auf den Sachverhalt **entscheidungserheblich** sind.<sup>133</sup> Schwerpunkte sind nicht danach zu setzen, was der Bearbeiter oder die Bearbeiterin weiß oder interessant findet.<sup>134</sup> Kann die Fallfrage beantwortet werden, ohne ein Rechtsproblem zu behandeln, verbietet sich in aller Regel eine nähere Behandlung. **Allenfalls** zulässig ist ein **kurzer Hinweis** auf die Problematik, um zu zeigen, dass man das (Standard-)Problem kennt, es

**130** Diese Lehr- und Lernmethode geht zurück auf Haft, Einführung in das juristische Lernen, 7. Aufl. 2015, S. 181 ff.

**131** Berliner Straßengesetz vom 13.7.1999, GVBl. 1999, 380.

**132** So für Flugblätter: BVerfG, Kammerbeschl. v. 18.10.1991, Az.: 1 BvR 1377/91 = NVwZ 1992, 53.

**133** Vgl. Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 161; Bialluch/Wernert, JuS 2018, 326 (329).

**134** Vgl. Schwerdtfeger/Schwerdtfeger, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 15. Aufl. 2018, Rn. 822 f.

aber vorliegend nicht darauf ankommt (s. z. B. Fall 10 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020, § 5 Rn. 59).<sup>135</sup>

134 *Beispiel: Eine Erörterung der umstrittenen Rechtsfrage, ab wie vielen Teilnehmern eine Versammlung i. S. v. Art. 8 I GG respektive § 1 VersammlG vorliegt, ist nur dann angezeigt, wenn die Versammlung so wenige Teilnehmer hat, dass man zweifeln kann. Kommen **alle vertretbaren Meinungen zum gleichen** (positiven oder negativen) **Ergebnis**, ist der Streit eigentlich gar nicht anzusprechen. Um sein Wissen dennoch zu zeigen, kann – in aller Kürze! – auf die Existenz, aber Irrelevanz des Streits hingewiesen werden. Wenn eine Versammlung 300 Teilnehmer hat, stellt jede darüber hinausgehende Diskussion der Frage, ob eine, zwei, drei oder sieben Personen erforderlich sind, einen schweren Fehler in der Schwerpunktsetzung dar. Nicht nur wird dieser Fehler negativ in die Bewertung einfließen, er wird auch in der Folge zu einer Zeitknappheit bei der Bearbeitung der Klausur führen. Denn die Prüfungsaufgabe war nicht dafür konzipiert, dass auch dieses Problem detailliert thematisiert wird.*

135 **Je mehr Informationen** zu einem bestimmten Aspekt **im Sachverhalt** angeführt sind, **desto eher** wird hier ein **Problem** liegen, das im Gutachtenstil zu lösen ist.<sup>136</sup> Es gibt allerdings auch Probleme, die sich nur dadurch aus dem Sachverhalt ergeben, dass etwas *nicht* angegeben ist.<sup>137</sup>

#### **bb) Wie ist ein entscheidungserhebliches Problem zu lösen?**

136 Allgemein sollte die Abhandlung eines Meinungsstreits in der Klausur nicht danach klingen, als ob auswendig gelernte Theorien hölzern wiedergegeben werden.<sup>138</sup> (Dies gilt selbst dann, wenn dies, bei Standardproblemen, zu einem gewissen Grad der Fall sein mag.) Die Zuschreibung bestimmter Meinungen oder Argumente zu bestimmten Akteuren (Lehre / Rechtsprechung) oder ihre quantitative Bewertung (herrschend / Mindermeinung) ist in der Prüfungsarbeit nicht gefordert und tendenziell schädlich: Es ist fehleranfällig und vermittelt verstärkt den Eindruck, (nur) auswendiggelernte Textbausteine zu reproduzieren statt (auch) selbstständig zu argumentieren.<sup>139</sup> Eine Ausnahme wird aufgrund ihrer prägenden Bedeutung allgemein für Leitfälle des Bundesverfassungsgerichts

---

135 Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 154 f.

136 Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 140.

137 s. Rn. 51 für ein Beispiel.

138 Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017, S. 58 f.

139 Vgl. Bialluch/Wernert, JuS 2018, 326 (329).

gemacht.<sup>140</sup> Das **eigenständige Formulieren juristischer Argumente** ist aber das, was gefordert ist. Standardprobleme dienen (neben der Vermittlung von Standardwissen) dazu, diese sprachliche Fähigkeit und übliche Argumentformen zu üben.<sup>141</sup> Wenn unbekannte Problemkreise Gegenstand der Klausur sind, benötigt man diese Fähigkeit – sei es bei objektiv unbekanntem Problemen, die nicht zum Pflichtfachstoff gehören, oder (dem Studierenden) subjektiv unbekanntem Problemen, die Standardprobleme oder aktuelle Probleme sind (zu den Problemtypen sogleich in den Rn. 140 ff.).

Examenswissen: Mit einer **ständigen** (höchstrichterlichen) **Rechtsprechung** und einer **herrschenden Lehre** sollte und muss man sich (im Rahmen des Pflichtfachstoffs, der vertiefte Kenntnisse verlangt) stets auseinandersetzen. Man muss ihr aber nicht unbedingt folgen. Es muss dann aber oft hilfsgutachtlich weitergeprüft werden, obwohl die Prüfung eigentlich zu Ende ist, weil das Ergebnis (z. B. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts) schon feststeht. Man muss deswegen weiterprüfen, weil man sich sonst die Probleme des Falls abschneidet. Auch in einem Gutachten für einen Mandanten kann man in der Praxis nicht einfach davon ausgehen, dass das Gericht der eigenen Auffassung in jedem Punkt folgen wird, sondern muss Eventualitäten in Betracht ziehen. **137**

Wenn man im Sachverhalt einen Hinweis auf ein Problem erkennt, das nach der eigenen Lösung hilfsgutachtlich zu behandeln wäre, sollte man noch einmal über die Lösung nachdenken.<sup>142</sup> **Alle im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen** sind (oft ausdrücklich laut Bearbeitervermerk) in einem Gutachten zu **beantworten**. Wesentliche Probleme des Falls werden üblicherweise aber nicht im Hilfsgutachten besprochen. Ohne Weiteres denkbar ist jedoch, dass eine Klage unzulässig (z. B. verfristet) ist. Die gesamte Begründetheit ist dann Hilfsgutachten. **138**

Allerdings bestätigt auch hier die Ausnahme die Regel und es sind regelmäßig **139** verschiedene Lösungen gut vertretbar. Man sollte also nicht die eigene Lösung verbiegen, um einer (vermeintlichen) Musterlösung zu entsprechen. Am besten vertritt man **diejenige Lösung, für die man am besten argumentieren kann**.

Wenn man **z. B.** (mit gewichtigen Stimmen in der Lehre) eine *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren für unzulässig hält (s. näher § 2 Rn. 347 f.), ist dies in der ersten juristischen Prüfung fraglos vertretbar. Nichtsdestotrotz ist nach der Feststellung, dass der Widerspruchsbescheid schon deshalb rechtswidrig sei, zwingend hilfsgutachterlich weiterzuprüfen. Ansonsten würde man mit Sicherheit wesentliche Probleme des Falls unbearbeitet lassen.<sup>143</sup>

---

**140** So kann auf „das Apothekenurteil“ verwiesen werden, wenn die Berufsfreiheit thematisiert wird.

**141** Ausführlich mit Formulierungsbeispielen: Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 161 ff.

**142** Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017, S. 78–82.

**143** Vgl. Huang, Fallbearbeitung im Staats- und Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, Rn. 82.

**cc) Was für Probleme gibt es?**

- 140 Im Rahmen der universitären Ausbildung gilt ein Begriff des „Problems“, der sich in Teilen erheblich von dem der Praxis unterscheidet. Einige in der Praxis unproblematische Punkte sind in der Ausbildung ausdrücklich anzusprechen oder gar zu problematisieren. Die **Schwerpunktsetzung, die in der Ausbildung** verlangt wird, verfolgt nämlich andere Ziele, als die der Praxis. Sie dient didaktischen Zwecken und ist teils den **Besonderheiten des Prüfungsformats „Fallbearbeitung“** geschuldet. Aus diesem Prüfungsformat ergeben sich drei Kategorien von Rechtsproblemen, die einem in Klausur und Hausarbeit begegnen werden: Standardprobleme (1), unbekannte Probleme (2) und aktuelle Probleme (3).

**(1) Standardprobleme**

- 141 Wie in allen Rechtsgebieten existieren auch im Öffentlichen Recht sogenannte Standardprobleme. Diese Rechtsprobleme sind in der Ausbildung Standardwissen. **Wissen um** diese Probleme sowie die verschiedenen **Meinungen in Rechtsprechung und Literatur**, samt Argumenten, die zu ihnen vertreten werden, wird **vorausgesetzt**.<sup>144</sup>
- 142 Ein Beispiel ist die Frage, ob eine *reformatio in peius* im Widerspruchsverfahren zulässig ist (s. dazu näher § 2 Rn. 347 ff.). Dieses Rechtsproblem zählt, wie z. B. auch die isolierte Anfechtung von Nebenbestimmungen i. S. v. § 36 VwVfG (dazu näher § 2 Rn. 249 ff.) zu den **„größeren“ Standardproblemen** des Verwaltungsrechts. Problem und Argumentation sind jeweils relativ komplex. Es gibt aber auch **„kleinere“**, wie die Frage, ob vor einem Antrag auf vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutz nach § 80 V VwGO ein Antrag nach § 80 IV VwGO an die Behörde zu stellen ist (zu diesem Problem näher § 8 Rn. 46).
- 143 Eine Besonderheit der Prüfung eines Standardproblems ist, dass es auch Rechtsfragen umfassen kann, die gegenwärtig, in Praxis und Lehre, nicht (mehr) wirklich umstritten sind. Ob in „besonderen Gewaltverhältnissen“ (Strafgefangene, Schüler, Beamte, usw.) Grundrechte Anwendung finden, ist ein rein **rechtshistorisches Problem**.<sup>145</sup> Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur wird eine ablehnende Ansicht noch vertreten. Nichtsdestotrotz wird oft erwartet, dass die Problematik bekannt ist und kurz angesprochen wird (s. § 2 Rn. 91 f.).

<sup>144</sup> S. etwa: Hebel/Spitzlei, 60 Probleme aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2018.

<sup>145</sup> Vgl. Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 184.

## (2) Unbekannte Probleme

Weiterhin können Rechtsprobleme Gegenstand einer Prüfungsaufgabe sein, 144 die einem unbekannt sind (und sein dürfen). Auf diese Probleme wird der Sachverhalt dann im Allgemeinen mit der notwendigen Deutlichkeit hinweisen. Diese Probleme sind dann mit allgemeinen juristischen Fähigkeiten und allgemeinem verwaltungsrechtlichen Wissen zu lösen.

Eine Besonderheit verwaltungsgerichtlicher Klausuren ist es, dass **Normen** 145 anzuwenden sein können, **die nicht zum Pflichtfachstoff gehören** (s. Rn. 19). Diese Normen sind dann entweder mit dem Sachverhalt abgedruckt oder der zugelassenen Gesetzessammlung zu entnehmen. In solchen Prüfungsarbeiten kommt es darauf an, **Wissen und methodische Fähigkeiten aus dem allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht** anhand dieser unbekanntenen Normen zu **zeigen**. Etwaige Rechtsprechung zu diesen Normen wird in der Klausur nicht als bekannt vorausgesetzt. Gewissermaßen ist der Prüfling dann in der Rolle eines Gerichts bzw. einer Behörde, welche die Norm erstmalig auszulegen und anzuwenden hat.<sup>146</sup> Ein **Beispiel** wäre das Vorgehen gegen den Widerruf einer waffenrechtlichen Erlaubnis gemäß § 45 WaffG. Das Waffengesetz ist nicht Pflichtfachstoff. Die Aufgabe ist aber dennoch mit allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kenntnissen lösbar. In **Hausarbeiten** wäre zur Lösung einer solchen Aufgabe Rechtsprechung zu recherchieren und Literatur heranzuziehen.

Die **konkrete Sachverhaltskonstellation** selbst wird quasi immer als „unbekanntes Problem“ zu qualifizieren sein. Selbst wenn der Sachverhalt ähnlich aussehen mag, wie ein anderer, den man kennt: Aller Wahrscheinlichkeit nach gibt es relevante Unterschiede. Daraus folgt, dass die Anwendung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** auf diesen Sachverhalt ein unbekanntes Problem darstellen wird. Wenn man also die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme prüft (insbesondere in der Prüfung von Ermessensfehlern, § 2 Rn. 745), muss der Sachverhalt vollständig ausgewertet werden. Viele der Angaben werden spätestens in der Verhältnismäßigkeit i. e. S. relevant werden.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit wenigstens einer Maßnahme wird in 147 sehr vielen verwaltungsrechtlichen Prüfungsarbeiten vorzunehmen sein. Die Chance, dass man das Studium – oder auch nur die Examenklausuren – beendet, ohne wenigstens einmal die Verhältnismäßigkeit zu prüfen, tendiert gegen Null. Hier decken sich **Prüfungs- und Praxisrelevanz** allerdings: Die **Bedeutung** dieser methodischen Figur **kann nicht hoch genug eingeschätzt** werden. Dies gilt sowohl für das Verwaltungsrecht als auch das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechtsprüfung. Im Studium des Öffentlichen Rechts gibt es wohl kaum

---

146 Für ein schönes Beispiel anhand der üblichen Auslegungsmethoden s. Adam, JuS 2018, 1188.

etwas, in das sich eine Investition an Zeit und Aufwand mehr lohnen würde. Denn nicht nur die Wahrscheinlichkeit ist hoch, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anzuwenden ist. Die **Verhältnismäßigkeit** einer Maßnahme stellt **regelmäßig** einen **Schwerpunkt** der Prüfungsaufgabe dar, mit dem entsprechend viele Punkte erreicht oder verschenkt werden können.

148 Die einzelnen Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung (legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit i. e. S. bzw. Angemessenheit) müssen inklusive ihrer Definitionen sicher beherrscht werden.<sup>147</sup> Innerhalb der Verhältnismäßigkeit wiederum wird regelmäßig die **Verhältnismäßigkeit i. e. S.** den **Schwerpunkt** darstellen.<sup>148</sup> Besonders hier muss argumentiert und der Sachverhalt ausgewertet werden. Dabei ist stets im **Gutachtenstil** zu beginnen (der Punkt ist problematisch). Es bietet sich oft an, wie folgt aufzubauen:

1. Obersatz = „Die Schwere des Eingriffs in die Rechte des Klägers darf nicht außer Verhältnis zur Bedeutung des legitimen Zwecks stehen.“
2. Schwere des Eingriffs bestimmen
3. Bedeutung des legitimen Zwecks bestimmen
4. Beides gegenüberstellen und entscheiden, was überwiegt

149 Examenswissen: Schwere und Bedeutung können insbesondere mit Adjektiven wie „leicht“, „mittel“, „schwer“<sup>149</sup> oder „erheblich“ und „unerheblich“ beschrieben werden. Schwere und Bedeutung können einmal „abstrakt“ (allgemein) und einmal „konkret“ (im vorliegenden Fall) bewertet werden. Zur konkreten Bewertung bietet sich ein Vergleich zwischen der Schwere des im Sachverhalt dargestellten Eingriffs und anderen (üblichen) Eingriffen als Argument an.<sup>150</sup>

### (3) Aktuelle Probleme

150 Examenswissen: Spätestens in Fortgeschrittenenklausuren und -hausarbeiten wird Inspirationsquelle für die Erstellung von Prüfungsaufgaben oft die aktuelle (z. B. im letzten Jahr ergangene) Entscheidung eines Gerichts sein.<sup>151</sup> **Niemand kann alle einschlägigen Urteile lesen. Es ist** (entgegen dem Versprechen manch kommerzieller Anbieter) auch **nicht möglich** treffsicher **vorauszusagen, welche Entscheidungen demnächst Prüfungsgegenstand** werden.

147 Z. B. hier zu finden: Hufen, Grundrechte, 7. Aufl. 2018, § 9 Rn. 14–23.

148 Thomas Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 8. Aufl. 2016, Rn. 56.

149 Vgl. Alexy, VVDStRL 61 (2001), 7 (24).

150 Vgl. Thomas Möllers, Juristische Arbeitstechnik und wissenschaftliches Arbeiten, 8. Aufl. 2016, Rn. 31–33.

151 Vgl. Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018, Rn. 453.

Neue Entscheidungen, die prüfungsgeeignet sind, lassen sich aber durchaus benennen. 151 Daher bietet es sich an, über aktuelle Entwicklungen auf dem Laufenden zu bleiben. Es mag die Chance, etwas erhöhen, schon einmal von einem Problem gehört zu haben und dadurch sensibilisiert zu sein. Es wird auch generell das Problembewusstsein schulen und juristische Allgemeinbildung schaffen. Doch wäre es **verfehlt**, einen Schwerpunkt beim Lernen darauf zu setzen, die Lösung möglichst vieler **Einzelfälle auswendig lernen zu wollen**. Vielmehr sollte man sein **methodisches und strukturelles Verständnis** schulen, um beliebige Fälle lösen zu können. Dazu gehört auch das Lernen an Beispielfällen, diese sind aber kein Selbstzweck.

Aktuelle Entscheidungen können natürlich der **Webseite** oder dem **Newsletter** der entsprechenden Gerichte, insbesondere **des Bundesverwaltungsgerichts**,<sup>152</sup> oder einer **Datenbank** wie Juris<sup>153</sup> oder Beck online<sup>154</sup> entnommen werden. Die genannten Datenbanken sind kostenpflichtig, aber an den meisten Hochschulen für Studierende nutzbar. Es ist auch durchaus anzuraten, hin und wieder **Originalurteile zu lesen**, um Argumentationsweise und Sprachstil zu schulen. Doch die Auswahl entsprechender Entscheidungen zur Lektüre wird anfangs aller Wahrscheinlichkeit nach überfordern. Man kann sich glücklicherweise auf eine Vorauswahl stützen: In den gängigen **Ausbildungszeitschriften**<sup>155</sup> werden regelmäßig entsprechende Fälle angesprochen und aufbereitet.

Noch aktueller finden sich Entscheidungen und Problemkreise jedoch **online**: Die vom 153 Verlag Wolters Kluver betriebene (und kostenfrei zugängliche) Webseite **Legal Tribune Online (LTO)**<sup>156</sup> bietet über alle Rechtsgebiete hinweg fachlich kompetente (Kurz-)Beiträge zu aktuellen Entwicklungen und sollte zur Pflichtlektüre eines jeden Studierenden gehören. Darüber hinaus sind der **Verfassungsblog**<sup>157</sup> und der **JuWissBlog** (Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht)<sup>158</sup> als renommierteste Blogs zum Öffentlichen Recht zu nennen. D. h. nicht, dass man sofort alles lesen und verstehen muss. Man sollte aber aufmerksam lesen, was sich augenscheinlich um die Inhalte der gerade besuchten Universitätsveranstaltungen dreht – und natürlich das, was einen interessiert. Über diese Kurznachrichten hinaus sei auch die (zumindest sporadische) **Lektüre seriöser Tageszeitungen** empfohlen, die sich mit Rechtsfragen auseinandersetzen.<sup>159</sup> Die Frankfurter allgemeine Zeitung (FAZ) z. B. widmet sich mit der Rubrik „Staat und Recht“<sup>160</sup> regelmäßig solchen Fragen. Die Lektüre-Empfehlungen in diesem Abschnitt haben natürlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

152 <https://www.bverwg.de/>.

153 <https://www.juris.de/>.

154 <https://beck-online.beck.de/>.

155 Die Juristischen Arbeitsblätter (**JA**), die Juristische Ausbildung (**JURA**) und die Juristische Schulung (**JuS**) sind wohl die bekanntesten. Frei online verfügbar ist die Zeitschrift für das Juristische Studium (**ZJS**) unter <http://www.ZJS-online.com>.

156 <https://www.lto.de/>.

157 <https://verfassungsblog.de/>.

158 <https://www.juwiss.de/>.

159 Kostenfrei sind Tageszeitungen in vielen kommunalen und Universitätsbibliotheken verfügbar.

160 <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/>.

#### IV. Klausurtaktik

- 154 Mit Klausurtaktik ist eine **prüfungsspezifische Rationalität** gemeint. In die Bearbeitung einer Prüfungsaufgabe können auch Erwägungen einfließen, die für das Entwerfen einer realen Entscheidung fehl am Platze wären. Taktische Erwägungen sollen kurzfristig zum Erfolg in der gerade bearbeiteten Prüfungsaufgabe führen. Hier seien nur einige genannt, die allgemeingültig sein sollten. Weitere wird man sich individuell in der Klausurpraxis aneignen. Individuell kann hier auch Verschiedenes richtig sein.<sup>161</sup> Allen diesen Punkten gemein ist, dass sie in der Bearbeitung unausgesprochen bleiben bzw. nicht niedergeschrieben werden.
- 155 Der erste „taktische“ Hinweis ist allerdings auch außerhalb der Prüfungssituation korrekt: **Alle Texte**, die für die Bearbeitung der Prüfungsaufgabe relevant sind, sind **vollständig und richtig zu lesen**. Dazu zählen Sachverhalt, Fallfrage, Bearbeitervermerk und die streitentscheidenden Normen, die abgedruckt wurden oder die in der Gesetzessammlung zu finden sind. So einfach und selbstverständlich dieses Vorgehen klingen mag, so häufig führt ein ungenaues Lesen zu gravierenden Fehlern, die leicht hätten vermieden werden können.<sup>162</sup>
- 156 Das Erstellen einer **Lösungsskizze** in einer Klausur ist ebenso sinnvoll. Wie detailliert diese ausfällt mag von der Aufgabenstellung und individuellen Vorlieben abhängen. Zumindest die wesentlichen Gliederungspunkte zu entwerfen und die Probleme des Falls innerhalb dieser Gliederung zu verorten bietet sich aber stets an.
- 157 An die Lösungsskizze sollten **Überlegungen zur Schwerpunktsetzung** anschließen. Hierbei sollte folgende Relation beachtet werden: **Je weniger Probleme** im Sachverhalt angelegt sind, **desto detaillierter** sind diese zu diskutieren. Sind in einem Sachverhalt **sehr viele Probleme** angelegt, wird man diese zwangsläufig **weniger detailliert** behandeln können, um dennoch in der verfügbaren Zeit bzw. in der Hausarbeit auf der verfügbaren Seitenzahl zu einer vollständigen Lösung zu kommen. Hier gilt es dann auch, den fallentscheidenden „schwierigen“ Problemen mehr Raum zu geben als Nebenschauplätzen.
- 158 Da der Stoffumfang im juristischen Studium sehr hoch ist, kann es (aus vielerlei Gründen) sein, dass man an einer Stelle des Rechtsgutachtens vor einer **Wissenslücke** steht. Man erkennt also, dass an dieser Stelle etwas problematisiert werden müsste, z. B. die Klagefrist nach § 74 VwGO richtig berechnet werden muss. Man gewinnt aber (nach einigem Nachdenken) den Eindruck, dass einen das Problem überfordert (etwa weil man die einschlägigen Normen nicht findet

<sup>161</sup> S. z. B. Putzke, Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben, 6. Aufl. 2018, Rn. 18.

<sup>162</sup> Für Beispiele aus der Prüfungspraxis s.: Lagodny, Juristisches Begründen, 2013, S. 145 – 148.

oder einem partout keine Argumente einfallen wollen). In der Berufspraxis oder in einer Hausarbeit würde man in einer solchen Situation Literatur zu Rate ziehen bis man eine gut begründete Lösung erarbeitet hat. In der Klausur hat man diese Option nicht.

Stößt man in der Klausur auf eine solche Wissenslücke, sollte man sich 159 ggf. rechtzeitig zu der Entscheidung durchringen, dass man dieses Problem in *dieser* Klausur nicht lösen wird. **Wie viel Zeit** aufgewendet werden sollte, hängt auch von der (mutmaßlichen) **Bedeutung des Problems** ab. Besonders wichtige, fallentscheidende materielle Probleme sollten nicht übergangen werden. Es wäre aber klausurtaktisch verfehlt, auf die Lösung eines kleinen Problems in der Zulässigkeit sehr viel Zeit aufzuwenden (und ggf. doch zu keiner gut begründeten Lösung zu kommen). In einer Klausur sind fast immer mehrere Rechtsprobleme angelegt. Übergeht man klausurtaktisch eines von diesen, hat man dadurch mehr Zeit, die verbleibenden gut zu bearbeiten und so – trotz des Fehlers an der einen Stelle – insgesamt eine gute Klausur zu schreiben. Dieses Vorgehen funktioniert wohlgemerkt natürlich nur, wenn die Wissenslücke die Ausnahme bleibt.

## V. Zusammengefasst

### Vor der Klausur:

160

- Grundstrukturen des Rechtsgebiets lernen und verstehen (auch mithilfe von Schemata, s. Rn. 71)
  - zu allen Klage- und Antragsarten (s. einführend Rn. 222 ff.)
  - zu grundlegenden materiellen Fragen wie der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts (s. § 2 Rn. 553 ff.)
- Auslegungsmethoden kennen und anwenden können (s. Rn. 115)
- Gutachten-, Urteils- und Behauptungsstil sowie ihre Funktion kennen (s. Rn. 102–129)
- Standard-Definitionen (insbesondere zur Verhältnismäßigkeit: Rn. 148) und Standard-Probleme lernen (s. näher Rn. 141–143)
- aktuelle Entscheidungen und Rechtsprobleme verfolgen (s. näher Rn. 150–153)
- selbst einzelne Rechtsfragen oder ganze Fälle zur Übung bearbeiten (s. näher Rn. 21)

### Während der Klausur:

- Sachverhalt, Bearbeitervermerk und entscheidungserhebliche Normen *vollständig und richtig* lesen (s. näher Rn. 94, 146, 155)
- Schwerpunkte auf die Probleme setzen (s. näher Rn. 123 ff.)

- entsprechend Gutachten-, Urteils- oder Behauptungsstil verwenden
- in verständlicher, korrekter Fachsprache neutral und unparteilich die eigene Lösung begründen (s. näher Rn. 78 ff.)
- Zeit einteilen zwischen Lösungsskizze und Niederschrift (vgl. Rn. 93, 102, 125, 134, 159)

## VI. Literaturhinweise

- 161 Adam, Der Umgang mit unbekanntem Normen, JuS 2018, 1188; Bialluch/Wernert, Gesetzesbezogene Fallbearbeitung, JuS 2018, 326; Deppner u. a., Examen ohne Repetitor, 4. Aufl. 2017; Hildebrandt, Juristischer Gutachtenstil, 2017; Huang, Fallbearbeitung im Staats- und Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018; Lagodny/Mansdörfer/Putzke, Im Zweifel: Darstellung im Behauptungsstil: Thesen wider den überflüssigen Gebrauch des Gutachtenstils, ZJS 2014, 157; Mix, Schreiben im Jurastudium, Paderborn 2011; Neupert, Was macht Rechtsauffassungen vertretbar?, JuS 2016, 489; Reimer, Juristische Texte lesen – Hilfestellungen aus öffentlich-rechtlicher Sicht, ZJS 2012, 623; Schaks/Friedrich, Verwaltungsaktbezogener Rechtsschutz: Die Zulässigkeitsprüfung, JuS 2018, 860; Schaks/Friedrich, Verwaltungsaktbezogener Rechtsschutz: Die Begründetheitsprüfung, JuS 2018, 954; Schimmel, Juristische Klausuren und Hausarbeiten richtig formulieren, 13. Aufl. 2018; Valerius, Einführung in den Gutachtenstil, 4. Aufl. 2017

## B. Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs als Einstiegsfrage in die verwaltungsrechtliche Klausur (Nikolas Eisentraut)

- 162 Prozesse vor den Verwaltungsgerichten sind nur dann zulässig, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.<sup>163</sup> Die Frage nach der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs stellt sich daher regelmäßig als **Einstiegsfrage in die Zulässigkeitsprüfung**.
- 163 Examenswissen: Sollte der Rechtsweg nicht eröffnet sein, wird die Klage jedoch nicht als unzulässig verworfen, sondern an das zuständige Gericht verwiesen (§ 173 VwGO i.V.m. § 17a II GVG).<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 1.

<sup>164</sup> Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 1 und näher zu den Rechtsfolgen bei Unzulässigkeit Rn. 16.

Diskutiert wird daher, ob die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs überhaupt als Frage der Zulässigkeit der Klage (bzw. des Antrags in einstweiligen Rechtsschutzverfahren) geprüft werden darf (gleiches gilt für die Frage des zuständigen Gerichts, s. dazu Rn. 3). Teilweise wird vorgeschlagen, die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs als eigenständigen Prüfungspunkt vor der Zulässigkeit der Klage zu prüfen. Dies führt jedoch zu einem „Auseinanderfallen“ der Einteilung in Prozessvoraussetzungen und materiell-rechtliche Erwägungen. Nach a. A. sollte der Begriff der „Zulässigkeit“ durch den allgemeineren **Begriff der „Sachentscheidungs voraussetzungen“** ausgetauscht werden.<sup>165</sup> Denn die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ist jedenfalls eine Sachentscheidungs voraussetzung. Nach überwiegender Auffassung wird die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs indes weiterhin unter dem Prüfungspunkt „A. Zulässigkeit“ verhandelt. Dafür wird der Begriff der Zulässigkeit einfach anders verstanden: Zulässigkeit meine nicht generell die Zulässigkeit der Klage, sondern die Zulässigkeit des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens.<sup>166</sup> Wichtig: In Prüfungsarbeiten ist diese Frage nicht zu problematisieren. Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs sollte daher entweder wie hier unter „A. Zulässigkeit“ oder „A. Sachentscheidungs voraussetzungen“ behandelt werden.

Zunächst ist zu prüfen, ob eine spezielle Norm (sog. **aufdrängende Spezialzuweisung** die Streitigkeit dem Verwaltungsrechtsweg zuweist. Falls eine solche aufdrängende Sonderzuweisung fehlt, ist nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO zu beurteilen, ob die Streitigkeit dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen ist.<sup>167</sup>

Formulierungsvorschlag: *„Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, wenn eine aufdrängende Spezialzuweisung die Streitigkeit dem Verwaltungsrechtsweg zuweist. Fehlt es an einer solchen Zuweisung, ist die Streitigkeit unter den Voraussetzungen der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen.“*<sup>165</sup>

## I. Aufdrängende Spezialzuweisung

Eine aufdrängende Spezialzuweisung ist eine spezialgesetzliche Zuweisung einer Streitigkeit zum Verwaltungsrechtsweg. Es geht also um Normen, die eine Streitigkeit ausdrücklich dem Verwaltungsrechtsweg zuweisen. In der Klausur sind aufdrängende Spezialzuweisungen **stets vorrangig vor der Generalklausel** zu prüfen.<sup>168</sup> Folgende Spezialzuweisungen sollten bekannt sein, auch wenn sie in verwaltungsrechtlichen Klausuren so gut wie nie eine Rolle spielen:

<sup>165</sup> So Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 10 Rn. 1; Martini, Verwaltungsprozessrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2017, S. 17.

<sup>166</sup> M.w.N. zu dieser Ansicht Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 1.

<sup>167</sup> Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 1.

<sup>168</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 9.

- § 126 I BBG für Bundesbeamte und § 54 I BeamtStG für Landesbeamte
- § 82 SoldatenG
- § 54 BAföG
- § 6 I UIG
- Nach umstrittener Ansicht wird aus § 40 II VwGO eine aufdrängende Spezialzuweisung für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen abgeleitet.<sup>169</sup> Ob dieser Umkehrschluss zulässig ist, ist indes zweifelhaft.<sup>170</sup> Nach hier vertretener Auffassung muss daher mit § 40 I 1 VwGO weitergeprüft werden (zur sich nach beiden Ansichten stellenden Frage der Qualifikation eines Vertrags als öffentlich-rechtlich s. Rn. 185).

## II. § 40 I 1 VwGO: Die Generalklausel

- 167** Findet sich keine aufdrängende Spezialzuweisung, ist für die Beurteilung, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, auf die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO abzustellen.<sup>171</sup> § 40 I 1 VwGO hat **drei, unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm zu entnehmende Tatbestandsmerkmale**: Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen
1. öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten
  2. nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben,
  3. soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.
- 168** *Hausarbeitswissen: Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ist in allen die Tatbestandsmerkmale erfüllenden Streitigkeiten gegeben.*<sup>172</sup> Dies war nicht immer so: Im **18./19. Jahrhundert** sahen verschiedene Länder nur ein Enumerativprinzip vor, teilweise wurde der Rechtsschutz über eine Generalklausel nur für die Anfechtung von Verwaltungsakten geöffnet.<sup>173</sup> Lange Zeit wurden Realhandlungen deshalb weitreichend als Verwaltungsakte qualifiziert, um Rechtsschutz zu eröffnen. Beispielsweise wurde der **Knüppelschlag des Polizisten** früher als Verwaltungsakt qualifiziert.<sup>174</sup> Dafür besteht heute indes kein Bedarf mehr, da auch für schlichtes Verwaltungshandeln Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet sind (s. noch näher Rn. 251).

**169** So Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 11.

**170** Reimer, in: Posser/Wolf, VwGO, 50. Ed., Stand: 1.7.2019, § 40 Rn. 167.

**171** Zur Bedeutung der Generalklausel näher Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 4.

**172** Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 4.

**173** Näher Ehlers/Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. EL Februar 2019, § 40 Rn. 1.

**174** BVerwG, Urt. v. 9.2.1967, Az.: I C 49.64 = BVerwGE 26, 161 („Schwabinger Krawalle“).

## 1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Die Generalklausel erfordert zunächst, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Wann eine Streitigkeit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, ist bis heute nicht abschließend geklärt. Es handelt sich um ein „**Grundlagenproblem der Rechtswissenschaft**“<sup>175</sup>. Für die Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht müssen **drei Abgrenzungstheorien** bekannt sein, wobei der sog. **Sonderrechtstheorie** (auch: modifizierte Subjektstheorie) heute die zentrale Bedeutung zukommt.<sup>176</sup> Auf die ebenfalls relevante **Subordinationstheorie** und die **Interessentheorie** ist in Prüfungsarbeiten nur hilfsweise und ergänzend einzugehen.<sup>177</sup>

*Hausarbeitswissen: Eine Sonderproblematik stellt die Frage dar, ob es sich überhaupt um eine **rechtliche Streitigkeit** handelt. In Hausarbeiten kann diese Frage dann zu thematisieren sein, wenn es um Organstreitigkeiten, beispielsweise eine Streitigkeit innerhalb einer Kommune (sog. Kommunalverfassungsverstreit, s. dazu näher § 5 Rn. 240f.) oder um Maßnahmen in besonderen Gewaltverhältnissen, beispielsweise zwischen Schüler und Lehrer, Beamten oder Soldaten geht. Während in diesen Bereichen heute übereinstimmend davon ausgegangen wird, dass eine justiziable Streitigkeit vorliegt, wird dies bei sog. Gnadenakten teilweise anders gesehen.*<sup>178</sup>

### a) Sonderrechtstheorie / Modifizierte Subjektstheorie

Nach der modifizierten Subjektstheorie handelt es sich dann um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugehören; Dies ist der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und/oder verpflichten.<sup>179</sup> In diesem Fall liegt sog. „**Sonderrecht der Verwaltung**“ vor (daher auch Sonderrechtstheorie). Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Sonderrechtstheorie ist es daher, dass eine streitentscheidende Norm existiert. Dies ist im Bereich der Eingriffsverwaltung regelmäßig der Fall.<sup>180</sup> Im Bereich der Leistungsverwaltung stößt die Sonderrechtstheorie hingegen auf besondere Herausforderungen.<sup>181</sup>

<sup>175</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 13.

<sup>176</sup> Die Theorie wird am häufigsten als herrschend qualifiziert, Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 17.

<sup>177</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 107; „Kombinationstheorie“ nach Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 18.

<sup>178</sup> Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 2 und 240; auch für die Qualifikation von Gnadenakten als justiziable Entscheidungen Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 8 und Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 90f.

<sup>179</sup> Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 4; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 17.

<sup>180</sup> Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 3.

172 In Prüfungsarbeiten spielen bestimmte streitentscheidende Normen immer wieder eine Rolle.<sup>182</sup> Unterschieden werden kann zwischen Normen, die ein belastendes Verhalten der Verwaltung erlauben (sog. **Ermächtigungsgrundlagen**) und Normen, die dem Einzelnen einen Anspruch auf ein Verhalten der Verwaltung einräumen (sog. **Anspruchsgrundlagen**).

#### aa) Ermächtigungsgrundlagen

173 Insbesondere bei Streitigkeiten um die Rechtmäßigkeit hoheitlicher Eingriffe findet die Sonderrechtstheorie Anwendung. Die die Verwaltung zu Eingriffen ermächtigenden Normen (sog. Ermächtigungsgrundlagen, s. dazu näher § 2 Rn. 554 ff.) sind regelmäßig dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Sie **berechtigten und/oder verpflichten gerade die Behörden** zu einseitig hoheitlichen Eingriffen in die Rechtssphäre der Bürger.

174 In Prüfungsarbeiten ist es teilweise ein Schwerpunkt der Prüfung, welche Ermächtigungsgrundlage einschlägig ist. Die genaue Untersuchung hat erst in der Begründetheit der Klage zu erfolgen, sodass es bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ausreichend ist, die **in Betracht kommenden Normen** zu benennen. Mitunter kann es auch ausreichen, allgemein auf die Normen des jeweils streitentscheidend zur Anwendung kommenden Gesetzes zu verweisen.<sup>183</sup>

Die Qualifikation der im Folgenden genannten streitentscheidenden Normen muss in Prüfungsarbeiten regelmäßig beherrscht werden.

#### (1) Allgemeines Verwaltungsrecht

175 Die **Ermächtigungsgrundlagen des allgemeinen Verwaltungsrechts** (s. dazu ausführlich § 2 Rn. 832 ff.) sind regelmäßig nach der modifizierten Subjektstheorie als solche öffentlich-rechtlicher Natur zu qualifizieren. So berechtigen etwa die §§ 48, 49 VwVfG die Behörden dazu, Verwaltungsakte zurückzunehmen bzw. zu widerrufen.

---

**181** Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 5.

**182** Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 19 spricht gar davon, dass die Theorien letztlich von Fallrecht der Praxis überlagert würden, sodass sich jedenfalls in den „typischen“ Rechtsbereichen eine tiefere Erörterung erübrige.

**183** Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 4.

**(2) Polizei- und Ordnungsrecht**

Im Polizei- und Ordnungsrecht sind die Generalklausel und die Standardbefugnisse dem öffentlichen Recht zuzuordnen (s. zu den **Ermächtigungsgrundlagen des Polizei- und Ordnungsrechts** ausführlich § 2 Rn. 1000 ff.).<sup>184</sup> Denn sie berechnen gerade Träger öffentlicher Gewalt dazu, unter bestimmten Voraussetzungen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren.

Examenswissen: Es ist darauf zu achten, dass auf die *Berechtigung* der Ordnungsbehörden zum Einschreiten abgestellt wird. Denn auch Private können *verpflichtet* sein, bestimmte Gefahrenabwehrmaßnahmen zu dulden.<sup>185</sup>

**(6) Versammlungsrecht**

Das **Versammlungsrecht** ist mit der modifizierten Subjektstheorie ebenfalls dem öffentlichen Recht zuzuordnen.<sup>186</sup> Dies gilt zuvorderst für die Ermächtigungsgrundlagen, die der Verwaltung etwa die Untersagung oder Auflösung einer Versammlung erlauben (näher noch zu den Ermächtigungsgrundlagen des Versammlungsrechts § 2 Rn. 1141 ff.). Denn diese Normen berechnen gerade Träger öffentlicher Gewalt.

**(3) Bauordnungsrecht**

Auch für die **Ermächtigungsgrundlagen des Bauordnungsrechts** kann mit der modifizierten Subjektstheorie die Streitigkeit als eine solche des öffentlichen Rechts qualifiziert werden.<sup>187</sup> Denn die Ermächtigungsgrundlagen für Abrissverfügungen oder Nutzungsuntersagungen ermächtigen gerade die Träger öffentlicher Gewalt, im Falle rechtswidriger Bauzustände einzuschreiten. Die Normen des Bauordnungsrechts sind daher regelmäßig dem öffentlichen Recht zuzuordnen (näher noch zu den Ermächtigungsgrundlagen des Bauordnungsrechts § 2 Rn. 1222 ff.).

---

**184** Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 20.

**185** Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 4.

**186** Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 20.

**187** Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 20.

#### (4) Kommunalrecht

- 180 Auch die **Ermächtigungsgrundlagen des Kommunalrechts** werden dem öffentlichen Recht zugewiesen (näher noch zu den Ermächtigungsgrundlagen des Kommunalrechts § 2 Rn. 1253 ff.).<sup>188</sup>

#### (5) Verwaltungsvollstreckungsrecht

- 181 Schließlich sind Streitigkeiten über auf Normen des **Verwaltungsvollstreckungsrechts** gestützte Maßnahmen nach der modifizierten Subjektstheorie als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Denn auch die Normen des Verwaltungsvollstreckungsrechts berechtigen und verpflichten gerade Träger öffentlicher Gewalt zur Vollstreckung von Verwaltungsmaßnahmen (näher noch zu den Ermächtigungsgrundlagen des Verwaltungsvollstreckungsrechts § 2 Rn. 1292).

#### bb) Anspruchsgrundlagen

- 182 Aber auch Streitigkeiten, in denen der Kläger (bzw. der Antragsteller in einstweiligen Rechtsschutzverfahren) einen Anspruch durchsetzen will, können nach der Sonderrechtstheorie dem öffentlichen Recht zuzuweisen sein. Dafür müssten die streitgegenständlichen **Anspruchsgrundlagen** dem öffentlichen Recht zuzuordnen sein, also gerade Träger öffentlicher Gewalt berechtigten und/oder verpflichten. Im Bereich der gewährenden Verwaltung (Leistungsverwaltung) bedarf es jedoch eines höheren Begründungsaufwands bei der Qualifikation als öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

#### (1) Allgemeines Verwaltungsrecht (Ansprüche auf Unterlassung, Folgenbeseitigung, Erstattung und aus Verträgen)

- 183 Das Allgemeine Verwaltungsrecht kennt eine Mehrzahl von Anspruchsgrundlagen, die nach der modifizierten Subjektstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind.
- 184 Typische Anspruchsgrundlagen des allgemeinen Verwaltungsrechts stellen zunächst der sog. **öffentlich-rechtliche Abwehr- und Unterlassungsanspruch** (ausführlich noch § 5 Rn. 134 ff.), der **öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch** (ausführlich noch § 5 Rn. 169 ff., zum Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch § 2 Rn. 1387) und der **allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch** dar (ausführlich noch § 5 Rn. 189 ff.). Der Begründungsaufwand

---

<sup>188</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 23.

für die Qualifikation von Ansprüchen auf Unterlassung, Folgenbeseitigung und Erstattung als solche nach öffentlichem Recht ist jedoch deshalb höher, weil es für diese Art der Ansprüche auch entsprechende Normen des Zivilrechts gibt (§§ 1004, 812 BGB). In Prüfungsarbeiten ist daher regelmäßig zu problematisieren, ob sich der geltend gemachte Anspruch nach öffentlichem Recht oder nach Zivilrecht richtet. Für die Abgrenzung zu zivilrechtlichem Tätigwerden ist insbesondere auf den **Zweck** und den **Sachzusammenhang** des Staatshandelns abzustellen.<sup>189</sup>

Hinweis: Beim *besonderen* Erstattungsanspruch nach § 49a I VwVfG (dazu § 2 Rn. 989 ff.) handelt es sich um eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass eines Rückforderungsbescheids (Verwaltungsakt), sodass hier die Grundsätze zu den Ermächtigungsgrundlagen zum Tragen kommen (s. Rn. 173 ff.).

Auch bei der klageweisen Geltendmachung von **Ansprüchen aus Verträgen** ist schon bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu thematisieren, ob die geltend gemachten Ansprüche dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuzuordnen sind. Denn Verträge, die die Verwaltung schließt, können sowohl öffentlich-rechtlicher Natur (zum öffentlich-rechtlichen Vertrag noch ausführlich § 5 Rn. 65 ff.) als auch privatrechtlicher Natur sein. Der Verwaltung steht – soweit nicht gesetzlich eine ausdrückliche Regelung erfolgt ist – ein Wahlrecht zwischen den Formen des öffentlichen und des Privatrechts zu.<sup>190</sup> Streitentscheidend können mithin sowohl die §§ 54 ff. VwVfG (dann öffentlich-rechtliche Streitigkeit) als auch die Vorschriften des BGB (dann privatrechtliche Streitigkeit) sein.

Examenswissen: Bevor auf die Qualifikation des Vertrags als öffentlich- oder privatrechtlich einzugehen ist, kann es zunächst erforderlich sein, zu untersuchen, ob überhaupt ein Vertragsschluss vorliegt. In Abgrenzung zu sog. zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten ist dafür zu überprüfen, ob übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen oder ob es sich um eine einseitige behördliche Maßnahme handelt (zur Abgrenzung von Verträgen zu zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakten näher § 5 Rn. 83).<sup>191</sup> In Abgrenzung zu informellen Absprachen ist zu untersuchen, ob Rechtsbindungswille vorliegt.<sup>192</sup>

Für die Abgrenzung öffentlich-rechtlicher von privatrechtlichen Verträgen (s. dazu auch noch § 5 Rn. 82) ist auf den **Gegenstand des Vertrags** abzustellen,<sup>193</sup>

<sup>189</sup> Erbguth/Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2018, § 41 Rn. 4; Kaiser/Köster/Seegmüller, Materielles Öffentliches Recht im Assessorexamen, 4. Aufl. 2018, Rn. 51.

<sup>190</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 870; näher Bonk/Neumann/Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 54 Rn. 53.

<sup>191</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 724.

<sup>192</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 725.

<sup>193</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 735.

soweit nicht eine Norm den Vertrag ausdrücklich dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuweist.<sup>194</sup> Wird anstelle eines Verwaltungsakts ein Vertrag i. S. d. § 54 S. 2 VwVfG geschlossen, ist dessen Gegenstand öffentlich-rechtlich, sodass auch der Vertrag als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.<sup>195</sup>

- 188 Dem Privatrecht zugeordnet werden hingegen Verträge im Bereich sog. **fiskalischer Hilfsgeschäfte**. Hierzu zählen alle Rechtsgeschäfte, die die Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben abschließt, ohne damit die Aufgabe selbst unmittelbar zu erfüllen.<sup>196</sup> Auch sonstiges Handeln im Wirtschaftsverkehr soll dem Privatrecht zuzuordnen sein.<sup>197</sup>

*Beispiel: Eine Behörde kauft Kugelschreiber, um den Amtswaltern das Schreiben zu ermöglichen. Hierbei handelt es sich dem Vertragsgegenstand nach um einen Kaufvertrag i. S. d. § 433 BGB. Streitigkeiten aus diesem Vertragsverhältnis wären vor den ordentlichen Gerichten zu klären.*

- 189 Bei **gemischten Verträgen**, bei denen der Vertrag sowohl Gegenstände des Privat- als auch öffentlichen Rechts berührt, gilt nach der h.M. der Grundsatz der einheitlichen Betrachtungsweise: Der Vertrag darf also nicht inhaltlich aufgespalten werden, sondern es ist nach dem Schwerpunkt des Vertrags zu beurteilen, ob er dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuzuordnen ist.<sup>198</sup>

- 190 Eine besondere Rechtswegproblematik ergibt sich bei der Geltendmachung von **Ansprüchen aus culpa in contrahendo** in Bezug auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Während die Rechtsprechung aufgrund des Sachzusammenhangs zum Amtshaftungsanspruch den Zivilrechtsweg für eröffnet ansieht, sieht ein Großteil der Literatur den Verwaltungsrechtsweg für eröffnet an, weil ein Sachzusammenhang zum Recht der öffentlich-rechtlichen Verträge bestehe.<sup>199</sup>

- 191 *Hausarbeitswissen: Entsprechende Probleme können sich bei Ansprüchen aus Verwahrung (dazu § 11 Rn. 47ff.) und Geschäftsführung ohne Auftrag (dazu § 11 Rn. 50ff.) ergeben.*

---

194 Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 123.

195 Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 123.

196 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 28; Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 871.

197 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 29.

198 Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 735; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 123.

199 M.w.N. Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 799.

## (2) Recht der Gefahrenabwehr

Die in den Rn. 173 ff. genannten Ermächtigungsgrundlagen können auch als **Anspruchsgrundlagen** des Bürgers in Betracht kommen, wenn dieser hierauf Ansprüche auf ordnungsbehördliches Einschreiten stützt (s. beispielsweise den Fall 5 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020); dafür muss die Norm dem Anspruchsteller zugleich ein sog. subjektives öffentliches Recht vermitteln, s. dazu § 2 Rn. 828. Die Normen sind sowohl in ihrer Funktion als Ermächtigungsgrundlage als auch in ihrer Funktion als Anspruchsgrundlage nach der modifizierten Subjektstheorie als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.<sup>200</sup>

## (3) Ansprüche auf Erlaubnisse und Genehmigungen

Stellen Rechtsvorschriften bestimmte Tätigkeiten unter Erlaubnisvorbehalt, prüft die Behörde vor Erteilung der Erlaubnis zunächst, ob ein beantragtes Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht, bevor es dem Antragsteller die Erlaubnis dazu erteilt (**sog. Eröffnungskontrolle**).<sup>201</sup>

Ist die Behörde verpflichtet, die Erlaubnis zu erteilen, soweit alle Voraussetzungen erfüllt sind, spricht man von einem sog. **präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**.<sup>202</sup> Dem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entspricht daher zugleich ein Anspruch auf Erlaubniserteilung. Da die Anspruchsgrundlagen gerade Träger öffentlicher Gewalt zur Erteilung der Erlaubnis berechtigen und verpflichten, sind auch sie nach der modifizierten Subjektstheorie dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

*Beispiel: Wenn es streitentscheidend um die Frage eines Anspruchs auf Erteilung einer Baugenehmigung geht, kann die Streitigkeit nach der modifizierten Subjektstheorie als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden. Denn die Anspruchsgrundlage auf Erteilung einer Baugenehmigung ermächtigt gerade Träger öffentlicher Gewalt zur Erteilung einer solchen Baugenehmigung. Es wäre hingegen falsch anzunehmen, dass die Norm Private dazu berechtigt, einen Antrag auf Baugenehmigung zu stellen und die Streitigkeit deshalb dem Privatrecht zuzuordnen.*

Examenswissen: Darüber hinaus gibt es sog. **repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt**. Bei diesen ist ein Verhalten generell verboten, kann aber ausnahmsweise doch durch die Behörde erlaubt werden. Die Entscheidung darüber steht jedoch in ihrem Ermessen. Dem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt entspricht daher nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie

<sup>200</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 20.

<sup>201</sup> Näher Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 397 f.

<sup>202</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 399.

Entscheidung durch die Behörde.<sup>203</sup> Auch diese Streitigkeit wäre dem öffentlichen Recht zuzuordnen, weil es um die Ermessensentscheidung der Behörde geht.

### (3) Kommunalrecht (insbesondere auf Zugang zu kommunalen Einrichtungen und wirtschaftliche Betätigung)

- 196 Im Kommunalrecht spielen insbesondere **Zulassungsansprüche zu kommunalen Einrichtungen** eine Rolle. Hier muss genau untersucht werden, welche Rechtsgrundlagen für den Zulassungsanspruch streitentscheidend sind. Findet die Entscheidung über das „ob“ der Benutzung einer Einrichtung ihre Grundlage in der Gemeindeordnung (beispielsweise in § 10 II BWGemO), so handelt es sich hierbei um Sonderrecht der Verwaltung und die Streitigkeit ist öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>204</sup>
- 197 Findet sich eine solche Vorschrift nicht, ist nach h. M. auf die sog. Zwei-Stufen-Theorie zurückzugreifen.<sup>205</sup> Danach ist die Frage, „ob“ ein Anspruch auf Zugang zur kommunalen Einrichtung besteht, immer öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>206</sup> Egal ist, wie die Verwaltung die Einrichtung organisiert hat.
- 198 Examenswissen: Die Verwaltung hat die Möglichkeit, zur Organisation ihrer Einrichtungen auf verschiedene Organisationsmodi zurückzugreifen. Sie kann die kommunale Einrichtung entweder öffentlich-rechtlich (beispielsweise als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts) oder privatrechtlich organisieren (beispielsweise als GmbH). Die Frage, „ob“ ein Anspruch auf Benutzung der Einrichtung besteht, wird jedoch nach der Zwei-Stufen-Theorie stets als öffentlich-rechtlich qualifiziert. Bei einer privatrechtlich-organisierten Einrichtung steht dem Bürger ein sog. Verschaffungsanspruch gegenüber der Gemeinde zu.<sup>207</sup>
- 199 Davon zu unterscheiden sind **Streitigkeiten über das „wie“ der Benutzung der Einrichtung**. Im Falle öffentlich-rechtlicher Organisation der Einrichtung steht der Verwaltung ein Wahlrecht zu, ob sie die Benutzungsverhältnisse privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet.<sup>208</sup> Wird die Benutzungsordnung als Satzung erlassen und werden Gebühren (anstatt privatrechtlicher Entgelte) erhoben, spricht dies für eine öffentlich-rechtliche Qualifikation des Benutzungsanspruchs.<sup>209</sup> Im Falle privatrechtlicher Organisation richtet sich auch

---

203 Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 401f.

204 Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 106.

205 Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 881.

206 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 32f.

207 Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 882.

208 Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 6.

209 Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 6.

das Benutzungsverhältnis nach Privatrecht.<sup>210</sup> Insofern wäre dann der ordentliche Rechtsweg eröffnet.<sup>211</sup>

Eine weitere klausurrelevante Fallgruppe ist die sog. **wirtschaftliche Betätigung der Kommunen** (näher noch § 5 Rn. 250 ff.). Das „ob“ der wirtschaftlichen Betätigung wird hier ebenfalls nach der **Zwei-Stufen-Theorie** unabhängig von der Rechtsform des kommunalwirtschaftlichen Betriebs als öffentlich-rechtlich qualifiziert, sodass Ansprüche auf Unterlassung kommunaler Wirtschaftstätigkeit regelmäßig dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen sind.

Examenswissen: Dies war jedoch lange Zeit umstritten. Diskutiert wurde, ob der Unterlassungsanspruch nicht rein zivilrechtlicher Natur sei, da die kommunale Wirtschaftstätigkeit gegen das Verbot unlauteren Wettbewerbs nach § 3 UWG oder im Wege zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche (§§ 823 II, 1004 I 2 BGB) geltend zu machen sei.<sup>212</sup>

### cc) Bereiche ohne normative Prägung (Subventionsverhältnisse, Hausverbote und Realakte)

Im Bereich der **Leistungsverwaltung** gibt es darüber hinaus **rechtlich nicht strukturierte Bereiche**, in denen deshalb die modifizierte Subjektstheorie keine Anwendung finden kann.

Der prüfungsrelevanteste Anwendungsbereich sind die sog. **Subventionsverhältnisse**. Hier kann einerseits ergänzend auf die Subordinationstheorie und die Interessentheorie zurückgegriffen werden.<sup>213</sup> Regelmäßig wird jedoch die sog. **Zwei-Stufen-Theorie** herangezogen: Danach ist ein Streit über das „ob“ einer Begünstigung stets dem öffentlichen Recht zuzuordnen, während sich Streitigkeiten über das „wie“ der Subventionierung (also über die Abwicklung der Subvention) dem Privatrecht und damit dem ordentlichen Rechtsweg zuzuweisen sind, wenn ein privatrechtlicher Darlehensvertrag abgeschlossen worden ist.<sup>214</sup>

*Hausarbeitswissen: Die Zwei-Stufen-Theorie wird in der Literatur teilweise kritisiert, weil sie ein einheitliches Rechtsverhältnis „künstlich zerreiße“.*<sup>215</sup> Teilweise wird daher ein Vorrang einstufiger

**210** Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 6.

**211** Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 106.

**212** Vertiefend zu dieser Problematik Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 7 Rn. 59.

**213** Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 109.

**214** Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 118; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 35.

**215** M.w.N. zur Kritik Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 118 und Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 886.

*Ausgestaltungen durch öffentlich-rechtlichen Vertrag befürwortet.<sup>216</sup> Zudem soll die Zwei-Stufen-Theorie bei der Gewährung sog. verlorener Zuschüsse keine Anwendung finden, da hier die Vergabe der Subvention stets einstufig mittels Bewilligungsbescheids (Verwaltungsakt) erfolge.<sup>217</sup> Während in Klausuren eine Entscheidung über die Rechtswegzuweisung regelmäßig auf Grundlage der im Sachverhalt angegebenen Details möglich ist, kann es in Hausarbeiten angezeigt sein, sich mit der Frage der Qualifikation der Vergabe von Subventionen näher auseinanderzusetzen. Die Frage wird vertieft in den Lehrbüchern zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht behandelt.<sup>218</sup>*

205 Besonders umstritten ist auch die Rechtswegzuweisung bei Streitigkeiten um **Hausverbote**.<sup>219</sup> Spricht die öffentliche Hand ein solches aus, ist in Prüfungsarbeiten zu diskutieren, ob das Hausverbot öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist. Dies kann mit der modifizierten Subjektstheorie geschehen, wenn sich spezialgesetzliche Regelungen finden, aus denen sich ergibt, dass gerade Träger öffentlicher Gewalt zum Ausspruch eines Hausverbots ermächtigt sind (so beispielsweise in § 36 I BWGemO).<sup>220</sup> Fehlt es hingegen an einer solchen Vorschrift, ist umstritten, worauf abzustellen ist. Nach e. A. kommt es auf die Tätigkeit an, zu deren Schutz das Hausverbot ausgesprochen wird (Zweck des Verwaltungshandelns).<sup>221</sup> Nach a. A. ist auf den Zweck des Hausverbots abzustellen; es wäre also danach zu fragen, ob das Hausverbot der Erfüllung öffentlicher Zwecke dient (dann öffentlich-rechtliche Qualifikation).<sup>222</sup>

206 Auch im Bereich **gesetzlich nicht geregelter Realakte** stellt sich die Frage ihrer Qualifikation. Dafür kann auf den Sachzusammenhang abgestellt werden.

*Beispiel: Die Dienstfahrt eines Beamten ist öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, weil sie zum Zwecke der Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit erfolgt.*

207 Examenswissen: Besonderer Untersuchung bedarf auch die Qualifikation der **Geschäftsführung ohne Auftrag** (dazu näher § 11 Rn. 52).

## b) Subordinationstheorie

208 Hilfsweise kann die sog. **Subordinationstheorie** herangezogen werden. Danach ist eine Streitigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn ein Über-Unterschiedsverhältnis zwischen den streitenden Rechtssubjekten besteht; Dem

<sup>216</sup> Näher Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 884.

<sup>217</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 883.

<sup>218</sup> S. etwa Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 6 Rn. 57 ff.

<sup>219</sup> Zu den Rechtsgrundlagen von Hausverboten Peters/Lux, LKV 2018, 17.

<sup>220</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 119.

<sup>221</sup> So Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 119.

<sup>222</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 45.

Privatrecht sollen nach der Theorie hingegen Streitigkeiten auf Gleichordnungsebene zuzuordnen sein.<sup>223</sup> Die Subordinationstheorie mag zwar im Polizei- und Ordnungsrecht aufgrund des dort typischen Rückgriffs der Verwaltung auf einseitig-hoheitliche Handlungsformen zu sachgerechten Ergebnissen führen; sie stößt jedoch dort an Grenzen, wo auch Gleichordnungsverhältnisse dem öffentlichen Recht zugeordnet werden können (insbesondere beim öffentlich-rechtlichen Vertrag nach den §§ 54 ff. VwVfG).<sup>224</sup> Sie findet daher in Prüfungsarbeiten nur hilfsweise Anwendung, um ein nach der Sonderrechtstheorie gefundenes Ergebnis noch zu untermauern.

### c) Interessentheorie

Nach der **Interessentheorie** sind Streitigkeiten dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn das öffentliche (staatliche) Interesse im Vordergrund steht; geht es hingegen um private Interessen, ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet.<sup>225</sup> Es ist jedoch bis heute ungeklärt, wie der Interessenschwerpunkt einer Rechtsbeziehung abgrenzungsklar ermittelt werden kann.<sup>226</sup> Die Theorie wird in Prüfungsarbeiten daher so gut wie nie zu Rate gezogen.

## 2. Nicht-verfassungsrechtlicher Art

Die Streitigkeit müsste weiterhin nicht-verfassungsrechtlicher Art sein. Dies bestimmt sich mit der h.M. danach, ob ein Fall sog. **doppelter Verfassungsmittelbarkeit** vorliegt: Nur wenn Verfassungsorgane oder unmittelbar am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger über Rechte und Pflichten aus der Verfassung streiten, ist die Streitigkeit verfassungsrechtlicher Art.<sup>227</sup> Ansonsten ist die Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art.

Nicht-verfassungsrechtlicher Art sind typischerweise **Klagen von Bürgern**.<sup>228</sup> Diese sind schon keine Verfassungsorgane, sodass es dahinstehen kann, ob Verfassungsrecht Gegenstand der Streitigkeit ist.

<sup>223</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 100; s. auch Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 16.

<sup>224</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 101.

<sup>225</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 102–103; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 15.

<sup>226</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 102–103.

<sup>227</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 49; Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 12.

<sup>228</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 50.

- 212 Examenswissen: Auch an der Voraussetzung, dass über Rechte und Pflichten aus der Verfassung gestritten wird, soll es fehlen, selbst wenn die **Verletzung von Grundrechten** gerügt wird. Denn Prüfungsgegenstand und -maßstab seien nicht originär die Grundrechte, sondern eine verwaltungsrechtliche Maßnahme und das Verwaltungsrecht.<sup>229</sup> Es ist verfassungsrechtlich auch zulässig, den Bürger zunächst auf den Rechtsweg zu verweisen, bevor er Verfassungsbeschwerde erheben darf, s. Art. 94 II 2 GG.
- 213 Klagt hingegen eine **Partei**, bedarf es näherer Ausführungen zur Frage der Qualifikation als nicht-verfassungsrechtliche Streitigkeit. Denn in der Rechtsprechung des BVerfG ist anerkannt, dass Parteien dann auf das Organstreitverfahren nach Art. 93 I Nr. 1 GG zu verweisen sind, wenn sie ihre **Rechte aus Art. 21 GG** gegenüber Verfassungsorganen geltend machen.<sup>230</sup> In diesem Fall liegt also doppelte Verfassungsunmittelbarkeit vor und der Verwaltungsrechtsweg wäre mangels nicht-verfassungsrechtlicher Streitigkeit nicht eröffnet.
- 214 Examenswissen: Die Rechtsprechung des BVerfG wird in der Literatur mitunter kritisch gesehen. Parteien seien frei gegründete Vereinigungen i.S.d. Art. 21 I 2 GG und damit der gesellschaftlichen Sphäre zugeordnet. Sie könnten daher weder als Verfassungsorgane noch als am Verfassungsleben beteiligte Rechtsträger qualifiziert werden.<sup>231</sup>
- 215 Geht es hingegen nicht um die Rechte der Partei aus Art. 21 GG, sondern beispielsweise um den **Zugang der Partei zu einer öffentlichen Einrichtung**, so handelt es sich um eine nicht-verfassungsrechtliche Streitigkeit.<sup>232</sup>
- 216 *Hausarbeitswissen: Eine besondere Problematik stellt es dar, wenn eine Streitigkeit zwar verfassungsrechtlicher Art und deshalb der Verwaltungsrechtsweg versperrt ist, aber auch ein verfassungsrechtliches Verfahren nach Art. 93 GG, § 13 BVerfGG unzulässig ist. Die dann fehlende Eröffnung eines Rechtswegs soll nicht gegen Art. 19 IV 1 GG verstoßen, soweit es nicht um die Verletzung von Individualrechten geht.*<sup>233</sup>

### 3. Keine abdrängende Sonderzuweisung

- 217 Schließlich dürfte keine sog. **abdrängende Sonderzuweisung** die Streitigkeit zu einem anderen Gericht abdrängen. Obwohl eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art vorliegt, kann es also sein, dass dennoch ein anderer Gerichtszweig über die Klage/den Antrag entscheidet.

---

229 So Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 12.

230 Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 12.

231 So Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 12.

232 Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 12.

233 Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl. 2019, Rn. 12.

**a) Art. 23 EGGVG**

Die in Prüfungsarbeiten mit Schwerpunkt im Polizei- und Ordnungsrechts wichtigste Sonderzuweisung ist **Art. 23 EGGVG**.<sup>234</sup> Während Streitigkeiten über Gefahrenabwehrmaßnahmen den Verwaltungsgerichten nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO zugewiesen sind, werden Strafverfolgungsmaßnahmen nach Art. 23 EGGVG an die ordentlichen Gerichte abgedrängt (näher noch § 2 Rn. 1018 ff. und beispielhaft der Fall 1 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020).<sup>235</sup>

**b) Abdrängende Sonderzuweisungen im Recht der staatlichen Ersatzleistungen**

Auch an sich dem öffentlichen Recht zuzuordnende Ansprüche auf **staatliche Ersatzleistungen** (beispielsweise der Amtshaftungsanspruch) werden weitreichend an die **ordentliche Gerichtsbarkeit abgedrängt**. Zentrale Bedeutung kommt hier **§ 40 II 1 VwGO** zu, der insbesondere Ansprüche aus Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG auf den ordentlichen Rechtsweg abdrängt (näher zum Amtshaftungsanspruch § 11 Rn. 3 ff. und ausführlich zur Rechtswegsystematik im Recht der staatlichen Ersatzleistungen § 5 Rn. 161 ff.). Darüber hinaus drängt § 40 II 1 VwGO auch Streitigkeiten für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl (Var. 1), aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung (Var. 2) sowie für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung nichtvertraglicher öffentlich-rechtlicher Pflichten (Var. 3) auf den ordentlichen Rechtsweg ab.

**c) Abdrängungen an besondere Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit**

Zudem bestehen in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten mitunter abdrängende Zuweisungen an die **besonderen Zweige der Verwaltungsgerichtsbarkeit**, so insbesondere an die Sozialgerichtsbarkeit (§ 51 SGG) und die Finanzgerichtsbarkeit (§ 33 FGO).<sup>236</sup>

**III. Literaturhinweise**

Krüger, Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, JuS 2013, 598; Thiel/Garcia-Scholz, Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, JA 2001, 957; Leifer, Die Er-

<sup>234</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 61.

<sup>235</sup> Näher Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 140.

<sup>236</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 143; näher auch Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 66f.

öffnung des Verwaltungsrechtswegs als Problem des Klausuraufbaus, JuS 2004, 956

## **C. Die statthafte Klage- bzw. Antragsart: Ein erster Überblick über die Klage- und Antragsarten der VwGO (Nikolas Eisentraut)**

222 Wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, ist als nächstes die Frage aufzuwerfen, welche Klageart (im einstweiligen Rechtsschutz und beim Antrag nach § 47 VwGO: welche Antragsart) statthaft ist.

Die Bestimmung der statthaften Klage-/Antragsart ist das **zentrale Scharnier** für die gesamte restliche Klausur. Nach ihr richten sich sowohl die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen als auch die Struktur der Begründetheitsprüfung. Entsprechend wichtig ist die saubere Prüfung, welche Klage- bzw. Antragsart einschlägig ist.

Liegt die statthafte Klage-/Antragsart nicht offensichtlich auf der Hand, macht es in der Klausurlösung Sinn, zunächst auch im Ergebnis zwar nicht für einschlägig befundene, aber womöglich in Betracht kommende Klage-/Antragsarten anzuprüfen und dann abzulehnen, bevor auf die als statthaft erkannte Klage-/Antragsart eingegangen wird (zur problembewussten Prüfung Rn. 123).

### **I. Klagearten der VwGO**

223 Die VwGO kennt die folgenden Klagearten:

1. die Anfechtungsklage, § 42 I Alt. 1 VwGO (ausführlich § 2),
2. die Verpflichtungsklage, § 42 I Alt. 2 VwGO (ausführlich § 3),
3. die Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I 4 VwGO (ggf. analog) (ausführlich Rn. § 4),
4. die allgemeine Leistungsklage (vorausgesetzt in den §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO) (ausführlich § 5),
5. die Feststellungsklage, § 43 II VwGO (ausführlich § 6).

### **II. Antragsarten der VwGO**

224 Neben dem Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO (dazu ausführlich § 7) kennt die VwGO die folgenden vorläufigen Rechtsschutzanträge:

1. den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO (ausführlich § 8),
2. den Antrag nach § 80, 80a VwGO (ausführlich § 9),
3. den Antrag nach § 123 VwGO (ausführlich § 10),
4. der Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO (näher § 7 Rn. 76 ff.).

### III. Die Stellschraube in der Klausur: Das klägerische Begehren

Welche der Klagearten statthaft ist, richtet sich nach dem **Begehren des Klägers**, **225 § 88 VwGO**. In der Klausur wie auch in der Hausarbeit ist also genau zu untersuchen, was der Kläger vom Gericht eigentlich will.

In **Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes** gilt § 88 VwGO über § 122 I **226 VwGO** entsprechend. § 122 I VwGO ordnet dafür an, dass § 88 VwGO entsprechend für „Beschlüsse“ gilt. Für den Antrag nach § 123 VwGO stellt dessen Abs. 4 fest, dass das Gericht „durch Beschluß“ entscheidet. Das gleiche gilt für den Antrag nach § 80 V VwGO, dies ergibt sich aus § 80 VII 1 VwGO.

In terminologischer Hinsicht muss jedoch darauf geachtet werden, dass in einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht vom „klägerischen“ Begehren sondern vom **Begehren des „Antragstellers“** gesprochen wird.

Examenswissen: Nach § 88 VwGO darf das Gericht über das Klagebegehren nicht hinausgehen, ist **227** aber an die Fassung der Anträge nicht gebunden. Dem Gericht ist es also verboten, dem Kläger mehr oder nicht Beantragtes zuzusprechen. Es kann jedoch mittels richterlichem Hinweis auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinwirken, § 86 III VwGO.<sup>237</sup> Zudem muss das Gericht das Klagebegehren mittels Auslegung der Anträge ermitteln.<sup>238</sup>

*Hausarbeitswissen: Die Reichweite der zulässigen Auslegung des Klagebegehrens ist Gegenstand **228** einer weitreichenden Kasuistik. Während in der Klausur mittels Auslegung des klägerischen Begehrens meist eine vertretbare Lösung gefunden werden kann, erfordert die Lösung einer Hausarbeit im Falle eines missverständlichen Klagebegehrens eine vertiefte Auseinandersetzung mit den in der Literatur und Rechtsprechung dazu vertretenen Positionen.<sup>239</sup> Es ist beispielsweise umstritten, ob an das Klagebegehren für von Rechtsanwälten vertretene Beteiligte strengere Anforderungen zu stellen sind.<sup>240</sup> Zudem kann die Klage als unzulässig abzuweisen sein, wenn unter Berücksichtigung aller möglichen Alternativen das Begehren des Klägers weiterhin als „offen“ zu qualifizieren ist.<sup>241</sup>*

**237** Brink, in: Posser/Wolf, VwGO, 50. Ed., Stand 1.7.2019, § 88 Rn. 9.

**238** Brink, in: Posser/Wolf, VwGO, 50. Ed., Stand 1.7.2019, § 88 Rn. 9.

**239** Näher Brink, in: Posser/Wolf, VwGO, 50. Ed., Stand 1.7.2019, § 88 Rn. 9 ff.

**240** Ablehnend, m. w. N. zur a. A. Brink, in: Posser/Wolf, VwGO, 50. Ed., Stand 1.7.2019, § 88. Rn. 7.

**241** Brink, in: Posser/Wolf, VwGO, 50. Ed., Stand 1.7.2019, § 88 Rn. 8.

**1. Systematisierung der Klage- und Antragsarten der VwGO nach Begehren**

229 Es lassen sich 10 Begehren systematisieren, die typischerweise in Prüfungsarbeiten in Betracht kommen. Für jedes dieser Begehren findet sich in der VwGO eine Klage- bzw. Antragsart. Dieser Zusammenhang ist in der folgenden Tabelle dargestellt:

<b>Begehren</b>	<b>Klage-/Antragsart</b>
1. Der Kläger begehrt die Aufhebung eines Verwaltungsakts.	1. Begehrt der Kläger die Aufhebung eines Verwaltungsakts, so ist die Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO statthaft.
2. Der Kläger begehrt den Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts.	2. Begehrt der Kläger den Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts, so ist die Verpflichtungsklage nach § 42 I Alt. 2 VwGO statthaft.
3. Der Kläger begehrt nach Erledigung eines Verwaltungsakts die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts oder der Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts.	3. Scheidet eine gerichtliche Aufhebung eines Verwaltungsakts aus, weil sich dieser bereits erledigt hat, kann der Kläger nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts begehren. In diesem Fall ist die Fortsetzungsfeststellungsklage nach §§ 113 I 4 VwGO (ggf. analog) statthaft. Die Fortsetzungsfeststellungsklage nach §§ 113 I 4 VwGO analog ist weiterhin statthaft, wenn der Kläger nach Erledigung festgestellt wissen will, dass die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts rechtswidrig war.
4. Der Kläger begehrt ein bestimmtes Verhalten, bei dem es sich nicht um den Erlass eines Verwaltungsakts handelt.	4. Begehrt der Kläger mit seiner Klage ein bestimmtes Verhalten, das er nicht im Wege der Verpflichtungsklage durchsetzen kann (weil es sich bei dem begehrten Verhalten nicht um den Erlass eines Verwaltungsakts handelt), ist die allgemeine Leistungsklage statthaft.
5. Der Kläger begehrt eine Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses.	5. Geht es dem Kläger darum, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses feststellen zu lassen, ist die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO statthaft.
6. Der Kläger begehrt die Feststellung über die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts.	6. Geht es dem Kläger darum, die Nichtigkeit eines Verwaltungsakts feststellen zu lassen, ist ebenfalls die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 VwGO in der Form der sog. Nichtigkeitsfeststellungsklage statthaft.

Fortsetzung

Begehren	Klage-/Antragsart
7. Der Kläger begehrt die Überprüfung der Gültigkeit einer Satzung, die nach den Vorschriften des BauGB erlassen worden ist oder einer Rechtsverordnung auf Grund des § 246 II BauGB oder von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehender Rechtsvorschriften.	7. Möchte der Kläger die Gültigkeit einer Satzung oder einer Rechtsverordnung nach dem BauGB oder von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehender Rechtsvorschriften überprüfen lassen, ist die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO statthaft. Bei anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften gilt dies aber nur, wenn dies auch im Landesrecht bestimmt ist. Ansonsten ist auf die Feststellungsklage zurückzugreifen.
8. Der Antragsteller begehrt eine einstweilige Anordnung in Bezug auf die unter 2–6 aufgeführten Streitgegenstände.	8. Begehrt der Antragsteller eine einstweilige Anordnung in Bezug auf die unter 2–6 aufgeführten Streitgegenstände (sog. vorläufiger Rechtsschutz), ist der Antrag nach § 123 VwGO statthaft, soweit er nicht nach § 123 V VwGO subsidiär ist.
9. Der Antragsteller begehrt die (einstweilige) Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage.	9. Begehrt der Antragsteller die (einstweilige) Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage, so ist der Antrag nach § 80 V VwGO statthaft (der Antrag nach § 123 VwGO tritt nach dessen Abs. 5 zurück). In Drittschutzkonstellationen ist darüber hinaus § 80a VwGO zu berücksichtigen.
10. Der Antragsteller begehrt eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den unter 7. aufgeführten Streitgegenstand.	Begehrt der Antragsteller eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den unter 7. aufgeführten Streitgegenstand, ist der Antrag nach § 47 VI VwGO statthaft.

*Hausarbeitswissen:* Zweifelhaft ist, ob neben den aufgezeigten Klagearten auch atypische, in der VwGO nicht geregelte Klagearten existieren. Zur Sicherstellung effektiven Rechtsschutzes müsste dies jedenfalls dann der Fall sein, wenn keine der in der VwGO geregelten Klagearten zur Sicherstellung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ausreicht. Eine solche „Klage sui generis“ wird im Bereich der kommunalen Verfassungsorganstreitigkeiten diskutiert, von der h. M. jedoch abgelehnt.<sup>242</sup>

<sup>242</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 173f.; Ehlers, NVwZ 1990, 105 (106); Schoch, JURA 2008, 826 (834f.).

## 2. Der Sonderfall objektiver Klagehäufung, § 44 VwGO (Carola Creemers)

- 231 § 44 VwGO ermöglicht es dem Kläger, mehrere Klagebegehren in einer Klage zusammen zu verfolgen, wenn sie sich gegen denselben Beklagten richten (§ 78 VwGO; hierzu ausführlich § 2 Rn. 409 ff.), im Zusammenhang stehen und dasselbe Gericht zuständig ist (§§ 45 ff. VwGO). Sind die Klagebegehren nach § 44 VwGO verbunden, verhandelt und entscheidet das Gericht über sie gemeinsam.<sup>243</sup> Diese **objektive Klagehäufung** ist von der subjektiven Klagehäufung (§ 64 VwGO i.V.m. §§ 59 bis 63 ZPO) zu unterscheiden (vgl. zur subjektiven Klagehäufung § 2 Rn. 455 ff.). § 44 VwGO dient insbesondere der **Prozessökonomie**. Der Zusammenhang der Klagebegehren muss nicht rechtlicher Art sein, sondern es genügt ein rein tatsächlicher Zusammenhang. Daher ist für den von § 44 VwGO geforderten Zusammenhang ausreichend, dass die einzelnen geltend gemachten Klagebegehren einem **einheitlichen Lebensvorgang** zuzurechnen sind.<sup>244</sup> Ein solcher ausreichender Zusammenhang ist insbesondere dann zu bejahen, sofern die gleichen Sachverhaltsfragen und/oder die gleichen Rechtsfragen zu klären sind.<sup>245</sup> Fehlt dieser Zusammenhang, sind die Klagebegehren zu trennen (§ 93 VwGO). Auch in den Antragsverfahren (§ 47 II VwGO, § 80 V VwGO, §§ 80, 80a VwGO, § 123 VwGO) ist § 44 VwGO analog anwendbar; mit dem Unterschied, dass es sich um eine „Antragshäufung“ und keine „Klagehäufung“ handelt, sodass in diesen Fällen § 44 VwGO analog anzuwenden ist.
- 232 Die Klagebegehren können nebeneinander (kumulativ) oder eventual, d. h. mit Haupt- und Hilfsantrag, verfolgt werden.<sup>246</sup> Eine **kumulative Klagehäufung** liegt vor, wenn mehrere Klagebegehren uneingeschränkt nebeneinander geltend gemacht werden.<sup>247</sup> Hingegen liegt eine **eventuale Klagehäufung** vor, wenn der Kläger einen Hilfsantrag für den Fall stellt, dass sein Hauptantrag nicht in vollem Umfang Erfolg hat (eigentliche Eventualklage) oder dass sein Hauptantrag erfolgreich ist (uneigentliche Eventualklage; **Stufenklage**).<sup>248</sup> Die **alternative Klagehäufung** ist kein Fall des § 44 VwGO und mangels Bestimmtheit der Anträge unzulässig.<sup>249</sup>

243 Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 44 Rn. 8.

244 Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 44 Rn. 5; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 73; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 44 Rn. 10.

245 Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. EL Februar 2019, § 44 Rn. 7.

246 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 13.

247 Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 75.

248 Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 77.

249 Rennert, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 44 Rn. 6; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, Rn. 75.

Anmerkung zur Falllösung: Bei der objektiven Klagehäufung handelt es sich nicht um eine „echte“ Zulässigkeitsvoraussetzung, sodass es sich empfiehlt die objektive Klagehäufung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit zu prüfen (empfohlener Prüfungsaufbau: A. Zulässigkeit, B. Objektive Klagehäufung, C. Begründetheit, s. dazu § 1 Rn. 63 ff.). Die objektive Klagehäufung ist allerdings nur bei entsprechenden Anhaltspunkten im Sachverhalt zu prüfen. 233

#### IV. Der Handlungsformenbezug der Klagearten (Nikolas Eisentraut)

Die Systematisierung der Klage- und Antragsarten der VwGO nach den jeweiligen Begehren zeigt, dass die Begehren jeweils in engem Zusammenhang mit einer Handlungsform der Verwaltung stehen. Auf welche Handlungsform das klägerische Begehren gerichtet ist, stellt daher eine wichtige Weichenstellung für den Rechtsschutz dar.<sup>250</sup> 234

*Beispiel: Die Klagearten nach den Begehren Nr. 1–3 und Nr. 6 in Rn. 229 beziehen sich auf die Handlungsform Verwaltungsakt. Anfechtungs-, Verpflichtungs-, Fortsetzungsfeststellungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage können also nur dann statthaft sein, wenn ein Verwaltungsakt streitgegenständlich ist.*

Um das Rechtsschutzsystem der VwGO zu systematisieren, kann deshalb an die Handlungsformen der Verwaltung angeknüpft werden.

##### 1. Die Handlungsformen der Verwaltung

Die Verwaltung<sup>251</sup> greift zur Erfüllung der ihr durch das Besondere Verwaltungsrecht aufgegebenen Aufgaben auf bestimmte Instrumente zurück.<sup>252</sup> Diese In- 235

<sup>250</sup> Remmert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 17 Rn. 11; Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 264.

<sup>251</sup> Gemeint ist die deutsche Verwaltung. Mit der Einbindung der Mitgliedstaaten in europäische Verwaltungsverbundstrukturen beginnen sich die nationalen Verwaltungen und damit auch die Handlungsformen zudem teilweise mit solchen anderer Mitgliedstaaten und der EU selbst zu überlagern und zu vermengen, vgl. Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II, 2. Aufl. 2012, § 33 Rn. 2. Während für den Bereich des indirekten Vollzugs des Unionsrechts weiterhin an die Handlungsformenlehren der Mitgliedstaaten angeknüpft werden kann, hat sich für auf die EU übergegangene Verwaltungsaufgaben (sog. EU-Eigenverwaltung) bis heute keine abschließende verwaltungsspezifische Handlungsformenlehre herausgebildet; näher dazu Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, Europäisches Verwaltungsrecht, Rn. 171. Auch der Rechtsschutz verlagert sich in

strumente werden unter dem **Begriff der „Handlungsformen der Verwaltung“** wissenschaftlich systematisiert.<sup>253</sup> Diese wissenschaftliche Systematisierung von Handlungsformen ermöglicht eine strukturierte Untersuchung der in der Praxis überaus vielfältigen Verwaltungstätigkeit.<sup>254</sup> Aufgrund dieser Systematisierung hat sich ein allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts herausgebildet, der die in allen Bereichen des Verwaltungsrechts auftretenden Grundstrukturen der Handlungsformen der Verwaltung herauszuarbeiten versucht.<sup>255</sup> So hat sich ein Kanon an Handlungsformen herausgebildet, auf die die Verwaltung typischerweise zurückgreift.

- 236** Examenswissen: Dem deutschen Verwaltungsrecht liegt ein offenes System der Handlungsformen zugrunde, das sich aus rechtlich determinierten Handlungsformen und übrigen Handlungsformen zusammensetzt.<sup>256</sup> Da es **keinen numerus clausus der Handlungsformen** gibt, ist es der Verwaltung grundsätzlich erlaubt, darüber hinaus neue Handlungsformen zu entwickeln und bestehende Handlungsformen zu modifizieren.<sup>257</sup> Teilweise bestimmen Gesetze aber, dass nur eine bestimmte Handlungsform zulässig ist (so beispielsweise in § 10 BauGB, wonach der Bebauungsplan als Satzung ergehen muss).
- 237** Die folgenden Handlungsformen müssen in Prüfungsarbeiten nicht nur bekannt sein; es muss zudem beherrscht werden, wie man die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Handlungsform prüft. Unterschieden werden kann zwischen Rechts-handlungen und schlichten Handlungen; Während erstere auf einen Rechtserfolg gerichtet sind, bewegen sich schlichte Handlungen im Realbereich des Verwaltungshandelns.<sup>258</sup> Die Unterscheidung zwischen rechtsförmlichen und schlichten Handlungen ist von grundlegender Bedeutung, weil wesentliche Unterschiede in Rechtsbindung, Wirksamkeitsbedingungen, Fehlerfolgen und den Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen.<sup>259</sup>

---

diesem Bereich auf die europäische Ebene; zum Rechtsschutz vor dem Gerichtshof der Europäischen Union näher Haratsch/König/Pechstein, *Europarecht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 484 ff.

**252** Peine/Siegel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl. 2018, Rn. 262.

**253** Einführend Maurer/Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl. 2017, Vor § 9 Rn. 1.

**254** Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 2013, S. 56 ff.

**255** Zur Formenlehre grundlegend Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band II, 2. Aufl. 2012, § 33.

**256** Sodan/Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 8. Aufl. 2018, § 73 Rn. 1f.

**257** Peine/Siegel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl. 2018, Rn. 269.

**258** Peine/Siegel, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl. 2018, Rn. 266.

**259** M.w.N. Glaser, *Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre*, 2013, S. 75 f.

**a) Der Verwaltungsakt, §§ 35 ff. VwVfG**

Zentrale Bedeutung in Studium und Praxis kommt der Handlungsform des Verwaltungsakts zu.<sup>260</sup> Er ist in den §§ 35 ff. VwVfG normiert worden. Beim Verwaltungsakt handelt es sich um „**die klassische Handlungsform des deutschen Verwaltungsrechts und das zentrale Steuerungsinstrument der Verwaltung**“<sup>261</sup>. Denn Verwaltungsakte konkretisieren abstrakt-generell formulierte Gesetze für einen konkreten Fall und eine individuelle Person, sog. Konkretisierungsfunktion.<sup>262</sup> Sie sind daher den Rechtshandlungen zuzuordnen (näher zum Begriff des Verwaltungsakts § 2 Rn. 38 ff.).

*Beispiel: Die polizeirechtliche Generalklausel erlaubt den Polizei- und Ordnungsbehörden ein Einschreiten bei einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (näher § 2 Rn. 1053). Tritt eine solche Gefahr nun im Einzelfall ein, kann die Behörde in Konkretisierung der Generalklausel einen Verwaltungsakt erlassen, mittels dessen die Gefahr im Einzelfall abgewehrt wird.*

**b) Verträge**

Weiterhin schließt die Verwaltung Verträge ab. Während privatrechtliche Vertragsschlüsse mangels Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs schon nicht vor die Verwaltungsgerichte gelangen (dazu bereits Rn. 185), spielen die **öffentlich-rechtlichen Verträge** in der Klausurpraxis eine Rolle. Sie wurden in den §§ 54 ff. VwVfG normiert (näher dazu § 5 Rn. 65 ff.). Auch sie sind den Rechtshandlungen zuzuordnen, da ihr Abschluss eine rechtliche Bindungswirkung bewirkt.

**c) Normsetzung durch die Verwaltung**

Weiter erlässt die Verwaltung untergesetzliche Rechtsnormen. Dazu zählen die **Verordnungen** (Art. 80 GG sowie entsprechende Normen auf Landesebene) (näher dazu § 7 Rn. 23), **Satzungen** (näher dazu § 7 Rn. 24) und die dem Innenrecht der Verwaltung zuzuordnenden **Verwaltungsvorschriften** (näher dazu § 7 Rn. 25). Auch die Normsetzung ist den Rechtshandlungen zuzuordnen.

---

<sup>260</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, § 74 Rn. 1; Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 264.

<sup>261</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 273.

<sup>262</sup> Zu den weiteren Funktionen Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 276 ff.

**d) Schlichtes Verwaltungshandeln**

- 241 Schließlich handelt die Verwaltung „schlicht“ (also ohne damit einen Rechtserfolg herbeizuführen, sog. **schlichtes Verwaltungshandeln oder auch Tat-handlungen** genannt; wesentliche Bedeutung kommt den sog. **Realakten** zu (näher dazu § 5 Rn. 6 ff.).<sup>263</sup>

*Beispiele: Mitteilungen, Berichte, Auskünfte, Warnungen, Auszahlungen, der Abriss eines Hauses<sup>264</sup> und der Knüppelschlag eines Polizisten<sup>265</sup>*

**e) Plan und Planung**

- 242 Die Verwaltung wird auch planend tätig. Pläne stellen jedoch **keine eigenständige Handlungsform** der Verwaltung dar, sondern können den soeben genannten Handlungsformen zugeordnet werden.<sup>266</sup> Der Bebauungsplan ergeht als Satzung (Normsetzung); Planfeststellungsbeschlüsse (dazu näher § 2 Rn. 676) sind nach § 74 I 1 VwVfG als Verwaltungsakt zu qualifizieren; indikative Pläne ohne verbindliche Festlegungen können dem schlichten Verwaltungshandeln zugeordnet werden.<sup>267</sup>

**f) Privatrechtliches Handeln der Verwaltung**

- 243 Die Verwaltung darf sich schließlich auch privatrechtlicher Handlungsformen bedienen. In diesem Fall ist von Verwaltungsprivatrecht (im weiteren Sinne) die Rede. Unterschieden wird zwischen **fiskalischen Hilfsgeschäften** (dazu bereits Rn. 188), **erwerbswirtschaftlicher Betätigung der Verwaltung** und **Verwaltungsprivatrecht im engeren Sinne**.<sup>268</sup>

Die privatrechtlichen Handlungsformen spielen für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz jedoch regelmäßig keine Rolle und sollen daher hier nicht vertieft werden, weil in diesen Fällen typischerweise bereits der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist (s. Rn. 162 ff.).

---

<sup>263</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 265 ff.

<sup>264</sup> Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 266.

<sup>265</sup> Zu den „Schwabinger Krawallen“ Kingreen/Poscher, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 10. Aufl. 2018, § 27 Rn. 43.

<sup>266</sup> Ossenbühl, JuS 1979, 681 (685).

<sup>267</sup> Näher Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 268.

<sup>268</sup> Näher Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 869 ff.

## 2. Auswirkungen auf die statthafte Klageart

Die Streitgegenständliche Handlungsform hat Auswirkungen auf die statthafte Klageart.<sup>269</sup> Unterschieden werden kann zwischen **verwaltungsaktbezogenem Rechtsschutz, vertragsbezogenem Rechtsschutz, normbezogenem Rechtsschutz und tathandlungsbezogenem Rechtsschutz**. Schließlich kann eine Kategorie für „sonstiges Verwaltungshandeln“ gebildet werden. 244

### a) Verwaltungsaktbezogener Rechtsschutz

Da der Verwaltungsakt im Handlungsinstrumentarium der Verwaltung eine so zentrale Rolle spielt, kommt auch dem Rechtsschutz mit Bezug zu Verwaltungsakten eine entsprechende Bedeutung zu.<sup>270</sup> Mit der Anfechtungs-, Verpflichtungs-, Fortsetzungsfeststellungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage existieren entsprechend auch **vier Klagearten, die nur dann statthaft sein können, wenn ein Verwaltungsakt Streitgegenständlich ist**. 245

Examenswissen: Begehrt der Kläger hingegen die Unterlassung eines Verwaltungsakts, ist nicht die Verpflichtungsklage statthaft. Denn das Unterlassen eines Verwaltungsakts wird nicht als Verwaltungsakt, sondern als schlicht-hoheitliches Handeln qualifiziert. Streitgegenständlich ist somit eine Tathandlung, nicht ein Verwaltungsakt. Statthaft wäre daher die allgemeine Leistungsklage (dazu näher § 5 Rn. 24). 246

Darüber hinaus wird im Bereich verwaltungsaktbezogenen Rechtsschutzes teilweise ein Anwendungsbereich für die allgemeine Feststellungsklage angenommen. Diese tritt nach überzeugender Auffassung jedoch hinter die (analoge) Anwendung des § 113 I 4 VwGO (Fortsetzungsfeststellungsklage) zurück (s. im Einzelnen noch § 4 Rn. 18 ff.).

Im **einstweiligen Rechtsschutz** weisen sowohl der Antrag nach §§ 80 V und 80, 80a VwGO als auch der Antrag nach § 123 VwGO einen Verwaltungsaktbezug auf. Während die Verfahren nach §§ 80 V und 80, 80a VwGO in Anfechtungskonstellationen eine Rolle spielen (s. dazu die §§ 8 und 9), kommt § 123 VwGO eine Auffangfunktion in den anderen Konstellationen zu (dazu ausführlich § 10).<sup>271</sup> 247

### b) Vertragsbezogener Rechtsschutz

Ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag Streitgegenständlich, können die folgenden Klagearten in Betracht kommen: 248

<sup>269</sup> Einführend Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, Vor § 9 Rn. 1.

<sup>270</sup> Schaks/Friedrich, JuS 2018, 860 ff. und 954 ff.; Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, Rn. 283;.

<sup>271</sup> Schaks/Friedrich, JuS 2018, 860 (862).

- Die Verpflichtungsklage, wenn der Erlass eines Verwaltungsakts im öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbart war und nun auf Leistung geklagt wird (s. dazu § 3 Rn. 71).
- Die allgemeine Leistungsklage, wenn nicht im Erlass eines Verwaltungsakts bestehende Ansprüche aus dem Vertrag durchgesetzt werden sollen (s. näher § 5 Rn. 87 sowie Fall 9 in: Eisentraut, Fälle zum Verwaltungsrecht, 2020).
- Die Feststellungsklage, wenn festgestellt werden soll, ob ein konkretes Rechtsverhältnis auf Grundlage des Vertrags besteht oder nicht besteht (s. näher § 6 Rn. 107).

249 Sollen diese Klageziele im einstweiligen Rechtsschutzverfahren verfolgt werden, steht hierfür der Antrag nach § 123 VwGO offen.

### **c) Normbezogener Rechtsschutz**

250 Auch für die normsetzende Tätigkeit der Verwaltung stellt die VwGO Klagearten zur Verfügung. Zentrale Bedeutung kommt dem Antrag nach § 47 VwGO zu (näher dazu § 7). Darüber hinaus kann die Rechtmäßigkeit von Normen der Verwaltung aber auch inzident im Wege der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zu überprüfen sein (s. beispielsweise für das Polizei- und Ordnungsrecht § 2 Rn. 1035 und Rn. 1091). Schließlich spielt die Feststellungsklage eine Rolle, wenn es um die inzidente Überprüfung einer untergesetzlichen Norm geht (dazu § 6 Rn. 26 ff.).

### **d) Tathandlungsbezogener Rechtsschutz**

251 Rechtsschutz gegen schlichtes Verwaltungshandeln eröffnen die folgenden Klagearten:

Mittels der Leistungsklage kann die Vornahme oder Unterlassung schlichten Verwaltungshandelns begehrt werden (s. näher § 5 Rn. 5 ff.).

Examenswissen: Begehrt der Kläger die Unterlassung eines Verwaltungsakts, kann ausnahmsweise (s. aber zum in diesen Fällen zweifelhaften Rechtsschutzbedürfnis § 5 Rn. 47) die allgemeine Leistungsklage statthaft sein. Denn das Unterlassen eines Verwaltungsakts wird nicht als Verwaltungsakt, sondern als schlicht-hoheitliches Handeln qualifiziert, sodass die Verpflichtungsklage mangels streitgegenständlichem Verwaltungsakt nicht zulässig wäre. Streitgegenständlich ist die im Realbereich liegende Unterlassung, sodass auf die allgemeine Leistungsklage zurückgegriffen werden muss.

Mittels der Feststellungsklage kann das Bestehen oder Nichtbestehen eines auf schlichtem Verwaltungshandeln beruhenden Rechtsverhältnisses festgestellt

werden (s. § 6 Rn. 44). Da auch vergangene Rechtsverhältnisse feststellungsfähig sind, ist die Feststellungsklage auch dann statthaft, wenn sich ein Realakt bereits erledigt hat (s. § 6 Rn. 46).

Mit diesen Klagearten korreliert im einstweiligen Rechtsschutz der Antrag nach § 123 VwGO.

### e) Rechtsschutz bei „sonstigem“ Verwaltungshandeln

Da es **keinen numerus clausus der Handlungsformen** gibt (s. Rn. 236), muss es auch noch eine Kategorie für Rechtsschutz bei „sonstigem“ Verwaltungshandeln geben. Insofern dienen die allgemeine Leistungsklage und die „klassische“ Feststellungsklage, die nicht auf eine spezifische Handlungsform beschränkt sind, als Auffangklagen für atypische Handlungsformen.<sup>272</sup> Zur nicht anzuerkennenden Klage sui generis s. Rn. 230.

## V. Literaturhinweise

v. Mutius, Die Handlungsformen der öffentlichen Verwaltung, JURA 1979, 55 ff., 111 ff., 167 ff., 223 ff.; Ossenbühl, Die Handlungsformen der Verwaltung, JuS 1979, 681; Peine/Siegel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2018, § 11 (Übersicht über die Handlungsformen der Verwaltung); Schaks/Friedrich, Verwaltungsaktbezogener Rechtsschutz – Die Zulässigkeitsprüfung, JuS 2018, 860; Schaks/Friedrich, Verwaltungsaktbezogener Rechtsschutz – Die Begründetheitsprüfung, JuS 2018, 954; Spitzlei, Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozess im Überblick, JURA 2019, 600; Zimmer, Handlungsformen und Handlungsbefugnisse der öffentlichen Verwaltung, JURA 1980, 242

---

272 Remmert, in: Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 17 Rn. 11.