

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 1003**

# **Rechtspflichten im Verfassungsstaat**

**Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte  
der Dogmatik öffentlich-rechtlicher Pflichten Privater**

**Von**

**Matthias Wehr**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MATTHIAS WEHR

## Rechtspflichten im Verfassungsstaat

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1003

# Rechtspflichten im Verfassungsstaat

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte  
der Dogmatik öffentlich-rechtlicher Pflichten Privater

Von

Matthias Wehr



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Universität Würzburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2004  
als Habilitationsschrift angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 3-428-11885-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Gabriela, Else und  
Dr. h.c. Gerhard Wehr*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2003/04 von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg unter dem Titel „Rechtsgüterschutz. Öffentlich-rechtliche Pflichten Privater vor dem Hintergrund von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip“ als Habilitationsschrift angenommen. Sie entstand im Rahmen eines von der Deutschen Forschungsgemeinschaft unter demselben Titel geförderten, von Herrn Prof. Dr. F.-L. Knemeyer geleiteten Forschungsprojekts.

Den ersten Anstoß für die Themenstellung gab der Bayerische Landtag mit der auf den ersten Blick eher unscheinbaren Änderung des Art. 112 der Bayerischen Gemeindeordnung vom 26.07.1997, mit der die bislang bestehende Pflicht zur Beanstandung rechtswidriger gemeindlicher Entscheidungen in das Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt wurde. Der in der Gesetzesbegründung propagierte Wechsel vom Legalitäts- zum Opportunitätsprinzip im Recht der Kommunalaufsicht wies über die Gesetzesnovelle hinaus auf Strukturfragen des Öffentlichen Rechts hin. Im Ergebnis wurde aus dem Anfangsthema ein Annex der weit übergeordneten Fragestellung nach Inhalt, Umfang und Grenzen von Rechtspflichten im Verfassungsstaat.

Herrn Prof. Dr. F.-L. Knemeyer bin ich zu Dank verpflichtet, weil er mir die Möglichkeit gab, als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an dem von ihm geführten Lehrstuhl diese Studie zu erstellen. Herrn Prof. Dr. Horst Dreier, der das Zweitgutachten erstattet hat, danke ich für eine Reihe von hilfreichen Anregungen und kritischen Anmerkungen sowie nicht zuletzt auch für das „Copyright“ an dem Haupttitel, unter dem diese Arbeit erscheint.

Die Bereitschaft zu Lektüre und Diskussion, zu weiterführenden Hinweisen sowie Zu- und Widerspruch von Herrn Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Dr. J. Hofmann-Hoepfel, Würzburg, und Herrn Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack, Regensburg, hat mir in Vielem geholfen. Beiden gilt mein herzlichster Dank.

Würzburg, im Frühjahr 2005

*Matthias Wehr*



## Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b> .....	23
§ 1 Die Vernachlässigung der Pflichtendiskussion im öffentlichen Recht .....	23
A. Verfassungsrecht .....	23
B. Verwaltungsrecht .....	24
C. Strafrecht .....	27
§ 2 Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung .....	28
A. Gegenseitige Bezüge von Staats- und Bürgerpflichten .....	28
B. Der Gang der Untersuchung .....	29

### *1. Teil*

<b>Die Pflicht als Grundbegriff des öffentlichen Rechts</b> .....	33
§ 3 Die Rechtsordnung als Pflichtordnung? .....	34
A. Die Imperativentheorie .....	34
B. Primäre und sekundäre Normen .....	37
C. Rechtspflicht und subjektives Recht .....	39
§ 4 Rechtswidrigkeit als Pflichtwidrigkeit .....	42
A. Vorbemerkung .....	42
B. Bemerkungen zur Lehre vom Zustandsunrecht .....	43
C. Einheitlichkeit oder Vielfalt des Rechtswidrigkeitsbegriffs .....	50
§ 5 Die Relativität der Rechtswidrigkeit .....	61
A. Pflichtsubjekte des öffentlichen Rechts .....	62
B. Der Staat als Pflichtsubjekt .....	70
C. Staatliches Unrecht als Verletzung staatlicher Pflichten .....	81
§ 6 Die Einheit der Pflichtwidrigkeit .....	122
A. Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm .....	123
B. Das Problem fehlerhafter Genehmigungen und die verwaltungsrechtliche Verbotsmaterie .....	126
C. Der Begriff der Rechtswidrigkeit in der Strafrechtsdogmatik .....	134

*2. Teil*

	<b>Öffentlich-rechtliche Rechtsgüterschutzpflichten Privater</b>	148
§ 7	Öffentlich-rechtliche Pflichten	148
	A. Zur Problematik der Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht	149
	B. Die Qualifizierung von Rechtspflichten Privater	153
§ 8	Die Begründung von Rechtsgüterschutzpflichten	164
	A. Pflichten des Staates und der Bürger	166
	B. Verfassungsrechtliche Rechtsgüterschutzpflichten	173
§ 9	Die Grundrechtsrelevanz der Pflicht	188
	A. Die Reichweite der Freiheitsrechte	191
	B. Eigentums(grund)recht und Eigentümerpflichten	204
§ 10	Verfassungsrechtliche Determinanten der Verpflichtung Privater	227
	A. Der Eingriffsakt	227
	B. Das allgemeine Rechtfertigungsmodell	240
	C. Die doppelte Grundrechtsrelevanz von Rechtsgüterschutzpflichten	258
§ 11	Die Polizeipflicht	273
	A. Die „materielle“ Polizeipflicht	275
	B. Die Verhaltensverantwortlichkeit	282
	C. Die Zustandsverantwortlichkeit	317

*3. Teil*

	<b>Opportunitäts- und Legalitätsprinzip</b>	343
§ 12	Opportunität und Legalität	344
	A. Begriff, Herkunft und Bedeutung	344
	B. Der materiellrechtliche Gehalt von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip	360
§ 13	Geltungsbereiche von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip	367
	A. Die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Pflichten	368
	B. Die Begründung öffentlich-rechtlicher Pflichten	383
	C. Die Ahndung von Pflichtverletzungen	385
	D. Grenzen des Legalitätsprinzips	388
	<b>Zusammenfassung</b>	397
	<b>Literaturverzeichnis</b>	412
	<b>Sachwortverzeichnis</b>	459

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	23
§ 1 Die Vernachlässigung der Pflichtendiskussion im öffentlichen Recht .....	23
A. Verfassungsrecht .....	23
B. Verwaltungsrecht .....	24
C. Strafrecht .....	27
§ 2 Ausgangspunkt und Gang der Untersuchung .....	28
A. Gegenseitige Bezüge von Staats- und Bürgerpflichten .....	28
B. Der Gang der Untersuchung .....	29

### *1. Teil*

<b>Die Pflicht als Grundbegriff des öffentlichen Rechts</b> .....	33
§ 3 Die Rechtsordnung als Pflichtordnung? .....	34
A. Die Imperativtheorie .....	34
B. Primäre und sekundäre Normen .....	37
I. Defizite der Imperativtheorie .....	37
II. Materielles und formelles Recht .....	37
III. Verhaltens- und Sanktionsnormen .....	39
C. Rechtspflicht und subjektives Recht .....	39
§ 4 Rechtswidrigkeit als Pflichtwidrigkeit .....	42
A. Vorbemerkung .....	42
B. Bemerkungen zur Lehre vom Zustandsunrecht .....	43
I. Recht als Bewertungs- und Bestimmungsnorm .....	44
II. Der Rechtswidrigkeitsbegriff Baumeisters .....	47
III. Der „rechtswidrige Zustand“ als Anknüpfungspunkt der Pflicht oder Folge einer Pflichtverletzung .....	49
C. Einheitlichkeit oder Vielfalt des Rechtswidrigkeitsbegriffs .....	50
I. Beispiele und Probleme divergierender Rechtswidrigkeitsbeurteilungen .....	51
1. Strafrechtliche Rechtfertigung hoheitlichen Handelns? .....	51
2. Amtspflichten und Rechtspflichten .....	54
3. Verwaltungsaktakzessorietät des Strafrechts .....	56
II. Die Handlung als Bezugspunkt der Rechtswidrigkeit? .....	59

§ 5 Die Relativität der Rechtswidrigkeit .....	61
A. Pflichtsubjekte des öffentlichen Rechts .....	62
I. Außenrecht und Innenrecht .....	63
II. Pflichtsubjekte des Innen- und des Außenrechts .....	64
III. Amtspflichten und Staatspflichten .....	65
IV. Folgerungen für den Begriff der Rechtswidrigkeit .....	67
1. Unterscheidung von Pflichtsubjekten .....	67
2. Unterscheidung nach Pflichten .....	69
B. Der Staat als Pflichtsubjekt .....	70
I. Vorbemerkung: Pflichtwidrigkeit und Verhaltensunrecht .....	70
II. Grundrechtsnormen als Grundlage staatlicher Pflichten .....	72
1. Grundrechtliche Unterlassungspflichten des Staates .....	73
2. Grundrechtliche Schutzpflichten .....	74
3. Ergebnisorientierung grundrechtlicher Pflichtenstellung .....	75
a) Grundrechtliche Schutzpflichten .....	76
b) Grundrechtliche Unterlassungspflichten .....	77
III. Die Ergebnisorientierung des materiellen Rechts .....	79
C. Staatliches Unrecht als Verletzung staatlicher Pflichten .....	81
I. Rechtswidrigkeit im Staatshaftungsrecht .....	81
1. Der Tatbestand des Folgenbeseitigungsanspruchs .....	81
2. Enteignungsgleicher und enteignender Eingriff .....	85
II. Das Rechtswidrigwerden staatlicher Regelungsakte .....	88
1. Die Maßgeblichkeit der Regelungswirkung .....	91
2. Die relevanten Änderungen .....	93
a) Veränderung des höherrangigen Rechts als Derogation .....	93
b) Veränderung der Sachlage .....	95
c) Der Wegfall der Regelungskompetenz .....	96
3. Zusammenfassung .....	99
4. Exkurs: Zur Möglichkeit des Rechtmäßigwerdens .....	100
III. Insbesondere: Die nachträgliche Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten .....	102
1. Materiellrechtliche und prozessuale Problemstellung .....	103
2. Nachträgliche Rechtswidrigkeit als rechtswidrige Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts? .....	106
3. Die zeitliche Erstreckung der Regelungswirkung .....	109
a) Verwaltungsakte mit Dauerwirkung .....	110
b) Regelungsdauer und Wirksamkeitsdauer des Verwaltungsakts .....	112
c) Die Bedeutung des materiellen Rechts .....	113
(1) Pflichtenbegründende Verwaltungsakte .....	114
(2) Genehmigungen, Erlaubnisse etc. ....	116

(3) Aufhebung von Genehmigungen, Entzug von Rechtspositionen .....	118
(4) Antragsablehnende Verwaltungsakte .....	119
d) Zusammenfassung .....	121
4. Fazit .....	122
§ 6 Die Einheit der Pflichtwidrigkeit .....	122
A. Die Unterscheidung von Verhaltens- und Sanktionsnorm .....	123
B. Das Problem fehlerhafter Genehmigungen und die verwaltungsrechtliche Verbotsmaterie .....	126
I. Maßgeblichkeit der materiellen Verwaltungsrechtslage .....	126
II. Unterscheidung nach der Funktion der Genehmigung .....	128
III. (Strafrechtliche) Relevanz rechtswidriger Genehmigungen .....	131
C. Der Begriff der Rechtswidrigkeit in der Strafrechtsdogmatik .....	134
I. Unterscheidung von Normwidrigkeit und Pflichtwidrigkeit? .....	134
1. Der Inhalt der Pflicht .....	135
2. Der Inhalt der Verhaltensnorm .....	136
3. Zur Verhaltenssteuerungsfunktion des Rechts .....	138
a) Die Mehrdimensionalität rechtlicher Verhaltenssteuerung ...	138
b) „Pflichtwidrigkeit“ und polizeirechtliche Sanktionsnorm ....	140
c) „Pflichtenüberschuss“ bei mehrfacher Sanktionierung .....	141
4. Funktionsverlust des Primärrechts? .....	141
5. Ableitung der Pflicht aus der Verhaltensnorm .....	142
II. Rechtspflichten und Sorgfaltspflichten .....	142
III. Fazit .....	146

## *2. Teil*

### **Öffentlich-rechtliche Rechtsgüterschutzpflichten Privater** 148

§ 7 Öffentlich-rechtliche Pflichten .....	148
A. Zur Problematik der Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht .....	149
I. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft .....	150
II. Die Unterscheidung nach dem Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen .....	151
B. Die Qualifizierung von Rechtspflichten Privater .....	153
I. Die Notwendigkeit der Qualifizierung .....	154
1. Der begrenzte Schutz privater Rechte durch Gefahrenabwehrbehörden .....	155
2. Grenzen der subsidiären Zuständigkeit .....	157
II. Rechtssatz und Rechtsverhältnis .....	157
1. Abhängigkeit der Subjektstheorien von der Regelungstechnik ...	157
2. Das Rechtsverhältnis als Bezugspunkt .....	158

III. Öffentlichrechtliche und privatrechtliche Pflichten .....	160
1. Die „Normverwirklichungskompetenz“ .....	160
2. „Strafrechtliche“ Rechtsgüterschutzpflichten .....	161
a) Die strafrechtliche Sanktionsnorm .....	161
b) „Strafrechtliche“ Verhaltensnormen .....	162
c) Teleologische Betrachtung .....	163
IV. Fazit: Öffentlich-rechtliche Pflichten .....	164
§ 8 Die Begründung von Rechtsgüterschutzpflichten .....	164
A. Pflichten des Staates und der Bürger .....	166
I. Zwei Aspekte staatlicher Schutzpflichten .....	166
1. Grundrechtliche Unterlassungspflichten .....	166
2. Grundrechtliche Schutzpflichten .....	167
II. Drei Modelle der Pflichtenbegründung .....	170
III. Das Verhältnis von (Grund-)Rechten und (Grund-)Pflichten .....	171
IV. Ausblick .....	173
B. Verfassungsrechtliche Rechtsgüterschutzpflichten .....	173
I. Grundpflichten als verfassungsrechtliche Kategorie .....	173
1. Der Rechtsgrund der Grundpflichten .....	174
2. Die Rechtsgrundlage der Grundpflichten .....	175
3. Grundpflichten und Grundrechtsschranken .....	176
II. Rechtsgüterschutz als Grundpflicht .....	178
1. Die Friedenspflicht .....	178
a) Rechtsgrund und Rechtsgrundlagen der Friedenspflicht .....	179
b) Grundrechtsgeltung nach Maßgabe der Friedenspflicht? .....	181
c) Fazit .....	184
2. Die allgemeine Nichtstörungspflicht .....	184
3. Die besondere Nichtstörungspflicht des Eigentümers .....	185
III. Fazit und Ausblick: Rechtsgüterschutz- und Rechtsgehorsamspflicht .....	187
§ 9 Die Grundrechtsrelevanz der Pflicht .....	188
A. Die Reichweite der Freiheitsrechte .....	191
I. Rechte Dritter als „immanente“ Schutzbereichsbegrenzung .....	193
1. Strafbewehrte „sozialschädliche“ Handlungen .....	193
2. Rechte anderer als Grenzen grundrechtlicher Gewährleistungen .....	195
II. Grundrechtskollisionen oder Pflichtenkollisionen? .....	198
1. „Grundrechtskollisionen“ im Horizontalverhältnis .....	199
2. „Pflichtenkollisionen“ im Vertikalverhältnis .....	201
III. Fazit .....	203
B. Eigentums(grund)recht und Eigentümerpflichten .....	204
I. Die Normprägung des Eigentums(grund)rechts .....	205
1. Das Eigentumsrecht als vermögenswertes Recht .....	206
2. Das Eigentumsgrundrecht .....	208
3. Privateigentum und öffentliches Recht .....	209

II.	Die Unterscheidung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen	212
1.	Das Eigentumsrecht als Gegenstand der Inhaltsbestimmung	214
2.	Das Eigentumsgrundrecht als Gegenstand der Schrankenbestimmung	214
a)	Der Unterschied der verfassungsrechtlichen Maßstäbe	215
b)	Die Unterscheidbarkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen	217
c)	Fazit	218
3.	Schrankenbestimmung und Enteignung	218
III.	Eigentums- und eigentümerbezogene Pflichten	220
1.	Eigentumsbezogene Pflichten	221
2.	Eigentümerbezogene Pflichten	223
3.	Art. 14 Abs. 2 GG als Differenzierungsgebot	224
a)	Wen verpflichtet das Eigentum?	225
b)	Eigentum als Rechtsgrund der Pflicht	226
§ 10	Verfassungsrechtliche Determinanten der Verpflichtung Privater	227
A.	Der Eingriffsakt	227
I.	Unmaßgeblichkeit verfassungsprozessualer Erwägungen	228
II.	Die Reduzierung des Abwehrrechts	230
1.	Die Beschränkung der Schutzgüter	230
2.	Die Gewährleistung der Handlungsfreiheit und ihre Beschränkung	231
III.	Die Allgemeinheit des Gesetzes und die Konkretheit der Pflicht	234
1.	Die Wechselbezüglichkeit von Grundrechtsschranke und konkreter Pflicht	235
2.	Konkretisierungsbefugnis und verfassungsrechtliche Rechtfertigung	236
3.	Keine „doppelte“ Verfassungsmäßigkeitsprüfung	237
4.	Die Verteilung der Rechtfertigungslasten	238
IV.	Zusammenfassung	240
B.	Das allgemeine Rechtfertigungsmodell	240
I.	Der Zweckbezug der Pflicht	241
II.	Der Rechtsgrund der Pflicht	243
1.	Die Zweck-Pflicht-Relation	244
a)	Allgemeine und besondere Zwecke	244
b)	Allgemeine und besondere Pflichten	244
c)	Allgemeine und besondere Rechtsgründe	245
2.	Rechtsgrund und Gleichheitsrecht	245
a)	Das allgemeine Staat-Bürger-Verhältnis	245
b)	Rechtsgründe als Differenzierungsmerkmale	247
(1)	Das Steuer- und Abgabenrecht als Beispiel	247
(2)	Differenzierungsverbote und Differenzierungsgebote	250
c)	Die Begrenzungsfunktion des Rechtsgrundes	251

3. Verhaltenspflicht und Kostenlast .....	253
III. Grundrechtliche „Schranken-Schranken“ .....	255
C. Die doppelte Grundrechtsrelevanz von Rechtsgüterschutzpflichten .....	258
I. Horizontaler Interessenausgleich und Eingriffsdogmatik .....	258
1. Die Eingriffstauglichkeit .....	258
2. Exkurs: Privatrechtliche Rechtsgüterschutzpflichten .....	260
3. Modifizierung des Übermaßverbotes .....	261
II. Die Beidseitigkeit der Abgrenzung .....	263
1. Die „Schutzpflichtenlösung“ .....	264
2. Die abwehrrechtliche Lösung .....	266
3. Grundrechtsbeschränkung und Rechtsgutbeeinträchtigung .....	269
4. Fazit .....	272
§ 11 Die Polizeipflicht .....	273
A. Die „materielle“ Polizeipflicht .....	275
I. Die materielle Polizeipflicht als Nichtstörungspflicht .....	275
II. Die materielle Polizeipflicht als Gefahrenabwehrpflicht .....	278
III. Ableitung von Pflichten Privater aus exekutiven Eingriffsbefugnissen? .....	280
B. Die Verhaltensverantwortlichkeit .....	282
I. Verursachungstheorien .....	282
1. Kausalität .....	283
2. Adäquate Verursachung .....	284
3. Unmittelbare Verursachung .....	285
4. Rechtswidrige Verursachung .....	286
II. Die Akzessorietät der Verhaltensverantwortlichkeit .....	287
1. Die Begründung der Rechtswidrigkeits-These .....	288
2. Allgemeine Rechtsgüterschutzpflichten .....	291
a) Polizeirechtliche Verantwortlichkeit und Privatrecht .....	291
b) Erfolgsbezogene Pflichten .....	292
c) Rechtsgut und Rechtsgüterschutzpflicht .....	294
d) Der prognostische Gehalt erfolgsbezogener Verhaltenspflichten .....	295
e) Objektive Rechtswidrigkeit und „ex-post-Betrachtung“ .....	297
f) Fazit .....	301
3. Exkurs: Verhaltensverantwortlichkeit und öffentliche Ordnung ..	301
III. Der Umfang der Verhaltensverantwortlichkeit .....	304
1. Der Rechtsgrund der Verhaltensverantwortlichkeit .....	304
2. Die Grenze der Verpflichtbarkeit .....	304
a) Begrenzung auf die Abwehr „verursacher“ Gefahren .....	306
b) Die Mehrheit von Verursachern .....	306

3. Konnexität von Primär- und Sekundärebene .....	310
a) Trennung von primärer und sekundärer Ebene in Anscheins- und Verdachtslagen .....	310
b) Probleme des subjektiven Gefahrbegriffs .....	312
c) Der Austausch der Pflichtsubjekte .....	315
d) Fazit .....	317
C. Die Zustandsverantwortlichkeit .....	317
I. Der Rechtsgrund der Zustandsverantwortlichkeit .....	319
1. Das Sachherrschaftsmodell nach O. Lepsius .....	320
a) Das Verhältnis von Rechten und Pflichten .....	320
b) Die Zustandsverantwortlichkeit .....	321
c) Kritik .....	322
2. Die Sozialbindung des Eigentums .....	324
a) Sachherrschaft als Rechtsgrund? .....	325
b) Die Nutzungsmöglichkeit als Rechtsgrund .....	326
c) Eigentum als Rechtsgrund .....	326
d) Tatsächliche Sachherrschaft als Pflichtengrund? .....	327
3. Fazit: Die Akzessorietät der Zustandsverantwortlichkeit .....	329
II. Der Umfang der Zustandsverantwortlichkeit .....	330
1. Begrenzung nach der Ursache der Gefährlichkeit der Sache ....	330
2. Begrenzung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ....	332
3. Die Begrenzung durch den Rechtsgrund der Pflicht .....	334
a) Die Korrelation von Nutzen und Lasten .....	334
b) Die Korrelation von Sachwert und Kosten .....	335
(1) Der Verkehrswert als Ausgangspunkt .....	336
(2) Berücksichtigung der Aufwendungen und Nutzungsvor- teile .....	337
(3) Fazit .....	338
4. Die Verantwortlichkeit des Alteigentümers .....	339
a) Die Verantwortlichkeit des Derelinquenten .....	339
b) Exkurs: Die Verantwortlichkeit des früheren Eigentümers nach § 4 Abs. 6 BBodSchG .....	341

### 3. Teil

#### **Opportunitäts- und Legalitätsprinzip**

343

§ 12 Opportunität und Legalität .....	344
A. Begriff, Herkunft und Bedeutung .....	344
I. Die ungeklärte Terminologie .....	345
II. Der historische Kontext .....	349
1. Die Reform des Strafprozessrechts .....	349
2. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis in der StPO .....	351

III. Die Übernahme in das Verwaltungsrecht .....	352
1. Vom Polizeistrafrecht zum Polizeirecht .....	352
2. Die Einordnung in Kategorien des Verwaltungsrechts .....	353
a) Opportunität als Entschließungsermessen .....	353
b) Opportunität als Ermessen .....	355
c) Opportunität und Legalität als gegensätzliche Prinzipien der Rechtsanwendung .....	357
d) Legalität als Gesetzmäßigkeit .....	359
IV. Fazit .....	360
B. Der materiellrechtliche Gehalt von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip	360
I. Die Verbindung von Verfahrensrecht und materiellem Recht – Der „Geburtsfehler des Legalitätsprinzips“ .....	360
II. Öffentlich-rechtliche Pflichten als materiellrechtlicher Anknüp- fungspunkt von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip .....	364
1. Der Pflichtenbezug von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip ...	364
2. Opportunität und Legalität als Prinzipien .....	366
§ 13 Geltungsbereiche von Opportunitäts- und Legalitätsprinzip .....	367
A. Die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Pflichten .....	368
I. Mittel und Formen der Durchsetzung .....	368
1. Die Zielorientierung der Durchsetzung .....	368
2. Verwaltungsaktbefugnis zur Durchsetzung gesetzlicher Pflich- ten .....	368
II. Die Duldung rechtswidrigen Verhaltens .....	370
1. Zwingende Befugnisnormen .....	371
2. Ermessensnormen .....	371
3. Modifizierungen aus der Perspektive des subjektiv-öffentlichen Rechts .....	372
a) Der Paradigmenwechsel im öffentlichen Baunachbarrecht ..	372
b) Gegenreaktionen .....	373
4. Vom subjektiven zum objektiven Recht .....	376
5. Das behördliche (Entschließungs-)Ermessen bei der Durchset- zung von Pflichten .....	378
a) Ermessen im dreipoligen Kompetenzverhältnis .....	378
b) Der Umfang der Konkretisierungsbefugnis bei der Durchset- zung von Pflichten .....	379
c) Intendiertes Ermessen .....	381
6. Fazit .....	383
B. Die Begründung öffentlich-rechtlicher Pflichten .....	383
C. Die Ahndung von Pflichtverletzungen .....	385
I. Der Parlamentsvorbehalt des Art. 103 Abs. 2 GG .....	386
II. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis .....	386
III. Die Verfolgungspflicht im Ordnungswidrigkeitenrecht .....	388
D. Grenzen des Legalitätsprinzips .....	388

I. Funktionsfähigkeit der Verwaltung .....	389
II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	392
III. Rechtsschutzmöglichkeiten im Horizontalverhältnis .....	393
IV. Der Ordnungsauftrag der Verwaltung .....	395
V. Fazit .....	395
<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>397</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>412</b>
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	<b>459</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Z)
AuslG	Ausländergesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BauO NRW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht (Z)
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayGT	Bayerischer Gemeindetag (Z)
BayLStVG	Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz
BayNatSchG	Bayerisches Naturschutzgesetz
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (Z)
BBodSchG	Bundes-Bodenschutzgesetz
BDG	Bundesdisziplinargesetz
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW LBO	Landesbauordnung für Baden-Württemberg
DAR	Deutsches Autorecht (Z)

DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Z)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (Z)
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift (Z)
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GA	Goldtammers Archiv für Strafrecht (Z)
GastG	Gaststättengesetz
GewArch	Gewerbearchiv (Z)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GS	Der Gerichtssaal (Z)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HBO	Hessische Bauordnung
HdbStR	Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
HkWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
HwO	Handwerksordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter (Z)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
Jura	Juristische Ausbildung (Z)
JuS	Juristische Schulung (Z)
JZ	Juristenzeitung (Z)
KrWaffG	Kriegswaffenkontrollgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Z)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder
NBauO	Niedersächsische Bauordnung
Nds. SOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter (Z)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Z)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Z)
NuR	Natur und Recht (Z)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Z)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport (Z)
OBG NRW	Ordnungsbehördengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen

PrPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PrVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt (Z)
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
SaarPolG	Saarländisches Polizeigesetz
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter (Z)
Schl.-HLVwG	Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Z)
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SprengG	Sprengstoffgesetz
StÄR	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter (Z)
UKIG	Unterlassungsklagengesetz
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht (Z)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Z)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WaffG	Waffengesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung (Z)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Z)
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch (Z)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung (Z)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Z)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z)

## Einleitung

### § 1 Die Vernachlässigung der Pflichtendiskussion im öffentlichen Recht

„Es entspricht demokratischem Denken, die *Pflichten* in den Vordergrund zu stellen“<sup>1</sup>. – Mit diesem Satz leitet Hans Peters in seinem 1949 erschienenen „Lehrbuch der Verwaltung“ den Abschnitt über (subjektiv) öffentliche Pflichten ein und bezeichnet dabei die Pflichten des Einzelnen gegen den Staat als Hauptbestandteil der öffentlichen Pflichten überhaupt. Diese Einschätzung kontrastiert in bemerkenswerter Weise zu der Entwicklung, welche die Dogmatik des öffentlichen Rechts im Allgemeinen, die des Verwaltungsrechts im Besonderen seither genommen hat. Mit der (öffentlich-rechtlichen) Pflicht wird eine Thematik angesprochen, die zwar umfangreiche rechts- und normtheoretische Behandlung<sup>2</sup> erfahren, in der neueren verwaltungsrechtlichen Systembildung aber wenig Beachtung gefunden hat<sup>3</sup>. Anders als das subjektiv-öffentliche Recht, ein Kardinalthema des Staats- und Verwaltungsrechts, bildet die öffentlich-rechtliche Verpflichtung keine eigenständige dogmatische Kategorie, obwohl sie doch nicht nur dessen Gegenstück, sondern in gewisser Weise dessen Konstituante bildet. Das ist vor dem Hintergrund einer umfassend *grundrechtlich* ausgerichteten Rechtsordnung durchaus nachvollziehbar, wenngleich gerade die Pflicht als Ausdruck der „Beziehungen von Gleichen, deren gleichberechtigte Freiheitssphären gegen einander abgegrenzt werden sollen“<sup>4</sup>, verstanden werden kann. Freiheit und Gleichheit erscheinen so als die zentralen Bezugspunkte öffentlich-rechtlicher Pflichten Privater.

#### A. Verfassungsrecht

Die verfassungsrechtliche Diskussion hat sich, angeregt von der herausragenden Stellung, welche die Grundrechte im Text des Grundgesetzes und kraft der umfassenden Absicherung ihrer Geltungskraft durch materielle Bindungen (Art. 1 Abs. 3, 79 Abs. 3 GG) und Instrumentarien zu ihrer Durchsetzung

---

<sup>1</sup> H. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 143 (Hervorhebung im Original).

<sup>2</sup> Vgl. zur Ideengeschichte des Pflichtbegriffs H.-L. Schreiber, Der Begriff der Rechtspflicht, 1966; ferner V. Kubes, Die Rechtspflicht, 1981.

<sup>3</sup> Kritisch auch H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, § 40 Rdnr. 3.

<sup>4</sup> K. Waechter, Kooperationsprinzip, Der Staat 38 (1999), 279, 287.

(Art. 19 Abs. 4, 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)<sup>5</sup> innehaben, geradezu (wie mit durchaus kritischem Unterton angemerkt wird) zu einer Grundrechtswissenschaft entwickelt<sup>6</sup>; in ihrem Rahmen werden Pflichten vor allem als solche des Staates verstanden, der als in mehrfacher Weise Grundrechtsverpflichteter Gefährdungen des geschützten Freiheitsbereichs des Einzelnen zu bannen hat<sup>7</sup>. Demgegenüber führt die Diskussion um *Grundpflichten* als verfassungsrechtliche Kategorie eher ein Schattendasein; auch die Thematisierung dieses Fragenkreises auf der Konstanzer Staatsrechtslehrertagung<sup>8</sup> hat das Interesse an einer vertieften Auseinandersetzung mit der verfassungsgeprägten Pflichtenstellung des Einzelnen im Staat und gegenüber dem Staat kaum nachhaltig befördert<sup>9</sup>. Das mag daran liegen, dass diese Thematik im Zeichen zunehmender Individualisierung und wachsenden „Anspruchsdenkens“ als unzeitgemäß oder „unmodern“ gilt<sup>10</sup>, kann jedoch auch damit in Zusammenhang stehen, dass Grundpflichten angesichts ihres eher punktuellen Charakters<sup>11</sup> weder nach Umfang noch nach rechtlicher Wirkungsweise ein Pendant zu den Grundrechten darstellen und, wenn sie auch nicht der tatsächlichen Bedeutung ermangeln, sich doch einer dogmatischen Kategorisierung auf verfassungsrechtlicher Ebene entziehen. In dem Sinne, in dem von *Grundrechten* die Rede ist, kann von *Grundpflichten* nicht gesprochen werden!

## B. Verwaltungsrecht

Begibt man sich dagegen auf die Ebene unterverfassungsrechtlichen Rechts, so ergibt sich ein gegensätzlicher Befund. Das einfache Gesetzesrecht ist, wie Hartmut Bauer treffend formuliert, „von Pflichten und Pflichtenigkeiten des Einzelnen förmlich übersät“<sup>12</sup>. In nur geringer Überspitzung lässt sich die These aufstellen, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Freiheit und Verpflichtung, wie es der grundgesetzlichen Systematik entspricht, im Verwaltungs-

<sup>5</sup> Umfangreiche Systematik des Sicherungsinstrumentariums bei *K. Stern*, Staatsrecht III/2, § 90, S. 1137 ff.

<sup>6</sup> *A. Randelzhofer*, Die Pflichtenlehre bei Samuel von Pufendorf, S. 10.

<sup>7</sup> Vgl. nur *J. Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, HdbStR V, § 111, Rdnrn. 6 ff.

<sup>8</sup> Dazu die Vorträge von *V. Götz* und *H. Hofmann*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), S. 7 ff., 42 ff.

<sup>9</sup> Umfangreichere Bearbeitungen seither lediglich von *H. Hofmann*, Grundpflichten, in: *J. Isensee/P. Kirchhof*, HdbStR Bd. V, § 114; *O. Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, 1988; *K. Stern*, Staatsrecht III/2, § 88, S. 985 ff. sowie jüngst *Th. I. Schmidt*, Grundpflichten, 1999.

<sup>10</sup> *R. Stober*, Rezension, JZ 2000, 302; vgl. auch *J. Isensee*, Freiheit ohne Pflichten, S. 10: „Demokratische Pflichtenprüderie“.

<sup>11</sup> *K. Stern*, Staatsrecht III/2, § 88 IV 3. c) α), S. 1064.

<sup>12</sup> *H. Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 165.

recht wenn nicht umgekehrt, so doch durch ein Geflecht einander ergänzender Regeln aus Rechten und Pflichten ersetzt wird. Dies zeigt sich auch daran, dass in verschiedenen Disziplinen des Besonderen Verwaltungsrechts Pflichten Privater eine geradezu zentrale Stellung einnehmen. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang nur auf die Pflicht zur Steuerzahlung, die Schul- und die Wehrpflicht sowie insbesondere die sogenannte Polizeipflicht. Dieser rechtlichen und faktischen Bedeutung öffentlich-rechtlicher Pflichten entsprach es, wenn in älteren Darstellungen des (allgemeinen) Verwaltungsrechts neben den subjektiv-öffentlichen Rechten auch die Pflichten Privater nicht nur Erwähnung fanden, sondern als selbstverständlicher Teil des Verwaltungsrechtsverhältnisses zwischen Bürger und Staat in knapper Systematisierung erläutert wurden<sup>13</sup>. Otto Luchterhandt hat demgegenüber darauf hingewiesen, dass die neuere Literatur die Pflicht als dogmatische Kategorie des Verwaltungsrechts weitgehend aus dem Blick verloren hat<sup>14</sup>. Einzig Rolf Stober hat in Fortführung des Standardwerkes von H. J. Wolff und O. Bachof die Darstellung der Pflichten Privater beibehalten<sup>15</sup> und bemängelt die „stiefmütterliche“ Behandlung der verwaltungsrechtlichen Verpflichtungen<sup>16</sup>.

Diese trifft freilich in eine Phase der reformerischen Umgestaltung des Verwaltungsrechts, das sich den Wandlungen im Staatsverständnis<sup>17</sup>, der Veränderung der realen Lebensbedingungen, dem rapiden Fortschreiten wissenschaftlich-technischer Erkenntnis und den damit verbundenen Risiken stellen muss. Der konstatierten Vermehrung der Staatsaufgaben<sup>18</sup> entspricht eine Veränderung der rechtlichen Instrumentarien und Handlungsformen des Staates, was vorderhand den Befund stützt, das regulative, mit (ggf. strafbewehrten) Ge- und Verboten operierende Recht sei in die Krise geraten<sup>19</sup>. Indes: Von einem Bedeutungsverlust imperativer Steuerungsformen und damit einer geminderten Bedeutung verwaltungsrechtlicher Pflichtenstellungen Privater kann keine Rede sein. Selbst im Umweltverwaltungsrecht, dem als Referenzgebiet<sup>20</sup> für die gesamte

---

<sup>13</sup> Vgl. etwa *F. Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 164 ff., *E. ForsthoFF*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 224 ff.; *W. Jellinek*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 193 ff.; *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 135 ff.; *W. Merk*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 1492; *R. Nebinger*, Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil, S. 224 ff.; *H. Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, S. 141 ff.

<sup>14</sup> *O. Luchterhandt*, Grundpflichten, S. 40 f.

<sup>15</sup> *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, §§ 40, 42.

<sup>16</sup> *H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober*, Verwaltungsrecht I, § 40 Rdnr. 3.

<sup>17</sup> Vgl. etwa *U. Volkmann*, Der dezente Staat, JuS 2001, 521, 526 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> Statt aller *D. Grimm*, Wandel der Staatsaufgaben, in: ders., Staatsaufgaben, S. 613, 623.

<sup>19</sup> Vgl. dazu *A. Voßkuhle*, Schlüsselbegriffe, VerwArch. 92 (2001), 184, 185 m.w.N.

<sup>20</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, S. 11, 26.