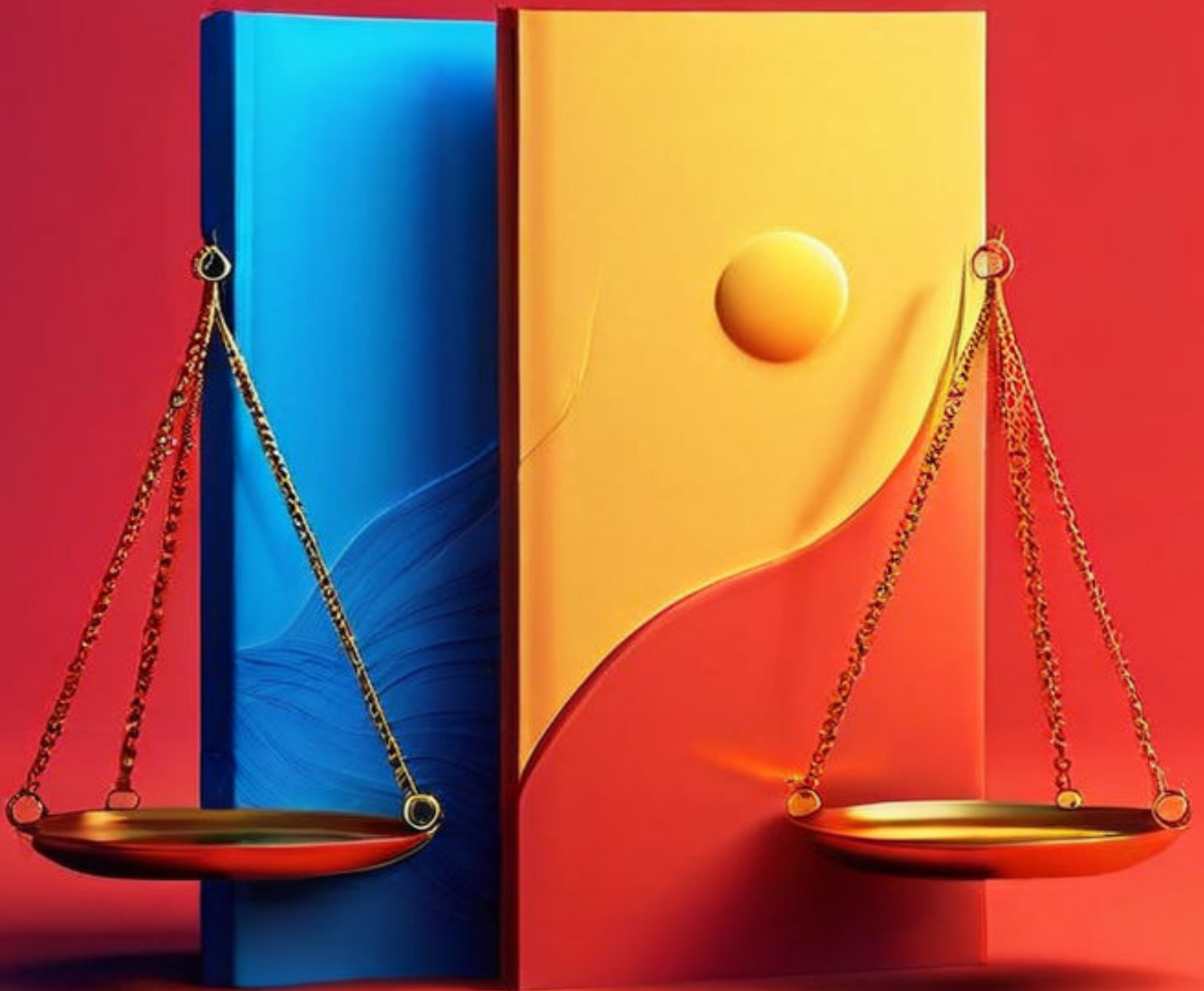


Prof. Dr. jur. h.c. Heinrich Scholler

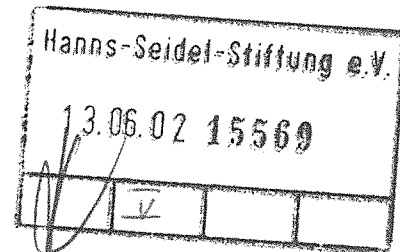
Kurze Anleitung zur Abfassung von juristischen Gutachten &



Gerichtsentscheidungen

PROF. DR. IUR. DR. IUR. H. C. HEINRICH SCHOLLER

Zwengauerweg 5, 81479 München
Tel. (089) 796424 priv., Tel. (089) 332014 Büro
e-mail: scholler@iura.uni-muenchen.de
www.heinrich-scholler.de



Kurze Anleitung
zur Abfassung von juristischen
Gutachten und Gerichtsentscheidungen

132-Formular: *13602*
Klasse: *Projekt Rechtsgeschichte → Hilt. Scholler*
betreut durch: *[Signature]*
betreut durch: *210*
Klasse/Dat:

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung

2. Methodische Fragen zur Erstellung von Gutachten und Urteilen (aus der Fallsammlung Scholler/Broß)

3. Fallbeispiel aus der Rechtsprechung des BVerfG: Der Sexualkundeunterricht an höheren Schulen:

- Sachverhalt
- Anwendung und Methodik
- Lösung: Gutachtenstil
- Lösung Urteilsstil

4. Kurze Bibliographie

Einleitung

- I. In der Ausbildung der deutschen Juristen werden Studenten im ersten Ausbildungsabschnitt (mindestens sieben Semester Jurastudium) schon sehr früh (ab dem ersten Semester) angehalten, juristische Analysen von Fällen in Gutachtenform zu erstellen. In der zweiten Ausbildungsphase (Referendarzeit von zwei Jahren) wird dagegen im Wesentlichen der Urteilsstil unterrichtet, d. h. die Technik und Stilform, in der gerichtliche Entscheidungen in der Praxis abgesetzt (abgefasst) werden. Um im Rahmen der in der Mongolei durchzuführenden Rechtsreform eine Hilfestellung zur Abfassung von Gutachten und Urteilen anzubieten, ist diese kurze Anleitung verfasst. Sie stützt sich auf zwei von mir in Deutschland publizierte Lernbücher, die vom C. F. Müller Verlag unter dem Titel „Fälle und Lösungen“ veröffentlicht wurden. In diesen dort behandelten Fällen und ihren Lösungen habe ich jeweils einen kurzen Abschnitt vorangestellt, der eine Anleitung zur Abfassung von Gutachten darstellt. Dabei bezieht sich die Anleitung in dem Lernbuch „Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit“ auf die Abfassung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, während sich die Anleitung im Lernbuch „Fälle und Lösungen, Besonderes Verwaltungsrecht“ auf die Formulierung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen bezieht. Im Prinzip besteht zwischen beiden Urteilstechniken kein grundsätzlicher Unterschied. Allerdings tauchen sowohl im Verfahrensteil wie auch im materiellen Teil bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ganz spezifische Fragen auf, die nicht in verwaltungsgerichtlichen Urteilen zu behandeln sind. Für den Gebrauch in der Mongolei habe ich aus beiden Anleitungformen eine Synthese hergestellt. Es muss aber betont werden, dass dieser Teil der nachstehenden Anleitung sich nur auf das Gutachten bezieht. Die anschließende Anleitung zur Abfassung von Urteilen ist hinzugefügt worden und befindet sich daher nicht in

den beiden erwähnten Lernbüchern. Dies ergibt sich daraus, dass die Abfassung von Urteilen in Deutschland nicht Gegenstand der akademischen Ausbildung von Juristen an den Rechtsfakultäten ist.

In beiden Büchern habe ich einen umfangreichen Anmerkungsapparat angegeben, den ich in der mongolischen Übersetzung weglassen möchte. An der Stelle des Anmerkungsapparates habe ich eine Bibliographie angefügt, aus der die wichtigsten Lehrbücher zur Abfassung von Gutachten und Urteilen entnommen werden können. Ich habe auch davon abgesehen ein solches umfangreiches Lehrbuch zur Übersetzung im gegenwärtigen Zeitpunkt vorzuschlagen, da hierfür der Zeitaufwand und die Kosten unverhältnismäßig hoch sein würden. Dies kann selbstverständlich in einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden.

In einem dritten Abschnitt habe ich dann in einem Fallbeispiel die unterschiedliche Struktur des juristischen Gutachtens und des gerichtlichen Urteiles dargestellt. Ich habe hierfür eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausgewählt, die sich mit der Frage der Abgrenzung der Gesetzgebungsbefugnisse zwischen dem Parlament und Exekutive bezieht. Ich möchte noch einen Hinweis für den Benutzer in der Mongolei in diesen einleitenden Bemerkungen machen:

Da meine beiden Bücher bzw. die beiden Einleitungen sich auch in deutscher Sprache in der Bibliothek befinden, kann der Benutzer in der Mongolei jeweils die im deutschen Text angegebenen Anmerkungen aufsuchen.

In einem größeren Gutachten für die Reform des Curriculums am Rechtsinstitut habe ich schon vor Jahren darauf hingewiesen, dass der moderne Rechtsunterricht in Deutschland wie in anderen westlichen

Staaten sehr stark am Fall orientiert ist. Dies bedeutet nicht, dass die sog. Länder mit Gesetzgebungsrecht (Civil Law) die Orientierung am Wortlaut der Norm aufgegeben haben und zu einem System des Case Law übergegangen sind. Allerdings muss festgestellt werden, dass verschiedene Gründe dazu geführt haben, dem Fallrecht auch in den Ländern eine größere Bedeutung einzuräumen, die zu den Ländern mit kodifiziertem Recht gehören. Hierzu zählt auch der Umstand, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie in der Bundesrepublik Deutschland und in vielen anderen osteuropäischen Staaten sich ausgebildet hat, heute über die Fallentscheidung unmittelbar bindend auf alle Staatsorgane einwirkt. Darüber hinaus ist zu betonen, dass das Recht sich in seiner Problematik und Wirkweise am Besten erkennen lässt, wenn es in der Anwendung auf die alltäglichen Problemfälle gezeigt wird. Das Recht, das der Jurist studieren soll, ist nicht das Normrecht, sondern das konkretisierte, also auf den jeweiligen Fall angewandte Recht.

Vorweg muss noch die Frage erörtert werden, warum der Anleitung zur Abfassung von Gerichtsurteilen eine Schulung in der Erstellung juristischer Gutachten zu erfolgen hat. Gutachten haben eine andere Struktur aber auch eine andere Zweckorientierung. Gutachten müssen den Fall rechtlich allumfassend unter allen denkbaren Gesichtspunkten analysieren, während das Gerichtsurteil sich häufig auf den relevanten Gesichtspunkt beschränken darf, ja beschränken muss. Ist z. B. eine Klage unzulässig, dann darf das Gericht in seinem Urteil nicht auf die Frage der Begründetheit oder Unbegründetheit eingehen (in einem solchen Fall muss dann der Student, falls von ihm ein Urteil erwartet wird, die restlichen Fragen in einem sog. Hilfsgutachten erörtern. Unter Hilfsgutachten versteht man ein Gutachten, das zu dem Urteil hinzutritt und in dem alle die Fragen gutachterlich behandelt werden, die im Urteil nicht zu erörtern waren). Das Erlernen des Gutachtenstils bedeutet für den Studenten der Rechtswissenschaft, dass er alle

relevanten Fragen insbesondere auch alle rechtlichen Beziehungen der betroffenen Beteiligten untersucht und darstellt. Aufgrund des Gutachtens lässt sich dann viel leichter und klarer eine gerichtliche Entscheidung entwickeln. Es war an den obersten deutschen Gerichten lange Zeit der Brauch, dass der Berichterstatter, d. h. das Mitglied des Gerichtes, das einen Urteilsvorschlag erarbeiten sollte, zunächst in einem Rechtsgutachten den übrigen Mitgliedern des Gerichtes die Rechtslage allseitig erörterte. Dadurch werden alle Mitglieder des Gerichtes in die Lage versetzt, sich einen generellen Überblick über die Problemlage zu verschaffen. Heute beschränken sich die Berichterstatter meistens darauf einen Urteilsentwurf den Kollegen zur Diskussion in der Vorbesprechung vorzulegen. Hierfür sprechen Gründe der Zeitersparnis, dagegen aber sprechen wichtige Argumente der vollständigen Erörterung.

- II. Zunächst soll hier ausführlich gezeigt werden, wie ein Gutachten entsteht und in welchem Stil es zu schreiben ist. Denn jeder gerichtlichen Entscheidung also jedem Urteil und jedem Beschluss eines Gerichtes geht zumindestens gedanklich ein Gutachten voraus, das der einzelne Richter oder das Kollegium sich erarbeitet. Erst wenn die gutachtliche Analyse abgeschlossen ist, kann das Urteil entworfen werden. Das Gutachten geht wie der logische Schluss von der allgemein anerkannten Regel aus (Obersatz) dem dann eine konkrete Feststellung angefügt wird:

Beispiel:

Das Eigentum ist in der Verfassung garantiert und schützt gegen Enteignung (Obersatz).

A hat Eigentum an einem Haus (Untersatz)

also ist das Eigentum des A durch die Verfassung gegen die Enteignung geschützt (Schluss).

Gehen wir von dem Fall aus, dass A Eigentümer eines Grundstückes ist und dass der Staat von seinem Grundstück einen Teil für den Bau einer Straße in Anspruch nimmt. In einem Gutachten ist dann zu prüfen, ob A einen verfassungsrechtlichen Schutz gegen diese Enteignung hat. Das Gutachten würde so beginnen:

A könnte durch die Verfassung gegen die Wegnahme eines Teils seines Grundstückes geschützt sein, wenn er Eigentümer ist und wenn die Verfassung auch Teile des Eigentums an einem Grundstück garantiert.

Die Verfassung garantiert das Eigentum an Grund und Boden auch wenn nur Teile vom Staate enteignet werden. A ist Eigentümer des Grundstückes, von dem ein Teil weggenommen wurde, also ist A von der Verfassung her geschützt.

Weiterhin würde sich dann die Frage anschließen ob A nur die Rückgabe des Teilgrundstückes verlangen kann oder ob er daneben auch berechtigt ist, eine Entschädigung zu verlangen. Auch hier müsste wiederum in gleicher Weise vorgegangen werden. Beim Gutachten geht man also von der allgemeinen gesetzlichen Regel aus (Obersatz) und verbindet diese mit der konkreten festgestellten Situation (Untersatz). Das Ergebnis ist dann die Schlussfolgerung, dass A Eigentümer ist, dass ihm ein Anspruch auf Rückgabe zusteht usw.

Ganz anders sieht dann das Urteil aus, das vom Gericht gefällt wird. Das Urteil selbst verfällt in drei Teile:

Dem Tenor, den anschließenden Sachverhalt und die Begründung. Der Tenor enthält die gerichtliche Entscheidung, die im vorliegenden Fall wie folgt aussehen würde:

Der Staat als Beklagter wird verurteilt A den rechtswidrig weggenommenen Grundstücksteil wieder zurückzugeben.

Nachdem der Sachverhalt d. h. der historische Hergang des Vorganges beschrieben wird, muss das Gericht diesen Tenor begründen. Hier wird das Gericht dann folgende Ausführungen machen:

A hat einen Anspruch auf Rückgabe des rechtswidrig weggenommenen Teils seines Grundstückes. Denn A war Eigentümer des gesamten Grundstückes, von welchem der Beklagte Staat einen Teil zum Straßenbau durch Beschluss vom weggenommen hat. Der Beklagte muss dieses Stück zurückgeben, denn die Verfassung garantiert jedem sein Eigentum. A ist auch rechtmäßiger Eigentümer des gesamten Grundstückes und damit auch des weggenommenen Teils, denn er hat das Grundstück am 01.01.2000 rechtmäßig erworben. A hat dieses Eigentum auch nicht verloren, denn der Beschluss des Beklagten vom war nichtig, weil die Verfassung das Eigentum garantiert und weil eine Enteignung nur aufgrund eines Gesetzes gegen Entschädigung vorgenommen werden darf. Ein solches Gesetz lag nicht vor. Auch wurde dem A durch den Beklagten keine Entschädigung gewährt.

Aus diesen Formulierungen wird ersichtlich, dass das gerichtliche Urteil das Ergebnis wegnimmt (A hat einen Anspruch auf Rückgabe ...) und dass dann dieser Anspruch jeweils mit denn oder weil begründet wird. Der Ausspruch des Gerichtes muss also durch die Anreihung von verschiedenen Argumenten begründet werden.

Im Nachfolgenden sollen anhand einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Sexualkundeunterricht Gutachtenstil und Urteilsstil einander gegenübergestellt werden. Dabei sind die im Urteilsstil abgefassten Sätze unmittelbar aus dem Urteil des

Bundesverfassungsgerichts entnommen, während die im Gutachtenstil abgefassten entsprechenden Sätze von mir umformuliert wurden und sich daher so nicht im Urteil befinden. Allerdings hat jedes Urteil zur Voraussetzung, dass, wie bereits gesagt, in einer gutachtlichen Denkkoperation alle möglichen Varianten der Rechtsvoraussetzungen und Rechtsfolgen untersucht worden sind. In Deutschland hat es sich auch lange noch bei den Obergerichten die Tradition gehalten, dass der Berichterstatter in einem konkreten Falle zunächst ein Gutachten anzufertigen hatte, das dann im Kollegium diskutiert wurde. Wird nämlich als Vorlage für die Besprechung im Kollegium der Richter sofort eine Formulierung im Urteilsstil gewählt, besteht die Gefahr, dass Denkvorgänge abgeschnitten werden oder bestimmte Denkvorgänge überhaupt nicht stattfinden. Bei den Untergerichten ist es dagegen häufig so, dass der Beratung im Kollegium bereits ein Urteilsentwurf, also ein Entwurf im Urteilsstil, vorliegt. Aus diesem Grunde muss zunächst vor allem im Rechtsunterricht der Gutachtenstil geübt werden. Nur dadurch bildet sich die Fähigkeit des Juristen aus, eine allseitige umfassende Prüfung der Rechtslage anzustellen.

München im April 2002

Prof. Dr. Heinrich Scholler

Aus der Fallsammlung: Besonderes Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht (Scholler/Broß)

I. Aufgabenstellung

Diese Fallsammlung stellt den Versuch dar, den Rechtsstudenten und Rechtsreferendaren eine Anleitung zur Lösung von verwaltungsrechtlichen Fällen zu geben. Da Klausuren erfahrungsgemäß nur in sehr beschränktem Maße geeignet sind, positives Wissen zu vermitteln, und das Verwaltungsrecht infolge seiner Vielseitigkeit dem Lernenden große Schwierigkeiten bereitet, möchte dieses Buch das Hilfsmittel, mit dem auch unbekannte oder weniger bekannte Gebiete des besonderen Verwaltungsrechts bewältigt werden können, sein.

II. Die drei Grundfragen

Der Bearbeiter einer verwaltungsrechtlichen Klausur begegnet der Schwierigkeit, daß sich die Klausurtechnik des Zivil- und Strafrechts nur schwer auf das öffentliche Recht übertragen läßt, weil eine Gliederung des Falles nach Ansprüchen und Tatbestandsgruppen in der Regel nicht möglich ist². Es empfiehlt sich deshalb, daß der noch nicht Geübte, aber auch der im öffentlichen Recht bereits Erfahrene, mit den folgenden 3 Grundfragen an den Sachverhalt herantritt:

- a) wonach ist gefragt?
- b) was wollen die Beteiligten?
- c) worauf wird es ankommen?

Die Antwort auf diese Fragen soll helfen, eine Schicht nach der anderen des häufig unübersichtlichen Sachverhalts abzulösen und den Fall grob zu gliedern. Diese Fragen bereiten die Lösung nur vor und können deshalb nicht unmittelbar zum Aufbau des Gutachtens oder Urteils herangezogen werden.

Die Fragen sollen also nur helfen, den Sachverhalt in seiner vollen Tragweite zu erfassen.

1. Die wichtigste Frage ist die Frage des Aufgabenstellers, da die Lösung darauf eine Antwort geben muß und deshalb den Arbeitsgang vorzeichnet; alle anderen Ausführungen, die mit der Lösung dieser Frage (oder dieser Fragen, wenn mehrere gestellt sind) nichts zu tun haben und sie nicht fördern, sind nicht nur überflüssig, sondern im Sinne der Aufgabenstellung falsch.

Die erste Frage versucht, die Intentionen des Prüfers festzustellen. Die Antwort wird häufig nur aus der Frage: wie ist die Rechtslage? bestehen. Diese Formulierung ist der Hinweis, daß der Aufgabensteller eine umfassende Prüfung und Erörterung aller in Betracht kommenden Probleme wünscht.

Man darf bei einer solchen Fallgestaltung nicht der Versuchung erliegen, abseits liegende Probleme in den Mittelpunkt der Lösung zu rücken, nur um irgendwelche Theorien, die dem Bearbeiter geläufig sind, ausbreiten zu können. Die Lösung muß sich also ganz streng an die gestellte Frage halten.

Die Gefahr der falschen Schwerpunktbildung besteht nicht nur bei der allgemeinen Frage nach der Rechtslage, sondern auch bei ganz speziellen Fragen. Ist z.B. nach der Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels des A gefragt, haben alle Erörterungen hinsichtlich eines B, der in 1. Instanz am Verfahren Beteiligten war, zu unterbleiben; teilt der Prüfervermerk mit, daß ein bestimmter Sachverhalt als wahr zu unterstellen oder eine Rechtsnorm als existent anzusehen ist, so ist jede Ausführung über die Richtigkeit der Unterstellungen überflüssig und im Sinne der Aufgabenstellung falsch. Der Bearbeiter muß von diesen Angaben ausgehen und sie seiner Lösung zugrunde legen. Er darf nicht willkürlich selbst Voraussetzungen schaffen oder am Vermerk des Aufgabenstellers Kritik üben.

2. Die Frage nach der Intention der Beteiligten gibt Antwort über die Interessenlage der Parteien. Diese werden im Verwaltungsgerichtsverfahren als „Beteiligte“ bezeichnet, § 63 VwGO^x (der Beigeladene wird erst mit der Zustellung des Beiladungsbeschlusses Beteiligter, der Oberbundesanwalt und der Vertreter des öffentlichen Interesses nur dann, wenn sie von ihrer Beteiligungsbefugnis Gebrauch machen)³. Diese Frage zielt also auf die Feststellung der ins Spiel gebrachten Interessen ab.

Der von einem Verwaltungsakt betroffene Kläger wird z.B. in der Regel Aufhebung des Behördenbescheids begehren, um damit seine Rechtssphäre wiederherzustellen. Oft ist dem Kläger aber allein mit der Aufhebung nicht gedient. Das gilt immer dann, wenn der Kläger zur Verwirklichung seiner Interessen eine Genehmigung braucht (z.B. Baugenehmigung, Schankerlaubnis) und die Behörde die Erteilung der beantrag-

^x VwGO = Verwaltungsgerichtsordnung

ten Genehmigung verweigert hat. In diesen Fällen will der Kläger, der Aufhebung des Bescheides begehrt, mehr als nur die Kassation eines Verwaltungsaktes, nämlich die Verpflichtung der Behörde zur Erteilung des begehrten Verwaltungsaktes. Das bedeutet, daß eventuell auch festgestellt werden muß, welche Interessenlage die behandelnde Behörde regeln wollte und welche Motive die Träger der öffentlichen Verwaltung zum Eingreifen veranlaßten, da der Gesetzgeber die Verwaltung oft nicht streng bindet, sondern ihr ein Ermessen einräumt. In diesen Fällen setzt der Gesetzgeber den Tatbestand fest, aber die Setzung der Rechtsfolge überläßt er dem Verwaltungsorgan. Anders dagegen bei den unbestimmten Rechtsbegriffen⁴. Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt dann vor, wenn die Behörde einen bestimmten Sachverhalt unter ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal subsumieren muß und dabei kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann, weil die anzustellenden Überlegungen sehr komplex sind⁵.

Beispiel:

Nach § 5 Abs. 1 GastG können Gewerbetreibenden, die einer Erlaubnis bedürfen, jederzeit Auflagen zum Schutz von . . . erteilt werden.

Der Tatbestand ist gesetzlich festgelegt, die Rechtsfolge liegt im Ermessen der Behörde, da sie eine Auflage erteilen kann oder nicht.

Das bedeutet jedoch nicht, daß die Behörden in solchen Fällen nach Willkür verfahren dürfen, vielmehr ist ihr Ermessen pflichtgebunden. Die Behörde kann ihr Ermessen überschreiten oder ihr Ermessen mißbrauchen (vgl. § 114 VwGO). Die Hauptfälle des Ermessensmißbrauchs sind Entscheidungen aufgrund sachfremder Erwägungen und Entscheidungen unter Verletzung des Gleichheitssatzes⁶. Die Motive des handelnden Amtswalters spielen also eine wichtige Rolle; sie sind für die Frage der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes von großer Bedeutung.

3. Die dritte Frage ist: worauf wird es ankommen? Sie ist auf die im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen (und Probleme) ausgerichtet.

Der Sachverhalt enthält oft Fragen, die im Vermerk des Aufgabenstellers nicht wieder aufgegriffen werden. Der Prüfervermerk beschränkt sich dann meist auf die Formel: wie ist die Rechtslage? Das ist der Hinweis, daß die im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen eine besondere Bedeutung haben, unabhängig davon, ob sie positiv oder negativ beantwortet werden. Der Bearbeiter muß also die im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen sorgfältig im Hinblick auf ihre Wichtigkeit für die Lösung untersuchen und sie ihrer Bedeutung entsprechend im Gutachten oder Urteil erörtern. Fehlt dem Sachverhalt die konkrete Fragestellung, dann ist die Frage: worauf wird es ankommen? ausschlaggebend. Der Bearbeiter muß dann feststellen, welche Fragen und Probleme den Kern der Klausur bilden. Es ist daran zu denken, daß das Schwergewicht entweder auf prozessualen oder materiell-rechtlichen Problemen liegt. In Betracht kommt aber auch die Abgrenzung von Verwaltungsakt und Rechtsnorm. Erheblich kann auch sein die Frage nach Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes usw.

III. Die drei Lösungswege

Für den Aufbau des *Gutachtens* sind diese drei Grundfragen von Bedeutung, weil sie in etwa den drei Lösungswegen, dem historischen, konstruktiven und topischen entsprechen. Die topische Methode ist dabei mehr eine Denkmethode, die meist ergänzend zu den beiden anderen hinzutritt.

Die erste Grundfrage impliziert den Aufbau nach der sog. konstruktiven oder logischen Methode. Die Frage nach den Interessenlagen, Wünschen und Handlungen der Beteiligten eröffnet den Aufbau nach der historischen Methode. Die dritte Grundfrage führt zur dritten, der topologischen oder topischen Methode.

1. Der konstruktive oder logische Lösungsweg

Die erste Grundfrage weist auf den Aufbau nach der konstruktiven oder logischen Methode hin. Das Prinzip der logischen Methode lautet: „von der Folge zur Voraussetzung“. Das bedeutet bei der Bearbeitung des konkreten Falles, daß, wenn z.B. nach der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes oder nach Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage oder schließlich allgemein nach der Rechtslage gefragt ist, festgestellt werden muß, welche Voraussetzungen erforderlich sind, damit im gegebenen Fall der Verwaltungsakt anfechtbar oder nichtig, die Klage zulässig und begründet ist usw.

Diese Methode ist die im Urteilsstil wie im Gutachtenstil grundsätzlich angewandte Methode, nur ist der Denkweg jeweils ein gänzlich verschiedener. Der Unterschied zwischen Urteil und Gutachten besteht darin, daß das Urteil mit dem Ergebnis beginnt und dieses Ergebnis begründet wird. Das Gutachten dagegen endet mit dem Ergebnis, an seinem Anfang steht die Frage und man muß zum Ergebnis hin logisch folgern. Das Gutachten ist also die schriftliche Aufzeichnung des Denkweges. Der Unterschied zwischen Gutachten- und Urteilsstil wird am besten anhand eines kleinen Falles deutlich.

Sachverhalt:

In Aburg hat X ein Haus ohne Genehmigung gebaut. Es entspricht zwar den materiellen Baurechtvorschriften, aber das Landratsamt ordnet die Beseitigung an, weil der Bau nicht genehmigt ist. X erhebt nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Klage.

Urteilsstil: Der Verwaltungsrichter geht in der Begründung seiner Entscheidung wie jeder Richter von deren Tenor aus, der die erhobene Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage, die Leistungs- oder Feststellungsklage abweist, oder der diesen Klagen ganz oder teilweise stattgibt. Er muß deshalb eine konkrete Rechtsfolge begründen, indem er die gesetzlichen Voraussetzungen darlegt. Dies sieht dann stilisiert so aus:

„Aufgrund der erhobenen Anfechtungsklage werden die Beseitigungsanordnung des LRA vom . . . und der Widerspruchsbescheid der Regierung von O. vom . . . aufgehoben“ (Tenor, § 117 VwGO).

Die Anfechtungsklage ist zulässig, *denn* sie ist frist- und formgerecht nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhoben. Die Beseitigungsanordnung ist ein Verwaltungsakt,

weil . . . (Merkmale des VA). Der Kläger ist klagebefugt, *da* er geltend macht, in eigenen Rechten verletzt zu sein (Zulässigkeitsprüfung).

Die Klage ist auch begründet, *denn* der Verwaltungsakt ist fehlerhaft, *weil* die Beseitigungsanordnung durch (Vorschrift der LBO)^X nicht gedeckt wird, *da* kein Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften im Sinne von (Vorschrift der LBO) besteht, *weil* darunter nur solche ungenehmigte Bauvorhaben fallen, die auch materiell illegal sind.

An diesem Beispiel wird die Verbindung der konstruktiven Methode mit dem Urteilsstil deutlich: von der Rechtsfolge ausgehend (Klageabweisung oder Stattgeben, Zulässigkeit, Begründetheit, Fehlerhaftigkeit) wird jeweils auf die Voraussetzungen zurückgegriffen. Dieser Rückgriff erfolgt durch Konjunktionen wie: denn, weil, da, nämlich.

Gutachtenstil: Zunächst nennt man die Voraussetzungen, von denen die Rechtsfolge abhängt. Dann stellt man fest, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, und schließlich folgt die Antwort. In der Schlußfolgerung werden Konjunktionen wie also, deshalb, daraus folgt, folglich, somit, demnach verwendet. Ob die Anfechtungsklage zulässig ist, hängt davon ab, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Dies ist der Fall, *wenn* die Anfechtungsklage frist- und formgerecht erhoben ist, *wenn* das Widerspruchsverfahren erfolglos durchgeführt wurde und wenn die übrigen Klagevoraussetzungen gegeben sind. Es müssen nun Ausführungen darüber folgen, ob diese Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Ist das der Fall, dann lautet die Antwort: *also* ist die Klage zulässig.

Ob die Anfechtungsklage begründet ist, hängt davon ab, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig, *wenn* er durch das Gesetz nicht gedeckt ist. § . . . LBO ermöglicht die Beseitigungsanordnung, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet werden. Da die formellen Vorschriften nur die Einhaltung der materiellen Bestimmungen garantieren sollen, ist Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen im Sinne von § . . . LBO bei Verletzung lediglich formeller Vorschriften nicht gegeben. Das Haus des X entsprach dem materiellen Baurecht. Eine Beseitigungsanordnung ist *deshalb* durch § . . . LBO nicht gedeckt. *Also* ist der Verwaltungsakt rechtswidrig.

Die Rechtsverletzung ergibt sich aus Art. 14 GG. *Somit* ist die Klage auch begründet.

2. Der historische Lösungsweg

Die historische Methode geht von dem ersten Ereignis in der Vergangenheit aus und fügt in chronologischer Folge die späteren Ereignisse an. Sie hat bei der Ermittlung der Interessenlagen und der Handlungsabfolge ihre Berechtigung, ist aber beim Aufbau der verwaltungsrechtlichen Klausur nur mit Einschränkung anwendbar. Es besteht nämlich die Gefahr, daß der Bearbeiter, wenn er dem historischen Faden folgt, wichtige systematische Gesichtspunkte ausläßt, auf der anderen Seite aber unwichtige Probleme zu breit behandelt.

Die historische Methode ist aber dort anzuwenden, wo verschiedene Klagen in zeitlichem Abstand erhoben werden. Hier müssen die einzelnen Prozeßrechtsverhältnisse getrennt nach ihrer historischen Reihenfolge untersucht und jede Klage nach Zuläs-

X LBO = Landesbauordnung

sigkeit und Begründetheit geprüft werden. Eine Ausnahme gilt nur, wenn ein Kläger nach Erhebung einer Leistungsklage, Gestaltungs- oder Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht Antrag auf Normenkontrolle vor dem OVG (VGH) stellt. In diesen Fällen muß der später gestellte Normenkontrollantrag (§ 47 VwGO) vor den anderen Prozeßrechtsverhältnissen geprüft werden, weil die Feststellung der Nichtigkeit der Rechtsnorm durch das OVG nicht nur inter partes, sondern inter omnes wirkt, § 47 Abs. 6 S. 2 VwGO. Damit beeinflusst die Entscheidung im Normenkontrollverfahren die anderen Prozeßrechtsverhältnisse, in welchen inzidenter (einschlußweise) über die Gültigkeit der fraglichen Norm entschieden werden muß.

3. Der topische Lösungsweg

Die dritte Grundfrage führt zur dritten Aufbaumethode, der topologischen oder topischen Methode. Die Topik orientiert sich am Problem, sie ist die „Technik des Problemdenkens“⁷.

IV. Der Topoi-Katalog

Für die Bearbeitung der öffentlich-rechtlichen Klausuren haben sich bestimmte Topoi sowohl für den prozessualen als auch für den materiell-rechtlichen Teil der Prüfung herausgebildet. Die Reihenfolge der Topoi ist nicht absolut zwingend, doch sollte man sich an die Reihenfolge des Topoi-Katalogs halten, da Fragen des logischen und praktischen Vorranges im Katalog vorangestellt sind, so daß bei Einhaltung der Reihenfolge die Grundsätze des Vorrangs nicht verletzt sind. Dieses Verfahren, das Kataloge verwendet, wird Topik zweiter Stufe genannt⁸.

A. Topoi für die Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen einer verwaltungsrechtlichen Klage

a) Die Sachurteilsvoraussetzungen sind in folgender Reihenfolge zu prüfen⁹:

1. Deutsche Gerichtsbarkeit
2. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges, § 40 VwGO
3. Klagetyp, §§ 42 Abs. 1, 43 Abs. 1 und 40 Abs. 1 VwGO
4. Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, §§ 45, 48, 47, 50, 52 VwGO
5. Beteiligtenfähigkeit, §§ 61, 62 Abs. 3, 63 VwGO; § 51 ZPO
6. Prozeßfähigkeit, § 62 Abs. 1 und Abs. 2 VwGO

x OVG = Oberverwaltungsgericht
VGH = Verwaltungsgerichtshof

7. Legitimation des gesetzlichen Vertreters, § 62 Abs. 3 VwGO i.V.m. §§ 52 bis 58 ZPO
8. ordnungsgemäße Klageerhebung; Form und Frist der Klageerhebung, §§ 81, 82 und 74 VwGO
9. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO
10. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO
11. Fehlen anderweitiger Rechtshängigkeit, § 90 Abs. 2 VwGO
12. Fehlen einer anderen rechtskräftigen Entscheidung über den gleichen Streitgegenstand
13. allgemeines Rechtsschutzinteresse.

b) Zu den Sachurteilsvoraussetzungen ist folgendes zu bemerken:

längere Ausführungen über die einzelnen Sachurteilsvoraussetzungen sind nur dann notwendig, wenn durch den Aufgabentext Zweifel an ihrem Vorliegen geweckt sind; sonst genügt ein Hinweis, daß sie vorliegen. In der Regel unentbehrlich ist eine wenigstens kurze Bemerkung zu den Voraussetzungen des Verwaltungsrechtsweges, des Klagetyps, der Klagebefugnis und des Vorverfahrens¹⁰.

Zu 1.:

§§ 18 und 19 GVG finden entsprechende Anwendung¹¹.

Zu 2.:

Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges muß heute vor der Zuständigkeit geprüft werden, da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen von der Verfahrensordnung und damit von der Gerichtsbarkeit abhängen, die zur Entscheidung berufen ist. Die Auffassung, daß die Partei- und Prozeßfähigkeit, die sachliche und die örtliche Zuständigkeit vor der Zulässigkeit des Rechtswegs zu prüfen seien, steht auf dem Standpunkt der Reichsjustizgesetze des Jahres 1877, die nur einen, den ordentlichen Rechtsweg kannten. Damals bestimmten sich die Sachurteilsvoraussetzungen nur nach einer Gerichtsordnung; deshalb war diese Prüfungsreihenfolge möglich.

§ 40 VwGO eröffnet den Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. § 40 VwGO enthält eine Generalklausel mit einer positiven und zwei negativen Abgrenzungen; positiv: öffentlich-rechtliche Streitigkeiten (1), negativ: verfassungsrechtliche Streitigkeiten (2) und ausdrückliche Zuweisung an andere Gerichte (3).

(1) Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten.

Zur Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten von den privat-rechtlichen Streitigkeiten werden hauptsächlich die folgenden drei Theorien angewandt:

¹¹ X GVG = Gerichtsverfassungsgesetz

Öffentlich-rechtlich ist nach der *Subjektionstheorie* eine Streitigkeit im Über-Unterordnungsverhältnis, privatrechtlich, wenn ein Gleichordnungsverhältnis besteht. Kennzeichen des öffentlichen Rechts ist nach dieser Theorie die Überordnung der öffentlichen Gewalt über den einzelnen, ihre Befähigung, einseitig in den Rechtsbereich des einzelnen einzugreifen. Diese Theorie erfaßt aber nur Rechtsverhältnisse des Über-Unterordnungsverhältnisses, also Rechtsverhältnisse, in deren Rahmen Verwaltungsakte ergehen können¹².

Damit sind aber noch nicht alle öffentlich-rechtlichen Verhältnisse erfaßt. Das öffentliche Recht kennt auch Gleichordnungsverhältnisse, z.B., wenn zwei Gemeinden über wegerechtliche Baulasten streiten. In diesen Fällen ist auf die Interessentheorie zurückzugreifen. Danach ist ein öffentlich-rechtliches Verhältnis gegeben, wenn das Interesse der Gesamtheit im Vordergrund steht. Eine neuere Lehre¹³ stellt auf die Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte ab. Danach ist das öffentliche Recht der Inbegriff der Rechtssätze, die nicht jeden berechtigen oder verpflichten, sondern nur den Staat, Gemeinden oder andere Träger öffentlicher Gewalt.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs sind sämtliche Theorien nur dann zu erörtern, wenn dort ein wesentliches Problem der Klausur liegt; andernfalls genügt die Subsumtion unter die zutreffende Theorie, um die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges zu bejahen.

(2) Verfassungsrechtliche Streitigkeiten sind Streitigkeiten, die ihrem Schwerpunkt nach dem materiellen Verfassungsrecht entspringen, unabhängig davon, ob dann der Rechtsweg zu einem Verfassungsgericht gegeben ist oder nicht. Die Verfassungsgerichte verfügen nicht über eine Generalklausel, sondern nur über enumerative Kompetenzen¹⁴.

(3) Ausdrückliche Zuweisung an andere Gerichte: öffentlich-rechtliche Streitigkeiten können den besonderen Verwaltungsgerichten (Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit), aber auch den ordentlichen Gerichten zugewiesen sein. So haben die ordentlichen Gerichte zu entscheiden über Ansprüche aus Aufopferung und öffentlicher Verwahrung (§ 40 Abs. 2 VwGO), aus Amtshaftung (Art. 34 GG) und Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG). Auch können die ordentlichen Gerichte zur Nachprüfung von Verwaltungsakten zuständig sein, wie das im Kartellrecht (§ 62 GWB), im Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 68 OWiG) und im Baurecht (§ 157 BBauG) der Fall ist. Zu beachten ist auch die durch § 23 EGGVG den ordentlichen Gerichten zugewiesene Befugnis, über Justizverwaltungsakte zu entscheiden.

Die ausdrückliche Zuweisung an ein anderes Gericht kann auch in einem vorkonstitutionellen Gesetz enthalten sein. Es ist deshalb bei einem solchen Gesetz zu prüfen, ob es Bundesrecht geworden ist, § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, da sonst keine anderweitige Zuweisung durch ein *Bundesgesetz* besteht¹⁵. Für die Fälle des § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO ist zu beachten, daß die Rechtsprechung des BVerwG eine Erweiterung zugunsten der

* GG = Grundgesetz
GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
OWiG = Ordnungswidrigkeitengesetz
BBauG = Bundesbaugesetz
EGGVG = Einheitsverwaltungsverfahrensgesetz zum VwGO (s.o.)

ordentlichen Gerichte annimmt. Entscheidend ist dabei der Zusammenhang von Ansprüchen aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis mit einem der in § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO genannten¹⁶.

Zu 3.:

Klagetyp. Die VwGO kennt wie die ZPO Gestaltungs-, Leistungs- und Feststellungsklagen.

1. Die Gestaltungsklagen

Zu diesen gehören die Anfechtungs- und die Wiederaufnahmeklage, § 153 VwGO, Abänderungsklage, § 173 VwGO i.V.m. § 323 ZPO,^x die Vollstreckungsgegenklage und die Drittwiderspruchsklage, § 167 VwGO i.V.m. §§ 767, 771 ZPO. Die *Anfechtungsklage*, § 42 Abs. 1 VwGO, ist die klassische Klageart des Verwaltungsprozesses. Die Anfechtungsklage ist Gestaltungsklage, weil ihr Ziel die Aufhebung eines Verwaltungsaktes ist.

2. Die Leistungsklagen können sowohl im Über-Unterordnungsverhältnis als auch im Gleichordnungsverhältnis erhoben werden. Im ersteren Fall spricht man von Verpflichtungsklagen, weil sie nach § 42 Abs. 1 VwGO auf den Erlaß bzw. auf die Verpflichtung der Behörde zum Erlaß eines abgelehnten¹⁷ oder unterlassenen Verwaltungsaktes gehen. Es ist dabei nicht erforderlich, daß die Ablehnung des Verwaltungsaktes selbst ein Verwaltungsakt ist; es genügt für die Zulässigkeit, wenn der Kläger mit dem Ziel seiner Klage die Verpflichtung zum Erlaß eines Verwaltungsaktes begehrt. Das ergibt sich aus der Untätigkeitsklage — einer Unterart der Verpflichtungsklage — mit welcher sich der Kläger gegen einen unterlassenen Verwaltungsakt, also gegen die Untätigkeit der Behörde, wendet. Eine Untätigkeit der Behörde ist ein nullum und deshalb kein Verwaltungsakt. Dennoch ist hier eine Klage zulässig, weil nur erforderlich ist, daß das Klageziel bei der Untätigkeitsklage — wie auch bei der Versagungsklage — ein Verwaltungsakt sein muß¹⁸. Im Gleichordnungsverhältnis ist eine Verpflichtungsklage begrifflich nicht denkbar, weil im Gleichordnungsverhältnis keine einseitig potentiell verbindlichen Hoheitsakte (Verwaltungsakte) ergehen können. Im Gleichordnungsverhältnis spricht man deshalb nur von einer allgemeinen Leistungsklage, die auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet ist.

Die Leistungsklagen gliedern sich in

a) Verpflichtungsklagen (Über-Unterordnungsverhältnis)

aa) Versagungsgegenklage oder Weigerungsgegenklage, wenn ein beantragter Verwaltungsakt abgelehnt wurde. Das Widerspruchsverfahren ist nach § 68 Abs. 2 VwGO erforderlich.

* ZPO = Zivilprozessordnung

bb) Untätigkeitsklage, § 75 VwGO. Das Widerspruchsverfahren ist hier nicht erforderlich, weil die Behörde untätig war und nicht einmal den beantragten Verwaltungsakt abgelehnt hat (~~hierzu BVerwG, NJW 1983, 2276~~).

cc) Ein besonderes Problem stellt die vorbeugende Verpflichtungsklage dar, die weder eine Versagung noch eine Untätigkeit der Behörde voraussetzt¹⁹. Dabei ist besonders das Rechtsschutzbedürfnis zu prüfen.

b) Allgemeine Leistungsklagen (Gleichordnungsverhältnis)

aa) Die Vornahmeklage geht auf Erlaß einer Amtshandlung im Gleichordnungsverhältnis, z.B. die Folgenbeseitigungs- oder Erstattungsklage.

bb) Die Unterlassungsklage ist auf Unterlassung einer Amtshandlung, nicht auf Unterlassung eines Verwaltungsaktes, gerichtet. Wenn die Unterlassungsklage auf Unterlassung eines Verwaltungsaktes gerichtet ist, vorbeugende Unterlassungsklage, dann muß sie mit der Verpflichtungsklage geltend gemacht werden. Ob eine solche vorbeugende Unterlassungsklage als Verpflichtungsklage zulässig ist, ist jedoch fraglich²⁰.

cc) Beseitigungsklage. Von einem Teil der Lehre wird die Vornahmeklage unter 2baa Beseitigungsklage genannt, soweit es sich um die Beseitigung einer rechtswidrigen Folge eines vollzogenen rechtswidrigen Verwaltungsaktes handelt, die durch die Aufhebung des Verwaltungsaktes allein noch nicht beseitigt ist, z.B. die rechtswidrige Einweisung eines Obdachlosen wird aufgehoben. Da die Einweisung für sofort vollziehbar erklärt wurde, ist der Obdachlose schon in der Wohnung und die Aufhebung der rechtswidrigen Einweisung beseitigt noch nicht die Tatsache, daß auch nach der Aufhebung der Einweisung der rechtswidrige Zustand (die Bewohnung durch den Obdachlosen) andauert.

3. Die Feststellungsklagen

Zu diesen gehören:

a) die allgemeine Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO. Sie geht auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Ein Rechtsverhältnis liegt vor, wenn sich aus der Anwendung von Rechtssätzen auf einen Sachverhalt rechtliche Beziehungen zwischen mehreren Personen oder Personen und Sachen ergeben²¹.

Beispiel:

Eine Fachvereinigung des Kraftdroschkengewerbes beantragt bei der Genehmigungsbehörde für 10 Mitglieder die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Kraftdroschke. Die Behörde will nur 4 neue Konzessionen ausgeben, dabei will sie 2 Bewerber aus dem Sammelantrag und 2 zeitlich spätere Bewerber berücksichtigen. Ein Kraftdroschkenbesitzer der Fachvereinigung will Feststellungsklage mit dem Antrag erheben, daß die Genehmigungsbehörde die Anträge in der Reihenfolge des Eingangs zu bearbeiten habe. Mit dem Eingang des Antrags auf Genehmigung wird zwischen dem Antragstel-

ler und der Genehmigungsbehörde ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründet, das zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht werden kann²².

Mit der Feststellungsklage kann die Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsnorm, das Bestehen einer bestimmten Rechtslage oder abstrakter Rechtsfragen nicht begehrt werden (~~hierzu BVerwG, DVBl. 1983, 552~~):

b) Eine vorbeugende Feststellungsklage wird zum Teil als unzulässig angesehen, da künftige Rechtsbeziehungen noch kein Rechtsverhältnis darstellen²³. Erforderlich ist ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung, § 43 Abs. 1 VwGO. Dieses entfällt, soweit der Kläger seine Rechte mit Gestaltungs- oder Leistungsklage erreichen kann, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO. Daraus ergibt sich die Subsidiarität der Feststellungsklage.

Im Gegensatz zu § 256 ZPO („rechtliches Interesse“) genügt ein berechtigtes Interesse; das kann auch ein wirtschaftliches oder ideelles sein²⁴.

c) Die Nichtigkeitsfeststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO.

Mit dieser Klage kann die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes festgestellt werden. Ein vorhergehendes Widerspruchsverfahren ist nicht erforderlich (Umkehrschluß aus § 68 VwGO). Der Kläger hat also die Wahl, wenn der Verwaltungsakt nichtig ist, alternativ Feststellungsklage oder Anfechtungsklage zu erheben, weil die Subsidiarität der Feststellungsklage hier nicht gilt, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO. Auch nichtige Verwaltungsakte können mit der Anfechtungsklage bekämpft werden, weil der nichtige Verwaltungsakt Rechtsscheinwirkungen erzeugt und dem Kläger nicht das Prozeßrisiko aufgebürdet werden soll, da die Abgrenzung zwischen aufhebbaren und nichtigen Verwaltungsakten schwierig ist.

Ist die Anfechtungsfrist versäumt oder die Widerspruchsfrist verstrichen, so kann der Kläger seine Aufhebungsklage jederzeit in eine Nichtigkeitsklage ändern. Ergibt sich aber, daß der Verwaltungsakt nicht nichtig ist, so ist die Klage unbegründet. Umgekehrt gilt, daß eine Feststellungsklage in eine Aufhebungsklage nur geändert werden kann, wenn das Widerspruchsverfahren durchgeführt wurde oder noch durchgeführt werden kann. Es liegt darin keine Klageänderung²⁵.

d) Die nachträgliche Feststellungsklage

aa) Beispiel für Anfechtungsklage:

Die X-Partei veranstaltet während des Wahlkampfes einen Umzug, um Stimmen zu werben. Die Polizei löst den Umzug auf. Über die Anfechtungsklage der X-Partei gegen die Auflösungsverfügung wird erst nach dem Wahltag entschieden.

bb) Nach erhobener Anfechtungsklage erledigt sich der angefochtene Verwaltungsakt, § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.

In diesem Fall hat sich der begehrte Verwaltungsakt durch Zeitablauf erledigt. Die ursprüngliche Anfechtungsklage kann nur dann in eine nachträgliche Feststellungsklage umgewandelt werden, wenn die Klage als solche bereits zulässig war, bevor sich der Verwaltungsakt erledigt hat. Mit anderen Worten: die nachträgliche Feststellungsklage bleibt ihren Voraussetzungen nach Anfechtungsklage und ist nur zulässig, wenn ein Widerspruchsverfahren durchgeführt wurde.

Dazu ergeben sich weitere Fragen unter folgenden Gesichtspunkten:

Der Verwaltungsakt erledigt sich vor Klageerhebung

1. während der Widerspruchsfrist;
2. nach Ablauf der Widerspruchsfrist.

Für beide Fälle ist § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO entsprechend anzuwenden. Da es sich im Kern um eine Anfechtungsklage handelt, muß vor der Klageerhebung das Widerspruchsverfahren gegen den bereits erledigten Verwaltungsakt durchgeführt werden.

1. Bei Erledigung während der Widerspruchsfrist muß der Widerspruchsführer im Widerspruchsverfahren den Antrag stellen, die Rechtswidrigkeit des erledigten VA festzustellen; str.

2. Nach Ablauf der Widerspruchsfrist ist nach dieser Auffassung die Klage als nachträgliche Feststellungsklage in entsprechender Anwendung von § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO nur dann zulässig, wenn das Widerspruchsverfahren durchgeführt ist. Anders bei der Gegenmeinung, die ein Vorverfahren nicht verlangt, wenn sich der Verwaltungsakt vor Ablauf der Widerspruchsfrist erledigt²⁷. Nach dieser Auffassung kann die Klage also unmittelbar erhoben werden. Nach der Auffassung des BVerwG haben die §§ 68 ff. VwGO aber insofern Bedeutung, daß die Feststellungsklage nicht nach Ablauf der Widerspruchsfrist an die Stelle der an sich unzulässigen Anfechtungsklage treten soll. Bei Erledigung nach Ablauf der nicht genutzten Widerspruchsfrist ist die Feststellungsklage dann unzulässig, da bis Ablauf der Frist nur die Anfechtungsklage zulässig gewesen wäre²⁸.

Das Vorverfahren kann nur dann entfallen, wenn es sich um eine Verpflichtungsklage in Gestalt der Untätigkeitsklage handelt.

e) Die Feststellungsklagen nach §§ 48 und 50 VwGO haben einen besonderen Charakter, weil sie Gestaltungswirkung haben.

f) Einen Sonderfall der Feststellungsklage stellt der Antrag auf *Normenkontrolle* (§ 47 VwGO) dar. Im Unterschied zur Feststellungsklage nach § 43 VwGO ist bei der Normenkontrolle nicht ein Rechtsverhältnis, sondern die Gültigkeit einer Norm Gegenstand des Verfahrens. Eine weitere Besonderheit liegt darin, daß die Entscheidung des Gerichts *inter omnes* wirkt, wenn die Gültigkeit der Norm verneint wird, § 47 Abs. 6 S. 2 VwGO (vgl. dazu Anhang D).

Zu 4.: Zuständigkeit

Wie im Zivilprozeß wird zwischen örtlicher, sachlicher und funktioneller Zuständigkeit unterschieden.

1. Die sachliche Zuständigkeit, §§ 45, 47, 48, 50 VwGO.

Grundsätzlich ist das Verwaltungsgericht im ersten Rechtszug allumfassend zuständig, § 45 VwGO. Für bestimmte Prozesse von besonderer Bedeutung bestehen jedoch Ausnahmen: Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte, §§ 47 (Normenkontrolle), 48, 193 VwGO, § 190 Abs. 1 Nr. 4 VwGO i.V.m. § 138 Abs. 1 FlurBG, und des Bundesverwaltungsgerichts, § 50 VwGO u.a.

2. Die örtliche Zuständigkeit, §§ 52, 53 VwGO.

Zu beachten ist der ausschließliche Gerichtsstand der belegenen Sache, § 52 Nr. 1, „nur“.

Im Verwaltungsprozeß gibt es keine Prorogation, obwohl § 173 VwGO auf die ZPO verweist. Die Vorschriften der ZPO über die Prorogation sind auch nicht entsprechend anwendbar²⁹; das widerspräche der öffentlich-rechtlichen Natur der Streitigkeiten und der die Verwaltungsgerichtsbarkeit beherrschenden *Offizialmaxime*.

Die Beteiligten können auch nicht — wie im Zivilprozeß — zwischen mehreren Gerichtsständen wählen; kommen verschiedene Gerichte in Betracht, so hat das nächsthöhere Gericht das zuständige Gericht zu bestimmen, § 53 Abs. 1 Nr. 3 VwGO.

3. Die funktionelle Zuständigkeit im Instanzenzug und die Geschäftsverteilung innerhalb eines Gerichts.

Zu 5.:

Der Begriff Beteiligtenfähigkeit steht in der VwGO an Stelle der Parteifähigkeit, § 61 VwGO. Die Beteiligtenfähigkeit ist ein weiterer Begriff als der Begriff „Parteifähigkeit“ in der ZPO (vgl. oben II, 2).

Zu 8.:

Zu beachten sind folgende beiden Unterschiede zwischen verwaltungs- und zivilprozessualer Klage:

Im Verwaltungsprozeß wird die Klage mit Einreichung bei Gericht, im Zivilprozeß mit Zustellung an den Beklagten rechtshängig, §§ 81 Abs. 1, 90 Abs. 1 VwGO; §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO. Im Zivilprozeß *muß* die Klageschrift einen bestimmten Antrag enthalten, im Verwaltungsprozeß *soll* sie das nur, § 253 Abs. 2 ZPO; § 82 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Beim Normenkontrollverfahren und einigen anderen Verfahren tritt an die Stelle der Klage ein Antrag. Im übrigen gelten die §§ 81, 82 entsprechend.

Zu 9.:

Damit nicht jeder Verwaltungsakt von jedermann angegriffen werden kann, bestimmt § 42 Abs. 2 VwGO ausdrücklich, wer zur Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage befugt ist. Danach ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. Die Popularklage ist damit ausgeschlossen. Unter Geltendmachen ist zu verstehen, daß tatsächliche Behauptungen aufgestellt werden müssen, die eine Rechtsverletzung des Klägers zumindest möglich erscheinen lassen (vgl. näher unter V 2c).

Wenn ein belastender Verwaltungsakt unmittelbar an den Kläger selbst gerichtet ist, so ist die Frage nach der Klagebefugnis unproblematisch. Allein schon durch den Erlass des Verwaltungsaktes gegen ihn hat die Verwaltungsbehörde in seine Rechte eingegriffen.

Schwierig ist die Frage jedoch dort, wo der Verwaltungsakt sich an einen Dritten richtet, und der Kläger nur mittelbar betroffen ist (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung).

Beispiel:

Die Baubehörde erteilt dem X eine Baugenehmigung, obwohl eine erforderliche Brandwand im Plan nicht vorgesehen ist und das Haus nicht auf der festgesetzten Baulinie gebaut werden soll. Der Nachbar will Anfechtungsklage erheben. Ob die Genehmigung, die ein Verwaltungsakt ist, den Nachbarn in seinen Rechten verletzt, hängt von der Natur der in Frage stehenden Baurechtsvorschriften ab.

Eine Rechtsverletzung ist zu verneinen, wenn die Norm nur im öffentlichen Interesse erlassen ist; dagegen zu bejahen, wenn sie wenigstens auch Individualinteressen schützen will³⁰.

Bei der Anfechtung eines Verwaltungsaktes durch einen Dritten prüft man die Klagebefugnis zweckmäßigerweise unter den folgenden vier Punkten:

1. ein Verwaltungsakt muß objektiv vorliegen;
2. substantiierte Geltendmachung durch den Kläger;
3. die Behauptung der Verletzung eigener Rechte;
4. eine solche Rechtsverletzung muß als möglich oder wahrscheinlich erscheinen.

Damit wird eine umfangreiche Prüfung von materiellen Problemen bei der Zulässigkeit vermieden.

Im gegebenen Beispiel wäre die Anfechtungsklage wegen des Verstoßes gegen die Baulinienfestsetzung unzulässig, weil diese Bestimmung keinen nachbarschützenden Charakter hat; sie besteht nur im öffentlichen Interesse. Die Vorschriften über die Brandwände sollen dagegen das Übergreifen eines Brandes auf das Nachbargrundstück verhindern.

Zu 10.:

Hinsichtlich des Widerspruchsverfahrens vgl. den Katalog unten B. Das BVerwG erachtet es für zulässig, daß das Widerspruchsverfahren noch während des Gerichtsverfahrens nachgeholt wird (~~DVBl. 1984, 91~~).

Zu 12.:

Strittig ist die Wirkung der materiellen Rechtskraft. Sie besteht darin, daß die Gerichte in einem späteren Prozeß der Parteien über denselben Streitgegenstand an das Urteil gebunden sind. Umstritten ist, ob die Rechtskraft eine Neuentscheidung überhaupt verbietet oder ob sie nur eine abweichende Entscheidung ausschließt. Auch nach der letzten Ansicht ist die Klage als unzulässig abzuweisen, falls ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Ist dieses aber gegeben, so ist nach der ersteren Ansicht die Klage als unzulässig abzuweisen; nach der letzteren Ansicht ist ihr hingegen u.U. stattzugeben³¹.

Das BVerwG vertritt die Auffassung, daß in diesem Fall die Klage mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen ist³².

Zu 13.:

Eine Klage ist nur zulässig, wenn der Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis hat. Das Klagebegehren muß in der gewählten Verfahrensart eines gerichtlichen Rechtsschutzes fähig, bedürftig und würdig sein. In der Regel ist das Rechtsschutzbedürfnis gegeben; für seinen Ausschluß müssen besondere Umstände vorliegen³³.

Beispiele:

Das BVerwG hat entschieden, daß sich der Staatsbürger, der sich mit einer gebührenpflichtigen Verwarnung einverstanden erklärt hat, nicht nachträglich darauf berufen dürfe, daß die Erteilung der Verwarnung nicht gerechtfertigt gewesen sei, weil eine Zuwiderhandlung nicht vorgelegen habe. Er würde sich sonst nachträglich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen. Es ist ihm also verwehrt, gegen die gebührenpflichtige Verwarnung diesen Einwand vorzubringen³⁴. Es dürfte sich hier um einen Fall fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses handeln, auch wenn das BVerwG dies nicht ausdrücklich ausgesprochen hat.

Eine Finanzbehörde kann nicht gegen einen Steuerschuldner Klage erheben, sondern muß gegen diesen nach den Vorschriften der Reichsabgabenordnung (§§ 249 ff. AO^x 1977) im Wege des Beitreibungsverfahrens vorgehen.

Das Problem, ob ein Hoheitsträger bei Anspruch auf eine Leistung mit einer Leistungsklage vorgehen kann oder einen Verwaltungsakt erlassen muß, ist umstritten³⁵.

x AO = Abgabenordnung

B. Katalog für die Prüfung eines Widerspruchs³⁶

Aus § 72 VwGO läßt sich entnehmen, daß die VwGO zwischen der Zulässigkeit und der Begründetheit des Widerspruches unterscheidet.

a) Es empfiehlt sich, bei der Prüfung eines Widerspruchs folgendes Schema einzuhalten:

1. Deutsche Gerichtsbarkeit, hinsichtlich der sich anschließenden Klage
2. Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs, § 40 VwGO, hinsichtlich der sich anschließenden Klage
3. Statthaftigkeit des Widerspruchs
4. Zuständigkeit zum Erlaß eines Widerspruchsbescheides
5. Beteiligtenfähigkeit
6. Legitimation des gesetzlichen Vertreters
7. Ordnungsgemäße Erhebung des Widerspruchs
8. Widerspruchsfrist
9. Widerspruchsbefugnis
10. Rechtmäßigkeit
11. Zweckmäßigkeit
12. Begründung
13. Rechtsbehelfsbelehrung
14. Zustellung
15. Kosten

b) Bemerkungen

Zu 1. und 2.:

Die Einhaltung des Vorverfahrens ist Sachurteilsvoraussetzung für bestimmte verwaltungsprozessuale Klagen. Diese Vorprüfung der Streitsache durch die Verwaltungsbehörden soll die Verwaltungsgerichte entlasten (Filterwirkung des Widerspruchsverfahrens).

Der Widerspruch ist deshalb nur zulässig, wenn er überhaupt zu einer zulässigen verwaltungsprozessualen Klage führen kann. Dafür ist Voraussetzung, daß der Fall der deutschen Gerichtsbarkeit untersteht und der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist (vgl. dazu oben A a) 1). Ein Widerspruch ist deshalb nicht statthaft, wenn die Nachprüfung den ordentlichen Gerichten zugewiesen ist, § 40 Abs. 2 VwGO; Art. 14, 34 GG. In solchen Fällen ist evtl. ein Abhilfeverfahren notwendig³⁷. Auch bei den Justizverwaltungsakten ist ein Widerspruchsverfahren unstatthaft, da sie nach § 23 EGGVG von den ordentlichen Gerichten überprüft werden.

Zu 3.:

a) Das Widerspruchsverfahren ist statthaft:

1. bei Anfechtungsklagen, § 68 Abs. 1 VwGO
2. bei nachträglichen Feststellungsklagen (vgl. oben)
3. bei Verpflichtungsklagen, wenn der Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes abgelehnt worden ist, § 68 Abs. 2 VwGO (Weigerungs- oder Versagungsgegenklage). Ein Vorverfahren ist dagegen nicht nötig bei Untätigkeitsklagen; die Klage kann in diesen Fällen nach § 75 VwGO erhoben werden.
4. Gemäß § 126 Abs. 3 BRRG in allen beamtenrechtlichen Streitigkeiten. Daraus ergeben sich als Widerspruchstypen der Anfechtungswiderspruch, Verpflichtungswiderspruch usw.

b) Das Widerspruchsverfahren ist nicht statthaft:

1. bei Feststellungs- und Leistungsklagen,
2. wenn ein Bundes- oder Landesgesetz das Widerspruchsverfahren beseitigt (§ 68 Abs. 1 S. 2 VwGO). Solche unmittelbaren Anfechtungsklagen sind auch dann gegeben, wenn es sich um ein Gesetz handelt, das vor dem Inkrafttreten der VwGO das Vorverfahren beseitigte³⁸. Der Geltungsumfang dieser Ermächtigung war bezüglich des Landesgesetzgebers nicht unumstritten, ist aber durch den Beschluß des BVerfG vom 9. Mai 1973 geklärt³⁹,
3. wenn der Verwaltungsakt (Widerspruchsbescheid) einen Dritten erstmalig beschwert, § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO.

Beispiel:

A beantragt eine Genehmigung für den Bau einer Garage an der Grenze seines Grundstücks. Der Nachbar unterschreibt nicht; das Landratsamt versagt die Genehmigung. Auf Widerspruch des A hebt die Regierung die Verweigerung auf,

4. wenn der Widerspruchsbescheid eine zusätzliche selbständige Beschwerde i.S. von § 79 Abs. 2 VwGO enthält,
5. wenn in einem bereits anhängigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren der ursprüngliche Verwaltungsakt durch einen neuen ersetzt wird und dieser im Wege der Klageänderung zum Gegenstand des Verfahrens gemacht werden soll⁴⁰,
6. wenn Ausgangsbehörde eine oberste Bundes- oder Landesbehörde ist, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt, § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO,
7. wenn eine Untätigkeitsklage, § 75 VwGO, erhoben wird,
8. wenn die Verlustliste nach § 190 VwGO Platz greift, z.B. Wehrbescheide statt Widerspruchsverfahren im Wehrrecht, § 23 WBO.

Zu 4.:

Den Widerspruchsbescheid erläßt grundsätzlich die nächsthöhere Behörde § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO. Zuvor hat jedoch die Ausgangsbehörde den Widerspruch zu überprüfen und ihm abzuhelfen, wenn sie ihn für begründet hält, § 72 VwGO. Ist die nächsthöhere Behörde eine oberste Bundes- oder oberste Landesbehörde, so ergeht der Bescheid durch die Ausgangsbehörde, § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwGO, also z.B. durch die Regierung, da die Ministerien als nächsthöhere Behörden oberste Landesbehörden sind. In Selbstverwaltungsangelegenheiten erläßt die Selbstverwaltungsbehörde den Widerspruchsbescheid, soweit nicht durch Gesetz anderes bestimmt wird, § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VwGO⁴¹. Diese Regelung dürfte die durch das verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstverwaltungsrecht, Art. 28 Abs. 2 GG, gezogenen Grenzen einhalten, da durch die Überlassung der Zweckmäßigkeitprüfung in Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises der Wesenskern des Selbstverwaltungsrechts unangetastet bleibt⁴².

Zu 7.:

Der Widerspruch ist schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben, die den Verwaltungsakt erlassen hat, § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO; es handelt sich dabei um eine zwingende Formvorschrift.

Zu 8.:

Der Widerspruch ist binnen eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes zu erheben, § 70 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Frist beginnt jedoch nur zu laufen, wenn dem Beschwerdeführer eine ordnungsgemäße Rechtsmittelbelehrung schriftlich erteilt worden ist, §§ 70 Abs. 2, 58 VwGO. Sonst gilt § 58 Abs. 2 VwGO entsprechend, § 70 Abs. 2 VwGO⁴³.

Wird der Widerspruch verspätet eingelegt, so kann er unstreitig als unzulässig verworfen werden. Folgende Fallkonstellationen sind denkbar:

1. die Anfechtungsklage richtet sich nur gegen den ablehnenden Widerspruchsbescheid; diese Klage ist zulässig, aber unbegründet, wenn sich die Widerspruchsbehörde zurecht auf die Verspätung berufen hat; die Zulässigkeit der isolierten Anfechtung des Widerspruchsbescheides folgt aus § 79 Abs. 2 VwGO;
2. soweit sich die Klage auch gegen den ursprünglichen Verwaltungsakt richtet, ist die Klage unzulässig, da dieser Verwaltungsakt durch Fristablauf unanfechtbar geworden ist;
3. wird ein verspätet eingelegter Widerspruch von der Behörde trotzdem *sachlich verbeschieden*, dann ist die erhobene Anfechtungsklage zulässig und gegebenenfalls auch

begründet, da die Verspätung infolge der Sachentscheidung im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren unbeachtlich ist⁴⁴.

Ob ein verspäteter und somit unzulässiger Widerspruch Suspensiveffekt hat, ist umstritten⁴⁵. Das BVerwG vertritt die Auffassung, daß die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO auch dann eintritt, wenn der Widerspruch (oder die Anfechtungsklage) unzulässig ist⁴⁶.

Ob dagegen die Widerspruchsbehörde einen verspätet eingelegten Widerspruch sachlich prüfen darf, ist äußerst problematisch und umstritten⁴⁷. Das BVerwG bejaht in seinem Urteil vom 16. 1. 1964⁴⁸ die Sachherrschaft und damit die Prüfungsbefugnis der Widerspruchsbehörde trotz verspäteten Widerspruchs. Nach Meinung des Gerichts steht es im freien Ermessen der Behörde, über den verspätet eingelegten Widerspruch sachlich zu entscheiden. Die Entscheidung der Behörde eröffnet dann für den Beschwerden den Weg zu einer gerichtlichen Sachprüfung⁴⁹. Ob damit die Behörde bei Einlegung eines verfristeten Widerspruchs die Sachentscheidung zeitlich unbeschränkt an sich ziehen kann, muß zweifelhaft erscheinen, weil eine solche Befugnis in die Nähe eines Selbsteintrittsrechts rücken würde⁵⁰.

Zu 9.:

Aus § 70 VwGO („dem Beschwerden“) läßt sich entnehmen, daß es zur Einleitung eines Widerspruchsverfahrens einer besonderen Berechtigung bedarf. Auch die vorher angestellte Überlegung, daß das Widerspruchsverfahren nur zulässig ist, wenn es zu einer zulässigen verwaltungsprozessualen Klage führen kann, zwingt zum gleichen Ergebnis: wie die Popularklage ist auch der Popularwiderspruch unzulässig. Die Klagebefugnis im Widerspruchsverfahren stellt die gleichen Anforderungen wie die verwaltungsprozessuale.

Zu 10. und 11. (Begründetheit):

Anders als bei der verwaltungsgerichtlichen Klage wird im Widerspruchsverfahren nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit des behördlichen Handelns überprüft.

Ein umstrittenes Problem bildet die Frage, ob eine reformatio in peius, d.h. eine Verschlechterung der Rechtsposition des Widersprechenden im Widerspruchsverfahren zulässig ist. Die Verwaltungsgerichtsordnung äußert sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich. Die Zulässigkeit der reformatio in peius wird von Ule mit der Begründung abgelehnt, daß Sinn und Zweck der Regelung der §§ 69 ff., insbesondere der §§ 71, 72, entgegenstehen, eine Entscheidung zuungunsten des Widerspruchsführers zu ändern⁵¹.

Dagegen hielt die Rechtsprechung eine Verböserung für zulässig⁵². Das Problem ist nach Meinung des BVerwG dem des Widerrufs begünstigender Verwaltungsakte ähnlich. Das Interesse an einer gesetzmäßigen und rechtsrichtigen Entscheidung kollidiert mit dem Interesse an Rechtssicherheit. Da jedoch Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts noch nicht eingetreten ist, ist dem Grundsatz der Bindung an Gesetz und Recht der Vorzug zu geben. Außerdem habe der Widerspruchsführer selbst die Ursache für die Unbeständigkeit des Verwaltungsaktes gesetzt und verdient deshalb keinen Schutz. Nunmehr kommt es darauf an, ob sich die Befugnis zur „Verböserung“ aus besonderen gesetzlichen Bestimmungen ergibt oder im Bescheid vorbehalten ist⁵³.

Zu 12.—15. (Kundmachung):

Der Widerspruchsbescheid ist zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und zuzustellen. Der Widerspruchsbescheid bestimmt auch, wer die Kosten trägt, § 73 Abs. 3 S. 2 VwGO.

Zu 12.:

Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die Behörde den Widerspruchsbescheid nicht begründet, ist umstritten. Nach der einen Meinung muß im Falle der Anfechtung der Widerspruchsbescheid allein wegen dieses Mangels aufgehoben werden⁵⁴. Die andere Meinung⁵⁵ geht dahin, daß die fehlende Begründung nur zu einer für die Behörde ungünstigen Kostenentscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren führen kann. Zur Aufhebung des Widerspruchsbescheides reiche die mangelnde Begründung nicht aus, weil sonst der Kläger besser gestellt wäre, als wenn kein Widerspruchsbescheid ergangen wäre. Das Nachschieben von Gründen ist zulässig, wenn die nachgeschobenen Gründe bereits bei dem Erlass des Widerspruchsbescheides vorlagen und durch sie nicht der Widerspruchsbescheid in seinem Wesen geändert oder der Betroffene in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird⁵⁶.

Zu 13.:

Fehlt die Rechtsmittelbelehrung, so greift § 58 VwGO Platz: die Widerspruchsfrist nach § 70 VwGO beginnt nicht zu laufen; der Widerspruch muß dann aber grundsätzlich innerhalb eines Jahres eingelegt werden, §§ 70 Abs. 2, 58 Abs. 2 VwGO.

Zu 14.:

Der Widerspruchsbescheid ist zuzustellen, § 73 Abs. 3 S. 1 VwGO⁵⁷. Dies gilt auch dann, wenn der Widerspruchsbescheid verkündet worden ist, z.B. durch mündliche Eröffnung oder Bekanntgabe. § 56 VwGO gilt nicht, da diese Bestimmung nur für das verwaltungsgerichtliche und nicht für das Vorverfahren gilt. Der Widerspruchsbe-

scheid bestimmt auch, wer die Kosten trägt, § 73 Abs. 3 S. 2 VwGO. Es wird also hier nur eine Regelung darüber, wer die Kosten trägt, getroffen. Ebensovwenig wie bei § 72 VwGO kann man diesen Bestimmungen entnehmen, nach welchen Vorschriften sich die Entscheidung richten soll. Der Meinungsstreit erhebt sich darüber, ob eine Kostenentscheidung nur ergehen könne, soweit in anderen bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften die Kostenverteilung geregelt sei oder ob die §§ 154 ff. VwGO auch im Vorverfahren entsprechend Anwendung finden. Das BVerwG vertritt in dem Beschluß des Großen Senats vom 1. 11. 1965 die Auffassung, daß die VwGO keine Regelung über den Inhalt der Kostenentscheidung enthalte⁵⁸.

Das BVerfG hält eine Auslegung der VwGO dahin, daß die VwGO für das isolierte Vorverfahren keine Kostenregelung treffe, für vereinbar mit dem GG⁵⁹. Der Meinungsstreit ist durch § 80 VwVfG des Bundes und die entsprechenden Vorschriften der Länderverwaltungsverfahrensgesetze gegenstandslos⁶⁰.

V. Das Gutachten

1. Bei dem Aufbau der Klausur sind folgende Grundsätze zu beachten:

a) Das verwaltungsrechtliche Gutachten und das verwaltungsgerichtliche Urteil haben im Aufbau viele Punkte gemeinsam mit den im Zivil- und Strafrecht üblichen Prinzipien. Über den Unterschied zwischen Gutachten und Urteilsstil, der selbstverständlich auch im Verwaltungsrecht gemacht werden muß, wurde bereits gesprochen. Trotzdem ergeben sich einige Verschiedenheiten, sowohl für das Gutachten als auch für das verwaltungsgerichtliche Urteil, auf die hier eingegangen werden soll. Zunächst folgen aber einige allgemeine Hinweise, die wegen ihrer Bedeutung nicht fehlen dürfen.

b) Allgemein werden Fragen prozessualen, logischen und praktischen Vorrangs unterschieden. Solche Topoi oder Vorrangfragen müssen vor dem übrigen Rechtsstoff behandelt werden. Eine Frage prozessualen Vorrangs ist die Zulässigkeit der erhobenen Klage als einer Gestaltungs-, Leistungs- oder Feststellungsklage. Bevor man auf die Begründetheit einer Klage eingehen kann, müssen alle Zulässigkeitsvoraussetzungen, jedenfalls aber die, auf die es ankommt, nachgeprüft werden. Eine Frage des logischen Vorranges liegt dann vor, wenn die Behandlung einer Frage ohne vorhergehende Erörterung einer anderen keinen rechten Sinn ergibt.

*Beispiel*⁶¹:

Anlässlich einer Hochwasserkatastrophe quartiert die Stadt in einem Schloß 10 Familien ein. Nach einiger Zeit treten bei den Einquartierten ruhrähnliche Erkrankungen auf. Die Stadt verfügt deshalb, der Schloßherr müsse eine den gesundheitlichen An-

forderungen entsprechende Toilettenanlage einrichten. Der Schloßherr erhebt Widerspruch und beantragt,

1. die Verfügung über die Einrichtung der Toilettenanlage aufzuheben;
2. die Familien alsbald herauszunehmen.

Beide Probleme stehen in einem logischen Abhängigkeitsverhältnis. Die ordnungsbehördliche Anordnung, die Toiletten zu errichten, kann nur dann sinnvoll sein, wenn der Zustand, der durch diese Verfügung geordnet werden soll — die Unterbringung der Familien im Schloß — rechtlich aufrechterhalten werden kann.

Eine Frage mit praktischem Vorrang liegt dann vor, wenn an sich gleichrangige Probleme gegeben sind, aber die Prozeßökonomie es erfordert, eine offenkundige Rechtsfrage vorrangig zu behandeln, weil sich dadurch die Erörterung schwieriger Fragen erübrigt.

So ist es u.E. zulässig zu sagen: „ob der Verwaltungsakt fehlerhaft-nichtig ist, kann dahingestellt bleiben, denn er ist jedenfalls aufhebbar, weil . . .“. Das gilt nur für das Urteil, nicht für das Gutachten. Hat der Kläger fristgerecht Anfechtungsklage erhoben und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt, dann kommt es nicht darauf an, ob das Gericht die Aufhebung auf Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit stützt.

Anders ist es dann, wenn die Widerspruchsfrist oder die Anfechtungsfrist versäumt sind.

Keinesfalls können aber Fragen der Zulässigkeitsprüfung mit der Begründung: „weil die Klage auf jeden Fall unbegründet ist, kann dahingestellt bleiben, ob der angefochtene Bescheid überhaupt ein Verwaltungsakt ist“ beiseite geschoben werden, weil damit der prozessuale Vorrang (Klageart) verletzt ist.

c) Zur Vorbereitung der Klausur fertigt man am besten eine Gliederung in Stichworten an, an deren Spitze die Fallfrage steht. Ist die Fallfrage eindeutig, z.B.: ist die erhobene Anfechtungsklage begründet?, dann sind die Rechtsnormen, die zum Ausdruck bringen, unter welchen Umständen die konkret erhobene Anfechtungsklage zulässig und begründet sein kann, zu suchen. Ist die Fallfrage nicht so eindeutig, weil nach der Rechtslage allgemein gefragt ist, dann ist es zweckmäßig, sich einem Topoi-Katalog anzuvertrauen. Dieser sagt generell, welche Voraussetzungen ein Rechtsbehelf erfüllen muß, um zulässig und begründet zu sein. Solche Topoi-Kataloge sind keine logisch-systematischen Darstellungen des Rechtsstoffes, sondern nur Schaubilder, die die Arbeit erleichtern sollen.

Die Stichwortgliederung des Falles muß anschließend zur Selbstkontrolle mit der Niederschrift, die zur Beantwortung der 3 Grundfragen angefertigt wird, verglichen werden. Damit wird vermieden, daß die im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen nur unvollständig erfaßt werden oder Kernpunkte, die gleich zu Beginn ins Auge sprangen, vernachlässigt werden. Es kann natürlich der Fall eintreten, daß in der Stichwortgliederung bestimmte Punkte der Niederschrift zu den 3 Grundfragen nicht beachtet sind und auch nach weiterer Überprüfung keine Möglichkeit besteht, die offenen Fragen sinnvoll zu verwenden. In diesen Fällen dürfte es sich wohl um abwegige Probleme handeln, die dann in der Ausarbeitung unbeachtet zu lassen sind.

Ergibt sich, daß ein eingelegtes Rechtsmittel unzulässig ist, dann darf die Prüfung selbstverständlich mit dieser Feststellung nicht abbrechen, sondern es muß ein Hilfs-gutachten angefertigt werden, in dem die Zulässigkeit durch Behebung des Mangels unterstellt und die Prüfung bis zum Ende fortgesetzt wird.

Wenn die 3 Grundfragen schriftlich skizziert und mit der Stichwortgliederung verglichen sind, muß sofort die Reinschrift angefertigt werden, da in der knappen Zeit für die Lösung einer Klausur eine konzeptartige Niederschrift nicht vorgenommen werden kann.

2. Während das Gutachten in Zivilrechtsfällen (unbestritten) in 4 Abschnitte gegliedert ist: Prozeßstation, Darlegungsstation (Schlüssigkeitsprüfung des Klagebegehrens und der Einlassung des Beklagten), Beweisstation und Entscheidungsvorschlag, ist beim Verwaltungsrechtsfall der Aufbau umstritten:

a) Nach Ule⁶² beginnt grundsätzlich im Verwaltungsfall die Prüfung nicht in der Prozeßstation, sondern mit der materiellen Würdigung, an die sich erst die Prüfung der prozessualen Seite anschließt. Dies ist die materiell-formelle Prüfungsreihenfolge. Sie ist immer dann angebracht, wenn die prozessuale Seite nur eine untergeordnete Rolle spielt, weil z.B. der Sachverhalt die Frage enthält: wird eine Klage Erfolg haben? oder welchen Rechtsbehelf kann A ergreifen? In diesen Fällen, in welchen eine Klage noch nicht erhoben ist, wäre ein umgekehrter Aufbau nach der formell-materiellen Prüfungsreihenfolge störend. Zu beachten ist ferner, daß nach dem Aufbau nach der materiell-formellen Prüfungsreihenfolge das Gutachten nicht einfach mit der Darlegungsstation beginnt (vgl. dazu unten d).

b) Ergibt sich aus dem Prüfungsvermerk oder aus dem Sachverhalt, daß prozessuale Fragen eine entscheidende Rolle spielen, dann ist die auch im Zivilrecht übliche formell-materielle Prüfungsreihenfolge zu wählen. Hinsichtlich der einzelnen Prüfungspunkte im formellen und materiellen Prüfungsteil kann auf die Topoi-Kataloge verwiesen werden. Die Anwendung solcher Kataloge bedeutet jedoch nicht, daß im Gutachten bei der formellen Würdigung jeder einzelne Gesichtspunkt behandelt werden muß; damit würde das Gutachten unnötig mit Belanglosigkeiten belastet. Allerdings müssen immer Ausführungen zu folgenden Sachurteilsvoraussetzungen gemacht werden: Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges, Partei- und Prozeßfähigkeit der Beteiligten, Klagebefugnis des Klägers, Durchführung eines Vorverfahrens, Einhaltung der Klagefrist.

c) Streitig ist die Frage, ob der Verwaltungsrechtsfall wie der Zivilrechtsfall eine Schlüssigkeitsprüfung kennt. Dieses Problem stellt sich vor allem bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Zulässigkeitsvoraussetzungen VA (1) und Verletzung in eigenen Rechten (2).

Vorausgeschickt sei, daß hier die Auffassung vertreten wird, daß im Rahmen der Sachurteilsvoraussetzungen, also in der Prozeßstation, eine Schlüssigkeitsprüfung nicht stattfindet.

(1) Verwaltungsakt:

Die wohl h.M. verlangt, daß *objektiv* ein Verwaltungsakt vorliegt. Die Behauptung des Klägers allein genügt nicht. Das wird mit dem Wortlaut des § 42 Abs. 1 VwGO begründet⁶³.

Dagegen steht die Schlüssigkeitstheorie auf dem Standpunkt, daß die Klage auch dann zulässig ist, wenn der Kläger Tatsachen behauptet, aus denen sich — ihre Richtigkeit unterstellt — ergibt, daß ein Verwaltungsakt vorliegt. Erweisen sich die Behauptungen als nicht zutreffend, so ist die Klage als unbegründet, nicht als unzulässig abzuweisen⁶⁴. Diese Meinung wird damit begründet, daß der Verwaltungsakt — sein Vorliegen und sein Zustandekommen — zugleich wesentlicher Faktor der Begründetheit der Klage sei. Somit greife der allgemeine Grundsatz ein, daß für die Zulässigkeit die schlüssige Behauptung solcher Sachurteilsvoraussetzungen genügt, die gleichzeitig zur Begründetheit gehören.

(2) Verletzung in eigenen Rechten:

Die *Schlüssigkeitstheorie* besagt hier, daß der Kläger eine Beeinträchtigung seiner Rechte schlüssig behaupten muß. Begründung: der Kläger hat geltend zu machen, nicht bloß zu behaupten, daß er durch den Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt ist, § 42 Abs. 2 VwGO. Andernfalls könnte jeder Kläger, der diese Behauptung aufstellt, eine zulässige Klage erheben, auch wenn die Verletzung seiner Rechte nach dem von ihm vorgetragenen Sachverhalt nicht in Betracht kommt⁶⁵.

Nach der *Möglichkeitstheorie* müssen tatsächliche Behauptungen aufgestellt werden, die eine Verletzung der Rechte des Klägers zumindest als möglich erscheinen lassen⁶⁶.

Für die Lösung ist zu (1) die objektive Theorie und zu (2) die Möglichkeitstheorie anzuwenden, da das BVerwG für (2) auch in diese Richtung tendiert, weil § 42 Abs. 2 VwGO nur den Zweck verfolgt, Popularklagen auszuschließen⁶⁷.

Eine weitere Frage ist es jedoch, ob die materielle Prüfung, also die Prüfung der Begründetheit der Klage, eine Schlüssigkeitsprüfung umfaßt. Bejaht man diese Frage, dann würde das Gutachten zur materiellen Rechtslage wie im Zivilrechtsfall mit der Darlegungsstation und der Schlüssigkeitsprüfung beginnen müssen.

Gegen die Schlüssigkeitsprüfung im Gutachten des Verwaltungsrechtsfalles wird eingewandt, daß es auf das Vorbringen der Beteiligten nicht ankomme, weil der Verwaltungsprozeß nicht von der Verhandlungsmaxime, sondern vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht werde, vgl. § 86 VwGO. Dieser besagt, daß die Parteien nicht allein über den Beweisstoff entscheiden, weil das Gericht von Amts wegen die Fehlerhaftigkeit oder Fehlerfreiheit der angegriffenen Verwaltungsmaßnahmen nachprüfen muß und dazu eigene Ermittlungen anzustellen hat. Dieser Untersuchungsgrundsatz

darf nicht verwechselt werden mit der Offizialmaxime, die z.B. im Strafprozeß gilt, weil dort grundsätzlich der Prozeß ohne und gegen den Willen des Prozeßbeteiligten (Angeklagten) in Gang gebracht wird. Der Untersuchungsgrundsatz ist im Verwaltungsprozeß jedoch durch die Dispositionsmaxime abgeschwächt, denn die am Prozeß Beteiligten bestimmen über Klageerhebung, Klagerücknahme und Klageverzicht. Sie bestimmen damit im wesentlichen die Einführung des Prozeßstoffes und der Verwaltungsrichter ist an die Anträge der Prozeßbeteiligten gebunden.

Gegen eine Schlüssigkeitsprüfung im Verwaltungsprozeß spricht zweifelsfrei die Funktion des Untersuchungsgrundsatzes, der ja im öffentlichen Interesse und nicht nur im Interesse des Klägers die Aufgabe hat, fehlerhafte Verwaltungsakte nachzuprüfen. Falls die Tatsachenbehauptungen des Klägers unschlüssig sind, und die Unschlüssigkeit auch nicht durch Hinweise des Gerichts im Rahmen der Aufklärungspflicht behoben werden können, muß der Richter von Amts wegen das Tatsachenmaterial prüfen und gegebenenfalls neue Tatsachen einführen, so daß aufgrund dieses neuen Prozeßstoffes die erhobene Anfechtungsklage zum Erfolg führt. Es ist deshalb davon abzuraten, ein Gutachten mit der Schlüssigkeitsprüfung zu beginnen. Vielmehr muß, wie im Strafrecht, ein feststehender Sachverhalt rechtlich gewürdigt werden. Dies ergibt sich auch schon daraus, daß der Verwaltungsprozeß keine Beweisführungslast kennt. Man kann also das Gutachten zum materiellen Teil ungefähr so beginnen: „Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist“, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Danach folgt eine Darlegung zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, an die sich Ausführungen über die Rechtsverletzungen anschließen. Bei der Nachprüfung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kann man den Topoi-Katalog zugrunde legen, wobei nicht einschlägige Topoi übergangen werden.

d) Nach dem Wegfall der Schlüssigkeitsstation im Gutachten zur materiellen Rechtslage erhebt sich die Frage, ob Darlegungs- und Beweisstation zu trennen sind oder ob in der Darlegungsstation jeweils das Beweisergebnis mit einzufügen ist. Im verwaltungsrechtlichen Gutachten hat der Berichterstatter in der Darlegungsstation auf der Rechtsebene zu prüfen und zu unterbreiten, welche Rechtstatsachenvoraussetzungen erfüllt sein müssen, um das Klagebegehren als gerechtfertigt anzuerkennen. In der Beweisstation ist darzulegen, inwieweit die tatsächlichen Voraussetzungen bereits erwiesen sind, welche noch bewiesen werden müssen und wen der Nachteil trifft, daß ein Beweis weder aufgrund des Parteivorbringens noch der gerichtlichen Ermittlungen erbracht werden konnte, materielle Beweislast.

Der Untersuchungsgrundsatz verbietet nicht eine Trennung in Darlegungs- und Beweisstation. Er hat vielmehr nur die Bedeutung, daß die vom Zivilrecht her bekannte strikte Trennung zwischen den beiden Stationen aufgehoben wird, so daß die Frage der Trennung oder Verbindung der Darlegungs- und Beweisstation zu einer Frage der Praktikabilität wird. Dabei verbindet man im Regelfall Darlegungs- und Beweisstation und gelangt so zu Teilergebnissen. In Ausnahmefällen ist dagegen eine Trennung beider Stationen vorteilhaft, vor allem dann, wenn bestimmte Tatsachen unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beweisheblich sind, wenn der Bearbeiter die erhobenen Beweise nicht für ausreichend erachtet, wenn die Beweiswürdigung einen Schwerpunkt des Gutachtens darstellt oder wenn ein Verzicht auf eine besonde-

re Beweisstation die flüssige Darstellung des Gutachtens zerreißt. Im Examen stellen sich Beweisfragen nur in Ausnahmefällen, da im Verwaltungsprozeß in der Regel der Tatbestand objektiv feststeht; trotzdem können im Rahmen von Ermessensentscheidungen Beweisprobleme auftreten.

VI. Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung

1. Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung hat im wesentlichen die gleichen Elemente wie die zivilrechtlichen Erkenntnisse, § 117 VwGO. Sie zerfällt wie diese in Urteilkopf (Rubrum), den Entscheidungssatz (Tenor), den Tatbestand und die Entscheidungsgründe. Gesetzlich umfaßt das verwaltungsgerichtliche Urteil die Rechtsmittelbelehrung, die Bestandteil der Entscheidung ist. Während bei verwaltungsgerichtlichen Urteilen Tatbestand und Entscheidungsgründe räumlich getrennt sind, fassen die verwaltungsgerichtlichen Beschlüsse Tatbestand und Gründe unter der Überschrift „Gründe“ räumlich zusammen. Der Anhang enthält eine Zusammenstellung der gängigen Entscheidungsstze, auch in Berufungs- und Revisionsachen, sowie der üblichen Rechtsmittelbelehrungen.

2. Die einzelnen Entscheidungselemente

a) Der Urteilkopf enthält links oben das Aktenzeichen, rechts oben den Verkndungsvermerk (§§ 116 Abs. 1, 117 Abs. 4 VwGO), mit der Unterschrift des Urkundsbeamten. Der Urteilkopf wird eingeleitet durch die Formel „Im Namen des Volkes“, unter welcher entweder „In der Verwaltungsstreitsache . . .“ oder „Im Normenkontrollverfahren“, wenn es sich um ein Verfahren nach § 47 VwGO handelt, steht. Danach folgen Name und Anschrift des Klägers mit der Bezeichnung der Parteirolle (Kläger). Falls der Kläger durch einen Bevollmächtigten vertreten ist, folgt dessen Name nach der Bezeichnung „Bevollmächtigter“. Der Beklagte, seine Parteirolle und sein Prozeßbevollmächtigter werden durch ein in die Mitte gesetztes „gegen“ vom Kläger abgehoben. Ist der Beklagte eine juristische Person des öffentlichen Rechts, z.B. die Stadt A, so muß hinzugefügt werden, „vertreten durch den Oberbürgermeister“⁶⁸. Ist der Staat Beklagter, so wird er nur noch in Bayern in sogenannten Parteistreitigkeiten von der Landesadvokatur vertreten, soweit nicht landesgesetzlich die Behörde im Gerichtsverfahren selbst auftritt. Die Bezeichnung lautet dann wie folgt: „Gegen den Freistaat Bayern, vertreten durch die Landesadvokatur Bayern“⁶⁹. Soweit weitere Prozebeteiligte vorhanden sind, werden sie nach dem Beklagten, unter der Bezeichnung „Beigeladene“ (§ 65 VwGO) angeführt, z.B. „Beigeladener: Kgl. privilegierter Schützenverein in A, vertreten durch den 1. Vorsitzenden Anton K in A.“

Daran schließt sich der Vermerk über den Gegenstand des Rechtsstreites, der kurz den Inhalt und die Prozeßlage bezeichnen soll, an, z.B. „wegen Baugenehmigung an den Beigeladenen, hier: Berufung des Klägers“. Es kann auch noch angeführt werden, gegen welches Urteil das Rechtsmittel eingelegt wurde, z.B. „hier: Berufung gegen das Urteil des VG-A vom 29. 8. 1984“. An diesen Vermerk schließt sich die Bezeichnung

der Entscheidung oder des Urteils oder Beschlusses mit Angabe der beteiligten Richter und evtl. nichtrichterlicher Beisitzer an, z.B. „... erläßt das OVG (oder der VGH), II. Senat, unter Mitwirkung von X, Vorsitzender Richter am VGH, A, B, Richter am VGH, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 1. 3. 1984 folgendes Urteil ...“^{70a}.

b) Der Entscheidungssatz (Tenor)

Der Entscheidungssatz umfaßt mindestens 3 Bestandteile, die durch römische Ziffern getrennt werden. Unter I. wird der Rechtsbehelf entschieden, z.B. „Die Anfechtungsklage wird abgewiesen.“ Es ist nicht üblich, aber zulässig, eine unzulässige Klage mit dem Tenor abzuweisen: „Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.“ In einem anderen Fall kann der Tenor lauten: „Unter Aufhebung des Urteils des VG-A vom 2. 3. 1984, des Bescheides der Stadt L vom 4. 7. 1983 und des Widerspruchsbescheides der Regierung von S vom 12. 7. 1983 wird die Stadt L verpflichtet, dem Kläger einen Ausweis C nach dem Bundesvertriebenengesetz auszustellen.“ Ist die Berufung erfolgreich, ohne daß die Klage in allen Punkten zum gewünschten Ziel führt, so muß in den Entscheidungssatz aufgenommen werden, daß im übrigen die Klage abgewiesen wurde. Ist ein eingelegtes Rechtsmittel, z.B. die Berufung, ohne Erfolg, so hat sich das Berufungsurteil nicht mehr mit der Klage zu beschäftigen, sondern nur noch mit der Zurückweisung der Berufung, z.B. „Die Berufung wird zurückgewiesen.“

Unzulässige Rechtsmittel (Berufung, Revision, Beschwerde) werden verworfen. Anträge werden ohne Rücksicht darauf, ob sie unzulässig oder unbegründet sind, abgelehnt. Ist ein Antrag zulässig und begründet, so wird dem Antrag stattgegeben. Unter II. muß dann der Entscheidungssatz einen Ausspruch über die Kosten treffen, z.B. „Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.“ Ist die Berufung dagegen erfolgreich, so muß nicht nur über die Kosten des Berufungsverfahrens, sondern über die Kosten beider Rechtszüge entschieden werden, z.B. „Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge hat der Beklagte zu tragen“, § 154 Abs. 1 VwGO.

Unter III. muß der Tenor über die vorläufige Vollstreckbarkeit entscheiden. In Anfechtungs- und Feststellungsklagen beschränkt sich die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den Kostenpunkt, so daß z.B. zu formulieren ist: „Das Urteil ist in Ziffer II. vorläufig vollstreckbar“, § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 11 ZPO.

Unter IV. spricht sich das Gericht über Zulassung der Berufung oder der Revision aus. Bei erstinstanzialen Entscheidungen bedarf es grundsätzlich keiner Berufungszulassung mehr, so daß ein Ausspruch über die Zulassung der Berufung fehl am Platze wäre (Ausnahme: EntlG). In Berufungsentscheidungen muß dagegen über die Zulassung der Revision entschieden werden; wann eine Revision zuzulassen ist, ergibt sich aus § 132 Abs. 2 VwGO.

c) Der Tatbestand ist gemäß § 117 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 173 VwGO, § 313 Abs. 1 Nr. 5 ZPO eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes. Der Tatbestand soll nicht bloß eine Wiederholung der Akten sein, sondern soll alle für die Entscheidung wesentlichen Punkte in sich verständlich darstellen. Rechtsausführungen sind nur insoweit in den Tatbestand aufzunehmen, als sie einen Tatsachekern enthalten.

Allerdings hat es sich in verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen eingebürgert, in großem Umfang Rechtsausführungen in den Tatbestand aufzunehmen. Es empfiehlt sich, dieser bedauerlichen Übung im Examen zu folgen, dabei aber die gebotene Zurückhaltung gegenüber der unkorrekten Verfahrensweise walten zu lassen. Die allgemeinen Grundsätze für den Tatbestand: Tatsachensammlung, Objektivität, Vollständigkeit, gedrängte Sachdarstellung, Allgemeinverständlichkeit, Abstellen auf die letzte mündliche Verhandlung, gelten auch für den verwaltungsrechtlichen Tatbestand mit folgenden Einschränkungen: der im Zivilrecht übliche Aufbau

1. unstreitiger Sachverhalt,
2. streitiger Vortrag des Klägers mit seinem Antrag,
3. Antrag des Beklagten und streitiger Vortrag des Beklagten,
Beweisbeschlüsse und Beweisergebnis,

kann nicht auf den Verwaltungsrechtsfall übertragen werden. Der Tatbestand im verwaltungsgerichtlichen Urteil bringt bei Anfechtungsklagen oder Verpflichtungsklagen den angegriffenen oder abgelehnten bzw. unterlassenen Verwaltungsakt unter Angabe der von der Behörde gegebenen Begründung. Dabei sind gegebenenfalls Ausführungen über die Vorgeschichte des angegriffenen oder abgelehnten Verwaltungsakts zu machen. Daran schließt sich unter 2. die Einlegung des Widerspruchs an; dazu gehören Widerspruchs begründung und die Angabe über Erlass, Zustellung und Begründung des Widerspruchsbescheides. Oft ist es zweckmäßig, die Begründung des Verwaltungsakts und des Widerspruchsbescheides sowie die Begründung des Widerspruchs erst in der Klagestation aufzuführen, da die Begründung im Vorverfahren meist von Kläger und Beklagtem im Prozeß wiederholt werden.

Als 3. Abschnitt des Tatbestandes schließt sich die Klagestation an, die man beispielsweise so einleiten kann: „Gegen den am 3. 1. 1984 zugestellten Widerspruchsbescheid hat der Kläger mit Schriftsatz vom 10. 1. 1984, eingegangen beim VG am 12. 1. 1984, Klage erhoben und beantragt . . .“ Nach den Ausführungen des Klägers folgen die Ausführungen des Beklagten und die der Beigeladenen, soweit diese Anträge stellen. Anträge und Ausführungen sind selbstverständlich in der letzten Fassung anzuführen, frühere Anträge und überholtes Vorbringen wegzulassen.

Als 4. Abschnitt folgt bei Berufungsentscheidungen das Urteil der 1. Instanz mit Entscheidungssatz und Gründen und als 5. Abschnitt die Berufung oder sonstigen Rechtsmittel der Beteiligten.

Auf das Ergebnis der mündlichen Verhandlung, soweit eine stattgefunden hat, ist zusammenfassend einzugehen. Üblich ist der Satz: „Im übrigen wird auf den Inhalt der Niederschrift in der mündlichen Verhandlung vom . . . Bezug genommen.“ Solche Bezugnahmen dürfen auch sonst hinsichtlich einzelner Urkunden erfolgen. Es ist aber unzulässig, auf den gesamten Akteninhalt in toto Bezug zu nehmen.

Beweis, Beweisantritt, Beweisbeschuß und Beweisergebnis sind in den Abschnitten über das Klage- und Berufungsverfahren nach den Ausführungen der Beteiligten zu bringen. Dabei darf im Tatbestand keine Würdigung des Beweisergebnisses erfolgen. Soweit auf das Beweisergebnis oder hinsichtlich anderer Tatsachen auf den Akteninhalt Bezug genommen wird, muß der Sachverhalt, auf welchen sich die Bezugnahme erstreckt, unter Angabe der Aktenseite genau bezeichnet werden.

d) Die Entscheidungsgründe

Die Gründe einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung unterscheiden sich in Stil und Aufbau nicht grundsätzlich vom Aufbau zivilrechtlicher Entscheidungen.

Sie beginnen mit der Entscheidung über die Zulässigkeit der erhobenen Klage (Berufung oder Revision); daran schließt sich die Entscheidung über die Begründetheit an.

Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen verlassen oft den strengen Urteilsstil und fügen gutachtliche Exkurse ein, z.B. mit der Formulierung: „Die Klage ist begründet, wenn die Beklagte zu Unrecht den beantragten Verwaltungsakt versagt hat. Der Beurteilung sind folgende Erwägungen voranzustellen . . . Die Anwendung dieser Grundsätze ergibt für den vorliegenden Fall . . .“, diese gutachtlichen Exkurse stellen einen Stilbruch dar und müssen deshalb vermieden werden.

Die Entscheidungsgründe schließen dann mit der Begründung der Entscheidungssätze zum Kostenausspruch, zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und, wenn notwendig, mit Ausführungen über die Berufungs- oder Revisionszulassungen⁷¹.

Berufungs- und Revisionsentscheidungen müssen in den Entscheidungsgründen erst über die Zulässigkeit des eingelegten Rechtsmittels und dann über die Begründetheit befinden, z.B.: „Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt, § 124 VwGO; die Berufung ist zulässig, obwohl die Berufungsschrift keinen ausdrücklichen Antrag enthält⁷². Die Berufung ist aber nicht begründet. Die Klage richtet sich gegen den Bescheid des LRA-A, mit welchem die Reisegewerbekarte dem Kläger versagt wurde. Die dagegen gerichtete Klage ist zulässig, weil . . . Die Klage ist aber unbegründet, weil . . .“ Es ist zu beachten, daß die Ausführungen über die Zulässigkeit der Klage der erste Prüfungspunkt im Rahmen der Begründetheit der Berufung oder der Revision ist, da die Berufung des Klägers ohne weitere Sachprüfung unbegründet und die Berufung des Beklagten begründet ist, wenn die Klage unzulässig ist.

Fallbeispiel aus der Rechtsprechung des BVerfG: Der Sexualkundeunterricht an höheren Schulen

Ausgangsfälle: BVerfGE 34, 165 - 4, 46 - 58, 257 - 59, 360

Scholler/Birk Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit (6. Auflage Heidelberg 1988)

Sachverhalt:

Im Bundesland A hatte die zuständige Schulbehörde eine umfassende fächerübergreifende Sexualerziehung eingeführt und entsprechende Richtlinien für die einzelnen Schulen erlassen. Im Unterricht sollte nicht nur Wissen über biologische Fakten auf dem Gebiet der menschlichen Sexualität vermittelt werden, sondern es sollten auch bestimmte Wertvorstellungen vertreten und Empfehlungen für das sexuelle Verhalten Jugendlicher gegeben werden. Als Rechtsgrundlage für die Richtlinien diente ein Schulgesetz (SchulG), welches allerdings nicht die Einführung der Sexualerziehung in den Schulen regelte, sondern nur bestimmte, dass die zuständige Behörde das staatliche Schulwesen unter Berücksichtigung der Grundsätze der Selbstverwaltung leitet, verwaltet und den Lehr- und Erziehungsauftrag bestimmt. Die Eheleute B, deren Tochter T ein staatliches Gymnasium des Bundeslandes A besucht, haben bei der Schulbehörde vergeblich die Befreiung vom Sexualkundeunterricht beantragt. Ihre verwaltungsgerichtliche Klage blieb auch in der letzten Instanz (BVerwG) ohne Erfolg. Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde.

Anwendung der Methodik:

1. Die drei Grundfragen: Im vorliegenden Fall ist nicht allgemein nach der Rechtslage gefragt, sondern nach dem Erfolg der Verfassungsbeschwerde. Deshalb muss das Gutachten in einem ersten Teil die Zulässigkeit dieser Verfassungsbeschwerde untersuchen und in einem zweiten Teil auf die Begründetheit eingehen. Im nachfolgenden hat das Gutachten sich nur mit der Begründetheit befasst, weil die Prüfung der Begründetheit zu sehr mit deutschem Verfassungsprozessrecht verknüpft ist.

Das Ziel der Beteiligten, also der Eltern, ist es, einen Verwaltungsakt (VA) auf Befreiung der Tochter vom Sexualkundeunterricht zu erhalten. Oder sie wollen zumindest die Feststellung, dass die Regelung über den Sexualkundeunterricht nichtig ist, vom Gericht ausgesprochen bekommen.

2. Die Frage nach den Schwerpunkten ist immer methodisch von Bedeutung, auch wenn nicht allgemein nach der Rechtslage gefragt wurde. Folgende Schwerpunkte fallen dem Bearbeiter eigentlich ins Auge: der Umfang des Grundrechtes auf Freiheit der Erziehung durch die Eltern (Art. 6 GG) und die verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Schranken, insbesondere die Schulpflicht (Art. 7 GG) als einen weiteren Schwerpunkt bildet die Frage, ob diese Schranken des Elternrechtes dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unterliegen. Danach darf nur durch ein förmliches, vom Parlament beschlossenes Gesetz in Grund-/Freiheitsrechte eingegriffen werden. Dabei taucht als neuer Schwerpunkt die Frage auf, ob nicht etwa bei Schülern, die in einem besonderen Rechte- und Pflichtenverhältnis zur

Verwaltung stehen, etwas anderes gilt. Auch das Regelungsrecht der Verwaltung durch interne Anordnungen oder durch Rechtsverordnungen kann ein weiterer Schwerpunkt sein. Da hier das Verhältnis Verwaltung Parlament angesprochen ist, ist auch die Gewaltenteilung zumindestens mittelbar ein Problem des Falles.

3. Wäre allgemein nach der Rechtslage gefragt, müssten die oben angeführten Problemfelder ausführlich behandelt werden. Ist dagegen, wie hier, nur nach der Erfolgsaussicht einer Verfassungsbeschwerde gefragt, können bestimmte Fragen, wie z. B. die Gewaltenteilung, ausgelassen oder nur kurz behandelt werden. Notfalls muss aber dann in einem Hilfsgutachten die nicht zu behandelnden Fragen erörtert werden. Das Hilfsgutachten schließt sich an die eigentliche Lösung nach der Fallfrage an und löst von der Fallfrage unabhängig alle weiteren Probleme, die im Fall angesprochen werden und die im Gutachten nicht zu behandeln waren.

A. LÖSUNG: Gutachtenstil

I. Zulässigkeit

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde der Eheleute B

Die Entscheidung der Schulbehörde und die sie bestätigenden Entscheidungen der Gerichte könnten gegen Art. 6 Abs. 2 GG verstoßen.

1. Schutzbereich:

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Vorrang der Eltern, ihre Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit bei der Pflege und Erziehung der Kinder. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG bestellt zugleich die staatliche Gemeinschaft zum Wächter. Das Elternrecht ist ein pflichtbezogenes Recht, das dem Wohl des Kindes zu dienen hat, es ist ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, soweit diese nicht durch das „Wächteramt“ gedeckt sind“. Der Begriff „Pflege“ umschreibt die allgemeine Sorge für die Person des Kindes, für sein körperliches Wohl und seine geistige und charakterliche Entwicklung. „Erziehung“ ist die Sorge für die Ausbildung und Bildung durch Entfaltung der Fähigkeiten des Kindes.

Mit der Einführung der Sexualerziehung in der Schule und der Erteilung von Sexualkundeunterricht wird die individuelle Sexualerziehung jedenfalls zu einem Teil dem erzieherischen Bestimmungsrecht der Eltern entzogen und dem staatlichen Bildungsauftrag untergeordnet. Dadurch wird in das grundrechtlich geschützte Pflege- und Erziehungsrecht der Eltern eingegriffen.

2. Schranken:

Dieser staatliche Eingriff könnte durch die Schranken des Art. 6 Abs. 2 GG gedeckt sein. Das elterliche Bestimmungsrecht unterliegt einer Reihe von Begrenzungen.

a) Gem. Art. 6 Abs. 2 GG sind Eingriffe in die Entscheidungsbefugnis der Eltern dann zulässig, wenn sie durch das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft gedeckt sind“. Diese dem Bestimmungsrecht der Eltern gesetzte Schranke rechtfertigt die in verschiedenen Gesetzen zum Schutze des Kindes enthaltenen Normen, etwa § 1666 BGB“. Das Wächteramt aufgrund Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG besteht aber allein zum Wohle des Kindes und kommt nur dann zum Tragen, wenn sich die Eltern ihrer Verantwortung für die Pflege und Erziehung der Kinder

entziehen bzw. sie (auch unverschuldet) nicht wahrnehmen können". In diesen Fällen ist der Staat nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen. Es kann nicht angenommen werden, daß sich die Eltern ihrer Entziehungspflicht im Bereich der Sexualaufklärung entziehen, deshalb kann die Einführung des Sexualkundeunterrichts auch nicht aus dem staatlichen Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) gerechtfertigt werden.

b) Das Elternrecht unterliegt aber über Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG hinaus noch weiteren Begrenzungen, die sich aus seiner Natur ergeben. Es ist in zeitlicher Hinsicht begrenzt, d. h. es kommt dann zum Erlöschen, wenn die Kinder nicht mehr erziehungsbedürftig und -fähig sind. Es greift weiter nicht ein, wenn Grundrechte des Kindes entgegenstehen (z. B. Art. 4 GG). Auch diese dem Elternrecht gesetzten Schranken können aber die Maßnahme nicht tragen.

c) Schließlich setzen dem Elternrecht weitere Verfassungsentscheidungen Grenzen, wie z. B. die Schulpflicht und die damit verbundenen staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung, Beaufsichtigung des Schulwesens (Art. 7 GG).

Die Befugnis zur Einführung des Sexualkundeunterrichts könnte sich aus Art. 7 Abs. 1 GG ergeben. Art. 7 Abs. 1 GG enthält einen staatlichen Erziehungsauftrag, der mit dem elterlichen Bestimmungsrecht in Konflikt geraten kann. Dieser Konflikt ist grundsätzlich dahin aufzulösen, dass der Staat in der Schule die Verantwortung der Eltern für den Gesamtplan der Erziehung ihrer Kinder achten und für die Vielfalt der Anschauungen in Erziehungsfragen so weit offen sein muss, wie es sich mit einem geordneten staatlichen Schulsystem verträgt. Art. 7 Abs. 1 GG weist dem Staat nicht nur die Aufgabe zu, die Schule organisatorisch zu errichten und zu gliedern, sondern auch die Ausbildungsgänge, Unterrichtsziele und den Unterrichtsstoff zu bestimmen". Staatlicher Erziehungsauftrag und elterliches Erziehungsrecht stehen gleichberechtigt nebeneinander

Daraus ergibt sich:

Der Staat ist aufgrund Art. 7 Abs. 1 GG grundsätzlich befugt, Sexualkundeunterricht und Sexualerziehung an öffentlichen Schulen einzuführen. Er kann in der Schule unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele verfolgen. Bei der Einzelausgestaltung des Unterrichts hat er auf das grundrechtlich garantierte elterliche Sorge- und Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) Rücksicht zu nehmen und die Persönlichkeitsrechte des Schülers (Art. 2 Abs. 1 GG) zu achten. Die Pflicht zur Rücksichtnahme muss um so stärker sein, je weniger es sich bei dem in Frage stehenden Unterricht um Kenntnisvermittlung, je mehr es sich also um Sexualerziehung im engeren Sinn handelt. Bei der rechtlichen Beurteilung der Kollisionslage muss berücksichtigt werden, dass die Sexualerziehung eine größere Affinität zum elterlichen Bereich als zum schulischen Sektor aufweist. Dies gilt zwar nicht für die bloße (wertungsfreie) Wiedergabe von Fakten, denn insoweit handelt es sich um eine typische Aufgabe der Schule. Bei der Sexualerziehung im eigentlichen Sinn geht es aber nicht nur um bloße Faktenwiedergabe, sondern auch um die Vermittlung von weltanschaulichen Überzeugungen. Sie muss deshalb für die verschiedenen Wertvorstellungen auf diesem Gebiet offen sein und auf die religiösen und weltanschaulichen Ansichten der Eltern Rücksicht nehmen". Die Schule muss bei der Vermittlung von Kenntnissen den Versuch einer Indoktrinierung der jugendlichen unterlassen. Bei Wahrung dieser Grundsätze verstößt die Einführung des

Sexualkundeunterrichts (auch als fächerübergreifendes Unterrichtsfach) nicht gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern kann sich auf den staatlichen Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) stützen. Sie muss nicht von der Zustimmung der Eltern abhängig gemacht werden. Auch ein Anspruch auf Befreiung scheidet aus". Da den Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die primäre Entscheidung über den weiteren Bildungsweg des Kindes zusteht³⁸, müssen sie jedoch rechtzeitig über den Inhalt und den methodisch-didaktischen Weg der Sexualerziehung in der Schule informiert werden³⁹

3. Gesetzesvorbehalt:

Die Einführung des Sexualkundeunterrichts könnte aber deshalb gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen, weil sie nicht auf einem *förmlichen* Gesetz beruht, das diese Unterrichtsgestaltung ausdrücklich vorsieht. Mit der grundsätzlichen Bejahung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Sexualkundeunterrichts an staatlichen Schulen ist noch nicht geklärt, welchen Anforderungen deren Einführung unterliegt, ob die Entscheidung darüber durch die Schulverwaltung getroffen werden kann oder ob der Gesetzgeber selbst handeln muss.

Zu diesem Problem des Gesetzesvorbehalts im Bereich des Schulwesens hat die Rechtsprechung die sog. Wesentlichkeitstheorie entwickelt. Danach muss der Gesetzgeber im Schulbereich die „wesentlichen“ Entscheidungen selbst treffen und darf sie nicht der Verwaltung überlassen". Der Begriff der Wesentlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff". Bei seiner näheren Bestimmung muss man sich auch „die Gefahren einer zu weitgehenden Vergesetzlichung, die gerade für das Schulverhältnis missliche Folgen haben könnte, vor Augen halten" Im grundrechtsrelevanten Bereich kann „wesentlich" nur heißen, „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte" 4 Dementsprechend sieht das BVerfG die schulische Sexualerziehung, die über bloße Faktenvermittlung hinausgeht, als „wesentliche Entscheidung" an, die der Gesetzgeber selbst treffen muss. Er muss allerdings den Unterrichtsinhalt nicht in allen Einzelheiten regeln. Nur was für die Ausübung der Grundrechte im Spannungsfeld zwischen Art. 6 Abs. 2 Satz 1, 2 Absatz 1, 7 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG „wesentlich" ist, unterliegt dem Gesetzesvorbehalt. Erforderlich ist danach nur eine „parlamentarische Leitentscheidung", die den Erziehungsauftrag der Schule hinreichend bestimmt, die Erziehungsziele in den Grundzügen („Groblernziele") festlegt und dem Gebot der Zurückhaltung und Toleranz sowie der Offenheit für die in diesem Bereich vielfältigen Wertvorstellungen, dem Verbot der Indoktrinierung der Schüler und der Informationspflicht gegenüber den Eltern Rechnung trägt.

Da der Sexualkundeunterricht durch die Schulbehörde eingeführt wurde, der Gesetzgeber also die wesentliche Entscheidung nicht selbst getroffen hat, genügt er diesen Anforderungen nicht. Die Sexualerziehung kann deshalb nicht auf den staatlichen Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) als eine dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) gesetzte Schranke gestützt werden. Die Entscheidung der Schulbehörde gegenüber den Eheleuten B, deren Tochter nicht von der Pflicht zur Teilnahme am Sexualkundeunterricht zu befreien, und die diese Maßnahmen bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen verletzen die Eheleute B in ihren Grundrechten aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1

B. LÖSUNG: Urteilsstil

I. Zulässigkeit

II. Begründetheit der Verfassungsbeschwerde der Eheleute B

Die Entscheidung der Schulbehörde und die sie bestätigenden Entscheidungen der Gerichte **verstoßen** gegen Art. 6 Abs. 2 GG

1. Schutzbereich:

Denn Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Vorrang der Eltern, ihre Eigenständigkeit und Selbstverantwortlichkeit bei der Pflege und Erziehung der Kinder. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG bestellt zugleich die staatliche Gemeinschaft zum Wächter. **(Denn)** Das Elternrecht ist ein pflichtbezogenes Recht, das dem Wohl des Kindes zu dienen hat, es ist ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, soweit diese nicht durch das „Wächteramt“ gedeckt sind“. Der Begriff „Pflege“ umschreibt die allgemeine Sorge für die Person des Kindes, für sein körperliches Wohl und seine geistige und charakterliche Entwicklung. „Erziehung“ ist die Sorge für die Ausbildung und Bildung durch Entfaltung der Fähigkeiten des Kindes.

Mit der Einführung der Sexualerziehung in der Schule und der Erteilung von Sexualkundeunterricht wird die individuelle Sexualerziehung jedenfalls zu einem Teil dem

erzieherischen Bestimmungsrecht der Eltern entzogen und dem staatlichen Bildungsauftrag untergeordnet. Dadurch wird in das grundrechtlich geschützte Pflege- und Erziehungsrecht der Eltern eingegriffen.

2. Schranken:

Dieser staatliche Eingriff **ist** durch die Schranken des Art. 6 Abs. 2 GG gedeckt. Das elterliche Bestimmungsrecht unterliegt einer Reihe von Begrenzungen.

a) **Denn** gem. Art. 6 Abs. 2 GG sind Eingriffe in die Entscheidungsbefugnis der Eltern dann zulässig, wenn sie durch das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft gedeckt sind“. Diese dem Bestimmungsrecht der Eltern gesetzte Schranke rechtfertigt die in verschiedenen Gesetzen zum Schutze des Kindes enthaltenen Normen, etwa § 1666 BGB“. Das Wächteramt aufgrund Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG besteht aber allein zum Wohle des Kindes und kommt nur dann zum Tragen, wenn sich die Eltern ihrer Verantwortung für die Pflege und Erziehung der Kinder entziehen bzw. sie (auch unverschuldet) nicht wahrnehmen können“. In diesen Fällen ist der Staat nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen. Es kann nicht angenommen werden, dass sich die Eltern ihrer Entziehungspflicht im Bereich der Sexualaufklärung entziehen, deshalb kann die Einführung des Sexualkundeunterrichts auch nicht aus dem staatlichen Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG) gerechtfertigt werden.

b) Das Elternrecht unterliegt aber über Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG hinaus noch weiteren Begrenzungen, die sich aus seiner Natur ergeben. **Denn** es ist in zeitlicher Hinsicht begrenzt, d. h. es kommt dann zum Erlöschen, wenn die Kinder nicht mehr erziehungsbedürftig und -fähig sind. Es greift weiter nicht ein, wenn Grundrechte des Kindes entgegenstehen (z. B. Art. 4 GG). Auch diese dem Elternrecht gesetzten Schranken **tragen** aber die Maßnahme nicht.

c) Schließlich setzen dem Elternrecht weitere Verfassungsentscheidungen Grenzen, wie z. B. die Schulpflicht und die damit verbundenen staatlichen Befugnisse zur Organisation, Planung, Leitung, Beaufsichtigung des Schulwesens (Art. 7 GG).

Die Befugnis zur Einführung des Sexualkundeunterrichts **ergibt** sich aus Art. 7 Abs. 1 GG. **Denn** Art. 7 Abs. 1 GG enthält einen staatlichen Erziehungsauftrag, der mit dem elterlichen Bestimmungsrecht in Konflikt geraten kann. Dieser Konflikt ist grundsätzlich dahin aufzulösen, dass der Staat in der Schule die Verantwortung der Eltern für den Gesamtplan der Erziehung ihrer Kinder achten und für die Vielfalt der Anschauungen in Erziehungsfragen so weit offen sein muss, wie es sich mit einem geordneten staatlichen Schulsystem verträgt. **Denn** Art. 7 Abs. 1 GG weist dem Staat nicht nur die Aufgabe zu, die Schule organisatorisch zu errichten und zu gliedern, sondern auch die Ausbildungsgänge, Unterrichtsziele und den Unterrichtsstoff zu bestimmen". Staatlicher Erziehungsauftrag und elterliches Erziehungsrecht stehen gleichberechtigt nebeneinander

Daraus ergibt sich:

Der Staat ist aufgrund Art. 7 Abs. 1 GG grundsätzlich befugt, Sexualkundeunterricht und Sexualerziehung an öffentlichen Schulen einzuführen. Er kann in der Schule unabhängig von den Eltern eigene Erziehungsziele verfolgen. Bei der Einzelausgestaltung des Unterrichts hat er auf das grundrechtlich garantierte elterliche Sorge- und Erziehungsrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) Rücksicht zu nehmen und die Persönlichkeitsrechte des Schülers (Art. 2 Abs. 1 GG) zu achten. Die Pflicht zur Rücksichtnahme muss um so stärker sein, je weniger es sich bei dem in Frage stehenden Unterricht um Kenntnisvermittlung, je mehr es sich also um Sexualerziehung im engeren Sinn handelt. Bei der rechtlichen Beurteilung der Kollisionslage muss berücksichtigt werden, dass die Sexualerziehung eine größere Affinität zum elterlichen Bereich als zum schulischen Sektor aufweist. Dies gilt zwar nicht für die bloße (wertungsfreie) Wiedergabe von Fakten, denn insoweit handelt es sich um eine typische Aufgabe der Schule. Bei der Sexualerziehung im eigentlichen Sinn geht es aber nicht nur um bloße Faktenwiedergabe, sondern auch um die Vermittlung von weltanschaulichen Überzeugungen. Sie muss deshalb für die verschiedenen Wertvorstellungen auf diesem Gebiet offen sein und auf die religiösen und weltanschaulichen Ansichten der Eltern Rücksicht nehmen". Die Schule muss bei der Vermittlung von Kenntnissen den Versuch einer Indoktrinierung der jugendlichen unterlassen. Bei Wahrung dieser Grundsätze verstößt die Einführung des Sexualkundeunterrichts (auch als fächerübergreifendes Unterrichtsfach) nicht gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern kann sich auf den staatlichen Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) stützen. Sie muss nicht von der Zustimmung der Eltern abhängig gemacht werden. Auch ein Anspruch auf Befreiung scheidet aus". Da den Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die primäre Entscheidung über den weiteren Bildungsweg des Kindes zusteht³⁸, müssen sie jedoch rechtzeitig über den Inhalt und den methodisch-didaktischen Weg der Sexualerziehung in der Schule informiert werden

39

3. Gesetzesvorbehalt:

Die Einführung des Sexualkundeunterrichts **verstößt** aber deshalb gegen Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, weil sie nicht auf einem *förmlichen* Gesetz beruht, das diese Unterrichtsgestaltung ausdrücklich vorsieht. **Denn** mit der grundsätzlichen Bejahung der

verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Sexualkundeunterrichts an staatlichen Schulen ist noch nicht geklärt, welchen Anforderungen deren Einführung unterliegt, ob die Entscheidung darüber durch die Schulverwaltung getroffen werden kann oder ob der Gesetzgeber selbst handeln muss.

Zu diesem Problem des Gesetzesvorbehalts im Bereich des Schulwesens hat die Rechtsprechung die sog. *Wesentlichkeitstheorie* entwickelt. Danach muss der Gesetzgeber im Schulbereich die „wesentlichen“ Entscheidungen selbst treffen und darf sie nicht der Verwaltung überlassen“. Der Begriff der Wesentlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff“. Im grundrechtsrelevanten Bereich kann „wesentlich“ nur heißen, „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“. Dementsprechend sieht das BVerfG die schulische Sexualerziehung, die über bloße Faktenvermittlung hinausgeht, als „wesentliche Entscheidung“ an, die der Gesetzgeber selbst treffen muss. Er muss allerdings den Unterrichtsinhalt nicht in allen Einzelheiten regeln. Nur was für die Ausübung der Grundrechte im Spannungsfeld zwischen Art. 6 Abs. 2 Satz 1, 2 Absatz 1, 7 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG „wesentlich“ ist, unterliegt dem Gesetzesvorbehalt. Erforderlich ist danach nur eine „parlamentarische Leitentscheidung“, die den Erziehungsauftrag der Schule hinreichend bestimmt, die Erziehungsziele in den Grundzügen („Groblernziele“) festlegt und dem Gebot der Zurückhaltung und Toleranz sowie der Offenheit für die in diesem Bereich vielfältigen Wertvorstellungen, dem Verbot der Indoktrinierung der Schüler und der Informationspflicht gegenüber den Eltern Rechnung trägt.

Da der Sexualkundeunterricht durch die Schulbehörde eingeführt wurde, der Gesetzgeber also die wesentliche Entscheidung nicht selbst getroffen hat, genügt er diesen Anforderungen nicht. Die Sexualerziehung kann deshalb nicht auf den staatlichen Erziehungsauftrag (Art. 7 Abs. 1 GG) als eine dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) gesetzte Schranke gestützt werden. Die Entscheidung der Schulbehörde gegenüber den Eheleuten B verletzte die Eheleute B in ihren Grundrechten aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1. **Deshalb war die Verfassungsbeschwerde begründet und die Verletzung der Grundrechte der Beschwerdeführer festzustellen.**

Kurze Bibliographie

Koch, Joachim/Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre, München 1982

Pietzner, Rainer/Ronellenfisch, Michael, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 8. Auflage Düsseldorf 1993

Scholler, Heinrich/Birk, Dieter, Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, 6. Auflage Heidelberg 1988

Scholler, Heinrich/Broß, Siegfried, Besonderes Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, 3. Auflage Heidelberg 1984

Schwerdtfeger, Gunther, Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung, 10. Auflage München 1997

Tettinger, Peter J., Einführung in die juristische Arbeitstechnik, 2. Auflage München 1992