

Schriften zum Prozessrecht

---

Band 108

# Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung

Zugleich ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen  
deutschem und koreanischem Verwaltungsprozeßrecht

Von

Joon-Hyung Hong



Duncker & Humblot · Berlin

**JOON-HYUNG HONG**

**Die Klage zur Durchsetzung von  
Vornahmepflichten der Verwaltung**

**Schriften zum Prozessrecht**

**Band 108**

# **Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung**

**Zugleich ein Beitrag zur Rechtsvergleichung zwischen  
deutschem und koreanischem Verwaltungsprozeßrecht**

**Von**

**Prof. Dr. iur. Joon-Hyung Hong**

**Juristische Fakultät der Universität Ajou  
Suwon (Republik Korea)**



**Duncker & Humblot · Berlin**

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Hong, Joon-Hyung:**

Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der  
Verwaltung : zugleich ein Beitrag zur Rechtsvergleichung  
zwischen deutschem und koreanischem Verwaltungsprozessrecht /  
von Joon-Hyung Hong. – Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 108)

Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07429-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-07429-7

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit lag der Juristischen Fakultät Georg-Augusta-Universität Göttingen im Wintersemester 1991 als Dissertation vor. Die Arbeit wurde im Juli 1991 abgeschlossen und berücksichtigt Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung bis zum Juli 1991, z.T. auch später.

Zu danken habe ich an erster Stelle meinem verehrten Lehrer Professor Dr. Volkmar Götz, Göttingen, der die Entwicklung meiner Untersuchung mit so großem Interesse verfolgt und mit helfendem Rat gefördert hat. Dank schulde ich auch Herrn Professor Dr. Andreas Sattler, Göttingen, der als Zweitgutachter im Promotionsverfahren meine Arbeit sorgfältig durchgelesen und mit großem Entgegenkommen angenommen hat. Mein besonderer Dank gilt auch Herrn Benno Erhard, Bad Schwalbach für seine wohlwollende Hilfe und der Gesellschaft "Internationale Studentenfreunde" e.V. Göttingen, die mein Studium in Deutschland mit einem Stipendium unterstützt hat. Mit Liebe und Freude ist das vorliegende Buch meiner Frau Jee-Young und meiner Kindern Seok-Ha und Se-Young gewidmet.

Göttingen, im November 1991

Joon-Hyung Hong



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	17
<b>I. Allgemeines</b> .....	17
<b>II. Gegenstand und Methode der Untersuchung</b> .....	22
<b>1. Themeneingrenzung</b> .....	22
a) Verwaltungsklage als förmlicher Rechtsbehelf .....	23
b) Die Verwaltungsklage als Mittel zur gerichtlichen Durchsetzung der Vornahmepflichten der Verwaltung .....	24
<b>2. Methodologische Betrachtung</b> .....	26
a) Methode der Rechtsvergleichung .....	26
b) Kriterien des Vergleichs .....	30
<b>III. Vorgehen</b> .....	31
<b>B. Verfassungsrechtliche Grundlage und Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit</b> .....	33
<b>I. Verfassungsrechtliche Grundlage</b> .....	33
<b>1. Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit</b> .....	33
<b>2. Die Gewaltenteilung und die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit             in der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung</b> .....	41
<b>II. Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im gewaltenteilenden Rechtsstaat</b> .....	47
<b>1. Struktur und Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit</b> .....	47
<b>2. Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit und gerichtliche Durchsetzung der             Vornahmepflichten der Verwaltung</b> .....	49
<b>3. Klagen zur Durchsetzung der Vornahmepflichten in Verwaltungsrechts-             schutzsystem</b> .....	51
a) System der Klagearten .....	51
aa) Klagearten nach VwGO .....	52
bb) Klagearten nach VwPG .....	54
b) Klagen zur Durchsetzung der Vornahmepflichten der Verwaltung .....	57
<b>C. Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung</b> .....	60
<b>I. Überblick</b> .....	60
<b>II. Klagen zur Durchsetzung von Vornahmepflichten in ihrer prozessualen         Systematik</b> .....	62
<b>1. Abgrenzung der Klagearten</b> .....	64
a) Problematik .....	64
b) Verpflichtungsklage und Anfechtungsklage .....	65
c) Verpflichtungsklage und allgemeine Leistungsklage .....	71
d) Allgemeine Leistungsklage, Anfechtungsklage und sonstige Klagearten .....	74

<b>2. Systematik der prozessualen Ausgestaltung</b> .....	76
a) Streitgegenstand .....	78
b) Sachurteilsvoraussetzung und Begründetheit .....	81
c) Wirkung und Vollstreckung des Urteils .....	82
d) Vorläufiger Rechtsschutz .....	86
<b>3. Prozessualer Aufbau einzelner Klagen</b> .....	89
a) Verpflichtungsklage .....	89
aa) Rechtscharakter .....	89
bb) Prozessuale Ausgestaltung .....	92
(1) Streitgegenstand .....	92
(2) Sachurteilsvoraussetzungen und Begründetheit .....	92
(a) Sachurteilsvoraussetzungen .....	92
α) Klagebegehren .....	93
β) Klagebefugnis .....	97
Γ) Vorverfahren und Klagefrist .....	107
(b) Begründetheit .....	111
α) Rechtswidrigkeit-Rechtsverletzung .....	112
β) Sachlegitimation .....	114
Γ) Spruchreife und Entscheidungsbefugnis des Gerichts .....	114
(3) Urteilswirkung und Vollstreckung .....	117
(a) Urteilswirkung .....	118
(b) Vollstreckung .....	118
(4) Vorläufiger Rechtsschutz .....	119
(a) Allgemeines .....	119
(b) Einstweilige Ordnung .....	121
b) Allgemeine Leistungsklage .....	123
aa) Rechtscharakter .....	123
bb) Prozessuale Ausgestaltung .....	125
(1) Streitgegenstand .....	125
(2) Sachurteilsvoraussetzungen und Begründetheit .....	126
(a) Sachurteilsvoraussetzungen .....	126
α) Klagebegehren .....	126
β) Klagebefugnis .....	130
Γ) Vorverfahren und Klagefrist .....	132
(b) Begründetheit .....	132
(3) Wirkung und Vollstreckung des Urteils .....	133
(4) Vorläufiger Rechtsschutz .....	133
c) Andere Klagemöglichkeiten .....	134
aa) Isolierte Anfechtungsklage .....	135
(1) Begriff .....	136
(2) Zulässigkeit .....	136
(3) Konkrete Anwendung .....	139

bb) Klagen zur Durchsetzung des Folgebeseitigungsanspruchs.....	139
(1) Folgebeseitigungsanspruch .....	139
(2) Gerichtliche Durchsetzung .....	142
cc) Feststellungsklage .....	148
(1) Feststellungsklage im allgemeinen .....	148
(2) Fortsetzungsfeststellungsklage .....	154
<b>III. Klagen zur Durchsetzung von Vornahmepflichten in materiell-rechtlicher Entfaltung des Verwaltungsrechts .....</b>	<b>158</b>
<b>1. Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht .....</b>	<b>158</b>
a) Zur Problematik .....	158
b) Das subjektive öffentliche Recht .....	161
aa) Ausgangspunkt.....	161
bb) Subjektives öffentliches Recht als materieller Anspruch auf positive Leistung der Verwaltungs .....	162
cc) Schutznormtheorie im Wandel .....	163
dd) Zunahme subjektiver öffentlicher Rechte .....	165
c) Ermessen und Ermessenskontrolle.....	166
aa) Ermessen und unbestimmte Rechtsbegriffe.....	166
bb) Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung und "Ermessens- schrumpfung auf Null" .....	172
<b>2. Materielle rechtliche Ansprüche auf Vornahme einer Verwaltungshandlung ....</b>	<b>175</b>
a) Anspruch auf Fürsorgeleistung .....	175
b) Anspruch auf polizeiliches Einschreiten.....	178
aa) Allgemeines .....	178
bb) Bandsäge-Urteil des BVerwG.....	179
cc) Voraussetzung und Anwendungsbereich des Anspruchs auf polizeiliches Einschreiten.....	185
c) Rechtsanspruch auf Baugenehmigung und baurechtlicher Nachbarschutz .....	190
aa) Ausgangspunkt: Das Baurechtliche Dreiecksverhältnis .....	190
bb) Rechtsanspruch auf Baugenehmigung.....	191
cc) Baurechtlicher Nachbarschutz.....	197
d) Rechtsansprüche Dritter im Umweltschutz .....	202
aa) Problemstellung.....	202
bb) Grundrechtliche Schutzansprüche .....	205
cc) Anspruch auf Einschreiten gegen Immissionen .....	209
e) Anspruch auf begünstigende Verwaltungshandlungen und Konkurrenten- schutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	211
aa) Zur Problematik .....	211
bb) Anspruch auf begünstigende Verwaltungshandlung .....	213
cc) Konkurrentenschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht .....	219
f) Der Anspruch auf Zugang zum öffentlichen Dienst .....	225
aa) Zur Problematik .....	225
bb) Der Anspruch auf Zugang zum öffentlichen Dienst .....	228
cc) Gerichtliche Durchsetzung - Konkurrentenklage .....	234

g) Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Auskunftsanspruch im Datenschutzrecht .....	238
aa) Informationelle Selbstbestimmung in der modernen Informations- gesellschaft.....	238
bb) Informationelles Selbstbestimmungsrecht und Anspruch auf Auskunft ....	240
<b>D. Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung .....</b>	<b>247</b>
<b>I. Überblick.....</b>	<b>247</b>
<b>II. Aspekte der gerichtlichen Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung         - Eine rechtsvergleichende Bilanz .....</b>	<b>247</b>
<b>1. Gerichtliche Durchsetzung von Vornahmepflichten der             Verwaltung als prozessuale Problematik .....</b>	<b>247</b>
a) Ausgangspunkt: Rechtsschutzformen gegen Ablehnung und Untätigkeit .....	249
b) Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit der Unterlassung und Untätigkeitsklage .....	250
c) Anfechtungsklage gegen einen ablehnenden Bescheid und Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage .....	258
d) Bescheidungsklage und Bescheidungsurteil.....	260
<b>2. Gerichtliche Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung             in Wechselwirkung mit materiellem Verwaltungsrecht .....</b>	<b>262</b>
a) Subjektivierung des Bürger-Staats-Verhältnisses .....	263
b) Die Rolle der Prozeßrechts in der Ausdehnung der Subjektstellung des Einzelnen .....	265
c) Die Subjektstellung des Einzelnen in der koreanischen Rechtslage im Vergleich .....	267
<b>3. Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung             als Problem des Rechtsschutzes im gewaltenteilenden Rechtsstaat .....</b>	<b>271</b>
a) Gewaltenteilung und Verwaltungsleistungsklage.....	271
b) Die Entscheidungsbefugnis des Gerichts im Lichte der Gewaltenteilung .....	274
<b>III. Ergebnis .....</b>	<b>277</b>
<b>1. Rechtsvergleichende Schlußfolgerungen .....</b>	<b>277</b>
<b>2. Zur Ermöglichung einer Verwaltungsleistungsklage             - Rechtspolitische Perspektiven .....</b>	<b>279</b>
<b>E. Abschließende Betrachtung .....</b>	<b>284</b>
<b>I. Zusammenfassung .....</b>	<b>284</b>
<b>II. Epilog .....</b>	<b>284</b>
<b>Literatur .....</b>	<b>286</b>

## **Abkürzungsverzeichnis**

<b>a.A.</b>	<b>anderer Ansicht (Meinung)</b>
<b>aaO</b>	<b>am angegebenen Ort</b>
<b>Abs.</b>	<b>Absatz</b>
<b>AcP</b>	<b>Archiv für die civilistische Praxis</b>
<b>a.F.</b>	<b>alte Fassung</b>
<b>Anm.</b>	<b>Anmerkung</b>
<b>AÖR</b>	<b>Archiv des öffentlichen Rechts</b>
<b>Art.</b>	<b>Artikel</b>
<b>Aufl.</b>	<b>Auflage</b>
<b>Az</b>	<b>Aktenzeichen</b>
<b>BayVBl.</b>	<b>Bayerische Verwaltungsblätter</b>
<b>BayVGH</b>	<b>Bayerische Verwaltungsgerichtshof</b>
<b>BB</b>	<b>Der Betriebsberater</b>
<b>BBauBl.</b>	<b>Bundesbaublatt</b>
<b>BBauG</b>	<b>Bundesbaugesetz</b>
<b>BBG</b>	<b>Bundesbeamtengesetz</b>
<b>Bd.</b>	<b>Band</b>
<b>Begr.</b>	<b>Begründung</b>
<b>Beil.</b>	<b>Beilage</b>
<b>Beschl.</b>	<b>Beschluß</b>
<b>BGB</b>	<b>Bürgerliches Gesetzbuch</b>
<b>BGBI.</b>	<b>Bundesgesetzblatt</b>
<b>BGH</b>	<b>Bundesgerichtshof</b>
<b>BGHZ</b>	<b>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</b>
<b>BImSchG</b>	<b>Bundesimmissionsschutzgesetz</b>
<b>BMJ</b>	<b>Bundesminister für Justiz</b>
<b>BReg.</b>	<b>Bundesregierung</b>
<b>BRRG</b>	<b>Beamtenrechtsrahmengesetz</b>

<b>BSG</b>	<b>Bundessozialgericht</b>
<b>BSHG</b>	<b>Bundessozialhilfegesetz</b>
<b>BT-Drucks.</b>	<b>Bundestagsdrucksache</b>
<b>BVerfG</b>	<b>Bundesverfassungsgericht</b>
<b>BVerfGE</b>	<b>Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts</b>
<b>BVerwG</b>	<b>Bundesverwaltungsgericht</b>
<b>BVerwGE</b>	<b>Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts</b>
bzw.	beziehungsweise
<b>CR</b>	<b>Computer und Recht</b>
d.	der/die/das/den/dem/des
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
<b>Diss.</b>	<b>Dissertation</b>
<b>DJT</b>	<b>Deutscher Juristentag</b>
<b>DÖD</b>	<b>Der Öffentliche Dienst</b>
<b>DÖV</b>	<b>Die Öffentliche Verwaltung</b>
<b>DRiz.</b>	<b>Deutsche Richterzeitung</b>
<b>DV</b>	<b>Deutsche Verwaltung</b>
<b>DVBl</b>	<b>Deutsches Verwaltungsblatt</b>
<b>EF</b>	<b>Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung</b>
<b>Entw.</b>	<b>Entwurf</b>
<b>EuGRZ</b>	<b>Europäische Grundrechte Zeitschrift</b>
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgende/für
<b>F.</b>	<b>Fassung</b>
ff.	folgende
<b>FGO</b>	<b>Finanzgerichtsordnung</b>
<b>Fn</b>	<b>Fußnote(n)</b>
<b>FRU</b>	<b>Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit der Unterlassung</b>
<b>FS</b>	<b>Festschrift (Festgabe)</b>
<b>FStrG</b>	<b>Bundesfernstraßengesetz</b>
<b>Geb.</b>	<b>Geburtstag</b>
<b>GewArch.</b>	<b>Gewerbearchiv</b>
<b>GewO</b>	<b>Gewerbeordnung</b>

GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GSK	"Go-Shi-Kye" (Welt des Staatsexamen)
GSYG	"Go-Shi-Yeon-Gu" (Studium für das Staatsexamen)
gem	gemäß
grds.	grundsätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hdb	Handbuch
Hess.	Hessen/Hessisches
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.(hrsg.)	herausgegeben/Herausgeber
idF	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
jähr.	jährig(e)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
Jur.(jur)	Juristisch(e)
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
KDC	Kim, Doh-Chang. Allgemeine Verwaltungsrechtslehre
Kopp	Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung
korGöR	koreanische Gesellschaft für öffentliches Recht
korGVG	koreanische Gerichtsverfassungsgesetz
korZPO	koreanische Zivilprozeßordnung
KV	koreanische Verfassung
LG	Landgericht
OLG	Oberlandesgericht
Ls.	Leitsatz

m.	mit
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
m.N.	mit Nachweisen
MRVO Nr.165	Militärregierungs-Verordnung Nr.165 für die britische Zone
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nds., nds.	Niedersachsen, niedersächsisch
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für das Verwaltungsrecht
OG	Obergericht
OGH	Der Oberste Gerichtshof
ÖrF	Öffentlich-rechtliche Forschung
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Münster und Lüneburg
PolizeiR	Polizeirecht
PR	Pietzner/Ronellenfitsch
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PW	"Pan-Le-Weol-Bo"(Monatlicher Rechtsprechungsbericht)
RegE	Regierungsentwurf
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
RiA	Recht im Amt
Rn	Randnummer
RÖ	Redeker/v.Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung
RoSchwab	Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
S	Satz (in Verbindung mit einer Rechtsvorschrift)
S.	Seite (in Verbindung mit einer Fundstelle)
SG	Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht

s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
st.	ständige
Stern	Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit
StVj	Steuerliche Vierteljahresschrift
ThP	Thomas/Putzo, ZPO
TSG	Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht (7.Aufl.)
u.a.	und andere, unter anderem
Ule	Ule, Verwaltungsprozeßrecht
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
v.	vom
VA	Verwaltungsakt
VBIBW	Baden-Württ. Verwaltungsblatt
VerfGG	koreanisches Verfassungsgerichtsgesetz
VGG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwR	Verwaltungsrecht
Vorb.	Vorbemerkung
VV	Verwaltungsverfügung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwPG	Verwaltungsprozeßgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WG	"Weol-Gan-Go-Shi" (Monatliche Zeitschrift für das Staatsexamen)
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung
WVfG	Widerspruchsverfahrensgesetz
z.	zu/zum/zur

<b>z.B.</b>	<b>zum Beispiel</b>
<b>ZBR</b>	<b>Zeitschrift für Beamtenrecht</b>
<b>ZfBr</b>	<b>Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht</b>
<b>Ziff.</b>	<b>Ziffer</b>
<b>zit.</b>	<b>zitiert</b>
<b>ZPO</b>	<b>Zivilprozeßordnung</b>
<b>ZVglRWiss</b>	<b>Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft</b>
<b>ZZP</b>	<b>Zeitschrift für Zivilprozeß</b>

## A. Einleitung

### I. Allgemeines

Das alte englische Sprichwort, "Remedies precede rights" (Der Rechtsschutz geht dem Recht vor) gilt nicht nur für die Entstehungsgeschichte, sondern auch für die heutige Fragestellung des Verwaltungsrechts. Was erneut im Wandel des Verwaltungsrechts unserer Tage in Erscheinung tritt, ist aber zugleich eine verstärkte Herausforderung, die Rechtsstellung des Bürgers gegenüber dem Staat eher aktiv zu gestalten und sich mit dem herkömmlichen Paradigma des Abwehrrechts gegen staatliche Eingriffe nicht zufriedenzugeben<sup>1</sup>. Die Problematik ist zwar nicht neu, aber kennzeichnet wohl die Entwicklungstendenz des Verwaltungsrechts der Gegenwart: Wo sich Verwaltungsbehörde und Bürger als grundsätzlich gleichgestellte Verfahrensbeteiligte vor den Schranken des Gerichts gegenüberstehen und ihre Rechtsauffassung vertreten müssen<sup>2</sup>, kommt die heutige Lage des Verwaltungsrechts deutlich zum Ausdruck, in der die Erfolgsschance der öffentlichen Verwaltung immer mehr von der Akzeptanz, Mitwirkung und Initiative des Bürgers abhängt.

In der Bundesrepublik Deutschland hat sich diese Herausforderung seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes vor allem auf dem Gebiet der Grundrechtsdogmatik um das Teilhaberecht<sup>3</sup> an der staatlichen Leistung<sup>4</sup> oder um die

---

<sup>1</sup> Vgl. Mosler, H., Das Heidelberger Kolloquium über Gerichtsschutz gegen die Exekutive - Gegenstand und Methode, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive (nachfolgend Gerichtsschutz) 1969, Bd.1, S.XVIII. Hier ist aber die Rede weitgehend von der Tatsache, daß das herkömmliche Instrumentarium des Rechtsschutzes vom Eingriffsmodell nicht mehr ausreicht, eine Tatsache, die nicht nur für die entwickelten Industriegesellschaften von Bedeutung sei, sondern auch für diejenigen Länder, die erst auf dem Wege zu einer modernen Organisation begriffen sind.

<sup>2</sup> Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1990, § 8 Rn 5, S.126.

<sup>3</sup> Mit dem Teilhaberecht ist vor allem das Recht auf positive Handlung des Staates (Leistungsrecht i.w.S. von Alexy) gemeint. Die sog. sozialen Grundrechte wie die Rechte auf Fürsorge, Arbeit, Wohnung und Bildung können einen wichtigen Ausschnitt bilden, den Bereich der Leistungsrechte aber nicht erschöpfen, Alexy, Theorie der Grundrechte, S.395-402. Alexy teilt die Leistungsrechte i.w.S. in drei Gruppen ein: (1) Rechte auf Schutz, (2) Rechte auf Organisation und Verfahren und (3) Rechte auf Leistungen i.e.S.; Vgl. auch E.Klein, Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, S.1639.

<sup>4</sup> Es ist aber bisher sehr umstritten gewesen, ob und inwieweit das Leistungsrecht i.w.S. als dem Abwehrrecht gegenüberstehendes Grundrecht anzuerkennen ist. Vgl. dazu unter den zahlreichen Schriftumsäußerungen insbes. Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/1, § 67 I 1; Berichte von Martens, W. und Häberle, P. auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1971, in: VVDStRL 30 (1972); Badura, P., Der Staat 19 (1975), 17ff.; Böckenförde, E.W., NJW 1974, S.1529ff.[1534ff.]; Breuer, R., Grundrechte als Anspruchsnormen, in: FS 25 Jahre BVerwG, 1978, S.89; Klein, H.H., Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1974, paasim; a.A. Hesse, K., Rn 289; zur

Schutzpflicht des Staates<sup>5</sup> durchgesetzt, wie es das BVerfG in dem Numerus-clausus-Urteil vom 18.Juli 1972 deutlich zum Ausdruck gebracht hat:

Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen. ... .. Demgegenüber zielt die freie Wahl der Ausbildungsstätte ihrer Natur nach auf freien Zugang zu Einrichtungen; das Freiheitsrecht wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos.<sup>6</sup>

Dadurch wird der grundrechtliche status positivus des Bürgers zum zentralen Thema der neueren Grundrechtsdogmatik. Über allem steht dabei die Frage, ob der Bürger unmittelbare grundrechtliche Ansprüche darauf hat, daß er nach dem sozialstaatlichen Gebot des "Suum cuique tribuere" behandelt wird<sup>7</sup>.

Ebenso eine wesentliche Rolle übernimmt aber, wie es eben das BVerfG ausführt<sup>8</sup>, nach wie vor der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz, bei dem es sich letztenendes um die effektive gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche auf das Verwaltungshandeln<sup>9</sup> handelt, ohne den fast alle Bemühungen um die Bekräftigung der Rechtsstellung der Bürger leerlaufen würde. Diese Problematik tritt in erster Linie wohl im Bereich der Leistungsverwaltung ganz in den Vordergrund, soweit die Vorenthaltung einer staatlichen Leistung den Bürger nicht weniger gravierend als ein Eingriff in Freiheit und Eigentum

---

Zurückhaltung des Grundgesetzes in der Formulierung von Leistungsrechten, Alexy, S. 396.. Zu begrifflichen Fragen, "Oft wird der Begriff der Teilhabe(ansprüche) nicht scharf von den Leistungsrechten im allgemeinen getrennt,...", Stern, aaO, S.700 Fn 32; Alexy, S.402ff.

<sup>5</sup> Währenddessen ist der Gedanke der staatlichen Pflicht zum Schutze vor Gefährdungen auf der Ebene der Grundrechtsdogmatik zum Durchbruch gelangt. Götz, V., Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 9.Aufl. (nachfolgend Götz, Polizeirecht), S.136 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BVerfG.

<sup>6</sup> BVerfGE 33,303 [330f.]. Vgl. auch BVerwGE 27,360; 52,344 zur Privatschulfinanzierung.

<sup>7</sup> Breuer, Grundrechte als Anspruchsnorm, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S.89ff.[91] m.w.N.

<sup>8</sup> Vgl. auch BVerfGE 33,303 [344]. Vgl. im übrigen (aber nur stellvertretend) Theuersbacher, P., Probleme der gerichtlichen Kontrollrechte im Kapazitätsrecht, NVwZ 1986, S.978ff., S.982 mit dort in Fn 50 angeführten Nachweisen.

<sup>9</sup> Selbstverständlich läßt sich damit die Problematik nicht erschöpfen, sondern stellt sich die Frage auch mit Berücksichtigung anderer institutioneller Möglichkeiten wie Ombudsmann, Verwaltungsbeauftragter (vor allem im Bereich des technischen Rechts), selbständige Verwaltungsausschüsse und andere informelle Rechtsschutzinstitutionen. Diese Problemkreise überschreiten aber den Umfang dieser Untersuchung, die nur den unter der rechtsstaatlichen Rechtsordnung im Mittelpunkt stehenden gerichtlichen Rechtsschutz betrifft.

treffen kann<sup>10</sup>. Die Rechtsschutzgarantie in der Leistungsverwaltung des modernen sozialen Rechtsstaates setzt unerlässlich die Durchsetzbarkeit deren Leistungspflichten voraus. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß diese Problematik wegen der zunehmenden Abhängigkeit des Einzelnen vom Staat in den modernen Lebensverhältnissen auch noch auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung eine kaum zu unterschätzende Rolle spielt. Als ein anschauliches Beispiel dafür bietet der in der Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich durchdrungene Wandel in der Interpretation der polizeilich-ordnungsrechtlichen Generalermächtigung an, die heute als verwaltungsrechtlicher Sitz der Schutzansprüche zu begreifen ist<sup>11</sup>.

"Für das Polizei- und Ordnungsrecht entspricht die Anerkennung individueller Schutzansprüche dringender und sozialstaatlicher Notwendigkeit. Der einzelne ist in unendlich vieler Belangen auf die Tätigkeit der Gefahrenabwehrbehörden existentiell angewiesen. ... Der Schutz ... durch das Polizei- und Ordnungsrecht wird immer wichtiger, und in der Betrachtung des Polizei- und Ordnungsrechtes drängt dieser Aspekt den klassisch-rechtsstaatlichen Aspekt unseres Rechtsgebietes, nämlich den Freiheitswahrung, bereits in den Hintergrund."<sup>12</sup>

Die traditionelle Aufgabe der Gefahrenabwehr bekommt demnach eine neue Dimension, indem sie sich in gewissen Bereichen zu einer Leistungspflicht verdichtet<sup>13</sup>: Betrachtet man den Schutz vor Gefahren als Staatsaufgabe im Interesse der Allgemeinheit und des Einzelnen, dann drängt sich die Problematik Schutzpflicht-Schutzanspruch auf<sup>14</sup>. Das Untätigwerden der Eingriffsverwaltung in diesem Zusammenhang kann sich unter Umständen sowohl der Allgemeinheit wie einzelnen Bürgern gegenüber kaum weniger als Beeinträchtigung des Rechts darstellen als die Unterlassung oder Verweigerung der Leistung, wie es bei dem Verwaltungsakt mit Doppelwirkung oder der Verpflichtung der Verwaltung zu regulativen Maßnahmen der Fall ist. So bestimmt sich hier auch der Standort unseres

---

<sup>10</sup> So u.a. das Leitentscheidung des BVerwG (Urteil v.24.Juni 1954: BVerwGE 1,159). Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn 14, S.91; C.H.Ule, Verwaltungsprozeßrecht 8.Aufl., 1983 (nachfolgend Ule), S.19; BVerfGE 40,237 [249].

<sup>11</sup> Etwa wie es im Kohlen- und Fuhrgeschäft-Fall (BVerwGE 11, 95 [1960]) als leading case für das Institut des Rechtsanspruches auf polizei- und ordnungsbehördliches Einschreiten zum Ausdruck gekommen ist. Vgl. auch BVerwGE 25, 243 und Götz, aaO, S.49.

<sup>12</sup> AaO, S.136f.

<sup>13</sup> Hänni, P., Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung (Rechtsvergleichende Untersuchung zur Stellung der Judikative und zu ihren Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verwaltungshandeln. Dargestellt am Beispiel Frankreichs, Großbritanniens, der Vereinigten Staaten von Amerika, der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz), 1988 Universitätsverlag Freiburg Schweiz, S.2; Götz, Polizeirecht, § 5 Rn 72ff., m.w.N.

<sup>14</sup> Knemayer, F.-L., Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, in: VVDStRL 35 (1977) S.221f. [223-224].