

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

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

2. Systematik der prozessualen Ausgestaltung	76
a) Streitgegenstand	78
b) Sachurteilsvoraussetzung und Begründetheit	81
c) Wirkung und Vollstreckung des Urteils	82
d) Vorläufiger Rechtsschutz	86
3. Prozessualer Aufbau einzelner Klagen	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
III. Klagen zur Durchsetzung von Vornahmepflichten in materiell-rechtlicher Entfaltung des Verwaltungsrechts	158
1. Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht	158
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
2. Materielle rechtliche Ansprüche auf Vornahme einer Verwaltungshandlung	175
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
D. Rechtsvergleichende Gesamtwürdigung	247
I. Überblick.....	247
II. Aspekte der gerichtlichen Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung - Eine rechtsvergleichende Bilanz	247
1. Gerichtliche Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung als prozessuale Problematik	247
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
2. Gerichtliche Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung in Wechselwirkung mit materiellem Verwaltungsrecht	262
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
3. Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung als Problem des Rechtsschutzes im gewaltenteilenden Rechtsstaat	271
a) Gewaltenteilung und Verwaltungsleistungsklage.....	271
b) Die Entscheidungsbefugnis des Gerichts im Lichte der Gewaltenteilung	274
III. Ergebnis	277
1. Rechtsvergleichende Schlußfolgerungen	277
2. Zur Ermöglichung einer Verwaltungsleistungsklage - Rechtspolitische Perspektiven	279
E. Abschließende Betrachtung	284
I. Zusammenfassung	284
II. Epilog	284
Literatur	286

Abkürzungsverzeichnis

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

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

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/Ronellenfisch
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

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

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 zufriedenzugeben¹. 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 müssen², 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 Teilhaberecht³ an der staatlichen Leistung⁴ oder um die

¹ 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.

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

³ 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.

⁴ 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 Staates⁵ 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.⁶

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 wird⁷.

Ebenso eine wesentliche Rolle übernimmt aber, wie es eben das BVerfG ausführt⁸, nach wie vor der verwaltungsrechtliche Rechtsschutz, bei dem es sich letztenendes um die effektive gerichtliche Durchsetzung der Ansprüche auf das Verwaltungshandeln⁹ 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.

⁵ 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.

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

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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 kann¹⁰. 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 ist¹¹.

"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."¹²

Die traditionelle Aufgabe der Gefahrenabwehr bekommt demnach eine neue Dimension, indem sie sich in gewissen Bereichen zu einer Leistungspflicht verdichtet¹³: Betrachtet man den Schutz vor Gefahren als Staatsaufgabe im Interesse der Allgemeinheit und des Einzelnen, dann drängt sich die Problematik Schutzpflicht-Schutzanspruch auf¹⁴. 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

¹⁰ 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].

¹¹ 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.

¹² AaO, S.136f.

¹³ 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.

¹⁴ 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].