

Häufige Fehlerquellen im Öffentlichen Recht

Marcel Kühn, Bonn*

Abstract: Angesichts der Masse des im Examen zu beherrschenden Stoffes gibt es unendlich viele potenzielle Fehlerquellen. Gleichwohl lassen sich bestimmte Fehler identifizieren, die besonders häufig zum Verlust von Punkten führen. Dieser Beitrag hilft, die Häufigkeit dieser Fehler zu reduzieren, indem er Ursachen und Vermeidungsstrategien aufzeigt.

I. Warum sind Fehler „häufig“?

Die Zahl möglicher Klausurkonstellationen im Examen ist potenziell grenzenlos. Das gilt besonders für das Öffentliche Recht, in dem die Prüfung und Anwendung neuer oder unbekannter Gesetze vergleichsweise häufig vorkommt.¹ Trotzdem erkennt man als Korrektor bestimmte Fehler immer wieder.

Solche Fehler lassen sich nach ihrer Ursache in zwei Typen unterteilen. Ein Typus besonders häufiger Fehler wird begründet durch Mängel in der juristischen Methodik, der Klausurtechnik und dem fehlenden Grundlagenwissen. Solche Fehler sind quasi „universell“ und können in der einen oder anderen Form unabhängig vom konkreten Fall in jeder Klausur auftreten (II.). Beim zweiten Typus handelt es sich um konkrete Anwendungsfehler in Bezug auf einzelne Prüfungspunkte. Diese Prüfungspunkte kommen aber in so vielen Aufgabenstellungen vor, dass sie allein deswegen besonders häufig auftreten (III.).

Es handelt sich hierbei weder um die anspruchsvollsten noch die interessantesten Probleme des Öffentlichen Rechts, sondern um die häufigsten Fehlerquellen. Viele der folgenden Fehler sind abstrakt betrachtet leicht vermeidbar. Trotzdem kommen sie regelmäßig vor, weil Examensklausuren Stresssituationen sind, in denen auch „vermeintlich dumme“ Fehler passieren. Examenskandidaten sollten diese Fehler nicht auf die leichte Schulter zu nehmen: Gerade weil sie häufig vorkommen, obwohl sie so leicht vermieden werden könnten, führen sie oft zu besonders harten Punktabzügen.

II. Fehler in Methodik, Klausurtechnik und Grundlagenwissen

1. Sachverhaltsauswertung

Die meisten und auch ärgerlichsten Fehler passieren bei der Auswertung des Sachverhalts. Dies fängt bei Fallfrage und Bearbeitervermerk an. Häufig enthalten diese Hinweise auf die vorzunehmende Prüfung oder schließen Prüfungspunkte aus. Das Ignorieren dieser Hinweise kann schon in den ersten Minuten der Bearbeitung das Schicksal der Klausur besiegeln. Wer eine andere als die Fallfrage beantwortet, fällt ohne weiteres durch, und wer z. B. die formelle Rechtmäßigkeit eines Bescheids prüft, obwohl diese laut Bearbeitervermerk zu unterstellen ist, darf zumindest nicht mehr auf eine wohlwollende Korrektur hoffen.

Eine Besonderheit von öffentlich-rechtlichen Examensklausuren ist, dass sie in der Regel sehr deutliche Hinweise auf zu behandelnde Probleme geben, welche den beteiligten Parteien oft in den Mund gelegt werden. Insbesondere bei Klausuren außerhalb des Pflichtfachbereichs werden gerne auch wichtige Normen, vor allem die Ermächtigungsgrundlage für behördliches Handeln, konkret benannt. Auch diese Hinweise werden häufig ignoriert. Derartige Fehler geschehen nicht aus juristischem Unvermögen, sondern aus mangelnder Aufmerksamkeit, was sich nur aus der besonderen Stresssituation erklären lässt. Vermeiden lassen sie sich, indem die Bearbeiter sich bewusst zur Ruhe zwingen, den Sachverhalt konzentriert analysieren und sich die wichtigsten Gesichtspunkte, vor allem die Argumente aufschreiben. Diese Phase kann bis zu einer halben Stunde dauern.²

2. Prüfungsaufbau

Viele Bearbeiter haben Schwierigkeiten, ihr Gutachten systematisch aufzubauen oder alle Argumente des Sachverhalts systematisch korrekt zu verorten. Dem sollten Examenskandidaten möglichst früh vorbeugen und Zeit in das Lernen von gängigen Prüfungsschemata investieren. Dabei geht es nicht um stumpfes Auswendiglernen,

* Der Autor ist WissHK beim Bonner Examenskurs. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor im Rahmen der Auftaktveranstaltungen des Bonner Examenskurses am 13.10.2016 gehalten hat.

¹ Nach *Preis/Prütting/Sachs/Weigend*, Die Examensklausur, 5. Aufl. 2013, S. 357 wird in 11 % aller Examensklausuren im Öffentlichen Recht „Sonstiges Verwaltungsrecht“ abgeprüft.

² Es handelt sich um eine Faustformel, die je nach individuellem Geschmack und Arbeitsmethode abweichen kann. Erst danach erfolgt das Verfassen einer Lösungsskizze.

sondern es muss auch versucht werden, die hinter dem Schema stehende Prüfungsstruktur zu verstehen und das Schema als Denkschema zu begreifen: Über alle Punkte eines Schemas sollte nachgedacht, sie dürfen aber nicht sklavisch abgearbeitet werden. Wird etwa gegen das Abschleppen eines PKWs in NRW geklagt, ist es fernliegend, die Eröffnung des staatlichen Rechtswegs zu prüfen, nur um festzustellen, dass offensichtlich keine innerkirchliche Angelegenheit vorliegt. Umgekehrt darf das Denken in Schemata nicht dazu führen, dass Argumente aus dem Sachverhalt, die (vermeintlich) nicht ins Schema passen, überhaupt keine Behandlung mehr erfahren. Werden diese Einschränkungen beachtet, so haben Prüfungsschemata die Vorteile, dass sie den Bearbeitern Sicherheit geben und Denkzeit für die wichtigeren Probleme sparen.

3. Schwerpunktsetzung

Ein häufiges Problem ist die Schwerpunktsetzung. Das passiert oft bei Klausurkonstellationen mit einer prozessualen Einkleidung, die in epischem Maße breitgetreten wird, um Lücken im materiellen Recht auszugleichen.³ Bearbeiter müssen sich bewusst machen, dass es in einer Klausur nicht darum geht, zu zeigen, was man alles weiß, sondern darum, eine konkrete Fallfrage zu beantworten. Die Ausführlichkeit eines Prüfungspunkts darf sich nicht danach richten, zu welchem Punkt man viel zu sagen hat, sondern danach, welche Punkte so problematisch sind, dass sie einer umfassenden Erörterung bedürfen.

Wie identifiziert man nun diese besonders problematischen Punkte? Hier sollten Bearbeiter die Früchte ihrer Sachverhaltsauswertung ernten. Im Sachverhalt angelegte Probleme müssen auf jeden Fall behandelt werden. Bei sehr umfangreichen Klausuren ist es in der Regel legitim, wenn völlig unproblematische Gesichtspunkte kurz gefasst oder weggelassen werden. Hinsichtlich ihrer Ausführungen sollten Bearbeiter zudem darauf achten, Lehrbuch-Stil⁴ zu vermeiden. Eine sinnvolle Kontrollmöglichkeit ist, sich zu jedem geschriebenen Satz zu fragen, inwieweit er zur Lösung des konkreten Prüfungspunkts beiträgt. Insoweit sind natürlich auch abstrakte oder allgemeine Ausführungen zulässig, diese sollten dann aber Prämisse für eine konkrete Argumentation hinsichtlich der Fallprüfung sein. Leistet eine Aussage keinen Beitrag zur Beantwortung der Frage, ob etwa ein Tatbestandsmerkmal vorliegt oder nicht, so hat sie zu unterbleiben.⁵

4. Unbekannte Normen

Gerne wird im Öffentlichen Recht die Fähigkeit geprüft, mit unbekannten Normen umzugehen. Bei vielen Kandidaten löst die Konfrontation mit bisher unbekannten Vorschriften und Rechtsbegriffen Panik aus, was sich dann in einer sehr unsystematischen Bearbeitung oder einer viel zu oberflächlichen Prüfung niederschlägt.

Für diese Panik gibt es keinen Grund. Gem. § 11 Abs. 1 S. 2 JAG NRW darf außerhalb der Pflichtfächer nur Verständnis und Arbeitsmethode abgeprüft und kein Einzelwissen erwartet werden. Das heißt, dass sämtliche Probleme, die in einer solchen Klausur an einer unbekannten Norm anknüpfen, mit Systemverständnis und der üblichen juristischen Methodik in den Griff zu bekommen sind. Bearbeiter sollten daher versuchen, Tatbestand und Rechtsfolge unbekannter Ermächtigungsgrundlagen herauszuarbeiten und entsprechend aufbauen. Unbekannte Rechtsbegriffe lassen sich in der Regel durch Auslegung erschließen. Eine kursorische Lektüre zumindest des dazugehörigen Abschnitts und der Zielbestimmungen des Gesetzes helfen dabei, ein Gefühl für Grundprinzipien und Wertungen des Gesetzes zu erhalten. Auch enthält der Sachverhalt bei Aufgabenstellungen mit außerhalb des Pflichtfachs liegenden Normen oft besonders viele Hinweise. Viele Probleme, die in solchen Klausuren auftreten, wurzeln ohnehin nicht im Fachrecht, sondern in Grundprinzipien des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Ermessensfehler oder Beurteilungsspielräume sind im ganzen Verwaltungsrecht nach denselben Prinzipien zu behandeln, ein Ermessensmissbrauch ist im Waffenrecht genauso fehlerhaft wie im Polizeirecht. Überhaupt kann man mit soliden Kenntnissen im Allgemeinen Verwaltungsrecht auch in unbekannten Rechtsgebieten häufig parallele Strukturen erkennen. Erlaubnisvorbehalte etwa haben i.d.R. dieselbe Struktur und können insoweit nach demselben Schema geprüft werden.

5. Präsenzwissen

Schließlich folgen viele Fehler aus mangelndem Präsenzwissen. Dies betrifft vor allem das Verständnis und die fehlende Beherrschung der Definitionen gängiger Begriffe. Zwar wird häufig nicht die wörtliche Lehrbuchdefinition verlangt, sondern es genügt die Wiedergabe der wesentlichen Begriffsinhalte, welche sich mit der üblichen juristischen Methodik durchaus erschließen lassen. Dies kostet jedoch Zeit, die dann an anderen wichtigen Stellen fehlt und birgt darüber hinaus das Risiko, den Begriff nicht richtig zu entwickeln. Die gängigen Begriffe aus den folgenden Bereichen gehören zum Grundhandwerkszeug im Öffentlichen Recht. Examenskandidaten sollten sie daher in ihr aktives Präsenzwissen aufnehmen und sie ohne langes Nachdenken wiedergeben können. Die Liste erhebt keinen

³ Ausführlich hierzu *Schnapp*, JURA 2003, 602 (605 f.), dessen Beitrag Examenskandidaten auch insgesamt zur Lektüre empfohlen wird.

⁴ Darunter versteht man das Mitteilen von allgemeinen Erwägungen oder von Hintergrundwissen zu allgemeinen Rechtsfragen ohne konkrete Anbindung an die Falllösung.

⁵ *Schnapp*, JURA 2003, 602 (606).

Anspruch auf Vollständigkeit⁶:

- *Ermessenslehre*, insbesondere *Ermessensfehler*
- *Beurteilungsspielraum* mit *Rückausnahmen*
- *Standardbegriffe* aus dem *Gefahrabwehrrecht*
- *Definitionen* aus dem *Grundrechtsbereich*
- *Handlungsformen* und ihre Merkmale, insbesondere der *Verwaltungsakt*

III. Fehler in häufigen Prüfungskonstellationen

Betrachtet werden sollen zwei Klausurkonstellationen, die erfahrungsgemäß immer wieder dieselben Fehler hervorbringen: Die Prüfung der Zulässigkeit einer Klage vor dem VG (1.) und die Prüfung der Verhältnismäßigkeit (2.).

1. Die Zulässigkeitsprüfung vor dem VG

a) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs sollten Bearbeiter die streitentscheidende Norm korrekt und präzise zitieren. Streitentscheidende Norm ist die konkrete Ermächtigungs- oder Anspruchsgrundlage.⁷ Der pauschale Verweis auf ein Gesetz insgesamt birgt immer das Risiko, auf ein Gesetz zu verweisen, welches sowohl privat-rechtliche als auch öffentlich-rechtliche Normen enthält.⁸ Von diesem Grundsatz kann eine Ausnahme gemacht werden, wenn die Ermächtigungsgrundlage im Einzelfall problematisch ist (Bsp.: Abschleppfall⁹) oder eine Sonderkonstellation vorliegt (z. B. Äußerungen von Amtsträgern¹⁰).

b) Klagearten

Mehr als die Hälfte aller öffentlich-rechtlichen Examenklausuren enthalten Probleme des Verwaltungsprozessrechts.¹¹ Die VwGO stellt für verschiedene Begehren verschiedene Klagearten zur Verfügung, die jeweils einen eigenen Prüfungsmaßstab aufstellen. Umso bedauerlicher ist es, wenn Kandidaten diese Maßstäbe nicht aus-

einanderhalten können und dies dem Korrektor bereits im Obersatz der Begründetheit mitteilen. Examenkandidaten müssen die Unterschiede zwischen den Klagearten kennen und auch entsprechende Obersätze bilden.

c) Klagegegner und Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Probleme bei den Punkten Klagegegner und Beteiligten- und Prozessfähigkeit wurzeln meistens in fehlendem Verständnis der Behördenstrukturen. Hier lassen sich Probleme lösen, indem man sorgfältig das jeweilige Organisationsrecht liest.

Richtiger Klagegegner¹² ist der Rechtsträger der Behörde, was sich entweder aus § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO in direkter oder analoger¹³ Anwendung oder aus allgemeinen Prozessgrundsätzen¹⁴ ergibt. Wer Rechtsträger der Behörde ist, ist fast immer im Fachrecht der jeweiligen Behörde geregelt. Rechtsträger eines Polizeipräsidiums etwa ist das Land NRW, § 1 POG NRW. Im Einzelfall kann es notwendig sein, hier Verweisungsketten zu bilden. Eine Bezirksregierung z. B. ist eine Landesmittelbehörde nach § 7 Abs. 2 LOG NRW und als solche Landesbehörde, § 2 LOG NRW. Bei unbekannten Gesetzen können Inhalts- und Stichwortverzeichnis helfen, um die Organisationsregeln zu finden. Bei der Prüfung der Beteiligtenfähigkeit wird häufig oberflächlich zitiert. Die Bearbeiter sollten auch dort darauf achten, Normen mit Nummern und Alternativen genau zu zitieren.

In der Prozessfähigkeit bestehen Schwierigkeiten bei der Anwendung von § 62 Abs. 3 VwGO. Hier reicht es bei juristischen Personen in der Regel nicht aus, nur festzustellen, dass diese vertreten werden müssen, sondern es sollte auch der Vertreter der juristischen Person unter Zitierung der entsprechenden Norm¹⁵ benannt werden, bei einer GmbH etwa der Geschäftsführer nach § 35 Abs. 1 GmbHG, bei einer kreisfreien Stadt der Oberbürgermeister gem. §§ 63 Abs. 1 S. 1, 40 Abs. 2 S. 3 GO NRW.

2. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit¹⁶

In vielen öffentlich-rechtlichen Klausuren ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme oder eines Gesetzes das Herzstück der Prüfung. Umso wichtiger ist es, dass die Bearbeiter diese Prüfung methodisch korrekt vornehmen.

⁶ Eine ausführliche Liste von Definitionen im Öffentlichen Recht, von denen aber nicht alle examensrelevant sind, findet sich in Taschendefinitionen, 2. Aufl., 2014, S. 205ff.

⁷ Reimer, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 39. Edition Stand: 01.04.2016, § 40 Rn. 42; Wolff, in: Wolff/Decker, Studienkommentar VwGO/VwVfG, 3. Aufl. 2012, § 40 VwGO Rn. 23 – 28.

⁸ Z.B. das StVG, welches in den §§ 7, 19 privat-rechtliche Haftungs Vorschriften, in § 3 Abs. 1 aber auch eine Ermächtigung zur Entziehung der Fahrerlaubnis enthält.

⁹ In Abschleppfällen hängt die EGL davon ab, ob man das Abschleppen als Sicherstellung, Ersatzvornahme oder unmittelbaren Zwang bewertet. Dazu Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 199, 245.

¹⁰ Zur Zuordnung solcher Äußerungen Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl. 2016, § 40 Rn. 28 f.

¹¹ Preis/Prütting/Sachs/Weigend (Fn. 1), S. 357.

¹² Im einstw. Rechtsschutz: Antragsgegner.

¹³ Dies gilt bei der Fortsetzungsfeststellungsklage, im einstw. Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO und in den Fällen des § 123 VwGO, in denen in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage zu erheben ist, vgl. Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 92, 152, 211.

¹⁴ Dies gilt für Verfahrensarten, die nicht Gestaltungsklagen sind, also vor allem Leistungs- und Feststellungsklage sowie die an diese Klagearten anknüpfenden Fälle des § 123 VwGO, vgl. Gersdorf, (Fn. 13), Rn. 104, 122, 211.

¹⁵ Sind im Ausnahmefall in den Gesetzestexten die Normen nicht abgedruckt, wird die Benennung natürlich nicht erwartet.

¹⁶ Lesenswert hierzu Klatt/Meister, JuS 2014, 193 – 199.

Vorher muss aber sorgfältig geprüft werden, ob in der konkreten Klausur überhaupt die Prüfung der Verhältnismäßigkeit erforderlich und ob diese problematisch ist. Das ist häufig, aber nicht immer der Fall. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung darf daher nicht erzwungen werden, indem man Tatbestandsmerkmale mit der Erwägung künstlich bejaht, man schneide sich sonst die Verhältnismäßigkeit ab. Ebenso kann die Verhältnismäßigkeit unproblematisch sein: Es besteht kein Anlass, tiefgreifend zu diskutieren, ob die Räumung eines Bürogebäudes ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit des Unternehmens ist, wenn es um die Entschärfung einer Bombe im Gebäude geht.

Ist dagegen eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, so sollten Bearbeiter sich vor Augen führen, dass die Verhältnismäßigkeit ein Mittel zur möglichst rationalen Auflösung einer Kollision verfassungsrechtlicher Werte und Ziele ist.¹⁷ Wertkollisionen können im gesamten Öffentlichen Recht auftreten. In der Klausurbearbeitung kann das Verhältnismäßigkeitsprinzip z. B. als Schranken-Schranke im Rahmen einer Grundrechtsprüfung,¹⁸ als Grenze des Ermessens¹⁹ oder aufgrund einfach-rechtlicher Anordnung (z. B. § 2 PolG NRW) zu prüfen sein.

Eine Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt und zur Förderung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist.²⁰ Von besonderer Relevanz für die Klausurlösung ist die Prüfung der Angemessenheit. Eine Maßnahme ist angemessen, wenn ihre Nachteile für das durch den Eingriff belastete Rechtsgut nicht außer Verhältnis zu den Vorteilen für die verfolgten Ziele stehen.²¹ Problematisch an vielen Fallbearbeitungen ist, dass nach der Wiedergabe dieser Definition die weiteren Ausführungen in einen Besinnungsaufsatz münden, dem keine erkennbare Struktur zugrunde liegt. Eine Abwägung lässt sich in diesem Fall vielleicht noch am Rande erkennen, aber mit der in der Definition angelegten Prüfung hat dies kaum noch etwas zu tun.

Es empfiehlt sich, die Prüfung der Angemessenheit in einem Drei-Schritt aufzubauen.²² Zuerst sollte man den mit der Maßnahme verbundenen Eingriff bzw. Nachteil und dessen Intensität herausarbeiten. Sodann gilt es, die Vorteile für das verfolgte Ziel möglichst genau zu bestimmen. Damit erst hat man die Grundlage, in eine rationale Abwägung einzusteigen, die sich tatsächlich am konkreten Fall orientiert. In diese Abwägung können verschiedene Überlegungen einfließen: Welche (verfassungs-) rechtliche Bedeutung hat einerseits das Ziel der Maßnahme und andererseits das vom Eingriff benachteiligte Rechtsgut? Welches Gewicht haben Vorteile oder Nachteile für einen Betroffenen? Und wie viele Personen sind überhaupt von

den Nachteilen oder Vorteilen der Maßnahme betroffen? Die Antworten auf solche Fragen haben Einfluss auf das Ergebnis, präjudizieren es aber nicht: Es kann angemessen, aber auch unangemessen sein, wenigen Betroffenen schwere Nachteile zuzufügen, um leichte Vorteile für eine große Anzahl an Personen zu erlangen. Ob eine Maßnahme angemessen ist, bleibt immer anhand des konkreten Falls argumentativ zu beantworten.

In dem Zusammenhang ist ein Missverständnis hinsichtlich der Abwägung auszuräumen. Häufig gehen Bearbeiter in Examensklausuren davon aus, die Abwägung habe abstrakt, also völlig losgelöst vom Einzelfall anhand der Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter zu erfolgen. Dies ist schon aus rechtlichen Gründen unmöglich. Wer kann abstrakt und für jeden denkbaren Fall festlegen, ob der Schutz der Religionsfreiheit ein höherwertiges Rechtsgut als der Schutz der Berufsfreiheit ist? Eine pauschale Rechtsgüterrangfolge kann nicht bestimmt werden. Davon geht auch das Grundgesetz mit dem Prinzip der praktischen Konkordanz aus, nach dem bei einer Grundrechtskollision gerade nicht ein Grundrecht hinter das andere zurücktritt, sondern beide in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen sind.²³ Wie dieser Ausgleich auszusehen hat, kann nur im konkreten Einzelfall bestimmt werden, und zwar mit der beschriebenen Methode. Dabei kann das abstrakte Gewicht eines verfassungsrechtlichen Prinzips als Argument herangezogen werden, aber die Lösung erfolgt nach wie vor am konkreten Einzelfall.²⁴ Bearbeiter müssen daher bei der Angemessenheitsprüfung darauf achten, nicht aufgrund abstrakter Abwägungen den Bezug zum Fall zu verlieren. Auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist die Sachverhaltsauswertung von besonderer Bedeutung, denn dort werden in der Regel die Vor- und Nachteile einer Maßnahme beschrieben.

¹⁷ Klatt/Meister, (Fn. 16), (194).

¹⁸ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rn. 297.

¹⁹ Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 23.

²⁰ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, (Fn. 18), Rn. 297; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 9 Rn. 14 f.

²¹ Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, (Fn. 18), Rn. 307.

²² Klatt/Meister, (Fn. 16), (196).

²³ Hufen, (Fn. 20), § 9 Rn. 31.

²⁴ Klatt/Meister, (Fn. 16), (197).