

Das subjektive öffentliche Recht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Prof. Dr. Ingo Kraft*

Abstract: Das subjektive öffentliche Recht in der klassischen Definition Ottmar Bühlers¹ ist unter Druck geraten. Zum einen zwingt der EuGH mit seiner Instrumentalisierung des Individuums für die Durchsetzung des Unionsrechts zu einem Umdenken. Zum anderen hat auch das Bundesverfassungsgericht das subjektive Recht klassischer Provenienz weiterentwickelt. An dieser Stelle sollen die historische Entwicklung und die Rechtsprechung des BVerwG anlässlich seines 70-jährigen Bestehens nachgezeichnet werden.

A. Funktion und Bedeutung des subjektiv-öffentlichen Rechts

I. Initiativberechtigung für den Verwaltungsprozess

Nach der Systementscheidung des deutschen Gesetzgebers für den Individualrechtsschutz, wie er in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG als (Mindest-)Garantie festgeschrieben und in § 42 Abs. 2 sowie § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO einfachgesetzlich ausgestaltet ist, knüpfen die Eröffnung der gerichtlichen Sachprüfung sowie der Erfolg einer Klage grundsätzlich an (die Möglichkeit) eine(r) Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts an. Die auf Otto v. Sarwey² zurückzuführende, als „süddeutsche Lösung“ bezeichnete Systementscheidung für einen verwaltungsexternen Schutz subjektiver Rechte durch unabhängige Gerichte bildet – als Gegenpol zum preußischen Modell verwaltungsinterner objektiver Rechtskontrolle – mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung die Legitimationsquelle verwaltungsgerichtlicher Kontrolle. Neben das subjektive Recht als Schlüssel zur Rechtsschutzeröffnung sind umweltrechtliche Verbandsklagen getreten, die anerkannten Vereinigungen Klagemöglichkeiten unabhängig von einer Verletzung subjektiver Rechte ermöglichen;³ auf den

* Der Autor ist Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht, sowie Honorarprofessor für Verwaltungsrecht an der Universität Leipzig.

¹ *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 21, 224: Diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er aufgrund eines Rechtsgeschäfts oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf.

² *v. Sarwey*, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 73 ff.; vgl. dazu *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, passim.

³ Zu § 2 UmwRG vgl. BVerwGE 148, 155 Rn. 23: "... ist die Rolle der Umweltverbände die eines "Anwalts der Umwelt" (...), nicht hingegen die eines allzuständigen Sachwalters der Interessen der Allgemeinheit."

damit einhergehenden Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann hier nicht weiter eingegangen werden.⁴

II. Anspruchsfundierung und -ausgestaltung

Hinter der Klagebefugnis steht das materielle subjektiv-öffentliche Recht als Anspruchgrundlage: Ist es verletzt worden, begründet es einen (Folgen-)Beseitigungsanspruch, den § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO lediglich prozessrechtlich spiegelt.⁵ Zudem ist es Quelle von Amtshaftungsansprüchen; daher kann auch die Rechtsprechung der Zivilgerichte bei der Destillation subjektiv-öffentlicher Rechte von Bedeutung sein.⁶ Des Weiteren steuert das subjektive Recht die gerichtliche Kontrolldichte, da administrative Beurteilungsspielräume im materiellen Recht wurzeln und sich nicht aus dem Prozessrecht ergeben.⁷ Schließlich bestimmt es auch die gerichtliche Kontrollbreite; das zeigt sich insbesondere bei Nachbarklagen, bei denen sich das gerichtliche Prüfprogramm auf subjektivrechtlich relevante Vorschriften beschränkt.

III. Emanzipation vom aktionenrechtlichen Denken

Deshalb ist es Zeit für die finale Emanzipation des subjektiv-öffentlichen Rechts vom Prozessrecht, für eine Verabschiedung aktionenrechtlichen Denkens.⁸ Zwar greift die Verwaltung aufgrund der ihr in den Befugnisnormen eingeräumten Titulierungsbefugnis mit Erlass eines belastenden Verwaltungsakts in den status negativus des Betroffenen ein; das subjektive Recht wird dann als ein aus der Verletzung hervorgegangener Beseitigungsanspruch des Betroffenen konstruiert.⁹ In der Praxis kommt es auf das Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts erst dann an, wenn ein Verwaltungsakt wegen drohender Bestandskraft nur noch mit gerichtlicher Hilfe aus der Welt geschafft werden kann. Daraus resultiert die Gefahr einer Gleichsetzung des subjektiven Rechts mit der Klagbarkeit und damit des Rückfalls in aktionenrechtliches Denken.¹⁰

Demgegenüber viel klarer die Leistungskonstellation im status positivus: Hier ist das subjektiv-öffentliche Recht – parallel zum Zivilrecht – identisch mit dem materiellen Anspruch (z.B. § 1 BAföG). Die Anspruchsvoraussetzungen fokussieren auf den Berechtigten und es bedarf keiner Konstruktion aus der Negation der Handlungsbefugnisse der Verwaltung.

⁴ Dazu *Classen*, NJW 2016, 2621; *Gärditz*, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016; *Rennert*, DVBl. 2015, 793; *Wegener*, JZ 2016, 829.

⁵ *Weyreuther*, in: FS Menger, 1985, S. 681 (687).

⁶ BGHZ 86, 356 (362).

⁷ BVerfGE 15, 272 (282); 113, 273 (310); 129, 1 (21 f.).

⁸ A.A. *Buchheim*, Actio, Anspruch, subjektives Recht - Eine aktionenrechtliche Rekonstruktion des Verwaltungsrechts, 2017; vgl. dazu *Funke*, DV 52 (2019), 239; *Kraft*, BayVBl. 2018, 759. Radikaler Gegenentwurf dazu von *Fischer*, Die verwaltungsprozessuale Klage im Kraftfeld zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, 2011.

⁹ *Weyreuther*, in: FS Menger, S. 681 (687).

¹⁰ Da an den Universitäten im Öffentlichen Recht materielles Recht und Prozessrecht zusammen vermittelt werden, wird die Trennung von *ius* und *actio* von Studenten nicht in gleicher Selbstverständlichkeit wie im Zivilrecht erfahren.

Zudem wird nicht die Verwaltung, sondern der Rechtsinhaber initiativ; er verfolgt seinen auf Leistung gerichteten Anspruch.

IV. Differenzierung zwischen Norminhalt und Normqualität

Wesentlich ist die Erkenntnis, dass die Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Recht nicht den Norminhalt als Maßstab für das Verhalten der Verwaltung betrifft. Das Verwaltungshandeln (bzw. dessen aufsichtsbehördliche oder gerichtliche Beurteilung) bestimmt sich allein nach dem (objektivrechtlichen) Norminhalt und führt zu der Dichotomie rechtmäßig - rechtswidrig. Demgegenüber ist vor Gericht ein Rechtsverstoß nur eine notwendige, nicht bereits hinreichende Voraussetzung für den Erfolg. Vielmehr muss nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO mit dem objektiven Rechtsverstoß zugleich die Verletzung eines subjektiven Rechts verbunden sein (Rechtswidrigkeitszusammenhang).

Nur eine Teilmenge öffentlich-rechtlicher Vorschriften dient dem unmittelbaren Schutz des Individuums. Dazu gehören nach der Schutznormtheorie (s.u. C.) nur diejenigen Rechtsätze, aus deren individualisierenden Tatbestandsmerkmalen sich ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet. Die Abgrenzung von Vorschriften nach ihrer Normqualität dient der Beantwortung der Frage, ob sich das Individuum auf die Einhaltung der Norm zu berufen vermag.¹¹

Die von Behördenvertretern zu hörende Klage, die „Erfindung“ neuer subjektiver Rechte schränke die Verwaltung immer mehr ein, ist falsch und richtig zugleich: Dogmatisch gesehen trifft sie nicht zu; denn sie betrifft nicht die erste Voraussetzung des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, die Differenzierung rechtmäßig - rechtswidrig. Die gesetzlichen Beurteilungsmaßstäbe für das Verhalten der Verwaltung und damit der ihr vom Gesetz eröffnete Handlungsbereich bleiben unberührt.¹² Praktisch gesehen ist sie richtig; denn wo kein subjektives Recht, dort keine zulässige Klage und demzufolge kein Kläger mit Aussichten auf eine richterliche Sachentscheidung.

Norminhalt (= an die Exekutive adressiertes Steuerungsprogramm) und Normqualität (= objektiv- oder subjektivrechtlich) sind unterschiedliche Kategorien, auch wenn die erstere durch die Benennung individualisierender Tatbestandsmerkmale die letztere prägt. Die auf das Aufspüren potentieller subjektiver Rechte gerichtete Auslegung von Vorschriften ist die Domäne der Verwaltungsgerichte. Sie haben mangels Äußerungen des Normgebers zur Normqualität¹³ einen Interpretationsspielraum. Bei der Bestimmung subjektivrechtli-

¹¹ Zur Unterscheidung von Norminhalt und Normqualität: *Kraft*, *VerwArch.* 89 (1998), 264 (266); *ders.*, Die Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts nach deutschem Recht, in: Kluth/Rennert, *Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht - Klagebefugnis, In-camera-Verfahren, Rechtsmittelrecht*, 2008, S. 13 (16 ff.).

¹² BVerwGE 101, 364 (375 f.): „Der nachbarliche Drittschutz führt zu keiner Veränderung der Grundlagen und Maßstäbe für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Vorhaben. Er erlaubt nur, dass der Nachbar eine Verletzung objektiven Rechts geltend machen darf.“

¹³ Explizite Regelungen in § 2 Abs. 3 BauGB, § 3 Abs. 2 HGrG; partielle Drittschutzgewährung: § 5 Abs. 7 S. 3 BaWüBauO v. 08.08.1995, GBl. 1995, 617.

cher Gehalte einer Regelung trennen sie nicht immer zwischen norminterner und normexterner Wirkung der Grundrechte, d.h. zwischen „grundrechtsfreundlicher“¹⁴ und „verfassungskonformer“ Interpretation des einfachen Rechts. Dadurch werden Spielräume des einfachen Gesetzgebers bei der Schaffung subjektiver Rechte unterschlagen.

B. Geschichtliche Entwicklung

Die geschichtliche Entwicklung des subjektiv-öffentlichen Rechts spiegelt die Veränderung des Menschenbilds in der Moderne; sie ist Gradmesser für die Wertschätzung des Individuums aus der Perspektive der staatlichen Gemeinschaft.

I. Spätkonstitutionalismus

Ausgangspunkt ist der status subjectionis.¹⁵ Das Verhältnis des Individuums als Gewaltunterworfenem zum Staat war nur durch Pflichten geprägt (Subordination). Die Extremposition gipfelte in der Annahme, subjektive Rechte gegenüber dem Staat seien begrifflich undenkbar, weil der Landesherr als Souverän und Quelle der Rechtsordnung über dem Gesetz stehe und diesem nicht unterworfen sei.¹⁶ Programmatische Grund- oder Freiheitsrechte in den Landesverfassungen bedurften der Ausfüllung durch den Gesetzgeber. Selbst wenn sie über ihren objektivrechtlichen Gehalt hinaus als subjektive öffentliche Rechte angesehen wurden,¹⁷ konnten sie mangels Vorrangs der Verfassung nicht gegen den Gesetzgeber, sondern nur gegen die Verwaltung aktiviert werden.¹⁸

II. Weimarer Zeit

Die in der Weimarer Reichsverfassung niedergelegten Grundrechte wurden nach und nach als subjektiv-öffentliche Rechte verstanden, ja sogar als ihr Prototyp gedeutet.¹⁹ Demzufolge wurde der von der Verwaltungsrechtsprechung judizierte Anspruch auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe²⁰ als Freiheitsrecht aufgefasst und damit das bisher rein objektiv verstandene Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung subjektiviert.²¹ Unterhalb der Verfassung herrschte auf der Ebene des Verwaltungsrechts Kontinuität. Symptomatisch für eine Immunisierung des Verwaltungs- gegenüber dem Verfassungsrecht war Otto Mayers Bemerkung: „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht.“²² Aber immerhin: Das

¹⁴ So BVerfGE 96, 100 (115); BVerwGE 101, 364 (371).

¹⁵ Vgl. *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, Neudruck der 2. Aufl. Tübingen 1919 (Aalen 1964), S. 86.

¹⁶ So noch *Bornhak*, Preußisches Staatsrecht, Bd. I, 1888, S. 68 f.; *Giese*, Die Grundrechte, 1905, S. 57; zur Entwicklung *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 66 f.

¹⁷ Zum Streit über den subjektiv-rechtlichen Charakter der Grundrechte in der Staatsrechtslehre des Spätkonstitutionalismus *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 65 ff.

¹⁸ *Meyer*, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 4. Aufl. 1895, S. 687.

¹⁹ *Bühler*, Reichsverfassung, 3. Aufl. 1929, S. 121 f.

²⁰ *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1929, S. 197.

²¹ *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 100.

²² *Mayer*, Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. VI. Das Gegenstück dazu unter der Geltung des Grundgesetzes bildet der Ausspruch des dritten Präsidenten des BVerwG *Werner*: „Verwaltungsrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht.“ in DVBl. 1959, 527.

subjektive öffentliche Recht war dogmatisch etabliert und wurde in der verwaltungsgerichtlichen Alltagsarbeit auf den sich ausdifferenzierenden Teilbereichen des Verwaltungsrechts durchdekliniert.²³ Ein Fortschritt lag in der Aufweichung des Erfordernisses des „zwingenden Rechtssatzes“; denn mit Blick auf die sich entwickelnden Standards gerichtlicher Ermessenskontrolle wurde auch die Ermessensnorm als Quelle subjektiver Rechte anerkannt.²⁴ Die Basis des subjektiven Rechts wurde in der gesetzlichen Pflicht verortet, das Ermessen ohne Willkür und rechtsirrigte Erwägungen auszuüben.²⁵ Heute ist der Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch etabliert.²⁶

III. Nationalsozialismus

Es liegt auf der Hand, dass das subjektiv-öffentliche Recht im Nationalsozialismus verkümmerte. Diese als liberale Fehlentwicklung gebrandmarkte Vorstellung galt es abzuschaffen²⁷ oder zumindest im Sinne einer „volksgenössischen Rechtsstellung“ umzuwerten.²⁸ Die Anerkennung des Volkes „als oberster Wert“ enthielt zugleich die Absage an das „isolierte Individuum, das frei von völkischer Bindung nur seinen eigenen Interessen lebt.“²⁹ Konsequenterweise wurde eine Vermutung postuliert, nach der „dem Einzelwillen kein Rechtsanspruch gegeben ist.“³⁰ Und die Grundrechte? Sie gehörten nach Auffassung der nationalsozialistischen „Rechtserneuerer“ der Geschichte an.³¹

IV. DDR

Im Sozialismus galt die Auffassung, mit Bürgerrechten solle eine staatsfreie Sphäre gesichert werden, als Anachronismus. Denn der sozialistische Staat war das Machtinstrument der Werktätigen, die nicht vor der Staatsmacht abgeschirmt und geschützt werden mussten, die sie revolutionär geschaffen hatten und selbst ausübten. Grundrechte hatten als subjektive Rechte zwischen an der Grundrechtsrealisierung beteiligten Partnern eine Harmonisierungsfunktion, indem sie für die Interessenübereinstimmung zwischen Individuum und Gesellschaft wirken.³² Deshalb bestand keine allgemeine Befugnis der Gerichte der DDR –

²³ *Stolleis*, Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 376.

²⁴ *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 200 unter Verweis auf SächsOVG, Jhrb. 23 (1916), S. 332 ff. Zur Entwicklung *Schmidt*, Die Subjektivierung des Verwaltungsrechts, 2006, S. 66 ff., 100 f., 140 ff.

²⁵ *Bachof*, in: Gedächtnisschrift für Jellinek, 1955, S. 287 (295 f.). Heute: § 40 VwVfG.

²⁶ BVerwGE 11, 95 (97 f.); 37, 112 (113 f.); 51, 264 (267).

²⁷ *Maunz*, Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts, ZStW 96 (1936), 71 ff.

²⁸ *Huber*, Die Rechtsstellung des Volksgenossen, ZStW 96 (1936), 438 (446 f.); *Scheuner*, Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 82 (83, 85, 90).

²⁹ *Scheuner*, Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 82; vgl. auch *Larenz*, Rechts- und Staatsphilosophie, 1935, S. 165 f.

³⁰ *Laforet*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 60.

³¹ So *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 1.

³² *Poppe*, Grundrechte und Grundpflichten der Bürger der DDR, in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, Staatsrecht der DDR, 2. Aufl. 1984, Kap. 6, S. 176 (181). Zur sozialistischen Konzeption der Grundrechte der Freiheit nicht vom, sondern zum Staat: *Brunner*, Einführung in das Recht der DDR, 2. Aufl. 1979, S. 86 ff.

gesonderte Verwaltungsgerichte gab es nicht – , Inhalt und Folgen staatlicher Entscheidungen in Ausübung vollziehend-verfügender Tätigkeit auf ihre Gesetzlichkeit hin zu überprüfen.³³

V. Entwicklung unter dem Grundgesetz

Erst unter dem Grundgesetz kam das subjektiv-öffentliche Recht zur Blüte; jetzt wurde es auf eine tragfähige Basis gestellt.³⁴ Mit der Verfassungsouvertüre von Grundrechten als unmittelbar geltendem Recht und dem Bekenntnis zur Menschenwürde in Art. 1 GG hatte der Parlamentarische Rat in Reaktion auf die NS-Zeit deutliche Vorgaben für das Verhältnis Individuum - Staat gesetzt: Jetzt steht die unmittelbar verfassungsrechtlich garantierte Freiheit des Einzelnen im Vordergrund; von diesem abwehrrechtlich verstandenen Freiheitsstatus aus bestimmt sich das Grundverhältnis des Bürgers zum Staat. Die Freiheit ist der Ausgangspunkt, ihre Einschränkung die begründungsbedürftige und an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebundene Ausnahme.³⁵ Damit trägt die öffentliche Hand die Last der Legitimation für Grundrechtseingriffe.

1. Bipolares Verhältnis Staat - Individuum

Das konstruktive Verständnis des Öffentlichen Rechts aus der Idee individueller Freiheit lässt die Anerkennung des Einzelnen als Rechtssubjekt und Träger von gegen den Staat gerichteten Rechten geradezu als zwingend erscheinen. Infolge der Subjektivierung der Staat-Bürger-Beziehungen vermag das Individuum als Rechtsträger die Legitimation für Eingriffe in seine Grundrechte gegenüber der öffentlichen Hand infrage zu stellen. Das subjektiv-öffentliche Recht ist der Schlüssel zur gerichtlichen Kontrolle.

Das BVerfG knüpfte an die bereits in der Weimarer Zeit herrschende Auffassung an, nach der der Anspruch auf Unterlassung gesetzwidriger Eingriffe³⁶ als Freiheitsrecht verstanden und damit das bisher rein objektiv verstandene Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im bipolaren Verhältnis Staat - Individuum subjektiviert worden war.³⁷ Dieser Faden wurde in der Elfes-Entscheidung³⁸ aufgenommen und der Prüfungsrahmen gegen Einzelakte auf eine umfassende Inzidentkontrolle der Ermächtigungsgrundlage erstreckt. Die Untersuchung, ob die Norm zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, erstreckt sich auf materielles und formelles Verfassungsrecht.³⁹ Die nach diesem Ansatz jedenfalls in Art. 2 Abs. 1 GG notwendig enthaltene Freiheit vor unberechtigten staatlichen Eingriffen⁴⁰ gewährt dem Adressaten staatlicher Maßnahmen ein umfassendes subjektives öffentliches Recht als Beseitigungsanspruch für objektiv rechtswidrige Akte. Der von

³³ *Bernet*, Die Gewährleistung der Rechte der Bürger durch das Verwaltungsrecht, in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1988, Kap. 7.5, S. 183 (184 ff.) mit dem vorsichtigen Appell in Richtung auf eine „Erweiterung“ der gerichtlichen Nachprüfung von Verwaltungsentscheidungen.

³⁴ *Wahl* in: Schoch/Schneider, VwGO, Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 44.

³⁵ Vgl. *Lerche*, Übermaßverbot und Verfassungsrecht, 1961, S. 98 ff., 134 ff.; v. *Arnauld*, JZ 2000, 276 (278 f.).

³⁶ *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 197.

³⁷ *Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, S. 100.

³⁸ BVerfGE 6, 32 (36).

³⁹ BVerfGE 11, 105 (110); 29, 402 (408); 75, 108 (146, 149).

⁴⁰ BVerfGE 9, 83 (88); 19, 253 (257); 29, 402 (408); 33, 44 (48); 42, 20 (27).

§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO geforderte Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Rechtsverletzung ist in der bipolaren Konstellation grundsätzlich gegeben; das vertikale Verhältnis Staat - Bürger ist umfassend subjektiviert. Davon werden grundsätzlich auch Zuständigkeits-⁴¹ und Verfahrensregelungen erfasst, wenn diese dazu beitragen sollen, „die Ausübung von Staatsmacht gegenüber dem Kläger rechtsstaatlicher Rationalität zu unterwerfen.“⁴²

Keine Regel ohne Ausnahme: Manche verfahrensrechtlichen Anforderungen wie z.B. das vormalige Tatbestandsmerkmal „unverzüglich“ beim Asylwiderruf (§ 73 Abs. 1 S. 1 AsylVfG a.F.) dienen allein dem öffentlichen Interesse.⁴³ Auch das nach § 72 Abs. 4 S. 1 AufenthG erforderliche Einvernehmen der Staatsanwaltschaft bei der Ausweisung oder Abschiebung eines Ausländers, gegen den ein Ermittlungs- oder Strafverfahren läuft, wahrt allein das staatliche Strafverfolgungsinteresse.⁴⁴

2. Drittkonstellationen

Die unter dem Grundgesetz einsetzende Welle der Subjektivierung integrierte das Individuum auch als Dritten in Rechtsverhältnisse, anstatt es nur als faktisch Betroffenen anzusehen. Paradigmatisch wandelte sich die Rolle des Nachbarn im Baurecht vom bloßen Zuschauer zum Akteur im Verfahren und Verwaltungsprozess.⁴⁵ Das Verwaltungsrecht eilte hier dem Verfassungsrecht voraus; denn das BVerfG überwand die Beschränkung auf die rein staatsgerichtete Abwehrfunktion⁴⁶ der Grundrechte erst viel später mit der Entwicklung der Schutzpflichten.⁴⁷ Die das Nachbarrecht kennzeichnenden mehrpoligen Rechtsverhältnisse wurden auf verfassungsrechtlicher Ebene grundrechtsdogmatisch rezipiert, in der umweltrechtlichen Ausprägung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten unter Betonung des Grundrechtsschutzes durch Verfahren weiterentwickelt und an die Verwaltungsgerichte zurückgespielt. Darauf aufbauend war es nur noch ein kleiner Schritt bis zur Entdeckung des subjektiven Rechts auf gerechte Abwägung der eigenen Belange des Betroffenen sowohl im Planfeststellungsrecht⁴⁸ als auch im Bauleitplanungsrecht.⁴⁹

Nicht im Letzten geklärt ist das Zusammenwirken der Grundrechte und des einfachen Gesetzesrechts bei der Genese subjektiv-öffentlicher Rechte: Reicht es bereits aus, dass eine gesetzliche Regelung den Schutzbereich eines Grundrechts berührt,⁵⁰ oder wird es ausschließlich durch den einfachen Gesetzgeber vermittelt?⁵¹ Bedeutsam wird diese Kontroverse für die Frage, ob der einfache Gesetzgeber objektivrechtliche Regelungen zu schaffen

⁴¹ Vgl. BVerwG, InfAuslR 1997, 239.

⁴² Gerhardt in: Schoch/Schneider, VwGO, Vorb § 113 Erstbearbeitung Rn. 4.

⁴³ BVerwGE 124, 276 (291); 126, 243 Rn. 13.

⁴⁴ BVerwGE 106, 351 (356) zu der Vorläufervorschrift des § 64 Abs. 3 AuslG 1990.

⁴⁵ Dazu Kraft, VerwArch. 89 (1998), 264.

⁴⁶ Darauf beschränkt noch BVerfGE 1, 97 (104 f.).

⁴⁷ BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 89 (140); 53, 30 (57); 56, 54 (73).

⁴⁸ BVerwGE 48, 56; 67, 74 (75).

⁴⁹ BVerwGE 107, 215 (220 ff.); NVwZ 2001, 431 (432).

⁵⁰ Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der Verwaltung, 1991, S. 281 f.

⁵¹ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl. 2005, S. 37 ff.

vermag, die nicht zugleich potentiell drittschützend sind. Nach Rainer Wahl kommt das subjektiv-öffentliche Recht (nur) aus der Hand des einfachen Gesetzgebers, der aber bei der Entscheidung, eine rein objektivrechtliche Regelung subjektivrechtlich aufzuladen, an die prinzipienhaften Gehalte der Grundrechte gebunden sei.⁵²

Die Kritik, es sei rechtsstaatlich unbefriedigend, dass der Bestand subjektiver Rechte vom Willen des Gesetzgebers abhängig sei, lässt sich nicht von der Hand weisen. Nachdem das Grundgesetz die Grundrechte als unmittelbar geltende subjektiv-öffentliche Rechte bereits installiert hat, wiegt der Einwand aber nicht schwer. Auf der Ebene des einfachen Rechts entspricht es der Rechtsprechung z.B. zu Art. 14 GG, dass sich der Regelungsauftrag des Gesetzgebers zum Interessenausgleich nicht auf den Norminhalt beschränkt, sondern auch die Schaffung eines ausbalancierten Systems subjektiver Rechte mit umfasst. Zwar muss nicht in jeder Hinsicht Nachbarschutz vorgesehen werden, aber ein subjektive Nachbarrechte völlig negierendes Bodenrecht wäre nicht verfassungsgemäß.⁵³

VI. Notwendige Bedingungen für die Existenz subjektiv-öffentlicher Rechte

Lässt man die geschichtliche Entwicklung Revue passieren, setzt das subjektiv-öffentliche Recht heutiger Prägung die Existenz des gewaltenteilenden Rechtsstaats voraus. Ohne Bindung von Herrschaftsmacht an das Recht und die Möglichkeit der Durchsetzung durch Gerichte sind subjektive öffentliche Rechte undenkbar. Des Weiteren muss das Individuum als Träger nicht nur von Pflichten, sondern auch von Rechten gegenüber dem Staat anerkannt sein. Nur dann lassen sich wechselseitige Rechtsverhältnisse vorstellen, in die subjektiv-öffentliche Rechte eingebettet sind.

C. Schutznormtheorie

Wenn der Gesetzgeber darüber befindet, unter welchen Voraussetzungen dem Bürger ein Recht zusteht und welchen Inhalt es haben soll,⁵⁴ er aber zumeist keine expliziten Aussagen zur Normqualität trifft, obliegt den Gerichten die Interpretationsarbeit anhand der Schutznormtheorie. Das BVerwG hat diese wie folgt formuliert:

„Subjektive Rechte [...] sind gegeben, wenn der betreffende Rechtssatz nicht nur öffentlichen Interessen, sondern - zumindest auch - Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Insoweit bedarf es unter Umständen einer Differenzierung von Tatbestandsmerkmal zu Tatbestandsmerkmal.“⁵⁵ „Worauf es ankommt ist, dass sich aus individualisierenden Tatbestandsmerkmalen der Norm ein Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet.“⁵⁶

⁵² Wahl, DVBl. 1996, 641 (642).

⁵³ Vgl. BVerwGE 101, 364 (372 und 375).

⁵⁴ BVerfGE 116, 1 (11 f.).

⁵⁵ BVerwGE 52, 122 (128); 81, 329 (334).

⁵⁶ BVerwG, DVBl. 1987, 476 (477) in Abkehr von der engeren Formel, dass die Norm einen bestimmten, abgrenzbaren und überschaubaren Personenkreis von Berechtigten klar erkennen lassen müsse (so noch BVerwGE 27, 29 (32 f.)); dem folgend BVerwGE 94, 151 (158); 117, 93 (99).

Fehlt – wie zumeist – eine ausdrückliche Regelung zum ob und der Reichweite des intendierten Schutzes, kann die Normqualität nur durch Auslegung von Sinn und Zweck der Vorschrift festgestellt werden.⁵⁷ Der Normgeber entscheidet – bewusst oder konkludent – auch über die Rechtsqualität der Vorschrift; der Richter hat die (subsidiäre) Auslegungskompetenz. Führen die gängigen Interpretationsregeln nicht weiter, kaschiert der Richter seine in Wahrheit rechtsgestaltende Entscheidung über die subjektivrechtliche Aufladung einer Norm zumeist hinter grundrechtlichen Erwägungen.⁵⁸

Für die Abgrenzung zwischen faktischem Rechtsreflex und normativ intendiertem Schutz wurden Kriterien zuerst im Bodenrecht entwickelt. Der sechste Präsident des BVerwG Horst Sendler⁵⁹ hat durch eine generalisierende Analyse der gegenseitigen Interessenlagen von Grundeigentümern in einem Plangebiet von der meist unergiebigsten Auslegung einzelner Festsetzungen auf eine typisierende Betrachtung abgestellt: Die interdependenten und daher störungsanfälligen Nutzungsrechte benachbarter Grundstücke stellen ein planerisches Austauschverhältnis zwischen den planbetroffenen Grundeigentümern her, das grundsätzlich Drittschutz für Festsetzungen der Art der baulichen Nutzung fordere. Nach Rüdiger Breuer sind subjektiv-öffentliche Nachbarechte bei Vorschriften anzuerkennen, die den nachbarlichen Interessenkonflikt durch Postulate der Zuordnung, Verträglichkeit und Abstimmung benachbarter Nutzungen regeln und zu einem Ausgleich bringen.⁶⁰ Matthias Schmidt-Preuß stellt darauf ab, ob eine Ordnungsnorm die kollidierenden Privatinteressen derart in ein normatives Konfliktschlichtungsprogramm einordnet, sodass die Verwirklichung des Interesses des einen Privaten notwendig auf Kosten des anderen geht.⁶¹

Diese Kriterien finden sich auch in der Rechtsprechung wieder.⁶² Die Ableitung baurechtlichen Nachbarschutzes aus dem Gedanken des „wechselseitigen Austauschverhältnisses“⁶³ der planbetroffenen Grundeigentümer und deren Verbindung zu einer „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“⁶⁴ sowie der Verweis auf das „nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis“⁶⁵ belegen, dass es für die Frage der Subjektivierung auf die einfachrechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen den Privaten ankommt.

D. Drei neuere Entscheidungen

I. Regulierungsrecht

In einer Entscheidung zum telekommunikationsrechtlichen Regulierungsrecht hatte der 6. Senat des BVerwG die Existenz subjektiver Rechte reiner Diensteanbieter, d.h. Unternehmen ohne eigenes Funknetz, hinsichtlich der Ausgestaltung der Vergabebedingungen

⁵⁷ BVerwG, DVBl. 1987, 476 (477).

⁵⁸ Wahl, DVBl. 1996, 641 (648 f.).

⁵⁹ Sendler, BauR 1970, 4 (5 ff.).

⁶⁰ Breuer, DVBl. 1983, 431 (437).

⁶¹ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, S. 247 f.

⁶² BVerwGE 101, 364 (371 f., 374 ff.).

⁶³ BVerwGE 162, 363 Rn. 14 f., 20 f.

⁶⁴ BVerwGE 94, 151 (155).

⁶⁵ BVerwGE 78, 85 (89); 101, 364 (374).

der 5G-Frequenzversteigerung durch die Bundesnetzagentur⁶⁶ zu untersuchen. Gestritten wurde darum, ob den Frequenzerwerbern zugunsten der Diensteanbieter nur ein reines Verhandlungsgebot oder aber – wie bisher – ein Kontrahierungszwang aufzuerlegen war. Das Verwaltungsgericht hatte die Klage der Diensteanbieter durch Prozessurteil abgewiesen. Der Senat hat die Ermächtigungsgrundlage für Vergabebedingungen (§ 61 Abs. 3 S. 2 TKG 2004) als drittschützende Norm auch für nicht an der Frequenzversteigerung teilnehmende Diensteanbieter interpretiert und diese deshalb als klagebefugt angesehen.⁶⁷ Aus dem Befund, dass der nationale und der Unionsgesetzgeber die Diensteanbieter im Kontext effizienter Nutzung der Frequenzen als Personengruppe explizit erwähnen und ihr Geschäftsmodell mit Blick auf die Wettbewerbsförderung als legitim anerkennen, hat der Senat auf deren subjektivrechtliche Stellung geschlossen. Auch in unionsrechtlich geprägten Bereichen lässt sich mit der klassischen Schutznormtheorie gut arbeiten.

II. Subjektive Rechte von Umweltvereinigungen?

Der 7. Senat hat anerkannten Umweltverbänden eigene subjektive Rechte i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO auf Fortschreibung von Luftreinhalteplänen aus § 47 Abs. 1 BImSchG zuerkannt.⁶⁸ In der Differenzierung zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 9 Abs. 2 und 3 der Aarhus-Konvention⁶⁹ hatte der EuGH entschieden, dass Art. 9 Abs. 3 AK im Unionsrecht keine unmittelbare Wirkung äußere. Nationale Gerichte hätten jedoch ihr Verfahrensrecht in Bezug auf die Voraussetzungen für die Einleitung u.a. eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens soweit wie möglich im Einklang sowohl mit den Zielen von Art. 9 Abs. 3 AK als auch mit dem Ziel eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte auszulegen, um es anerkannten Umweltverbänden zu ermöglichen, eine möglicherweise in Widerspruch zu unionalem Umweltrecht stehende Verwaltungsentscheidung anzufechten.⁷⁰

Hier geht es nicht um eine Kritik des Entscheidungsergebnisses, sondern dessen dogmatisch-konstruktive Umsetzung. Deshalb wird die Prämisse des 7. Senats zugrunde gelegt, dass die Signatarstaaten bindende *ob* einer umweltrechtlichen Verbandsklage sei im Anwendungsbereich der 3. Säule der Aarhus-Konvention bereits vorgegeben, so dass sich der in der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wurzelnde Ausgestaltungsspielraum nur auf das *wie* reduziere.⁷¹ Nachdem der deutsche Gesetzgeber diese Prämisse nicht geteilt, sondern einen Änderungsbedarf im nationalen Recht ausdrücklich abgelehnt hat,⁷² hätte entweder die Konstatierung eines völkerrechtlichen Umsetzungsdefizits oder aber eine ana-

⁶⁶ Dabei handelt es sich um eine adressatenlose Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 1. Alt. VwVfG, die sich an einen noch unbestimmten, aber bestimmbareren Personenkreis richtet: BVerwGE 140, 221 Rn. 51; NVwZ 2020, 1672 Rn. 51.

⁶⁷ BVerwGE 174, 1.

⁶⁸ BVerwGE 147, 312.

⁶⁹ Übereinkommen v. 25.06.1998 über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten (Aarhus-Übereinkommen - Aarhus-Konvention - AK), umgesetzt durch Gesetz, BGBl. II 2006, S. 1251.

⁷⁰ EuGH, C-240/09, [ECLI:EU:C:2011:125](#), Rn. 45 ff. (Slowakischer Braunbär).

⁷¹ BVerwGE 147, 312 Rn. 35.

⁷² BT-Drucks. 16/2497, S. 42 und 46.

loge Anwendung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes näher gelegen. Die Lösung des 7. Senats negiert die in der Individualität und dem Personsein des Menschen als Rechtssubjekt liegende Wurzel subjektiver Rechte. Konsequenterweise hätte man zur Wahrung der Systementscheidung zwischen Verletzten- und Interessentenklage eine altruistische prokuratorische Verbandsklage anerkannter Umweltverbände installieren müssen,⁷³ ggf. in richterrechtlicher Notkompetenz.⁷⁴

III. Schutzpflicht

Das BVerwG hatte über eine gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete, auf Unterbindung der Nutzung der Air Base Ramstein durch die USA für Einsätze von bewaffneten Drohnen im Jemen zielende Klage jemenitischer Staatsangehöriger zu entscheiden.⁷⁵ Zuvor hatte das BVerfG – in einem obiter dictum – eine Verpflichtung des deutschen Staates aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht ausgeschlossen, im Ausland lebende Ausländer davor zu schützen, dass ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit vom deutschen Staatsgebiet aus durch einen Drittstaat in völkerrechtswidriger Weise beeinträchtigt wird.⁷⁶ In seinem Klimaschutz-Beschluss⁷⁷ hat das BVerfG diesen Ansatz erneut aufgegriffen und ausgeführt, auch die in Bangladesch und Nepal lebenden Beschwerdeführer seien beschwerdebefugt. Der 6. Senat hat deshalb die Klagebefugnis der im Jemen wohnenden Kläger im Hinblick auf einen möglicherweise bestehenden Schutzanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bejaht.⁷⁸

E. Schluss

Die Entgrenzung subjektiver Rechte durch Ablösung aus dem Band, das Staat und Staatsbürger (sowie Gebietsbewohner) durch wechselseitige Rechtsverhältnisse verbindet, führt zu einer weiteren Asymmetrie von Rechten und Pflichten. Man mag dies bei aktiver Ausübung von Hoheitsgewalt durch den deutschen Staat im Wege finaler Eingriffsakte auf fremdem Territorium (z.B. Bundeswehreinätze) für angemessen halten. Aber mit Blick auf die Grundrechtsdimension staatlicher Schutzpflichten ist dieser Ansatz verfehlt. Denn die Annahme einer Grundrechtsbindung des deutschen Staates gegenüber im Ausland lebenden Ausländern auch bei staatlichem (Nicht-)handeln drängt nicht nur außenpolitische Handlungsspielräume der Regierung durch Verrechtlichung und Subjektivierung zurück. Sie reißt das subjektive Recht aus seiner Einbettung in ein System gegenseitiger Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Bürger (bzw. Bewohner) heraus. Anknüpfend an Georg Jellinek: Ein status positivus ohne korrespondierende Rechtspflichten – das wäre ein verstörendes Ergebnis.

⁷³ Rennert, DVBl. 2015, 793 (796).

⁷⁴ Berkemann, DVBl. 2013, 1137 (1147 f.).

⁷⁵ Eine ähnliche Klage eines Anwohners der Airbase Ramstein hatte das BVerwG mangels subjektiver Rechte als unzulässig abgewiesen: BVerwGE 154, 328.

⁷⁶ BVerfGE 154, 152 Rn. 88 ff., 104.

⁷⁷ BVerfGE 157, 30 Rn. 101, 173 ff.

⁷⁸ BVerwGE 170, 345 Rn. 34.