

Die Veröffentlichung des Werkes

„Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte“
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 107

Der Abwehranspruch gegen
rechtswidrige hoheitliche Realakte

Von

Dr. Michael Hoffmann



M 8
H 3

UNCKER & HUBLLOT / BERLIN

Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

MS

H 3¹

MICHAEL HOFFMANN

Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

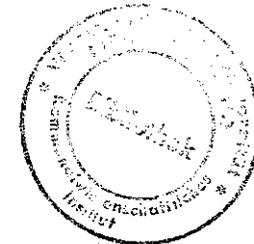
Schriften zum öffentlichen Recht

Band 107

Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

Von

Dr. Michael Hoffmann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

72 K 31 / 525

Meinen Eltern

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei F. Zimmermann & Co., Berlin 30
Printed in Germany

Vorwort

Im Sommersemester 1968 lag diese Arbeit der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Dissertation vor. Nach dem 1. Mai 1968 erschienene Aufsätze und Monographien sind nur noch in den Fußnoten berücksichtigt worden. Das gilt auch für das Gutachten, die Referate und die Diskussion der öffentlich-rechtlichen Abteilung des 47. Deutschen Juristentages über eine gesetzliche Regelung der Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, die keine wesentlichen Änderungen der Untersuchung notwendig machten, sondern im Gegenteil in der Bestimmung des derzeit geltenden Rechts zu weitgehend übereinstimmenden Auffassungen gelangten.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Hans J. Wolff, bin ich für die sorgfältige Betreuung meiner Dissertation, für zahlreiche Anregungen zu einzelnen Aspekten des Themas und nicht zuletzt für wertvolle Belehrungen zur Methodik wissenschaftlichen Arbeitens sehr zu Dank verpflichtet. Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum öffentlichen Recht“.

Münster, im April 1969

Michael Hoffmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
-------------------------	----

Erstes Kapitel

Der hoheitliche Realakt 15

§ 1. Abgrenzung des hoheitlichen Realakts vom privatrechtlich zu beurteilenden Realakt der Verwaltung	16
§ 2. Abgrenzung des hoheitlichen Realakts vom Verwaltungsakt	18

Zweites Kapitel

Die Grundlage eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte 24

§ 3. Die Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG	24
§ 4. Der „Folgenbeseitigungsanspruch“ als Modell eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte	27
§ 5. Der öffentlichrechtliche Abwehrenspruch in Analogie zum privatrechtlichen Beseitigungsanspruch bei schuldlosen Rechtsverletzungen 30	
I. Zulässigkeit der analogen Anwendung von Privatrechtssätzen im öffentlichen Recht	31
II. Zulässigkeit einer Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB	33
§ 6. Die Begründung des Abwehrenspruchs aus Art. 19 Abs. 4 GG und den Vorschriften über die Anfechtungsklage	37
§ 7. Der öffentlichrechtliche Wiedergutmachungsanspruch nach Menger ..	39
§ 8. Das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) als Grundlage eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidriges Hoheitshandeln	42

I. Abwehrenspruch des rechtswidrig belasteten Bürgers auf Grund von Art. 20 Abs. 3 GG — Erste Begründung —	45
II. Abwehrenspruch des rechtswidrig belasteten Bürgers auf Grund von Art. 20 Abs. 3 GG — Zweite Begründung —	46
1. Voraussetzungen und Arten der subjektiven öffentlichen Rechte	47
2. Das subjektive öffentliche Recht auf Freiheit von rechtswidrigen hoheitlichen Belastungen	50
§ 9. Der Abwehrenspruch auf Grund rechtswidriger Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts des Bürgers	64
I. Begründung des Abwehrenspruchs aus dem Wesen des verletzten Rechts	65
II. Begründung des Abwehrenspruchs mit Hilfe eines besonderen Rechtsgrundsatzes	72
<i>Drittes Kapitel</i>	
Der Umfang des Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte	
§ 10. Der Umfang des privatrechtlichen Beseitigungsanspruchs bei schuldlosen Rechtsverletzungen	80
§ 11. Der Umfang des Abwehrenspruchs bei hoheitlichen Rechtsverletzungen	83
I. Unterschiedliche Reaktion auf Rechtsverletzungen durch hoheitliches und durch privates Handeln	84
II. Der Anspruch auf Aufhebung und Folgenbeseitigung bei rechtsverletzenden Verwaltungsakten	88
III. Der Beseitigungsanspruch bei rechtsverletzenden hoheitlichen Realakten	95
Literaturverzeichnis	99

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	an angegebenem Ort
Anm.	Anmerkung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Jahr, Seite)
a. M.	anderer Meinung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band, Jahr, Seite)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Jahr, Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
BBauG	Bundesbaugesetz v. 23. Juni 1960 (SaBl. 1387)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BVerfGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
BVwVG	(Bundes-) Verwaltungsvollstreckungsgesetz v. 27. April 1953 (SaBl. 419)
Diss. jur.	Juristische Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr, Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
Fn.	Fußnote
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1949
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
i. V. m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
Nordrh.-Westf.	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersonenbeförderungsgG	(Bundes-) Personenbeförderungsgesetz v. 21. März 1961 (SaBl. 481)
Preuß.	preußisch
Rn.	Randnummer
Recht	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Jahr, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt (Jahr, Seite)
SaBl.	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder
s.	siehe
sog.	sogenannt
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Spalte)
u. a.	unter anderen
Urt.	Urteil
vgl.	vergleiche
VVDStrL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Heft, Seite)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv (Band, Jahr, Seite)
VwGO	(Bundes-)Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. Januar 1960 (SaBl. 173)
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Band, Seite)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (Jahr, Seite)
Ziegler-Tremel	Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern. Sammlung bayerischer Gesetze und Verordnungen, begründet von Georg Ziegler, hrsg. v. Paul Tremel, 10. Aufl., München 1964
ZPO	Zivilprozeßordnung v. 1877 in der Fassung v. 12. September 1950 (SaBl. 306)
z. B.	zum Beispiel

Einleitung

Nachdem der Verwaltungsakt als „klassische“ Handlungsform der öffentlichen Verwaltung lange Zeit die wissenschaftliche Diskussion im Verwaltungsrecht beherrscht hat, finden heute auch die übrigen Formen des konkreten hoheitlichen Verwaltungshandelns immer mehr Beachtung. Zu diesen Handlungsformen, die Walter *Jellinek* mit der Bezeichnung „schlichte Hoheitsverwaltung“ von dem „obrigkeitlichen“ Verwaltungsakt abheben wollte¹, gehören neben dem verwaltungsrechtlichen Vertrag zwischen Verwaltung und Bürger vor allem die hoheitlichen Realakte oder „tatschengestaltenden“ Verwaltungshandlungen², denen die vorliegende Untersuchung gewidmet ist.

Der hoheitliche Realakt soll aber nur unter dem besonderen Aspekt eines Abwehranspruchs des betroffenen Bürgers³ gegenüber rechtswidrigem konkretem Verwaltungshandeln behandelt werden. Dabei wird die Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns vorausgesetzt und auf eine Erörterung der Kriterien der Rechtmäßigkeit eines hoheitlichen Realaktes verzichtet. Die Untersuchung soll außerdem auf mögliche Restitutions- im Gegensatz zu Kompensationsansprüchen beschränkt bleiben. Der gesamte Bereich des Schadensausgleichs durch Wertersatz wird also ausgespart, da anderenfalls auch die Entschädigungsansprüche aus Enteignung und Aufopferung zu untersuchen wären, die nicht auf der Rechtswidrigkeit des Verwaltungshandelns beruhen. Schließlich soll die prozessuale Durchsetzbarkeit eines materiell-rechtlichen Abwehranspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte nicht mehr erörtert werden; mit der Anerkennung einer allgemeinen Leistungsklage im System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist jedenfalls die Frage nach der passenden Klageart bereits beantwortet⁴.

Die Problemstellung der Untersuchung läßt sich demnach so formulieren: Besitzt der Bürger, der durch einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt betroffen ist, einen auf Naturalabwehr gerichteten Anspruch gegen den betreffenden Träger öffentlicher Verwaltung? Woraus läßt

¹ Verwaltungsrecht, S. 21; ebenso *Wolff* I, § 23 III, S. 101.

² Diesen recht plastischen Begriff verwendet *Stich*: JuS 1964, 381 (385).

³ Mit dem vor allem in der Rechtsprechung gebräuchlichen Ausdruck „Bürger“ sollen über den natürlichen Wortsinn hinaus alle Personen erfaßt werden, die hoheitlicher Gewalt unterworfen sind, also auch Ausländer und juristische Personen des Privatrechts.

⁴ Nachweise bei *Wolff* III, § 172 II, S. 397.

sich ein solcher Anspruch herleiten und wie ist sein Umfang zu bestimmen?

In einem einleitenden *Ersten Kapitel* ist dazu zunächst der Begriff des hoheitlichen Realaktes zu klären und sowohl gegenüber dem Verwaltungsakt als auch dem privaten Realakt abzugrenzen. Das *Zweite Kapitel* ist der Suche nach der dogmatischen Grundlage eines materiell-rechtlichen Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte gewidmet, wobei die Begründung eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige belastende Verwaltungsakte nicht unberücksichtigt bleiben kann. Im abschließenden *Dritten Kapitel* soll der Umfang des gesuchten Anspruchs bestimmt werden, was wiederum nicht ohne einen Blick auf die Abwehr von Belastungen durch rechtswidrige Verwaltungsakte geschehen kann.

Erstes Kapitel

Der hoheitliche Realakt

Die Frage nach einem Abwehrenspruch bei rechtswidrigen hoheitlichen Realakten verlangt, daß man sich zuvor über den Begriff des hoheitlichen Realakts als Form des hoheitlichen Verwaltungshandelns Klarheit verschafft hat.

Das Attribut „hoheitlich“ soll besagen, daß das betreffende Verwaltungshandeln nach öffentlichem und nicht nach privatem Recht erfolgt und zu beurteilen ist¹. Das verbietet aber nicht, die in der Privatrechtslehre übliche Bestimmung des Begriffs des Realakts auch für den hoheitlichen Realakt zu verwenden. Denn solche rechtlichen Grundbegriffe wie der des Realakts sind keine spezifisch privatrechtlichen Begriffe, wenn auch das System der rechtserheblichen Handlungen zuerst in den Lehrbüchern des Privatrechts ausgebildet und begrifflich präzisiert worden ist. Sie gehören im Grunde in den Bereich einer sowohl für das private wie für das öffentliche Recht grundlegenden Allgemeinen Rechtslehre².

Nach der herkömmlichen Definition sind Realakte — auch „Tathandlungen“ genannt — dadurch gekennzeichnet, daß sie unmittelbar nur einen tatsächlichen Erfolg herbeiführen, der Bedingung für eine rechtliche Folge sein kann³. Sie sind also im Gegensatz zu den rechtsgeschäftlichen Erklärungen nicht final auf die Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtet. Wenn sie Rechtsfolgen auslösen, so geschieht dies unabhängig von einer darauf gerichteten Erklärung.

Die Lehrbücher und Kommentare des Privatrechts zählen zu den Realakten zum Beispiel Geräusch- und Geruchsimmissionen, Besitzkehr und Vermischung. Auch die ehrbeeinträchtigenden Behauptungen sowohl im privaten wie im hoheitlichen Bereich lassen sich den Realakten zurechnen, da die Ehrbeeinträchtigung unabhängig davon eintritt, ob die Er-

¹ Zu dieser Terminologie W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, S. 20—24; Wolff I, § 23 III, S. 101 und § 36 II c 3, S. 222. Anders Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht I*, S. 53 und Mallmann: *VVDStrL* 19, 165 f., die nur beim Erlaß von Verwaltungsakten von hoheitlichem Verwaltungshandeln sprechen.

² Vgl. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe*, S. 206—210; s. auch Wolff I, § 36 II, S. 221.

³ Danckelmann: *Palandt*, BGB, Überblick vor § 104; Lehmann-Hübner, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 38, S. 336 ff.; Flume, *Das Rechtsgeschäft*, § 9, S. 104 ff.

klärung final gerade auf diese Rechtsfolge gerichtet war⁴. Viele Realakte der öffentlichen Verwaltung kann man als technische Verrichtungen näher kennzeichnen, wie zum Beispiel die Anlegung von Wegen durch Gemeindearbeiter, die Zustellung von Briefen durch den Postboten, die gemeindliche Müllabfuhr und die Lieferung von Gas, Wasser und Strom⁵. Besonders bei diesen technischen Verrichtungen der Verwaltung kann die Abgrenzung von hoheitlichen und privatrechtlichen Realakten problematisch werden, auf die deshalb im folgenden näher eingegangen werden soll. Bei anderen unzweifelhaft hoheitlichen Verwaltungshandlungen wie zum Beispiel den Durchführungshandlungen im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung und den Handlungen zur Erfüllung verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse geht es darum, die hoheitlichen Realakte von den Verwaltungsakten zu unterscheiden. Dieser Frage werden wir uns im Anschluß an die Abgrenzung von hoheitlichen und privatrechtlichen Realakten der Verwaltung zuwenden.

§ 1. Abgrenzung des hoheitlichen Realakts vom privatrechtlich zu beurteilenden Realakt der öffentlichen Verwaltung

Eine grundsätzliche Erörterung der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht würde über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgehen¹. Wir müssen uns daher mit dem Versuch begnügen, einige Aspekte der besonderen rechtlichen Situation bei Realakten der öffentlichen Verwaltung zu verdeutlichen.

Nach allgemeiner Meinung ist es der Verwaltung weitgehend freigestellt, ob sie sich privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Rechtsformen bedient bei der Erfüllung von Aufgaben, die ihr in zweifelsfrei dem öffentlichen Recht angehörenden Rechtssätzen aufgetragen sind². Diese Gestaltungsfreiheit bezieht sich zunächst auf die Rechtsform des

⁴ Im Ergebnis ebenso *Danckelmann* aaO; BGH, Urt. v. 18. 1. 1952, I ZR 87/51: NJW 1952, 417; *Wolff* I, § 36 II b 1, S. 221.

⁵ Vgl. *Wolff* I, § 45 II a, S. 291, der die Realakte der Verwaltung in vier Gruppen systematisiert: 1. Verrichtungen, 2. Durchführungshandlungen, 3. nicht bindende Auskünfte und 4. Berichte, Gutachten und Untersuchungsergebnisse ohne Bindungswirkung im Verkehr von Behörden untereinander. Weitere Beispiele bei *Stich*: JuS 1964, 381 (385) und *Thieme*: Festschrift für Schack, S. 157 (158).

¹ Dazu *Wolff* I, § 22, S. 91, zugleich mit einem Überblick über die verschiedenen Meinungen.

² BVerwG, Urt. v. 31. 8. 1961, VIII C 6/60: BVerwGE 13, 47 (54); BGH, Urt. v. 15. 6. 1967, III ZR 23/65: NJW 1967, 1857; *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 6. und 7. Kapitel, insbes. S. 312; *Wolff* I, § 23 I a, II b, S. 96, 99 und *Wolff* II, § 99 V, S. 326. Selbstverständlich gilt das nur, soweit die Aufgabe in privatrechtlichen Formen zumindest ebensogut erfüllt werden kann und die betreffenden Gesetze kein hoheitliches Handeln vorschreiben.

Rechtssubjekts, das die Aufgabe für den Träger öffentlicher Verwaltung erledigen soll. Zum Beispiel können die Gemeinden ihre Versorgungseinrichtungen sowohl als öffentlichrechtliche Anstalten — sogenannte Eigenbetriebe — als auch privatrechtlich in der Form von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung etc. organisieren. Entscheidet sich der Träger öffentlicher Verwaltung für eine öffentlichrechtliche Organisationsform, so ist seine Freiheit der Wahl zwischen öffentlichem und privatem Recht damit noch nicht erschöpft. Es bleibt ihm auch dann noch die Möglichkeit, das Leistungsverhältnis privatrechtlich auszugestalten und mit den Benutzern privatrechtliche Verträge abzuschließen. Realakte der Verwaltung im Rahmen derartiger privatrechtlicher Leistungsverhältnisse gehören entsprechend der Begründung des Rechtsverhältnisses dem privaten und nicht dem öffentlichen Recht an³. Ist das Leistungsverhältnis dagegen öffentlichrechtlich ausgestaltet, so sind auch die tatsächlichen Leistungshandlungen der Verwaltung als hoheitliche Realakte anzusehen⁴.

Damit ist das Problem der Abgrenzung von hoheitlichen und privatrechtlichen Realakten der Verwaltung aber nur für einen Teilbereich gelöst. Bei einem Großteil der Realakte öffentlichrechtlich organisierter Verwaltungsorgane fehlt es nämlich an einer vorgelagerten Entscheidung über die Wahl der öffentlichen oder privaten Rechtsform⁵. Wenn zum Beispiel ein Gemeindearbeiter Bänke im Stadtpark aufstellt oder die Feuerwehr einen Brand löscht, so erfolgen diese Maßnahmen nicht innerhalb eines entweder durch öffentlichrechtliche oder durch privatrechtliche Erklärung begründeten besonderen Rechtsverhältnisses zwischen Bürger und Verwaltung. Selbst wenn man auch noch in diesen Fällen der Verwaltung das Recht zuerkennen will, durch einseitige Erklärung über den privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Charakter der Realakte zu entscheiden, so wird es doch in aller Regel an einer dahingehenden Erklärung fehlen⁶. Es bleibt dann nichts anderes, als auf die öffentlich-

³ Insoweit zutreffend BGH, Urt. v. 18. 3. 1964, V ZR 44/62: BGHZ 41, 246 m. abl. Bespr. v. *Ule/Fittschen*: JZ 1965, 315, wenn er die Immissionen einer Kirchengemeinde auf einer von der Gemeinde privatrechtlich zur Nutzung überlassenen „öffentlichen Freifläche“ als privatrechtlich ansieht. Es ist allerdings fraglich, ob die Immissionen überhaupt der Gemeinde zugerechnet werden könnten.

⁴ In diesem Sinn zum Beispiel BGH, Urt. v. 26. 5. 1961, I ZR 177/60: DVBl. 1962, 102. — Das öffentlichrechtliche Leistungsverhältnis muß man wohl als Vertragsverhältnis begreifen. Zweifelhaft ist nur, ob dem verwaltungsrechtlichen Vertrag notwendig noch eine einseitige hoheitliche Zulassung zur Anstaltsbenutzung vorangehen muß; so *Wolff* II, § 99 III, V, S. 316, 326, anders *Rüfner*, aaO, S. 312 ff.

⁵ Vgl. *W. Martens*: Festschrift für Schack, S. 85 (88).

⁶ In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des BGH zur Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Straßen von Interesse. Der BGH ist in ständiger Rechtsprechung der Auffassung, daß tatsächliche Maßnahmen der Verwaltung zur Erhaltung der Verkehrssicherung nur dann dem hoheitlichen Be-

rechtliche Organisationsform und die öffentlichrechtliche Aufgabenbestimmung zurückzugreifen und von hierher auch den Realakt dem öffentlichen Recht zu unterstellen⁷.

Das führt uns zu dem *Ergebnis*, daß alle Realakte der öffentlichrechtlich organisierten Verwaltung, die im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichrechtlich bestimmten Aufgabe und nicht im Rahmen eines durch besondere Erklärung privatrechtlich ausgestalteten Rechtsverhältnisses vorgenommen werden, dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind.

§ 2. Abgrenzung des hoheitlichen Realakts vom Verwaltungsakt

Den hoheitlichen Realakt können wir nach den vorangegangenen Erörterungen definieren als jede nach öffentlichem Recht zu beurteilende Maßnahme eines Subjekts öffentlicher Verwaltung, die unmittelbar nur einen tatsächlichen Erfolg herbeiführt, der jedoch Bedingung für eine rechtliche Folge sein kann¹. Eine gesetzliche Begriffsbestimmung des Verwaltungsakts findet sich im Anschluß an § 27 des Entwurfs für ein Verwaltungsverfahrensgesetz von 1963 in § 106 des neuen Landesverwaltungsgesetzes von Schleswig-Holstein². Danach ist Verwaltungsakt „jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffent-

reich zugehören, wenn der Träger öffentlicher Verwaltung sich durch einen ausdrücklichen „Organisationsakt“ für die öffentliche Rechtsform entschieden hat; grundlegend Urt. v. 30. 4. 1953, III ZR 377/51: BGHZ 9, 373; neuestens wieder Urt. v. 9. 11. 1967, III ZR 98/67: DVBl. 1968, 178 f. M. E. stellt sich die Frage allenfalls umgekehrt: Kann der Träger öffentlicher Verwaltung durch einseitige Erklärung die durch öffentlichrechtlichen Rechtssatz angeordneten Maßnahmen zu solchen des Privatrechts machen? — Der Rechtsprechung des BGH wird im Schrifttum allgemein widersprochen; s. die Nachweise bei Wolff I, § 57 V, S. 394 f.

⁷ Vgl. W. Martens: Festschrift für Schack, S. 85 (88 f.); zustimmend Wolff I, § 22 II d, S. 94. Nach Wolff: DVBl. 1961, 209 und I, § 22 III b, S. 94 besteht eine Vermutung für den öffentlichrechtlichen Charakter eines Verwaltungshandelns, wenn die Maßnahme in den durch öffentlichrechtliche Rechtssätze bestimmten Kompetenzbereich der Behörde fällt. In diesem Sinne auch Renck: BayVBl. 1968, 310 f. Unrichtig BGH, Urt. v. 17. 11. 1967, V ZR 143/66: DVBl. 1968, 148 m. abl. Anm. v. W. Martens, der für eine Klage auf Unterlassung von Belästigungen durch eine Fontänenanlage in einem Städtischen Park den Zivilrechtsweg für gegeben hält. In seiner Rechtsprechung zur Amtshaftung stellt der BGH dagegen zu Recht auf die öffentlichrechtliche Organisation und Aufgabenstellung ab, s. Urt. v. 23. 4. 1956, III ZR 299/54: BGHZ 20, 290 (292) und die Nachweise bei Wolff I, § 64 II c 2, S. 445.

¹ Vgl. Wolff I, § 45 II a, S. 291; Thieme: Festschrift für Schack, S. 157 (158); Stich: JuS 1964, 381 (385). Diese Definition erfaßt auch die ausschließlich intern wirkenden Realakte wie zum Beispiel Kassenführung und Rechnungsprüfung, die für unsere Untersuchung aber ohne Belang sind, da sie den Bürger nicht unmittelbar belasten können.

² Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein v. 18. April 1967 (SaBl. S. 767).

lichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist“³.

Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Verwaltungsakt und hoheitlichem Realakt wird häufig in einer unmittelbaren Rechtswirkung des Verwaltungsakts gesehen, die der hoheitliche Realakt angeblich nicht besitzt⁴. Das ist jedoch zumindest ungenau, denn Realakte können sehr wohl unmittelbar auf Rechte einwirken, wie die Beispiele der übermäßigen Grundstücksimmission und der — nicht in jedem Fall rechtswidrigen — ehrbeeinträchtigenden Behauptung zeigen. Der entscheidende Unterschied liegt nicht in der unmittelbaren Rechtswirkung des Verwaltungsakts, sondern darin, daß der Verwaltungsakt als hoheitliche Erklärung final auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist und die Rechtsfolge nur insoweit eintritt, als sie nach dem Ausspruch des Verwaltungsakts eintreten soll. Selbstverständlich können auch Realakte mit der Intention vorgenommen werden, unmittelbare Rechtswirkungen herbeizuführen; aber anders als beim Verwaltungsakt ist der Eintritt der Rechtsfolge unabhängig von dieser Intention und einem entsprechenden Erklärungsgehalt des Verwaltungshandelns.

Damit nähern wir uns bei der Kennzeichnung des Verwaltungsakts der Definition der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung als einer auf eine Rechtsfolge gerichteten Willensäußerung, deren Rechtswirkung die Rechtsordnung entsprechend dem geäußerten Willen bestimmt⁵. Die Charakterisierung des Verwaltungsakts als Willenserklärung wird in der verwaltungsrechtlichen Literatur häufig vertreten⁶, aber auch heftig bekämpft⁷.

Die Kritiker wenden vor allem ein, daß der für eine Willenserklärung erforderliche subjektive Erklärungstatbestand beim Verwaltungsakt un-

³ Die sonst üblichen Begriffsbestimmungen des Verwaltungsakts unterscheiden sich nicht wesentlich von dieser Formulierung; vgl. die kritische Übersicht bei Wolff I, § 46 I, S. 296. Die u. a. von Eyer mann-Fröhler, VwGO, Anh. zu § 42 vertretene Ausweitung des Begriffs des Verwaltungsakts auf sämtliche hoheitliche Amtshandlungen ist für die Gewährung eines umfassenden Rechtsschutzes nicht erforderlich; s. Hegel: JZ 1963, 15—17 und DöV 1965, 413—416.

⁴ So etwa Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 191 und Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 VwGO Anm. IV 1 d.

⁵ Zum Begriff der Willenserklärung Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, § 137 IV 1, S. 864.

⁶ Grundlegend Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 15—21; weitgehend übereinstimmend Wolff I, § 45 II b 2, S. 292 f.; Merk, Deutsches Verwaltungsrecht I, § 30 II a, S. 805 ff.; Bettermann: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 376; Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 38 f.; J. Martens: AöR 89 (1964), 429 (468—470).

⁷ Vor allem von Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 200 f. mit weit. Nachw. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 259 wendet sich nur dagegen, daß Kormann den Verwaltungsakt als Rechtsgeschäft bezeichnet.

wesentlich sei. Der psychische Wille des Amtswalters sei belanglos, wie der Verwaltungsakt des geisteskranken Amtswalters beweise, der ja gültig und fehlerfrei sei, wenn er nur gesetzlich und sachlich richtig ist⁸. Dieses Bedenken verliert an Gewicht, wenn man die Entwicklung in der neueren Privatrechtsdogmatik beobachtet, wo sich zunehmend die Auffassung durchsetzt, daß für den subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung der natürliche Handlungswille genügt und auf die Feststellung eines allgemeinen oder gar speziellen Geschäftswillens verzichtet werden kann, wenn nur der Empfänger der Erklärung auf Grund des objektiven Erklärungstatbestandes auf einen rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen schließen durfte⁹. Der Nachweis eines natürlichen Handlungswillens ist aber auch für den Verwaltungsakt unerlässlich¹⁰.

Außerdem wird darüber gestritten, ob sich Verwaltungsakt und privatrechtliche Willenserklärung in ihrem Verhältnis zum objektiven Recht grundsätzlich unterscheiden¹¹. Dabei übersieht man nur allzu leicht, daß auch die privatrechtliche Willenserklärung ohne ihre Anerkennung durch das objektive Recht keine Rechtswirkungen entfalten kann; auch sie braucht den Rechtssatz des objektiven Rechts, der den erklärten Willen für beachtlich erklärt¹². Es spricht deshalb einiges dafür, daß sich Verwaltungsakt und privatrechtliche Willenserklärung in ihrer Bindung an das objektive Recht nicht grundsätzlich, sondern nur gradmäßig unterscheiden. Man könnte beim Verwaltungsakt im Vergleich mit der privatrechtlichen Willenserklärung von einer bloßen Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses sprechen: Während die Privatperson wegen des Grundsatzes der Privatautonomie in der Regel (aber durchaus nicht immer) weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten besitzt bezüglich der ge-

⁸ Forsthoff, a.a.O., S. 201.

⁹ Hefermehl: Soergel-Siebert, BGB, vor § 116, Rn. 5 ff.; Larenz, Allg. Teil, S. 335—340; Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 449 f.

¹⁰ Nach Bull, Verwaltung durch Maschinen, S. 68 ff. läßt sich auch bei den sogenannten „Verwaltungsfabrikaten“ noch ein ausreichender natürlicher Handlungswille feststellen. Zustimmung Thieme: Festschrift für Schack, S. 157 (165). Anders Zeidler: DVBl. 1959, 681—687 und DVBl. 1961, 493 f., der deshalb die „Verwaltungsfabrikate“ als eine Sonderform des Verwaltungshandelns ansieht.

¹¹ Vgl. Forsthoff, a.a.O., S. 201.

¹² Wolff, Organschaft und Juristische Person II, Theorie der Vertretung, S. 152 f. Das betont auch W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 259: „Das private Rechtsgeschäft, z. B. ein Vertrag ist nur gültig, weil ein frei erlassenes und frei wieder aufhebbares Gesetz sein ‚ita ius esto‘ dahintersteht. Auch die Gültigkeit eines Verwaltungsaktes allerdings läßt sich nur erklären vermittels eines Rechtssatzes, daß eben die Vornahme jenes Aktes rechtliche Wirkungen nach sich zieht, aber dieser Rechtssatz hängt so eng mit dem Staate zusammen, daß der Staat aufgehoben wird, wenn man alle Rechtssätze dieser Art streicht.“ Jellinek verkennt in seiner Schlußfolgerung, daß auch das Privatrecht mit dem Grundsatz der Privatautonomie steht und fällt und es sich dabei nicht um einen frei wieder aufhebbareren Rechtssatz handelt.

wünschten Rechtsfolge, ist der Träger öffentlicher Verwaltung im Bereich der eingreifenden Verwaltung stark (aber auch nicht völlig) beschränkt in der Wahl der Rechtsfolge.

Wir brauchen diese Auseinandersetzung hier aber nicht weiter zu vertiefen¹³, da sie für die Abgrenzung von Verwaltungsakt und hoheitlichem Realakt letztlich nicht entscheidend ist. Auch die Gegner der Lehre vom Verwaltungsakt als einer Willenserklärung erkennen nämlich an, daß der Verwaltungsakt notwendigerweise eine auf die Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtete Erklärung enthält und die Rechtsfolge nur insoweit eintritt, als sie nach dem Ausspruch, dem Tenor des Verwaltungsaktes eintreten soll¹⁴. Diese Merkmale reichen aus, um den Verwaltungsakt vom hoheitlichen Realakt deutlich abzuheben¹⁵.

Dennoch sollen zwei Fallgruppen erörtert werden, bei denen die Abgrenzung problematisch erscheinen mag. Es sind dies die hoheitlichen Handlungen zur Erfüllung eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses und die Vollzugshandlungen im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung.

Thieme ist der Auffassung, Erfüllungshandlungen wie zum Beispiel Geldzahlungen seien keine Realakte, da sie die Rechtslage gestalten, indem sie eine Verpflichtung zum Erlöschen bringen¹⁶. Dagegen ist zunächst zu bemerken, daß die Auslösung einer Rechtsfolge nicht unbe-

¹³ Es sei nur noch auf Forsthoffs Argument hingewiesen, die Fähigkeit, andere zu verpflichten, mache das Wesen des Verwaltungsaktes aus und sei bei einer privatrechtlichen Willenserklärung ausgeschlossen. Dabei läßt Forsthoff die hoheitlichen Selbstverpflichtungen durch begünstigende Verwaltungsakte unberücksichtigt und übersieht im Privatrecht z. B. die Möglichkeit einer Vermächtnisanordnung mit der Verpflichtungsfolge des § 2174 BGB.

¹⁴ Forsthoff a.a.O. spricht von einem „dem Verwaltungsakt innewohnenden Erklärungsmoment“. Vgl. auch Rupp: DVBl. 1958, 113 (117 f.), der den Verwaltungsakt als eine „auf Rechtsfolgen gerichtete Entscheidung“, einen „gezielten Impuls“ umschreibt.

¹⁵ Wolff I, § 45 II b 2, S. 292 f. behandelt neben den Verwaltungsakten und den Realakten noch die rechtsgeschäftsähnlichen Erklärungen als eine weitere Form des einseitigen hoheitlichen Verwaltungshandelns. Unter dem Gesichtspunkt eines Abwehrenspruchs des betroffenen Bürgers im Falle der Rechtswidrigkeit brauchen diese Verwaltungshandlungen aber nicht besonders berücksichtigt zu werden: Die Fehlerhaftigkeit einer rechtsfolgebedingenden Mitteilung, z. B. der Bekanntmachung einer Satzung, der Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes oder der beigefügten Rechtsmittelbelehrung, wirkt sich auf die Wirksamkeit oder Bestandskraft des Mitgeteilten aus und bedeutet deshalb für den Adressaten keine besondere Beschwerde; für fehlerhafte Beurkundungen und Beglaubigungen sehen die betreffenden Spezialgesetze, z. B. § 47 PersonenstandsG und §§ 13 ff. GrundbuchO, besondere Berichtigungsverfahren vor; die Rechtsfolgen fehlerhafter Mahnungen und Fristsetzungen entsprechen denen verwaltungsvertraglicher Willenserklärungen; die bindenden Auskünfte schließlich wird man bezüglich eines Abwehrenspruchs eines betroffenen Dritten ebenso behandeln können wie die zu den Realakten zu zählenden Auskünfte ohne Bindungswirkung.

¹⁶ Festschrift für Schack, S. 157 (162 f.).

dingt gegen die Kennzeichnung einer Handlung als Realakt spricht; entscheidend ist, ob die Handlung eine auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtete Erklärung enthält und die Rechtsfolge nur wegen dieser Erklärung eintritt. Insofern kann für die Erfüllungshandlungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse aber nichts anderes gelten als für die Erfüllungshandlungen des Privatrechts. Folgt man der Theorie der „realen Leistungsbewirkung“, so sind die Erfüllungshandlungen ausschließlich als Realakte zu begreifen, soweit nicht die geschuldete Leistung gerade im Abschluß eines weiteren Rechtsgeschäfts liegt¹⁷. Aber auch die Gegenmeinung, die für die Erfüllung ein besonderes Erfüllungsgeschäft verlangt¹⁸, muß die tatsächliche Erfüllungshandlung als Realakt ansehen, der lediglich von einem auf das Erlöschen des Schuldverhältnisses gerichteten Rechtsgeschäft begleitet ist. Ein Realakt bleibt nämlich auch dann noch ein Realakt, wenn aus seiner Vornahme zugleich auf eine rechtsgeschäftliche Erklärung geschlossen werden kann.

Ähnlich wird man die Rechtsnatur der Ersatzvornahme und der Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Vollstreckung eines Verwaltungsakts erklären können¹⁹. Bei der Tötung eines verseuchten Hundes durch die Gesundheitsbehörde und der Festnahme auf Grund eines Haftbefehls handelt es sich zweifellos um hoheitliche Realakte²⁰, und es ist nur die Frage, ob aus diesen „tatschengestaltenden“ Verwaltungshandlungen zugleich auf eine selbständige, mit dem Realakt verbundene, aber nicht identische hoheitliche Entscheidung gegenüber dem Betroffenen geschlossen werden kann oder muß²¹.

Einen besonderen Duldungsbefehl wird man aus der Anwendung des Zwangsmittels nicht herauslesen können, denn die Duldungspflicht folgt schon aus der Verbindlichkeit des zu vollstreckenden Verwaltungsakts²².

¹⁷ Dazu *Larenz*, Schuldrecht I, § 26 I, S. 315 m. w. N. und — für das öffentliche Recht — *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 24 f. Auch *Wolff* I, § 45 II a, S. 291 hält die Erfüllungshandlungen für bloße Tathandlungen.

¹⁸ Sog. Vertragstheorie; Nachweise bei *Larenz* a.a.O.

¹⁹ Die Androhung der Vollstreckung und die Festsetzung des Zwangsmittels werden allgemein als Verwaltungsakte angesehen; BVerwG, Urt. v. 9. 7. 1956, V C 93/54: DÖV 1956, 728; VGH Kassel, Urt. v. 3. 2. 1959, OS IV 53/58: VerwRspr. 14, 690; OVG Münster, Beschl. v. 28. 7. 1967, II B 302/67: DöV 1967, 827; *Wolff* III, § 160 II h, S. 287. Vgl. auch § 18 Abs. 1 Satz 1 BVwVG, der die Anfechtungsklage gegen die Androhung vorsieht.

²⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 9. 7. 1956, V C 93/54: DöV 1956, 728 für eine Zwangsraummung.

²¹ Vgl. *Stich*: JuS 1964, 381 (387) und *Stein*: NJW 1963, 185 (186 m. w. N.). Eine verwaltungsinterne Entscheidung über die Anwendung des Zwangsmittels genügt nicht.

²² *Wolff* I, § 50 I a, S. 328 und III, § 160 I a, S. 280. Anders ist es selbstverständlich dann, wenn der Anwendung des Zwangsmittels gar nicht der Erlaß des zu vollstreckenden Verwaltungsakts vorausgegangen ist; in diesen Fällen impliziert der Realakt auch den Grund-Verwaltungsakt, s. § 6 Abs. 2 i. V. m. § 18 Abs. 2 BVwVG und *Wolff* I, § 46 V a, S. 302.

Allenfalls könnte man annehmen, daß die Behörde mit der Vornahme des Zwangsmittels zugleich die Zulässigkeit gerade dieses Zwangsmittels in dieser Intensität und zu diesem Zeitpunkt durch konkludente Erklärung gegenüber dem Betroffenen feststellt²³. Diese Erklärung wird in aller Regel aber bereits durch eine vorangegangene Festsetzung des Zwangsmittels erfolgt sein, wie sie die Verwaltungsvollstreckungsgesetze vorschreiben. Im Ergebnis läßt sich daher sagen, daß sich den hoheitlichen Realakten der Verwaltungsvollstreckung kein Verwaltungsakt gegenüber dem Betroffenen entnehmen läßt, sofern der Erlaß des zu vollstreckenden Verwaltungsakts, die Androhung seiner Vollstreckung und die Festsetzung des Zwangsmittels zeitlich vorausgegangen sind²⁴.

Ergebnis des Ersten Kapitels

Der hoheitliche Realakt ist eine nach öffentlichem Recht zu beurteilende Maßnahme der öffentlichen Verwaltung, die unmittelbar nur einen tatsächlichen Erfolg herbeiführt, der jedoch Bedingung für eine rechtliche Folge sein kann. Der Verwaltungsakt ist dagegen als hoheitliche Erklärung auf die unmittelbare Bewirkung einer Rechtsfolge gerichtet, die nur insoweit eintritt, als sie nach dem Tenor des Verwaltungsakts eintreten soll.

Ein Realakt ist nach öffentlichem Recht zu beurteilen, wenn er von einem öffentlichrechtlich organisierten Subjekt der öffentlichen Verwaltung im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichrechtlich bestimmten Aufgabe und nicht im Rahmen eines durch besondere Erklärung privatrechtlich gestalteten Rechtsverhältnisses vorgenommen wird.

²³ So das BVerwG, Urt. v. 9. 2. 1967, I C 49/64: DVBl. 1967, 379 (380) in einer Entscheidung zu den „Schwabinger Krawallen“.

²⁴ Prozessual ist der Realakt in diesen Fällen von geringem Interesse, denn dem Betroffenen muß zunächst an einer Aufhebung der hoheitlichen Entscheidungen gelegen sein, die die Vornahme des Realakts rechtfertigen; vgl. VG Münster, Urt. v. 27. 10. 1961, 3 K 295/61: DÖV 1962, 305. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Vollzugsakt stärker belastet, als dies nach der Festsetzung des Zwangsmittels zulässig ist; s. *Rietdorf*, Kommentar zum nordrh.-westf. VwVG, Erläuterung 2 zu § 64.

Zweites Kapitel

Die Grundlage eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

Nach den mehr im Vorfeld der Untersuchung liegenden Erörterungen über den Begriff des hoheitlichen Realaktes soll nun die Suche nach der Grundlage eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte beginnen. Dabei ist vom geschriebenen Recht auszugehen und zuerst zu prüfen, ob das Gesetz nicht bereits durch die Amtshaftung einen geeigneten Anspruch zur Verfügung stellt (§ 3). Der Weg führt dann weiter zu dem inzwischen wohl schon gewohnheitsrechtlich anerkannten sogenannten Folgenbeseitigungsanspruch als einem vermeintlichen Beispiel des gesuchten Anspruchs (§ 4) und dem Versuch einer analogen Anwendung des privatrechtlichen Beseitigungsanspruchs bei schuldlosen Rechtsverletzungen (§ 5).

§ 3. Die Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG

Die Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG gewährt dem Bürger, der durch eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung eines Amtswalters im hoheitlichen Bereich geschädigt worden ist, einen Schadensersatzanspruch gegen den Träger öffentlicher Verwaltung, in dessen Dienst der Amtswalter steht. Der Geschädigte kann die Herstellung des Zustandes verlangen, der ohne die amtspflichtwidrige Handlung bestehen würde, § 249 BGB.

Auf die Art des schädigenden hoheitlichen Handelns kommt es dabei nicht an, so daß der Amtshaftungsanspruch auch die Abwehr eines rechtswidrigen hoheitlichen Realakts zu ermöglichen scheint. Tatsächlich ist die Amtshaftung dazu aber nicht in der Lage, denn der Anspruch aus § 839 BGB, Art. 34 GG ist nur auf die Leistung vertretbarer Sachen, insbesondere also auf Geldersatz gerichtet; der Geschädigte kann auf diesem Weg nicht die Vornahme einer für die Restitution erforderlichen Amtshandlung erreichen. Diese inhaltliche Beschränkung des Anspruchs folgt aus der Struktur der Amtshaftung als einer befreienden Schuldübernahme der persönlichen Haftung des Amtswalters durch den Träger öffentlicher Verwaltung im Gegensatz zu einer originären Haftung des Trägers öffentlicher Verwaltung. Die Amtshaftung kann deshalb nur auf das gehen, was der Beamte selbst als Privatperson zu leisten ver-

mag¹. Auch der Einwand, daß der die Haftung übernehmende Träger öffentlicher Verwaltung sich gegenüber dem Geschädigten nicht auf ein persönliches Unvermögen des ursprünglich haftenden Amtswalters berufen könne², vermag daran nichts zu ändern. Denn die Amtswalterhaftung des § 839 BGB ist von vornherein auf vertretbare Leistungen beschränkt und wird nicht erst durch die persönliche Leistungsunfähigkeit des einzelnen Amtswalters für den Einzelfall modifiziert, wie es die Figur des subjektiven Unvermögens voraussetzen würde³.

Wenn man die inhaltliche Beschränkung des Amtshaftungsanspruchs auf Geldersatz und andere vertretbare Leistungen erkannt hat, erweisen sich alle Diskussionen über die angebliche Unzulässigkeit einer zivilgerichtlichen Verurteilung zur Vornahme von Amtshandlungen als überflüssige Scheingefechte. Denn die Frage nach der Existenz eines materiellrechtlichen Anspruchs geht der Frage nach seiner gerichtlichen Durchsetzbarkeit voraus. Es ist deshalb unverständlich, warum der BGH in der grundlegenden Entscheidung des Großen Zivilsenats vom 19. 12. 1960⁴ zunächst mit einer zweifelhaften Begründung⁵ den Zivilgerichten generell die Befugnis abspricht, Hoheitsakte aufzuheben oder zu ihrer Vornahme zu verurteilen, um erst dann zutreffend darzulegen, daß die

¹ BGH, Beschl. des Großen Zivilsenats v. 19. 12. 1960, GSZ I/60; BGHZ 34, 99 (105 f.) u. Urt. v. 12. 3. 1963, VI ZR 218/61; DVBL 1963, 439 (440). Dieselbe Begründung findet sich schon bei *Bachof*: SJZ 1950, Sp. 161 (166) und Vornahmeklage, S. 117. Zustimmung u. a. *Tsatsos*: JuS 1962, 98 (100 f.); *Menger*: VerwArch. 53 (1962), 82; *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 46 und JZ 1968, 487 (489 f.); *Wolff I*, § 64 II e 2, S. 446; *Weyreuther*, Gutachten, S. 56. Ablehnend *Bettermann*: JZ 1961, 482 f., der — im Gegensatz zu seinen Ausführungen in DÖV 1955, 528 (530 f.) — die Amtshaftung als unmittelbare „Verbandshaftung für Organverschulden“ ansieht; dagegen überzeugend *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 43 f. und *Bartlspenger*: NJW 1968, 1697 u. 1701 auf Grund der Entstehungsgeschichte der Amtshaftung. *Schleeh*: AöR 92 (1967), 58 (86 ff.) folgt der Begründung des BGH, meint dann aber, die Entscheidung des Gesetzgebers für eine bloße Schuldübernahme müsse zu Gunsten einer direkten Verantwortlichkeit des Staates korrigiert werden; ähnlich schon *Haas*, System, S. 60, 63 ff. Das ist aber nur de lege ferenda möglich.

² *Heydt*: JR 1967, 169 (170). Ähnlich auch *Bettermann*: JZ 1961, 482 f.

³ Zum „subjektiven Unvermögen“ als persönlichem Leistungshindernis s. *Larenz*, Schuldrecht I, § 7 I, S. 77 f.

⁴ BGHZ 34, 99 (105 f.).

⁵ Im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG sind die Zivilgerichte jedenfalls befugt, Hoheitsakte aufzuheben oder zu ihrer Vornahme zu verurteilen. Bei Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG handelt es sich aber ebenso um eine — wenn auch subsidiäre — Zivilprozeßsache „kraft Zuweisung“ wie bei der ausschließlichen Zuweisung des Amtshaftungsanspruchs nach Art. 34 S. 3 GG. Vgl. dazu *Martin E. Heidenhain*: NJW 1949, 841 (843) und *Bachof*: SJZ 1950, Sp. 161 (165). — Das RG hatte die Verurteilung zur Vornahme einer Amtshandlung auf Grund eines Amtshaftungsanspruchs abgelehnt, weil es den Gerichten durch das Prinzip der Gewaltenteilung verwehrt sei, sich in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden einzumischen. Diese Begründung ist angesichts der Rechtsschutzgarantie des Artikels 19 Abs. 4 GG unhaltbar und vom BGH in BGHZ 34, 99 (104 f.) ausdrücklich aufgegeben worden.

Amtshaftung gar keinen entsprechenden materiell-rechtlichen Anspruch gewährt⁶.

Die inhaltliche Beschränkung des Anspruchs ist sicher der wichtigste, aber nicht der einzige Grund dafür, daß die Amtshaftung als Grundlage des gesuchten Abwehrenspruchs ausscheidet. Die Amtshaftung setzt ein amtspflichtwidriges Verhalten voraus. Nicht jeder rechtswidrige hoheitliche Realakt muß aber auch eine Amtspflichtwidrigkeit des betreffenden Amtswalters bedeuten, so zum Beispiel dann nicht, wenn der Amtswalter auf Grund einer rechtswidrigen, aber ihn bindenden Weisung gehandelt hat⁷. Über die Amtspflichten im Sinne des § 839 BGB entscheiden nämlich nicht nur die externen Pflichten des Trägers öffentlicher Verwaltung gegenüber dem Bürger, sondern vorrangig die internen Verpflichtungen des Amtswalters. Dazu zwingt die Anknüpfung der Amtshaftung an eine persönliche Pflichtwidrigkeit des einzelnen Amtswalters⁸.

Ergebnis zu § 3

Als Ergebnis können wir festhalten, daß die Amtshaftung in ihrer derzeitigen Gestalt zur Abwehr rechtswidriger hoheitlicher Realakte nicht geeignet ist. Nur der Gesetzgeber könnte hier Abhilfe schaffen, indem er die Amtshaftung zu einer unmittelbaren Haftung des betreffenden Trägers öffentlicher Verwaltung für rechtswidrige Schädigungen durch seine Organwalter umgestaltet.

Nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften von 1967 soll § 839 Abs. 1 BGB folgenden Wortlaut erhalten: „Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes im Bereich hoheitlichen Handelns vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat der Staat oder die sonstige Körperschaft, die das Amt anvertraut hat, dem Dritten den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.“ Damit wäre eine unmittelbare Staatshaftung für schuldhafte Amts-

⁶ Vgl. die Kritik von Heydt: JR 1967, 169 (170).

⁷ BGH, Urt. v. 21. 5. 1959, III ZR 7/58; NJW 1959, 1629; Tsatsos: JuS 1962, 98 (101); Rupp, Grundfragen, S. 35 ff.; Wolff I, § 64 I b 4, S. 440; Bartlsperger: NJW 1968, 1697 (1701). Auch umgekehrt ist es möglich, daß eine amtspflichtwidrige, zum Beispiel einer Weisung widersprechende Maßnahme im Außenverhältnis zum Bürger rechtmäßig ist.

⁸ Vgl. Rupp: NJW 1961, 811 f., der auf Wechselbeziehungen zur Begründung der inhaltlichen Beschränkung des Anspruchs in BGHZ 34, 99 hinweist. Anders H. Arndt: DVBL 1959, 624 (625) und Menger: VerwArch. 51 (1960), S. 72 f., nach deren Auffassung eine bindende innerdienstliche Weisung den nach außen rechtswidrig handelnden Amtswalter nur zu entschuldigen vermag. Im Ergebnis führt also auch nach Arndt und Menger die mangelnde interne Pflichtwidrigkeit zu einem Ausschluß der Haftung.

pflchtverletzungen geschaffen⁹. Leider hält der Entwurf aber immer noch an dem Erfordernis eines persönlichen Verschuldens fest, das schon wegen der mangelnden Transparenz des Behördenapparats und der häufig großen Zahl der an einer Entscheidung beteiligten Amtswalter als Haftungskriterium bei hoheitlichen Schädigungen in der Regel ungeeignet sein dürfte¹⁰. Auch in dieser Fassung wäre zudem eine Divergenz von Amtspflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit nicht mit Sicherheit ausgeschlossen.

§ 4. Der „Folgenbeseitigungsanspruch“ als Modell eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

Im Jahre 1951 hat Bachof in seiner Habilitationsschrift einen Anspruch auf Beseitigung der Folgen eines verwaltungsgerichtlich aufgehobenen, zuvor aber bereits vollzogenen rechtswidrigen Verwaltungsakts entwickelt und ihn Folgenbeseitigungsanspruch genannt¹. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch ist inzwischen in Lehre und Rechtsprechung mit unterschiedlichen Begründungen allgemein anerkannt². Die Rechtspre-

⁹ Bender: DÖV 1968, 156 (159); Weyreuther, Gutachten, S. 53; Kessler: DRiZ 1968, 258 (259). Nach Kessler a.a.O. und Hinke: DVBL 1967, 641 (643) soll wegen der angeblich mangelnden Zuständigkeit der Zivilgerichte aber auch dann noch keine Verurteilung zur Vornahme von Amtshandlungen möglich sein; dagegen oben Fn. 5.

¹⁰ Wolff I, § 64 I b 6, S. 443; Luhmann, Entschädigung, S. 84 f.; Lerche: JuS 1961, 237 (242); Bartlsperger: NJW 1968, 1697 (1699 f.). Vgl. auch die Kritik am Verschuldensprinzip bei Leisner: VVDStrL 20, 185 (225 f.). Die öffentlich-rechtliche Abteilung des 47. DJT hat in ihrem Beschluß (Sitzungsbericht zum 47. DJT, S. 145) betont, daß eine gesetzliche Regelung der Staatshaftung „an die Rechtswidrigkeit als solche“ anknüpfen sollte. Das schließe Einschränkungen und Differenzierungen nach Art und Ausmaß der Haftung nicht aus, bei denen das Verschulden der beteiligten Amtswalter eine Rolle spielen werde.

¹ Vornahmeklage, §§ 8–13, S. 98–148.

² Eingehende Darstellungen bei Wolff I, § 54 II, S. 372; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 252; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80 Rn. 54 ff.; Schlusnus, Diss.; Siehoff, Diss.; Schleh: AöR 92 (1967), 58–98; Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch; Weyreuther, Gutachten, I. Teil. Der Folgenbeseitigungsanspruch ist gesetzlich anerkannt in Art. 39 bay. Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz v. 30. Mai 1961 (GVBl. 148; Ziegler-Tremel Nr. 912). § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO setzt dagegen den materiell-rechtlichen Anspruch voraus und regelt nur seine prozessuale Durchsetzung, Schleh: a.a.O., 60 und Weyreuther, Gutachten, S. 43 m. w. N.; anders wohl Götz: ZBR 1961, 136 (138) und BVerwG, Urt. v. 26. 10. 1967, II C 22/65; DÖV 1968, 419 (421).

Die öffentlich-rechtliche Abteilung des 47. DJT „hält den Folgenbeseitigungsanspruch für geltendes Recht, auch wenn noch Einzelfragen ungeklärt sind“ (Sitzungsbericht L zum 47. DJT, S. 144). Leider läßt dieser Beschluß nicht erkennen, was die Abteilung unter einem Folgenbeseitigungsanspruch versteht, so daß die Gefahr besteht, daß man in Zukunft unter jeweiliger Berufung auf die Ergebnisse des 47. DJT aneinander vorbeiredet. Es ist deshalb festzuhalten, daß man sich bei den Verhandlungen nur über die Existenz eines Anspruchs auf naturale Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines verwaltungsgerichtlich aufgehobenen, zuvor aber bereits vollzogenen Verwaltungsakts durch Wiederherstellung des früheren Zustands allgemein einig war.

chung beschränkt ihn allerdings entgegen *Bachofs* ursprünglicher Konzeption³ auf die Beseitigung in Natur und lehnt einen Anspruch auf Schadenskompensation durch Geldersatz ab⁴.

Dieser Anspruch kann in den Fällen der Ersatzvornahme und der Anwendung unmittelbaren Zwangs auf die Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines hoheitlichen Realakts gerichtet sein und erscheint deshalb auf den ersten Blick als Beispiel des gesuchten Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte. Bei näherem Hinsehen wird die Parallele jedoch zweifelhaft. Denn worin soll die Rechtswidrigkeit des Vollzugsrealakts begründet sein? Die Behörde ist ja unter den besonderen Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 VwGO auch zur Vollstreckung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts befugt und handelt deshalb pflichtgemäß, wenn sie sich im Rahmen des durch den Verwaltungsakt Angeordneten hält und die besonderen Erfordernisse des Vollstreckungsverfahrens beachtet⁵. Versteht man die Rechtswidrigkeit eines Hoheitsakts als Rechtspflichtwidrigkeit⁶, so kann man den Folgenbeseitigungsanspruch nicht als Reaktion auf einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt begreifen. Aber auch dann, wenn man den rechtswidrigen Erfolg in den Vordergrund rückt, wird man wohl zu keinem anderen Ergebnis kommen können. Der Zustand, der durch den vorzeitigen Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts entstanden ist, steht zwar im Widerspruch zum materiellen Recht, aber diese Rechtswidrigkeit des tatsächlichen Zustands — falls es so etwas überhaupt gibt⁷ — ist ausschließlich bedingt durch die Rechtswidrigkeit des zugrunde liegenden Verwaltungsakts und von der rechtlichen Beurteilung des Vollzugsrealakts unabhängig. Anders ist es selbstverständlich dann, wenn ein rechtmäßiger Verwaltungsakt durch einen fehlerhaften, zum Beispiel

³ Vornahmeklage, S. 129 f.

⁴ BVerwG, Urt. v. 11. 11. 1959, II C 100/59; ZBR 1960, 92; Urt. v. 20. 3. 1963, VI C 169/60; DVBl. 1963, 677; BGH, Urt. v. 20. 9. 1962, III ZR 98/60; DVBl. 1963, 24; OVG Koblenz, Urt. v. 19. 2. 1964, 2 A 62/63; DVBl. 1964, 773; OVG Münster, Urt. v. 21. 4. 1964, II A 1189/62; DVBl. 1964, 885. Im Vorwort zur 2. Auflage 1968 seiner Habilitationsschrift befürwortet nun auch *Bachof* eine Beschränkung des Anspruchs auf bloße Restitution. Bei den Verhandlungen des 47. DJT (Sitzungsbericht L zum 47. DJT, S. 57, 74) schloß er sich jedoch wiederum der Auffassung von *Weyreuther*, Gutachten, S. 174 f. an, daß sich der Wiederherstellungsanspruch in einen Anspruch auf Ausgleich in Geld umwandle, wenn die Naturalherstellung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zuzumuten ist. Dazu noch unten S. 139 Fn. 42.

⁵ Auch im Privatrecht handelt derjenige, der ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes rechtswidriges Urteil vollstrecken läßt, rechtmäßig; s. *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 886, 907 und *Larenz*: JuS 1965, 374; weitere Nachweise — auch für die gegenteilige Auffassung — bei *Bettermann*: JZ 1960, 335 (339 Fn. 16).

⁶ So z. B. *Joenicke*: VVDStRL 20, 135 (165 f.); *Scheuner*: VVDStRL 20, 261 (265); *Wagner*: NJW 1967, 2333 (2334 f.) mit zahlreichen Nachweisen aus der Zivilrechtslehre; besonders nachdrücklich *Rupp*, Grundfragen, S. 225 ff.

⁷ Kritisch *Rupp*, a.a.O., insbesondere S. 229 Fn. 405.

übermäßig belastenden Realakt vollzogen worden ist — aber das ist ja kein Fall des Folgenbeseitigungsanspruchs mehr, wie ihn *Bachof* entwickelt und die Rechtsprechung übernommen hat. Wir können deshalb festhalten, daß der Folgenbeseitigungsanspruch in seiner herkömmlichen Gestalt eine Sanktion der Rechtswidrigkeit eines vorzeitig vollzogenen Verwaltungsakts bedeutet und nicht an einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt anknüpft⁸. Diese Struktur des Folgenbeseitigungsanspruchs wird häufig dadurch verschleiert, daß der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts und der Anspruch auf Beseitigung seiner tatsächlichen Vollzugsfolgen als zwei selbständige Ansprüche beziehungslos nebeneinandergestellt werden.

Mit der Feststellung, daß der Folgenbeseitigungsanspruch keine Reaktion auf einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt darstellt, ist noch nicht gesagt, daß auch seine dogmatischen Begründungen für unsere Frage wertlos sein müssen. Aber auch insofern werden wir weitgehend enttäuscht. Denn die meisten Überlegungen, die in der Rechtsprechung und im Schrifttum zur Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs angestellt worden sind, sind auf die besondere Interessenlage beim Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts vor Eintritt seiner Unanfechtbarkeit zugeschnitten und können deshalb für die Begründung eines Anspruchs gegen einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt nicht verwandt werden.

Das gilt zunächst für *Bachofs* Versuch einer Analogie zu den Schadensersatzvorschriften der ZPO für die Fälle der vorzeitigen Vollstreckung eines Zivilurteils⁹. Aus demselben Grund brauchen wir auch auf den Lösungsversuch von *Eyermann-Fröhler* nicht näher einzugehen, die den Folgenbeseitigungsanspruch wegen des Sonderopfers des sofortigen Vollzugs als Aufopferungsanspruchs konstruieren wollen¹⁰. Auch die Begründungen des Folgenbeseitigungsanspruchs aus einem vorangegangenen

⁸ Vgl. *Bachof*, Vornahmeklage, S. 127: „Der Vollzugsakt als solcher ist, sofern nicht etwa ihm selbst ein besonderer Fehler anhaftet, rechtmäßig; aber die etwaige Rechtswidrigkeit des vollzogenen Verwaltungsakts wird dadurch in keiner Weise beeinträchtigt. Ebenso wenig ist der durch die rechtmäßige Vollziehung eines rechtswidrigen Aktes geschaffene Zustand rechtmäßig, denn er beruht ja nicht nur auf der rechtmäßigen Vollziehung, sondern sogar in erster Linie auf dem rechtswidrigen Verwaltungsakt.“ Deutlich auch *Schleeh*: AÖR 92 (1967), 58 (77 f.). Auch nach Auffassung von *Weyreuther*, Gutachten, S. 70, der vornehmlich auf die Rechtswidrigkeit der Folgen abstellt, kommt es für den „Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch“ — womit der hier beschriebene Anspruch gemeint ist — auf die Rechtswidrigkeit des eingreifenden Verwaltungsakts an. — Zum Beseitigungsanspruch nach Fristablauf einer rechtmäßigen, aber befristeten Einweisungsverfügung unten S. 146 f.

⁹ Vornahmeklage, S. 128 f. Es ist deshalb nicht recht verständlich, warum sich *Hantke*, Diss., S. 47—61 so ausführlich mit dieser Analogie auseinandersetzt.

¹⁰ *Eyermann-Fröhler*, VwGO, § 80 Rn. 55.

gefährdenden Tun der Behörde¹¹ oder einem angeblichen Verschulden wegen Inkaufnehmens der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts¹² stellen auf die Besonderheiten bei der vorzeitigen Vollstreckung eines Verwaltungsakts ab.

Eine Ausnahme bildet insofern *Bettermann*, der den Folgenbeseitigungsanspruch durch eine Übertragung des zivilrechtlichen Beseitigungsanspruchs bei schuldlosen Rechtsverletzungen ins öffentliche Recht begründen will¹³. Diese Argumentation ist nicht auf rechtswidrige Verwaltungsakte beschränkt und wird deshalb im folgenden § 5 ausführlicher erörtert. Ebenso werden wir uns noch mit *Bachofs* Hinweis auf das Gesetzmäßigkeitsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG beschäftigen müssen¹⁴, denn auch Art. 20 Abs. 3 GG gilt für hoheitliche Realakte ebenso wie für Verwaltungsakte.

Ergebnis zu § 4

Der allgemein anerkannte Anspruch auf die Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines vorzeitig vollzogenen rechtswidrigen Verwaltungsakts — Folgenbeseitigungsanspruch — ist kein Beispiel des gesuchten Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte. Auch die Versuche zu seiner dogmatischen Begründung sind für unsere Untersuchung insoweit ohne Belang, als sie auf die besondere Interessenlage beim vorzeitigen Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts abstellen.

§ 5. Der öffentlichrechtliche Abwehrenspruch in Analogie zum privatrechtlichen Beseitigungsanspruch bei schuldlosen Rechtsverletzungen

Da das geschriebene öffentliche Recht keine Regelung des gesuchten Abwehrenspruchs aufweist und auch das allgemein anerkannte Rechtsinstitut der Folgenbeseitigung bei vorzeitig vollzogenen rechtswidrigen Verwaltungsakten keine Lösung bietet, liegt es nahe, die analoge Anwendung eines Rechtssatzes oder einer Gruppe von Rechtssätzen zu versuchen.

Die Analogie ist das geläufigste Hilfsmittel, um Lücken der gesetzlichen Regelung auszufüllen. Sie wird gemeinhin bestimmt als die Anwendung der Rechtsfolge eines rechtlich geregelten Sachverhalts auf

¹¹ VGH München, Urt. v. 15. 4. 1965, Nr. 85 II 64; BayVBl. 1965, 246; Hildegard Krüger: DVBl. 1955, 208 (210); vgl. auch *Eyermann-Fröhler*, VwGO, § 80 Rn. 54.

¹² *Dürig*: JZ 1954, 4 u. JZ 1955, 521.

¹³ DÖV 1955, 528—536.

¹⁴ Vornahmeklage, S. 128; dazu unten § 8.

einen wesentlich ähnlichen, nicht geregelten Sachverhalt¹. Während also die Tatbestandsseite des Rechtssatzes modifiziert wird, bleibt die Rechtsfolge unverändert². Um die „wesentliche Ähnlichkeit“ der Sachverhalte festzustellen, kommt es darauf an, die für die Anordnung der Rechtsfolge des analog anzuwendenden Rechtssatzes wesentlichen Tatbestandsmerkmale von den unwesentlichen zu unterscheiden.

Im verwaltungsrechtlichen Schrifttum wird bisweilen eine Analogie zum privatrechtlichen Beseitigungsanspruch bei schuldlosen Rechtsverletzungen und damit letztlich zum Beseitigungsanspruch des Eigentümers nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB befürwortet, um zu einem Abwehrenspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Rechtsbeeinträchtigungen zu gelangen³. Eine Rechtsverletzung durch einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt würde danach ebenso wie eine Rechtsverletzung durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung auslösen.

Bevor dieser Lösungsversuch erörtert werden kann, muß zunächst die grundsätzliche Frage beantwortet werden, ob eine analoge Anwendung von Privatrechtssätzen im öffentlichen Recht nicht von vornherein wegen der Besonderheiten des öffentlichen Rechts ausgeschlossen ist.

I. Zulässigkeit der analogen Anwendung von Privatrechtssätzen im öffentlichen Recht

Otto Mayer hielt eine analoge Anwendung von Privatrechtssätzen im öffentlichen Recht in jedem Fall für unzulässig. Die für eine Analogie notwendige Ähnlichkeit zwischen dem im Privatrecht geregelten Rechtsverhältnis und dem zu regelnden öffentlichen Rechtsverhältnis sei von vornherein ausgeschlossen⁴. Auch heute finden sich noch Stimmen, die

¹ Vgl. die im wesentlichen übereinstimmenden Definitionen von *Larenz*, Methodenlehre, S. 287 und NJW 1965, 1 (4); *Dahm*, Deutsches Recht, S. 52; *Menger*, System, S. 68; *Schack*: Festschrift für Laun, S. 275 (278).

² *Menger*, System, S. 69.

³ Als Hauptverfechter dieser Lösung gilt *Bettermann*: DÖV 1955, 528 (534 f.), der allerdings nicht ausdrücklich von einer Analogie spricht, sondern eine „Übertragung“ der Rechtsprechung des RG zum privatrechtlichen Beseitigungsanspruch ins öffentliche Recht für notwendig hält. Ähnlich *Evers*, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, S. 278 f. und *Ule-Fittschen*: JZ 1965, 315. Ausdrücklich für eine Analogie *Hantke*, Diss., S. 81—96; *Schleeh*: AöR 92 (1967), 58 (67 u. 75 Fn. 73); *Haug*: DÖV 1967, 86 (91); *Rüfner*: BB 1968, 881 Fn. 4. Aus der Rechtsprechung vgl. VG Minden, Urt. v. 4. 3. 1964, 3 K 257/62; DVBl. 1965, 339. BGHZ 34, 99 (108 f.) hatte dahinstehen lassen, ob dem privatrechtlichen negatorischen Beseitigungsanspruch ein eigenständiger öffentlichrechtlicher Beseitigungsanspruch entspricht; im Ergebnis bestehe jedenfalls Einigkeit, daß auch im hoheitlichen Bereich der Träger öffentlicher Verwaltung gezwungen werden könne, einen rechtswidrigen Störungszustand durch Richtigstellung unwahrer Behauptungen zu beseitigen.

⁴ Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 117. Er fährt fort: „Es gibt keine dem öffentlichen und dem Privatrecht gemeinsamen Rechtsinstitute. Was man so nennt, sind meist einfach privatrechtliche Rechtsinstitute, die man auf diese

jede Analogie vom Privatrecht zum öffentlichen Recht für unzulässig halten⁵. Überwiegend hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, daß die entsprechende Anwendung der Rechtsfolge eines Privatrechtssatzes auf ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis angemessen und interessengerecht sein kann⁶. Die häufig unterschiedliche Zielsetzung des Handelns von Hoheitssubjekten gegenüber der Interessenverfolgung von Privatpersonen kann innerhalb des Analogieverfahrens bei der Bestimmung der für die Rechtsfolge wesentlichen Tatbestandsmerkmale ausreichend berücksichtigt werden.

Hält man somit die analoge Anwendung eines Privatrechtssatzes im öffentlichen Recht für grundsätzlich zulässig, so bleibt die Frage, ob die Rechtsfolge des Privatrechtssatzes durch die entsprechende Anwendung auf einen nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Sachverhalt zu einer Rechtsfolge des öffentlichen Rechts wird. Ohne diese Veränderung ist das Analogieverfahren zwecklos, denn der zu regelnde Sachverhalt soll ja öffentlichrechtlich und nicht privatrechtlich geregelt werden.

Nach Hans J. Wolff gehören diejenigen Rechtssätze dem öffentlichen Recht an, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist⁷. Ein Rechtssatz des Privatrechts wird demnach zu einem öffentlichrechtlichen Rechtssatz, wenn eine in ihm ausgesprochene Verpflichtung oder Berechtigung statt einem Privatrechtssubjekt ausschließlich einem Subjekt hoheitlicher Gewalt zugeordnet wird. Damit läßt sich unsere Frage beantworten. Die Feststellung der wesentlichen Ähnlichkeit des geregelten privaten Verhaltens und des zu regelnden hoheitlichen Verhaltens gestattet, den Tatbestand durch ein Auswechseln von Privat-

Weise in das jüngere öffentliche Recht hinüberschmuggeln will.“ Die schroffe Stellungnahme Otto Meyers wird man nur aus der zeitbedingten Zielsetzung seines Werks, nämlich der Entwicklung eines vom Zivilrecht unabhängigen Verwaltungsrechts, verstehen können. Inzwischen ist die Eigenständigkeit des Verwaltungsrechts — nicht zuletzt dank Otto Mayer — derart gefestigt und unbestritten, daß seine Furcht vor einer Unterwanderung des Verwaltungsrechts durch das Zivilrecht übertrieben erscheint.

⁵ v. Turegg, Gefährliche und gefährdete Generalklausel, S. 45; v. Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 210. Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 120 ff. sieht in der Zulassung der Analogie einen Widerspruch zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieses Bedenken trifft aber allenfalls für die Eingriffsverwaltung zu, in der der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts und nicht nur der des Gesetzesvorrangs gilt; dazu Wolff I, § 30 III a, S. 160 u. unten § 8.

⁶ Meier-Branecke: AöR 50 (1926), 230 (243 ff.); Schack: RVBl. 1935, 189 (191) u. Festschrift für Laun, S. 275 (280); Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 31 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 161 f.; Hantke, Diss., S. 90 f.; Hans H. Klein: DVBl. 1968, 129. Vgl. auch Simons, Leistungsstörungen, S. 86, der darauf hinweist, daß die Möglichkeit der Verfolgung öffentlicher Verwaltungszwecke in privatrechtlichen Formen und die in manchen öffentlichrechtlichen Rechtssätzen geübte Verweisung auf Rechtssätze des BGB gegen die summarische Ablehnung einer Analogie spricht.

⁷ AöR 76 (1950/51), 205 (210) und Wolff I, § 22 II c, S. 93.

rechtssubjekt und Hoheitssubjekt zu verändern. Damit ist aber auch zugleich über ein Auswechseln des Zuordnungssubjekts der unverändert gebliebenen Rechtsfolge entschieden: Wenn ein bestimmtes Verhalten einer Privatperson eine bestimmte Rechtsfolge für diese Privatperson auslöst, so führt ein wesentlich ähnliches Verhalten eines Hoheitssubjekts dieselbe Rechtsfolge für das Hoheitssubjekt herbei. Das Hoheitssubjekt wird auch zum *ausschließlichen* Zuordnungssubjekt der Rechtsfolge, denn diese Rechtsfolge gehört zu einem neuen, durch die Analogie begründeten Rechtssatz: Da sich ein Rechtssatz aus Tatbestand und Rechtsfolge zusammensetzt und die Analogie eine Veränderung des Tatbestandes beinhaltet⁸, bedeutet die analoge Anwendung eines Rechtssatzes die Anwendung eines neuen Rechtssatzes.

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die auf ein Hoheitssubjekt analog angewandte Rechtsfolge eines Privatrechtssatzes durch die Analogie ihren privatrechtlichen Charakter verliert und zum Bestandteil eines öffentlichrechtlichen Rechtssatzes wird⁹. Es ist deshalb unnötig, sich in die zweifelhafte Konstruktion „janusköpfiger“ Rechtssätze zu flüchten, die sowohl dem Privatrecht als auch dem öffentlichen Recht angehören¹⁰. Das Ergebnis ist übrigens nicht anders, wenn man zur Bestimmung des öffentlichen Rechts nicht der Auffassung von Wolff folgt, sondern auf die Überordnung des Hoheitssubjekts über den Bürger¹¹ oder auf die Zweckbestimmung des Rechtssatzes zum Schutze der Interessen der Allgemeinheit abstellt¹². Die Feststellung der wesentlichen Ähnlichkeit des geregelten und des zu regelnden Sachverhalts besagt nämlich zugleich, daß die Rechtsfolge auch zur Regelung eines Subordinationsverhältnisses und einer dem Gemeininteresse verpflichteten Interessenverfolgung der Hoheitssubjekte geeignet und angemessen ist.

II. Zulässigkeit einer Analogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB

§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB schützt den Eigentümer vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen seines Eigentums, die nicht in der Entziehung oder

⁸ Vgl. Menger, System, S. 69.

⁹ Im Ergebnis ebenso Schack: RVBl. 1935, 189 (191) u. Festschrift für Laun, S. 275 (282 f.), weil der bei der Analogie induktiv zu belegenden Grundgedanke der gesetzlichen Regelung dem Rechtsganzen angehöre und damit auch im öffentlichen Recht gelte. Ähnlich Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, S. 126. Vgl. auch Wolff I, § 22 II c, S. 94.

¹⁰ Dazu Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 304 und Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 137 Fn. 138.

¹¹ Sog. Subjektions- oder Subordinationstheorie; s. Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 107 f.; BGH, Urt. v. 5. 7. 1957, I ZR 3/56: DÖV 1958, 861 f. Zur Kritik Wolff I, § 22 II a 7, S. 92.

¹² Sog. Interessentheorie; s. Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40 Rn. 5; Rupp: JuS 1961, 59 (60); Menger: VerwArch. 53 (1962), 394; BVerwG, Urt. v. 31. 8. 1961, VIII C 6/60: BVerwGE 13, 47 (50).

Vorenthaltung des Besitzes bestehen. Er kann die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen, ohne daß es auf ein Verschulden des Störers ankommt. Über § 1227 BGB ist § 1004 BGB auch auf das Pfandrecht an beweglichen Sachen anwendbar. Einen entsprechenden Anspruch gewähren § 12 BGB zur Abwehr von Beeinträchtigungen des Namensrechts und § 862 Abs. 1 S. 1 BGB zum Schutz des Besitzers gegen verbotene Eigenmacht¹³.

Die Rechtsprechung der Zivilgerichte hat aus dem Grundgedanken dieser gesetzlichen Regelungen einen allgemeinen privatrechtlichen Beseitigungsanspruch gegenüber rechtswidrigen Beeinträchtigungen von Rechten und gesetzlich geschützten Rechtsgütern entwickelt. In den Entscheidungen des Reichsgerichts wird dies durchweg mit einem „Gebot der Gerechtigkeit“ begründet, das verlange, „daß die fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung ohne Rücksicht auf die Schuldfrage beseitigt werden muß“¹⁴. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs spricht von einer „analogen Anwendung des Eigentumsschutzes aus § 1004 BGB“¹⁵, einer „entsprechenden Anwendung“ des § 1004 BGB¹⁶ oder dem „Rechtsgedanken“ des § 1004 BGB¹⁷.

In der zivilrechtlichen Literatur werden zwar bisweilen noch dogmatische Bedenken laut gegen die Ausdehnung des negatorischen Schutzes auf sämtliche Rechte und gesetzlich geschützte Interessen¹⁸. Aber letztlich wird das Ergebnis der Rechtsprechung doch allgemein anerkannt. Bei der Verletzung von „Rechten“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, so wird argumentiert, folge der Beseitigungsanspruch schon aus dem Wesen des verletzten subjektiven Rechts¹⁹, und auch die Ausdehnung auf die

¹³ Es ist allerdings umstritten, ob es sich bei § 862 BGB um den Schutz eines subjektiven Rechts oder um einen bloßen objektiv-rechtlichen Institutionsschutz handelt. Für die Deutung als Institutionsschutz *Raiser*, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht: *Summum Ius Summa Iniuria*, S. 145 (154 f.).

¹⁴ Urt. v. 27. 2. 1931, II 155/30: Markenschutz und Wettbewerb 1931, 276; Urt. v. 5. 6. 1935, II 332/34: RGZ 148, 114 (123). In seinem Urteil v. 6. 3. 1940, VI 176/39: RGZ 163, 210 ist auch der VI. Senat der Rechtsprechung des II. Senats gefolgt, nachdem er sie zunächst in seinem Urteil v. 23. 10. 1933, VI 204/33: JW 1934, 408, abgelehnt hatte. *Weyreuther*, Gutachten, S. 31 Fn. 86 bestreitet zu Unrecht, daß das RG ein Gebot der Gerechtigkeit als Grundlage für die Ausdehnung angeführt hat; in keiner der genannten Entscheidungen zum Beseitigungsanspruch ist ausdrücklich von einer Analogie die Rede.

¹⁵ Urt. v. 18. 1. 1952, I ZR 87/51: LM Nr. 6 zu § 812 BGB. Vgl. auch schon RG, Urt. v. 5. 6. 1935, II 332/34: RGZ 148, 114 (123), wonach es sich um einen Anspruch „auf der Grundlage des § 1004 BGB“ handelt.

¹⁶ Urt. v. 10. 7. 1954, VI ZR 120/53: BGHZ 14, 222 (225). Ähnlich auch BGH, Urt. v. 25. 4. 1958, I ZR 97/57: NJW 1958, 1043. Der OGH, Urt. v. 1. 10. 1948, I ZS 25/48: OGHZ 1, 182 meint sogar, der Widerrufsanspruch bei schuldlosen Ehrverletzungen sei „unmittelbar auf § 1004 BGB zu stützen“.

¹⁷ Urt. v. 6. 7. 1954, I ZR 38/53: BGHZ 14, 163 (173).

¹⁸ So z. B. *Hefermehl*: *Erman*, BGB, § 1004 Anm. 2 d, der meint, durch die Ausdehnung gerate der Unterschied zwischen Rechtsgut und Recht ins Wanken. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese Unterscheidung jemals gerechtfertigt war.

gesetzlich geschützten Interessen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB lasse sich durch folgende Überlegung rechtfertigen: Wenn § 823 Abs. 2 BGB im Falle einer schuldhaft rechtswidrigen Beeinträchtigung den weiten Schadensersatzanspruch gewähre, so sei es damit gut vereinbar, wenn man die Lücke, die bei der Abwehr bloß rechtswidriger Beeinträchtigungen bestehe, durch die schwächere Rechtsfolge eines Beseitigungsanspruchs schließe²⁰.

Eine Analogie verlangt die wesentliche Ähnlichkeit des geregelten und des zu regelnden Sachverhalts. Die in §§ 12, 862 Abs. 1 S. 1, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten Sachverhalte sind durch eine rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung gekennzeichnet, wobei die Art des verletzten Rechts für die Rechtsfolge des Beseitigungsanspruchs ohne Bedeutung ist. Insofern entsprechen sie der Situation bei Rechtsverletzungen durch rechtswidrige Verwaltungsakte oder hoheitliche Realakte²¹. Für die Zulässigkeit der Analogie kommt es nun entscheidend darauf an, ob Rechtsverletzungen durch hoheitliches Handeln sich derart von privaten Rechtsverletzungen unterscheiden können, daß die wesentliche Ähnlichkeit der Sachverhalte nicht mehr gewährleistet ist.

Rechtsverletzende Verwaltungsakte besitzen eine Verbindlichkeit, wie sie bei rechtswidrigen privaten Anordnungen unbekannt ist²². Sie sind

s. dazu *Baur*: JZ 1966, 381 (383) und *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, § 73 I b 3 β, S. 434, der darauf hinweist, daß auch das „volle“ subjektive Recht des Eigentümers nicht generell gegen jede Einwirkung geschützt ist, wie das Nachbarschaftsrecht der §§ 903 ff. BGB beweist. Es besteht kein wesensmäßiger, sondern nur ein gradmäßiger Unterschied im größeren Umfang des Schutzes, den die Rechte des § 823 Abs. 1 BGB im Vergleich mit den „gesetzlich geschützten Interessen“ des § 823 Abs. 2 BGB genießen.

¹⁹ *Hefermehl*: *Erman*, BGB, § 1004 Anm. 2 c; *Wolff-Raiser*, Sachenrecht, § 87 III, S. 350; *Westermann*, Sachenrecht, § 36 I b, S. 176.

²⁰ *Larenz*, Schuldrecht II, § 70 II, S. 479 f.; *Esser*, Schuldrecht, § 114 II 1, S. 613. Da auch die Rechtsfolgeseite verändert wird, handelt es sich bei dieser Argumentation nicht um ein *argumentum a maiore ad minus* und damit um eine besondere Form des Analogieschlusses (dazu *Nawiasky*, Allgemeine Rechtslehre, S. 148 und *Larenz*, Methodenlehre, S. 294 f.). Eher könnte man von einer gleichmäßigen Reduktion von Tatbestand und Rechtsfolge sprechen, die allerdings mit der Analogie insofern eng verwandt ist, als es auch hier darum geht, die für die Anordnung der Rechtsfolge wesentlichen Tatbestandsmerkmale herauszuarbeiten.

²¹ *Weyreuther*, Gutachten, S. 75 f., hält die Analogie für bedenklich, da nicht geklärt sei, ob die verletzten Rechte einander entsprechen. Auch bei den öffentlich-rechtlichen Berechtigungen des negativen Status handelt es sich aber um „absolute“, gegen jeden Träger öffentlicher Verwaltung als potentiellen Störer gerichtete Berechtigungen (*Wolff* I, § 40 III b 2, S. 245 und § 43 I a 1, S. 263 f.), so daß insoweit die „wesentliche Ähnlichkeit“ gewährleistet ist. *Weyreuther* kritisiert allerdings zu Recht, daß *Bettermann* die Frage außer acht gelassen hat, inwieweit die Struktur des verletzten Rechts für die Begründung des Reaktionsanspruchs wesentlich ist; dazu unten § 9, S. 65 ff.

²² Vgl. statt vieler *Wolff* I, § 50 I a, S. 328; *Forsthoff*, Verwaltungsrecht I, S. 217. Ausführlicher zur Verbindlichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte noch unten § 11 II.

trotz ihrer Rechtswidrigkeit von dem Adressaten zu befolgen und dürfen von der Behörde auch auf die bewußt in Kauf genommene Gefahr ihrer Rechtswidrigkeit hin zwangsweise vollstreckt werden, wenn ein entsprechendes öffentliches Interesse besteht²³. Im Vergleich mit rechtswidrigen Handlungen des Privatrechts bringen sie daher für den Betroffenen die Gefahr einer besonderen Belastung mit sich. Rechtswidrige hoheitliche Realakte enthalten dagegen keine regelnde Anordnung, die ungeachtet der Rechtswidrigkeit verbindlich sein könnte; sie unterscheiden sich in ihrer Wirkungsweise nicht von privaten Realakten. Diese wesentlichen Besonderheiten würden bei einer undifferenzierten analogen Anwendung des privatrechtlichen Beseitigungsanspruchs auf Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte und hoheitliche Realakte unberücksichtigt bleiben. Die Methode der Analogie erlaubt aber keine Differenzierungen in der Rechtsfolge²⁴ und ist deshalb zu starr, um den Eigentümlichkeiten der hoheitlichen Rechtsverletzungen Rechnung tragen zu können.

Es ist auch nicht möglich, einen allgemeinen öffentlichrechtlichen Beseitigungsanspruch wie den privatrechtlichen Beseitigungsanspruch durch einen Schluß von den minderen tatbestandlichen Voraussetzungen auf die mindere Rechtsfolge zu begründen. Das öffentliche Recht kennt nämlich keinen voll ausgebildeten Schadensersatzanspruch bei schuldhaften Rechtsverletzungen, aus dem durch gleichmäßige Reduktion von Tatbestand und Rechtsfolge ein Beseitigungsanspruch bei schuldlosen Rechtsverletzungen gewonnen werden könnte²⁵. Die deliktische Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG ist, wie wir gesehen haben, inhaltlich stark beschränkt und mit der privatrechtlichen Haftung aus §§ 823 ff. BGB und §§ 89, 31 BGB nicht vergleichbar²⁶.

Schließlich wird man fragen müssen, ob eine „Übertragung“ der Rechtsprechung der Zivilgerichte zum privatrechtlichen Beseitigungsanspruch ins öffentliche Recht, wie sie zum Beispiel von *Bettermann* gefordert wird²⁷, denn unbedingt im Wege der Analogie erfolgen muß. Die Ansicht des Reichsgerichts, es sei ein Gebot der Gerechtigkeit, daß eine fortdauernde widerrechtliche Beeinträchtigung beseitigt werden muß²⁸, könnte darauf hindeuten, daß auch der Ausdehnung des Beseitigungsanspruchs im Privatrecht letztlich etwas anderes als eine Analogie zugrundeliegt²⁹. Ebenso läßt sich die in der zivilrechtlichen Literatur anzutreffende Begründung des Beseitigungsanspruchs aus dem Wesen des

²³ s. § 80 Abs. 2 VwGO; *Wolff* I, § 50 I a, S. 328 u. III, § 160 I a, S. 280 m. w. N.; *Haueisen*: DÖV 1961, 121 (125).

²⁴ Oben S. 31.

²⁵ *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 137 Fn. 10; *Weyreuther*, Gutachten, S. 55 f.

75.

²⁶ Oben § 3.

²⁷ DÖV 1955, 528 (534 f.).

²⁸ Nachweise oben Fn. 14.

verletzten Rechts³⁰ methodisch nicht als Analogie begreifen. Diese beiden letztgenannten Begründungen werden wir daher noch einmal aufgreifen müssen³¹.

Ergebnis zu § 5

Eine analoge Anwendung von Privatrechtssätzen im öffentlichen Recht stößt auf keine grundsätzlichen Hindernisse. Es ist jedoch jeweils sorgfältig zu prüfen, ob trotz der Besonderheiten des öffentlichen Rechts die für die Analogie erforderliche wesentliche Ähnlichkeit der Sachverhalte gewährleistet ist. Das ist für den Versuch einer Analogie zu den privatrechtlichen Vorschriften über den Beseitigungsanspruch bei schuldlosen Rechtsverletzungen wegen der Besonderheiten hoheitlicher Rechtsverletzungen zu verneinen. Auf diesem Wege läßt sich der gesuchte Abwehrenspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte nicht begründen.

Im folgenden soll daher geprüft werden, ob sich nicht doch aus dem öffentlichen Recht, und zwar aus Art. 19 Abs. 4 GG und den Vorschriften der Prozeßgesetze über die Anfechtungsklage ein materiell-rechtlicher Abwehrenspruch herleiten läßt.

§ 6. Die Begründung des Abwehrenspruchs aus Art. 19 Abs. 4 GG und den Vorschriften über die Anfechtungsklage

In neueren Untersuchungen haben *Heidenhain*¹ und *Rupp*² versucht, mit Hilfe von Art. 19 Abs. 4 GG und den Vorschriften der Verwaltungsprozeßgesetze über die Anfechtungsklage einen materiell-rechtlichen Abwehrenspruch bei Rechtsverletzungen durch hoheitliches Handeln zu begründen.

Sie weisen zunächst mit Recht darauf hin, daß das „verletzte Recht“ in §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO — und ebenso in Art. 19 Abs. 4 GG — nicht mit dem Abwehrenspruch identisch ist, der mit der Anfechtungsklage geltend gemacht wird. Es sei daher erforderlich, den „Reaktionsanspruch“ unabhängig von der verletzten Berechtigung zu begründen. Diese Begründung entnehmen sie in einer „glossatorischen Methode“³ dem Art. 19 Abs. 4 GG und den verfahrensrechtlichen Vorschriften der Verwaltungsgerichtsgesetze über die Anfechtungsklage, insbesondere also dem § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO. Allein die nach geltendem Recht bestehende Möglichkeit einer Anfechtungsklage und die umfassende Eröffnung des Rechtswegs gegen Rechtsverletzungen durch Art. 19 Abs. 4 GG

²⁹ Anders *Weyreuther*, Gutachten, S. 31 Fn. 86; dazu schon oben Fn. 14.

³⁰ Nachweise oben Fn. 19.

³¹ Unten § 9.

¹ Amtshaftung, S. 138 ff.

² Grundfragen, S. 171 ff.

³ *Rupp*, Grundfragen, S. 174.

seien letztlich in der Lage, den Nachweis für das Vorhandensein materiell-rechtlicher Reaktionsansprüche bei Rechtsverletzungen zu erbringen⁴. Aus § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO könne entnommen werden, daß aus der Verletzung der klägerischen Rechte ein materieller Anspruch entsteht, der auf Beseitigung (Aufhebung) des rechtswidrigen Verwaltungsakts gerichtet ist. Der materielle Beseitigungsanspruch sei dem bestehenden System des Rechtsschutzes immanent⁵.

Auch wenn man *Heidenhain* und *Rupp* einmal darin folgt, daß der Reaktionsanspruch völlig losgelöst von der Struktur und den tatbestandlichen Voraussetzungen des verletzten Rechts begründet werden muß, kann ihre Lösung nicht überzeugen.

Es ist nicht möglich, das rein „formelle Hauptgrundrecht“⁶ des Art. 19 Abs. 4 GG zur Begründung einer materiell-rechtlichen Berechtigung heranzuziehen⁷. *Heidenhain* selbst betont mehrfach, daß aus der Eröffnung des Rechtswegs „nicht unmittelbar auf das Entstehen eines materiellen Anspruchs geschlossen werden“ könne⁸. Wenn er es dann doch tut, da der Reaktionsanspruch „letztlich doch nicht anders begründet werden“ könne⁹, so mutet diese Lösung mehr wie der Verzicht auf eine Lösung an¹⁰. Die verfahrensrechtlichen Vorschriften über die Anfechtungsklage setzen einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts voraus, da nach heute wohl unbestrittener Meinung der Verwaltungsprozeß der Durchsetzung subjektiver Rechte und nicht (nur) der objektiven Verwaltungskontrolle dient¹¹; Art. 19 Abs. 4 GG und § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründen diesen Anspruch aber nicht¹². Die von *Rupp* und *Heidenhain* verwandte „glossatorische“ Methode bedeutet nichts anderes als eine Begründung des *ius* durch die *actio*, was *Rupp* auch nicht verhehlt¹³, *Heidenhain* aber ohne Begründung bestreitet¹⁴.

⁴ *Rupp*, a.a.O.; *Heidenhain*, a.a.O., S. 141.

⁵ *Heidenhain*, a.a.O.

⁶ *Klein*, VVDStRL 8, 67 (88).

⁷ BVerfG, Beschl. v. 5. 2. 1963, 2 BvR 21/60: BVerfGE 15, 275 (281); BVerwG, Urt. v. 18. 8. 1960, I C 42/59: BVerwGE 11, 95 (97) und Urt. v. 14. 6. 1968, IV C 44/66: NJW 1968, 2393 (2394); BGH, Urt. v. 20. 9. 1962, III ZR 93/60: DVBl. 1963, 24 (25); OVG Hamburg, Urt. v. 22. 1. 1958, Bf I 56/57: DVBl. 1958, 832 (833); OVG Münster, Urt. v. 27. 3. 1968, III A 750/64: DVBl. 1968, 660 (662); weitere Nachweise bei *Weyreuther*, Gutachten, S. 45 Fn. 150.

⁸ a.a.O. S. 141 und schon vorher S. 134 m. N.

⁹ a.a.O. S. 141.

¹⁰ Vgl. auch die Kritik von *Schleeh*: AöR 92 (1967), 58 (60 Fn. 5) und *Weyreuther*, Gutachten, S. 45 Fn. 148.

¹¹ Ausführliche Nachweise bei *Rupp*, Grundfragen, S. 175 f., *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 62 und *Heidenhain*: JZ 1968, 487 (490).

¹² *Schleeh*: AöR 92 (1967), 58 (60 Fn. 5); *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 65; *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, S. 38 f.

¹³ Grundfragen, S. 174.

¹⁴ Amtshaftung, S. 139. Gegen einen Schluß von der Verleihung des Klagerrechts durch Art. 19 Abs. 4 GG auf die materielle Berechtigung z. B. *Better-*

Schließlich ist zu bedenken, daß § 113 Abs. 1 VwGO auf Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte zugeschnitten ist und schon deshalb keine eindeutige Antwort auf unsere Frage nach einem Abwehrenspruch gegen die anders gearteten hoheitlichen Realakte geben kann; die „Induktionsbasis“ des § 113 Abs. 1 VwGO ist zu schmal gewählt, um auf diesem Wege einen umfassenden öffentlichrechtlichen Beseitigungsanspruch bei hoheitlichen Rechtsverletzungen nachzuweisen¹⁵.

Ergebnis zu § 6

Der gesuchte materiell-rechtliche Abwehrenspruch läßt sich nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG und den prozeßrechtlichen Vorschriften über die Anfechtungsklage begründen. § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO gewährt zwar ein Indiz für die Existenz eines anderweitig begründeten Reaktionsanspruchs, nicht aber seinen materiellen Geltungsgrund.

Unsere Suche nach der Grundlage eines materiell-rechtlichen Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte ist bisher erfolglos geblieben. Weder die Amtshaftung noch der sogenannte Folgenbeseitigungsanspruch, weder der privatrechtliche Beseitigungsanspruch noch die verwaltungsprozessualen Vorschriften über die Anfechtungsklage können jeweils für sich genommen eine Lösung unseres Problems bieten. Bevor wir uns dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit der „höheren Ebene“ des Verfassungsrechts zuwenden, bleibt noch zu erwägen, ob nicht eine zusammenfassende Betrachtung der genannten privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute zu einem befriedigenden Ergebnis führt. Diesen Versuch einer „Zusammenschau“ hat wohl erstmals *Menger* unternommen.

§ 7. Der öffentlichrechtliche Wiedergutmachungsanspruch nach Menger

Menger sieht in der Amtshaftung und den verwaltungsprozeßrechtlichen Vorschriften über die Anfechtungsklage Teilpositivierungen einer

mann: Grundrechte III/2, S. 779 (803), der dann allerdings inkonsequent aus Art. 19 Abs. 4 GG doch einen Anspruch auf rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt herleiten will, aus dem als Sanktion seiner Verletzung ein Beseitigungsanspruch folge. Zum Recht auf Freiheit von rechtswidrigen Belastungen ausführlich noch unten § 8 II.

¹⁵ *Heidenhain*, a.a.O., S. 140 und *Rupp*, a.a.O., S. 250 wollen den Beseitigungsanspruch auch auf „sonstiges hoheitliches Handeln“ ausdehnen, weil das „Entstehen dieses Anspruchs nicht auf die Verletzung durch Verwaltungsakt beschränkt sein kann“ (*Heidenhain*) und „schlechterdings nicht einzusehen ist, warum nur dann ein Eingriff in den individuellen status subjektive Beseitigungsrechte erzeugen sollte, wenn der Eingriff in Form eines Verwaltungsakts erfolgt“ (*Rupp*). Mit den Vorschriften über die Anfechtungsklage ist diese Ausdehnung aber nicht zu bewerkstelligen.

ungeschriebenen öffentlichrechtlichen „Grundnorm auf Wiedergutmachung“, die er so formuliert¹:

„Wenn der Staat oder ein anderer Hoheitsträger durch einen Organwahrer in Ausübung öffentlicher Amtstätigkeit jemanden in seiner Rechtsstellung widerrechtlich beeinträchtigt, so hat er den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Verletzung nicht eingetreten wäre.“

Ist wegen Beeinträchtigung durch die Vornahme oder die Unterlassung eines Verwaltungsaktes oder einer Verwaltungshandlung, welche nicht im Erlaß eines Verwaltungsaktes besteht, (Wieder-)Herstellung zu leisten, so kann der Berechtigte die Beseitigung oder die Vornahme des Verwaltungsaktes oder der Verwaltungshandlung verlangen.“

„Soweit die Beseitigung oder die Vornahme des Verwaltungsaktes oder der Verwaltungshandlung nicht möglich ist oder zum Ersatz des dem Betroffenen entstandenen Schadens nicht genügt, hat der Ersatzpflichtige Schadensersatz in Geld oder gleicher Sache zu leisten.“

Während der rechtswissenschaftlichen Behandlung der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Vornahmeklagen weitgehend das „Kongruenzdenken zum allgemeinrechtlichen System der Restitution“ fehle, stehe diese öffentlichrechtliche Restitutionsgrundnorm „in dogmatischer Parallele zu den zivilrechtlichen Wiedergutmachungs-(Ausgleichs-)Ansprüchen mit ihren verschiedenen Ausprägungen etwa der actio negatoria oder des deliktischen Schadensersatzanspruchs“².

Dieser Versuch, sämtliche Restitutions- und Kompensationsansprüche eines rechtswidrig beeinträchtigten Bürgers einer einzigen ungeschriebenen „Grundnorm“ zu entnehmen, begegnet zunächst methodischen Bedenken. Es wird nicht recht klar, nach welcher Methode *Menger* die Restitutionsnormen des Zivilrechts und des Verwaltungsprozeßrechts zu einer einzigen „Restitutionsgrundnorm“ zusammenfassen will. Zum Nachweis der Grundnorm beruft er sich auf die Übereinstimmung in den Voraussetzungen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Wiedergutmachungsvorschriften³. Weiter führt er aus, der Grundgedanke des Restitutionsrechts, die Zweiheit der Rechtssphären von Störer einerseits und Beeinträchtigtem andererseits, lasse sich auf das Verhältnis übertragen, daß zwischen dem in seinen Rechten verletzten Bürger und dem rechtswidrig handelnden Hoheitsträger besteht; danach verlange die Forderung nach kongruentem Rechtsdenken, die Rechtsfolge Wiedergutmachung in vollem Umfang auf den Tatbestand der öffentlichrechtlichen

¹ Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 347 (358 f.); s. auch *Menger*: DÖV 1955, 587 (591) u. VerwArch. 50 (1959), 91 f. Zustimmung VG Frankfurt, Urt. v. 31. 5. 1960, VI/2 237/59; DVBL 1960, 653.

² Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 347 (350 f.).

³ a.a.O., S. 352.

Rechtsverletzung anzuwenden⁴. Die Betonung der angeblichen Übereinstimmung in den Anspruchsvoraussetzungen und die Forderung nach kongruentem Rechtsdenken bei der Bestimmung der Rechtsfolge scheinen auf eine umfassende Analogie zu den privatrechtlichen Vorschriften hinzudeuten. Dagegen könnte man aus der Formulierung einer Restitutionsgrundnorm schließen, daß es *Menger* nicht um eine Analogie geht, sondern darum, in den betreffenden Vorschriften einen aus dem Rechtsprinzip abgeleiteten Rechtsgrundsatz aufzufinden⁵, wobei offen bleibt, ob es sich dabei um unmittelbar anwendbares Recht handeln soll.

Bedenklich erscheint ferner die Auswahl und undifferenzierte Verwendung der genannten Restitutionsnormen. So kann man die Amtshaftung nicht als Positivierung einer allgemeinen Haftungsnorm für Staatsunrecht ansehen, solange sie als vom Staat lediglich übernommene Amtswalterhaftung konstruiert ist⁶. Aber auch wenn die Amtshaftung entsprechend dem oben⁷ erwähnten Referentenentwurf zu einer unmittelbaren Staatshaftung umgestaltet werden sollte, bleibt sie eine Haftung für rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigungen. Weiterhin ist der deliktische Schadensersatzanspruch des Privatrechts durch das Verschuldenserfordernis deutlich von dem Beseitigungsanspruch der actio negatoria unterschieden⁸, und schließlich passen die sogenannte Quasi-Aufopferung und die Gefährdungshaftung, die *Menger* zur Begründung des weiten Anspruchsumfanges mit heranzieht⁹, nicht in das Bild einer Haftung für hoheitliche Rechtsverletzungen. Denn für beide Rechtsinstitute ist die Rechtswidrigkeit einer hoheitlichen Rechtsbeeinträchtigung unwesentlich. Die Quasi-Aufopferung gewährt eine Entschädigung für rechtswidrig auferlegte Sonderopfer, beruht also auf dem Grundsatz der Lastengleichheit der Bürger¹⁰, und die Gefährdungshaftung ist als Risikohaftung für außergewöhnliche, erhöhte Gefahrenlagen gedacht¹¹.

⁴ a.a.O., S. 353.

⁵ Zu dieser Methode s. *Menger*, Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen: Festschrift für Bogs, S. 89—101 im Anschluß an *Wolff*, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 33—52. Ausführlich noch unten § 9 II.

⁶ *Scheuner*: DÖV 1955, 545 (547); *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 133; *Rupp*, Grundfragen, S. 174.

⁷ § 3, S. 26.

⁸ Vgl. die Kritik von *Bettermann*: DÖV 1955, 528 (536); *Siehoff*, Diss., S. 99 f.; *Hantke*, Diss., S. 74; *Schleeh*: AöR 92 (1967), 58 (64).

⁹ a.a.O., S. 355.

¹⁰ Dazu *Wolff* I, § 60 I c, S. 413 u. § 66 II b, S. 453.

¹¹ Eine allgemeine öffentlichrechtliche Gefährdungshaftung befürwortet vor allem *Forsthoff*, Verwaltungsrecht I, § 18. Sie wird jedoch überwiegend abgelehnt; s. *Wolff* I, § 66 II a 1, S. 453 m. w. N.

Die von *Menger* angenommene Übereinstimmung in den Voraussetzungen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Restitutionsansprüche läßt sich also nicht nachweisen. Bei hoheitlichen Rechtsverletzungen können zwar geradeso wie im Privatrecht die Rechtssphären des Verletzers und des Verletzten unterschieden werden, aber damit ist noch nichts darüber gesagt, ob überhaupt und, wenn ja, wie und in welchem Umfang ein Ausgleich zwischen diesen Rechtssphären stattzufinden hat¹².

Ergebnis zu § 7

Eine Zusammenschau der bereits einzeln behandelten Rechtsinstitute der Amtshaftung, der Anfechtungsklage und der privatrechtlichen actio negatoria beweist nicht die Existenz einer Restitutionsgrundnorm für hoheitliche Rechtsverletzungen, wie sie *Menger* formuliert hat. Wir müssen deshalb die Suche nach der Grundlage eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte auf der Ebene des Verfassungsrechts fortsetzen.

§ 8. Das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) als Grundlage eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidriges Hoheitshandeln

Die eigentliche Grundlage eines materiell-rechtlichen Abwehrenspruchs gegen rechtswidriges Hoheitshandeln der Verwaltung wird häufig in Art. 20 Abs. 3 GG gesehen, der die vollziehende Gewalt zur Beachtung von Gesetz und Recht verpflichtet. So will zum Beispiel *Bachof* den bereits erörterten Anspruch auf Beseitigung der tatsächlichen Folgen des vorzeitigen Vollzugs eines rechtswidrigen Verwaltungsakts nicht nur durch eine Analogie zu den Schadensersatzvorschriften der ZPO, sondern vornehmlich mit Hilfe des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begründen¹. Die allgemeine Formulierung des Art. 20 Abs. 3 GG macht sogleich deutlich, daß sich eine Argumentation aus dem Gesetzmäßigkeitsprinzip nicht auf die besonderen Fälle des vorzeitigen Vollzugs eines rechtswidrigen Verwaltungsakts beschränken läßt; sie muß konsequent alle Fälle einbeziehen, in denen die Verwaltung wider Gesetz und Recht gehandelt hat, rechtswidrige Verwaltungsakte — seien sie vollzogen oder nicht — also ebenso wie rechtswidrige hoheitliche Real-

¹² Die mangelnde Differenzierung der Restitutionsgrundnorm bemängeln u. a. *Scheuner*: DÖV 1955, 545 u. JuS 1961, 243 (246 Fn. 30); *Luhmann*, Entschädigung, S. 91 ff.; *Weyreuther*, Gutachten, S. 35; *Spanner*: DVBl. 1968, 618 (620 f.); OVG Münster, Urt. v. 21. 4. 1964, II A 1189/62: DVBl. 1964, 885.

¹ Vornahmeklage, S. 128. *Obermayer*: JuS 1963, 110 (113) und *Hegel*, Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen, S. 85 f. stützen den Folgenbeseitigungsanspruch ausschließlich auf Art. 20 Abs. 3 GG; weitere Nachw. bei *Weyreuther*, Gutachten, S. 28 Fn. 68.

akte². Einige Autoren gehen denn auch über *Bachof* hinaus und versuchen, aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips einen allgemeinen Entschädigungs- oder gar Schadensersatzanspruch bei rechtswidrigem hoheitlichem Handeln abzuleiten³.

Dabei wird der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durchweg als das Verbot rechtswidrigen Verwaltungshandelns und damit als das Prinzip des *Vorrangs* von Gesetz und Recht verstanden. Das Prinzip des *Vorbehalts* des Gesetzes besagt dagegen, daß zumindest jeder Eingriff in den Freiheits- und Eigentumsbereich des Bürgers einer formell-gesetzlichen Ermächtigung bedarf⁴.

Dieses Vorbehaltsprinzip ist für unsere Frage nur insofern von Bedeutung, als seine Verletzung notwendig auch eine Verletzung des Vorrangsprinzips bewirkt, denn das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für Eingriffe in Freiheit und Eigentum läßt sich in die Reihe der Rechtssätze einordnen, deren Vorrang die Verwaltung zu beachten hat⁵.

² Vgl. *Bettermann*: DÖV 1955, 528 (531) in seiner Kritik an *Bachofs* Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs.

³ So bereits *Furler*: VerwArch. 33 (1938), 340 (413): Entschädigungspflicht als „notwendiges Korrelat des Rechtsstaats“. Ähnlich *Tschaksch*, Diss., S. 48 f., der einen Anspruch im Umfang des § 249 BGB aus der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als dem obersten Grundsatz des Rechtsstaats begründen will. *Katzenstein*, Entschädigungspflicht, S. 41 ff. und *Fahrenkrug*, Diss., S. 37 f. machen gegen *Furler* und *Tschaksch* geltend, daß sich der Charakter des Gesetzmäßigkeits- und Rechtsstaatsprinzips durch die „Revolution“ von 1933 verändert habe; dieser Einwand ist heute selbstverständlich unbeachtlich. *Haas*, System, S. 59 ff. entnimmt den Art. 20, 28 GG eine umfassende Wiedergutmachungspflicht für rechtswidrige Eingriffe; ebenso OVG Lüneburg, Urt. v. 2. 2. 1965, II OVG A 69/62: DVBl. 1967, 205 (206) m. abl. Anm. von M. *Hoffmann*: DVBl. 1967, 667—669. Vgl. auch VG Köln, Urt. v. 24. 9. 1964, 1 K 2078/62: DVBl. 1965, 882 (884). Nach Auffassung von *Bartlsperger*: NJW 1968, 1697 (1703 f.) impliziert das rechtsstaatliche Staatsrechtsverhältnis eine unmittelbare und objektive Haftung der Hoheitsträger auf Schadensersatz für die Verletzung ihrer öffentlichrechtlichen Pflichten.

⁴ Zur Terminologie s. *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 29—35. *Wolff I*, § 30 II, III, S. 155 ff. unterscheidet die Gesetzmäßigkeit im negativen Sinne (Vorrangsprinzip) und im positiven Sinne (Vorbehaltsprinzip). Zum Streit über die Ausdehnung des Vorbehaltsprinzips auf begünstigende Maßnahmen der Leistungsverwaltung s. die Nachweise bei *Wolff III*, § 138 III, S. 138 ff.

⁵ *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 68 f. stellt die beiden Prinzipien für Eingriffsakte nebeneinander und meint, die Rechtswidrigkeit eines Eingriffsaktes könne sich einmal daraus ergeben, daß er nicht von einem ermächtigenden Gesetz gedeckt ist (Verstoß gegen das Vorbehaltsprinzip), und zum anderen daraus, daß er in Widerspruch zu einem anderen Gesetz steht (Verletzung des Vorrangsprinzips). Geht man gedanklich einen Schritt weiter, indem man das Vorbehaltsprinzip selbst als ein „Gesetz“ erkennt, zu dem sich die Verwaltung nicht in Widerspruch setzen darf, so gelangt man zu der hier vertretenen Verbindung von Vorbehalts- und Vorrangsprinzip. Auch *Helga Horn*, Diss., S. 54 ff., 80 f. wendet sich gegen eine isolierende Betrachtung der beiden Prinzipien, wobei jedoch unklar bleibt, ob sie eine Verbindung im obigen Sinn annimmt.

Art. 20 Abs. 3 GG normiert nur das Vorrangsprinzip und sagt nichts darüber aus, was alles zu „Gesetz und Recht“ gehört und demnach von der Verwaltung zu beachten ist. Das Vorbehaltssprinzip ist daher nicht durch Art. 20 Abs. 3 GG erfaßt⁶ und bedarf einer besonderen verfassungsrechtlichen Begründung, auf die jedoch nicht näher eingegangen zu werden braucht, da es hier nur um die Bedeutung des Art. 20 Abs. 3 GG für die Begründung des gesuchten Abwehrenspruchs geht⁷.

Das Prinzip des Vorrangs von Gesetz und Recht gilt für jede Art öffentlicher Verwaltung⁸ und bildet deshalb eine Grundnorm des objektiven Verwaltungsrechts. Insbesondere verpflichtet es die Verwaltung, rechtswidrige Belastungen des Bürgers zu unterlassen. Diese Unterlassungspflicht allein bringt uns der Lösung unseres Problems aber nicht näher, denn wir fragen ja nach den Ansprüchen des Betroffenen für den Fall, daß die Verwaltung ihre Pflicht durch eine rechtswidrige Belastung verletzt hat. Hier scheinen sich nun zwei Wege anzubieten, um Art. 20 Abs. 3 GG für die Begründung derartiger Abwehrensprüche fruchtbar zu machen. Der erste Weg würde folgendermaßen verlaufen: Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet die Verwaltung nicht nur zur Beachtung des Gesetzesvorrangs durch Unterlassung rechtswidriger Belastungen, sondern bestimmt auch die Restitutionspflichten der Verwaltung nach einer Verletzung des Vorrangsprinzips; dieser Restitutionspflicht korrespondiert ein Anspruch des betroffenen Bürgers. Der zweite Weg würde dagegen allein an die Pflicht der Verwaltung zur Unterlassung rechtswidriger Belastungen anknüpfen und ihr ein entsprechendes Recht des Bürgers auf Freiheit von allen rechtswidrigen hoheitlichen Belastungen an die Seite stellen; eine Verletzung dieses Rechts durch einen rechts-

⁶ Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, S. 190; Dürig: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 20 Rn. 128; Rösslein, *Folgenbeseitigungsanspruch*, S. 69; wohl auch Wolff I, § 30 III a, S. 160.

⁷ Es sei nur erwähnt, daß Vogel: *VVDStrL* 24, 125 (150 f.) meint, das Vorbehaltssprinzip sei als ein besonderer Grundsatz neben dem Grundrechtssystem entbehrlich geworden, nachdem heute das allgemeine Freiheitsrecht nach der Rechtsprechung des BVerfG in Art. 2 Abs. 1 GG und das Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet sind. Ähnlich Wolff, *Diskussionsbeitrag bei Peters*, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*, S. 67 f. und Wolff I, § 30 III a, S. 160. Es ist aber zweifelhaft, ob Art. 2 Abs. 1 GG nur Beschränkungen der Handlungsfreiheit durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zuläßt; nach der Rechtsprechung des BVerfG wird man nämlich zur einschränkenden „verfassungsmäßigen Ordnung“ auch rechtmäßige Einzelakte zu zählen haben, die lediglich den Vorrang des Gesetzes beachten (s. BVerfG, *Urt. v. 16. I. 1967*, I C 41/55; BVerfGE 6, 32 (37 f.)). — Diese Argumentation gegen Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage des Vorbehaltssprinzips darf nicht mit der noch zu erörternden Frage vermergt werden, ob dem Art. 2 Abs. 1 GG eine „Subjektivierung“ des Vorrangsprinzips im Sinne eines Anspruchs auf Freiheit von rechtswidrigen Belastungen entnommen werden kann; dazu unten § 8 II.

⁸ Auch für die Verwaltung in privatrechtlichen Formen, die hier jedoch nicht interessiert.

widrigen belastenden Hoheitsakt müßte dann wie jede Verletzung eines subjektiven Rechts einen Reaktionsanspruch des Verletzten auslösen.

Im folgenden sollen diese beiden unterschiedlichen Lösungswege nacheinander in getrennten Untersuchungen überprüft werden.

I. Abwehrenspruch des rechtswidrig belasteten Bürgers auf Grund von Art. 20 Abs. 3 GG — Erste Begründung —

Der oben skizzierte erste Weg geht davon aus, daß Art. 20 Abs. 3 GG die Verwaltung nicht nur zur Beachtung von Gesetz und Recht bei all ihren Maßnahmen verpflichtet, sondern darüber hinaus auch bestimmt, welche Pflichten die Verwaltung nach einer Verletzung von Gesetz und Recht treffen. Das ist aber der Fassung des Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist, auch mit Hilfe einer extensiven Auslegung nicht mehr zu entnehmen.

Die weitaus überwiegende Lehre und auch die Rechtsprechung sind deshalb mit Recht der Auffassung, daß Art. 20 Abs. 3 GG die Frage nach der Rechtsfolge einer Verletzung des Vorrangsprinzips nicht beantwortet⁹. So erklärt zum Beispiel auch Bachof, daß das Gesetzmäßigkeitsprinzip der Verwaltung zwar ein gesetzwidriges Verhalten verwehre, aber nichts darüber besage, was im Falle einer dennoch erfolgten Rechtswidrigkeit zu geschehen habe¹⁰. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung enthält keine Sanktion seiner Verletzung¹¹.

⁹ Bettermann: *DÖV* 1955, 528 (531); Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, S. 195; Heidenhain, *Amtshaftung*, S. 73 f.; Luhmann, *Entschädigung*, S. 92; Rupp, *Grundfragen*, S. 172 f.; Hantke, *Diss.*, S. 45 f.; Schleich: *AöR* 92 (1967), 58 (75 Fn. 74); Weyreuther, *Gutachten*, S. 28 Fn. 69 m. w. N.; Spanner: *DVBl.* 1968, 618 (619 f.). Aus der Rechtsprechung BVerwG, *Urt. v. 7. 12. 1960*, V C 228/59; *NJW* 1961, 1130 (1131); *OVG Hamburg*, *Urt. v. 22. I. 1958*, Bf I 56/57; *DVBl.* 1958, 832 (833). Anders Hegel, *Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen*, S. 85 ff.; Maurer: *DÖV* 1966, 477 (484); Horn, *Diss.*, S. 61—82. Horn beruft sich auf einen Bedeutungswandel des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes im letzten Jahrhundert. Ihre Darstellung dieses angeblichen Bedeutungswandels bezieht sich aber fast ausschließlich auf das hier nicht interessierende Vorbehaltssprinzip; das Vorrangsprinzip ist geschichtlich nicht wandelbar, denn als Verbot, rechtswidrig zu handeln, ist es ein begrifflich notwendiges Attribut jeder Rechtsordnung.

Die Frage ist vor allem im Rahmen der Diskussion um die Beseitigung und Zurücknahme rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakte erörtert worden. Die dazu von Forsthoff, *Verwaltungsrecht I*, S. 252 ff. vertretene Auffassung, die Verwaltung sei in jedem Fall auf Grund von Art. 20 Abs. 3 GG zur Beseitigung verpflichtet, ist durch die Rechtsprechung und durch eingehende Untersuchungen im Schrifttum überzeugend zurückgewiesen worden; Nachweise bei Wolff I, § 53 III c 1, S. 361.

¹⁰ VerfR I, S. 261. Fast wörtlich übereinstimmend BVerwG, *Urt. v. 7. 12. 1960*, V C 228/59; *NJW* 1961, 1130 (1131). Diese Stellungnahme Bachofs ist mit seiner Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar. Im Vorwort zur 2. Auflage 1968 seiner Habilitationsschrift erkennt Bachof diesen Widerspruch an, will aber dennoch in Anlehnung an Rösslein nicht auf den Grundsatz der Gesetzmäßig-

Schon der Ausgangspunkt des ersten Weges über Art. 20 Abs. 3 GG erweist sich somit als unzutreffend. Außerdem ist zu bedenken, daß das Ziel auch dann noch nicht erreicht wäre, wenn Art. 20 Abs. 3 GG die Beseitigung, Wiederherstellung, Entschädigung oder gar den vollen Schadensersatz für den Fall einer rechtswidrigen hoheitlichen Belastung anordnen würde. Damit wäre erst die Verpflichtung der Verwaltung begründet und noch kein korrespondierender Anspruch des Betroffenen, denn im öffentlichen Recht muß einer Verpflichtung der Verwaltung nicht unbedingt eine Berechtigung des Bürgers gegenüberstehen¹².

II. Abwehrenspruch des rechtswidrig belasteten Bürgers auf Grund von Art. 20 Abs. 3 GG — Zweite Begründung —

Die vorangegangene Prüfung hat gezeigt, daß Art. 20 Abs. 3 GG zwar das Prinzip des Gesetzesvorrangs, nicht aber auch die Rechtsfolgen einer Verletzung dieses Prinzips normiert. Der zweite Lösungsweg über Art. 20 Abs. 3 GG knüpft deshalb ausschließlich an das Vorrangsprinzip an, das für die Verwaltung vor allem als das Verbot rechtswidriger Belastungen bedeutsam ist. Diesem Verbot könnte auf Seiten des Bürgers ein Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen entsprechen. Sollte die Begründung dieses Rechts gelingen, so sind wir aber noch nicht am Ziel angelangt. Es fehlt dann noch der Nachweis, daß eine rechtswidrige Beeinträchtigung einen Reaktionsanspruch des verletzten Bürgers auslöst. Diese beiden Stufen der Begründung eines Abwehrenspruchs gegen

keit der Verwaltung und auf das Rechtsstaatsprinzip zur Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs verzichten. Dazu noch unten § 9 I, S. 68 f.

¹¹ So ausdrücklich *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 74. *Bettermann*: DÖV 1955, 528 (531) macht außerdem geltend, das Gesetzmäßigkeitsprinzip erweise sich wegen der grundsätzlichen Wirksamkeit und Verbindlichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte als *lex imperfecta* und sei auch deshalb zur Herleitung eines Abwehrenspruchs ungeeignet. Dabei verkennt *Bettermann*, daß die Verbindlichkeit nur vorbehaltlich verwaltungsgerichtlicher Kontrolle besteht und sie daher die Entstehung eines etwaigen materiell-rechtlichen Anspruchs auf Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsakts nicht hindert.

¹² *Wolff I*, § 43 I b 1, S. 264 f.; *Bachof*: DVBl. 1961, 128 (130); *Henke*: DVBl. 1964, 648 f.; *Rupp*, Grundfragen, S. 162 f., 173.

Konsequent *Horn*, Diss., S. 83 ff., die sich mit der — unzutreffenden — Herleitung der Folgenbeseitigungspflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG nicht begnügt, sondern ebenfalls durch Auslegung des Art. 20 Abs. 3 GG auch einen korrespondierenden Folgenbeseitigungsanspruch begründen will. *Haas*, System, S. 59 ff. versucht, dieser Schwierigkeit zu entgehen, indem er nur die Wiedergutmachungspflicht auf Art. 20, 28 GG stützen, den Anspruch aber den Art. 19 Abs. 4, 34 GG entnehmen will. Ähnlich *Redeker-v. Oertzen*, VwGO, § 113 Anm. 6. Art. 19 Abs. 4 GG gewährt aber keine materiellen Berechtigungen, sondern garantiert als rein verfahrensrechtliche Vorschrift nur die prozessuale Durchsetzbarkeit materieller Berechtigungen (Nachweise oben § 6, Fn. 7); Art. 34 GG gibt keinen selbständigen Haftungsgrund, sondern überträgt nur die inhaltlich beschränkte Haftung des Amtswalters auf den Träger öffentlicher Verwaltung (Nachweise oben § 3 Fn. 1).

rechtswidrige Hoheitsakte müssen streng voneinander geschieden werden.

Die zweite Frage nach dem Reaktionsanspruch bei Verletzung eines subjektiven Rechts stellt sich für jede Berechtigung des Bürgers und nicht nur für ein möglicherweise aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitendes Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen; sie soll deshalb später in § 9 gesondert behandelt werden. Zunächst geht es um die erste Stufe der Begründung, um die Frage also, ob der Verpflichtung der Verwaltung, den Bürger nicht wider Gesetz und Recht zu belasten, ein Recht des Bürgers auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen entspricht. Zum besseren Verständnis dieser Untersuchung empfiehlt sich vorweg eine kurze Darstellung der Voraussetzungen und Arten des subjektiven öffentlichen Rechts.

1. Voraussetzungen und Arten der subjektiven öffentlichen Rechte

Im öffentlichen wie im privaten Recht wird heute zum Begriff des subjektiven Rechts vorwiegend eine Kombination der Lehre *Windscheids* von der „Willensmacht“¹³ und der Lehre *Iherings* vom „rechtlich geschützten Interesse“¹⁴ vertreten, wenn gelehrt wird, ein subjektives Recht sei eine „von der Rechtsordnung verliehene, zur Befriedigung menschlicher Interessen dienliche Macht“¹⁵. Aus dieser Definition lassen sich drei Voraussetzungen eines subjektiven Rechts entnehmen: Ein subjektives Recht bedarf *erstens* einer objektiv-rechtlichen Grundlage in einem Gesetz oder einem Rechtsgeschäft, *zweitens* muß dieses Gesetz oder Rechtsgeschäft dazu bestimmt sein, die Individualinteressen einer bestimmten Person gegenüber den Interessen einer anderen Person zu schützen, und *drittens* muß dem so Begünstigten auch die „Rechtsmacht“ verliehen sein, sich auf die begünstigende Rechtsfolge gegenüber dem Verpflichteten berufen und von diesem ein entsprechendes Verhalten verlangen zu kön-

¹³ *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 37.

¹⁴ *Ihering*, Geist des römischen Rechts III, S. 339, 351.

¹⁵ *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, § 73 II, S. 438. Ähnlich *Raiser*, Dingliche Anwartschaften, S. 57 ff. und *JZ* 1961, 465 (467); *Bachof*: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 287 (292 f.). *Larenz*, Allg. Teil, § 18 II a, S. 217 meint dagegen, das subjektive Recht bedeute lediglich, daß einer Person etwas, ein bestimmtes „Gut“ rechtens zukommt oder gebührt. Damit erfaßt er jedoch — kaum anders als *Ihering* — nur das sachliche Substrat des subjektiven Rechts und seine objektiv-rechtliche Zuweisung an die Person. Das spezifisch Subjektive aber, nämlich die Rechtsmacht einer Person, von einer anderen Person die Beachtung oder Verwirklichung dieses „Guts“ verlangen zu können, fehlt in dieser Definition. Vgl. in diesem Zusammenhang *Bachof*: a.a.O., S. 293, der darauf hinweist, daß beim unechten Vertrag zugunsten Dritter und bei der testamentarischen Auflage eine Zuweisung eines „Guts“ vorliegt, ohne daß der Begünstigte auch einen Anspruch auf die Verwirklichung dieser Zuweisung hat. Vgl. auch *Wolff I*, § 40 II b 3, S. 244.

nen. *Bühler*¹⁶ hat dementsprechend das subjektive öffentliche Recht des Bürgers definiert als „diejenige rechtliche Stellung des Untertan zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seines Individualinteresses erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber tun darf“¹⁷.

Nach dem Inhalt des Rechts unterscheidet die Zivilrechtslehre neben den — im öffentlichen Recht weniger interessierenden¹⁸ — Gestaltungsrechten meist Beherrschungsrechte und Ansprüche¹⁹.

Beherrschungsrechte berechtigen dazu, auf ein bestimmtes Objekt unmittelbar einzuwirken und fremde Einwirkung auszuschließen²⁰. Ist das Objekt eine Sache, so spricht man von dinglichen Rechten. In einem weiteren Sinn lassen sich auch die Persönlichkeitsrechte wie Leben, Gesundheit, Freiheit in die Kategorie der Beherrschungsrechte einordnen, da auch bei ihnen die Ausschlußwirkung gegenüber jedermann wesentlich ist. Die Beherrschungsrechte gebieten *negativ* ein Dulden oder Unterlassen und bestehen *intransitiv* („absolut“) gegenüber unbestimmt vielen Verpflichteten, nämlich allen potentiellen Störern²¹.

¹⁶ Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 224 u. Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 269 (274).

¹⁷ *Bachof*: a.a.O., S. 295 hat klargestellt, daß das Erfordernis des „zwingenden“ Rechtssatzes nicht einen Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch ausschließt, denn die Verpflichtung zur Einhaltung der Ermessensschränken, wie sie sich aus dem betreffenden Rechtssatz, der das Ermessen einräumt, und aus den allgemeinen verfassungsrechtlichen Bindungen der Ermessensausübung ergeben, ist durchaus zwingend.

¹⁸ *Rupp*, Grundfragen, S. 147.

¹⁹ Statt vieler *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, § 73 I, S. 440 f.

²⁰ Vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, a.a.O. und die Formulierung des § 903 BGB. Es genügt, wenn das Recht nur negativ die Ausschließung der Einwirkung eines anderen ohne die Zulassung eigener Einwirkung des Rechtsinhabers zum Inhalt hat, wie das z. B. bei Grunddienstbarkeiten der Fall sein kann und bei Warenzeichenrechten und Firmenrechten immer der Fall ist (vgl. *Raiser*: JZ 1961, 465 (468)); umgekehrt ist es aber nicht möglich, daß sich das Recht in der Zulassung einer positiven Einwirkung des Rechtsinhabers erschöpft.

²¹ Zur Terminologie *Wolff* I, § 40 III b 2, S. 245. — Wegen dieser intransitiven Wirkung ist vor allem dem dinglichen Recht immer wieder der Charakter eines subjektiven Rechts abgesprochen worden. So meint *Rupp*, Grundfragen, S. 166, das Eigentum sei nur ein „Rechtszustand“, denn es enthalte unstreitig weder bereits konkrete Rechte zu anderen Rechtssubjekten, noch sei es denkbar, das Eigentum als eine konkrete Rechtsbeziehung zur Sache selbst auszudeuten und insoweit den Begriff des subjektiven Rechts zu verwenden. Die Figur eines „Rechts an einer Sache“ ist in der Tat bedenklich, denn „alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache“ (*Windscheid-Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 38, S. 167). Der Begriff eines dinglichen Rechts kann deshalb nur als technische Abkürzungsformel für Rechtsbeziehungen zwischen verschiedenen Personen in bezug auf eine Sache gebraucht werden.

Ansprüche sind dagegen in der Terminologie des Zivilrechts Rechte gegen eine bestimmte Person auf eine von ihr zu erbringende Leistung²². Sie zielen also *transitiv* (relativ) auf einen bestimmten oder mehrere bestimmte Verpflichtete und sind *positiv* auf eine bestimmte Leistung gerichtet. Zu ihnen gehören vornehmlich die schuldrechtlichen Forderungen, aber auch die „sekundären“ Abwehrrechte bei Verletzung eines „primären“ Beherrschungsrechts, zum Beispiel die Ansprüche aus § 985 und § 1004 BGB bei Verletzung des Eigentums²³.

Auch die öffentlich-rechtlichen Berechtigungen der Bürger lassen sich nach ihrem Inhalt in positiv-transitive „Forderungsrechte“ und negativ-intransitive „Beherrschungsrechte“ einteilen.

Hans J. Wolff, dessen Systematisierung hier übernommen wird, nennt die Berechtigung, von einem bestimmten Träger öffentlicher Verwaltung etwas gewährt zu erhalten, Einräumungsberechtigung²⁴. Positiv-transitive Einräumungsberechtigungen sind zum Beispiel der Anspruch auf Gewährung von Sozialhilfe, der Anspruch auf Subventionierung einer Privatschule und der Anspruch auf Erteilung einer Bauerlaubnis. Auch die Ansprüche auf Entschädigung aus Enteignung und Aufopferung und der Folgenbeseitigungsanspruch bei vorzeitig vollzogenen rechtswidrigen Verwaltungsakten lassen sich als positive Leistungsansprüche hier einordnen²⁵. Einräumungsberechtigungen finden sich nicht nur im Bereich der leistenden, sondern zum Beispiel als Ansprüche auf ordnungsbehördliche Erlaubnisse auch im Bereich der ordnenden Verwaltung²⁶. Die rechtliche Fähigkeit des Bürgers, Einräumungsberechtigungen gegenüber dem Staat und den anderen Trägern öffentlicher Verwaltung zu besitzen, wird im Anschluß an Georg Jellinek als sein „positiver Status“ bezeichnet²⁷.

²² *Larenz*, Allg. Teil, § 19 I 5, S. 231 f.; vgl. auch § 194 BGB: das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. *Kasper*, Das subjektive Recht, S. 162 charakterisiert die Beherrschungsrechte als „Haben-Positionen“, denen ein rechtliches Unterlassensollen von Störungen entspricht. Den Grundgedanken der Ansprüche sieht er dagegen in einem „Bekommensollen“.

²³ Die Unterscheidung zwischen primären Rechten, nämlich Herrschaftsrechten, und sekundären Rechten, die nur Schutz- und Hilfsfunktionen erfüllen, stellt *Raiser*: JZ 1961, 465 (466) in den Vordergrund seiner Systematik.

²⁴ *Wolff* I, § 43 I a 2, II, S. 268 ff. *Bachof*, Vornahmeklage, S. 67 spricht von „positiven Rechten“ als den „Ansprüchen auf Tätigwerden des Staates im Interesse des einzelnen“. *Rupp*, Grundfragen, S. 262 ff. nennt diese Berechtigungen „subjektive öffentliche Rechte auf Gesetzeserfüllung“.

²⁵ G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 105 a. E.; *Wolff* I, § 40 III a 1, S. 244 u. § 43 II c 1, S. 270. Vgl. auch schon *Mansfeld*, Der publicistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogthum Braunschweig, S. 4 f., der wie im Privatrecht „primäre“ und „sekundäre“ Rechte unterscheidet.

²⁶ *Wolff* I, § 48, S. 319 ff. und — zur Unterscheidung von ordnender und leistender Verwaltung — § 3 I b, S. 18.

²⁷ G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 114—135, insbes. S. 121 f.; *Wolff* I, § 32 IV c 1, S. 183: „Inbegriff aller potentiellen Lei-

Die negativ-intransitiven Berechtigungen des Bürgers, bestimmte Interessen ohne Störung durch ein Subjekt hoheitlicher Gewalt verfolgen zu können, stellt Wolff als Ausübungsberechtigungen den Einräumungsberechtigungen gegenüber²⁸. Wie die Beherrschungsrechte des Privatrechts sind auch die Ausübungsberechtigungen des öffentlichen Rechts durch ihre Ausschlußwirkung gegenüber fremden Einwirkungen gekennzeichnet. Die besonders bedeutsamen Ausübungsberechtigungen des Bürgers sind als grundrechtliche Freiheiten durch die Verfassung gewährleistet; daneben können aber auch durch einfache Gesetze und durch Verwaltungsakte Ausübungsberechtigungen eingeräumt werden, wie zum Beispiel die Ausübungsberechtigung, die aus einer Sondernutzungserlaubnis folgt²⁹. Alle Ausübungsberechtigungen zusammen bilden den negativen Status des Bürgers³⁰.

Nach diesem grob skizzierten Überblick über Voraussetzungen und Arten der subjektiven öffentlichen Rechte können wir nun an die Frage herangehen, ob der umfassenden Verpflichtung der Verwaltung zur Unterlassung rechtswidriger Belastungen eine ebenso umfassende Berechtigung des Bürgers korrespondiert. Bei einem solchen Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen würde es sich um eine gegenständlich nicht auf eine bestimmte Interessenverfolgung beschränkte Ausübungsberechtigung handeln.

2. Das subjektive öffentliche Recht auf Freiheit von rechtswidrigen hoheitlichen Belastungen

Rupp hat sich in seiner Habilitationsschrift ausführlich mit der Frage befaßt, inwieweit durch den objektiv-rechtlichen Grundsatz der Gesetz-

stungsansprüche an den Staat.“ Als formales Hilfsmittel bei der Systematisierung der subjektiven öffentlichen Rechte ist die Terminologie Jellineks auch heute noch verwendbar. Kritisch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 111 f., der den Status-Begriff aber nicht als formale Kategorie gebraucht, sondern aus der Gesamtheit der Grundrechte einen materiellen verfassungsrechtlichen Status des Einzelnen zu erschließen versucht.

²⁸ Wolff I, § 43 III, S. 271 ff. Bisweilen findet sich auch der Begriff „Betätigungsrechte“, so bei Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 62 Fn. 79. Bachof, Vornahmeklage, S. 67 führt neben den „negativen oder Freiheitsrechten“ und den „positiven Rechten“ noch die „Mitwirkungsrechte oder politischen Rechte“ als dritte Gruppe auf. Er macht jedoch darauf aufmerksam, daß die Mitwirkungsrechte im Stadium ihrer Ausübung in eine Anzahl positiver und negativer Rechte übergehen. So folgt etwa aus dem Wahlrecht der negative Anspruch auf Unterlassung der Wahlbehinderung und der positive Anspruch auf Eintragung in die Wählerliste.

²⁹ Wolff I, § 43 III a, S. 271.

³⁰ Wolff I, § 32 IV c 1, S. 183, § 40 III a 2, S. 245 u. § 43 I a 1, S. 264. In § 43 I c, II, III, S. 267 ff. unterscheidet Wolff noch weiter Einräumungs- und Ausübungsberechtigungen je verschiedenen Intensitätsgrades. Diese Untergliederung ist aber in unserem Zusammenhang nicht bedeutsam und kann deshalb unerörtert bleiben.

mäßigkeit der Verwaltung auch die subjektive Rechtsstellung des Bürgers beeinflußt ist³¹. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der von Georg Jellinek entwickelte „status libertatis“ die subjektive Komponente des Gesetzmäßigkeitsprinzips darstelle, die bewirke, „daß unter gewissen erst noch zu bestimmenden Voraussetzungen das objektive Recht zugleich einen subjektiven status schafft und deshalb die Verletzung des objektiven Rechts zugleich eine Verletzung dieser subjektiven Schutzbastion des einzelnen herbeiführen kann. Nur der solcherart durch Gesetz dem Individuum zugeordnete Freiheitsbereich von ungesetzlichem Zwang kann es also sein, zu dessen Schutz die Anfechtungsklage und das hinter ihr zu denkende materiell-rechtliche Abwehrrecht dienen sollen“³². Rupp will demnach der umfassenden Pflicht der Verwaltung zur Unterlassung gesetzwidriger Belastungen kein ebenso umfassendes Recht des Bürgers auf Freiheit von allen gesetzwidrigen Belastungen gegenüberstellen. Die „subjektive Komponente“ soll lediglich darin bestehen, daß ein Gesetz, das die Befugnis der Verwaltung zur Belastung des Bürgers festlegt und begrenzt, die Beachtung dieser Grenzen der Verwaltung *möglicherweise* gerade im Interesse des Bürgers zur Pflicht macht und dem Bürger damit *insoweit*, das heißt hinsichtlich dieses speziellen Gesetzes einen speziellen negativen „status“ einräumt. Nur dann also, wenn das Verwaltungsgesetz, das der Verwaltung Schranken zieht, zumindest auch dem Schutz bestimmter Individualinteressen zu dienen bestimmt ist, kommt nach Rupp eine durch das Gesetz gegenständlich bestimmte Ausübungsberechtigung in Betracht, die durch eine rechtswidrige Durchbrechung der gesetzlichen Schranke verletzt würde³³.

Mit dieser nur sehr beschränkten Subjektivierung des Gesetzmäßigkeitsprinzips folgt Rupp im Ergebnis der herrschenden Meinung, wie sie sich vor allem bei der Behandlung der Klage des durch einen begünstigenden Verwaltungsakt belasteten Dritten zeigt³⁴. Rupp zitiert jedoch

³¹ Grundfragen, D. II. Hauptteil, S. 104 ff.

³² Grundfragen, S. 161, ähnlich schon S. 107 und 109 f.

³³ Grundfragen, S. 246. Auf S. 146 f. meint er allerdings inkonsequent, daß das „Verhältnis zwischen Staatsbürger und Verwaltung im Sinne einer Rechts- oder Pflichtenkorrespondenz“ aufgefaßt werden müsse. Vgl. auch die kritische Darstellung der Auffassung Rupp's durch Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 38 f.

³⁴ Vgl. aus der neuesten Rechtsprechung BVerwG, Urt. v. 29. 5. 1967, IV B 80/65: DVBl. 1967, 917; Urt. v. 6. 10. 1967, IV C 19/65: DVBl. 1968, 29; Urt. v. 24. 10. 1967, I C 64/5: DÖV 1967, 856 (857); Urt. v. 6. 12. 1967, IV C 94/66: DVBl. 1968, 651; OVG Berlin, Urt. v. 27. 1. 1967, OVG II B 3/66: NJW 1967, 2279; OVG Lüneburg, Urt. v. 6. 4. 1967, II OVG A 12/65: DVBl. 1967, 922. Zahlreiche Nachweise aus der Rechtsprechung zur baurechtlichen Nachbarklage bei Bernhardt: JZ 1963, 302 (304), Kemnade, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, S. 15 und Fromm: VerwArch. 56 (1965), 26 (55 ff.). Zur Klage des belasteten Unternehmers gegen die Begünstigung seines Konkurrenten ausführliche Nachweise bei Reiner Schmidt: NJW 1967, 1635 ff.

zu Unrecht Georg *Jellinek* als Kronzeugen für diese Auffassung. Nach *Jellinek* wird der negative Status als *status libertatis* „keineswegs mit den im individuellen Interesse gesetzlich anerkannten Freiheiten erschöpft“³⁵. Vielmehr begreift er ihn als die eine, umfassende Ausübungsberechtigung des Bürgers, die durch jede die Bindung an Gesetz und Recht mißachtende Belastung verletzt wird. Das wird deutlich, wenn er den negativen Status „auf die eine allumfassende Formel“ zurückführt: „Das Individuum soll vom Staate zu keiner gesetzwidrigen Leistung herangezogen werden und hat demnach einen auf Anerkennung seiner Freiheit beruhenden Anspruch auf Unterlassung und Aufhebung der diese Norm überschreitenden obrigkeitlichen Befehle. Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“³⁶. Nicht minder deutlich sind die Formulierungen von *Thoma*, der von einem „ganz allgemeinen Rechtsanspruch auf gesetzmäßige Freiheit“ spricht³⁷ und ein „allgemeines Persönlichkeitsrecht auf Freiheit von ungesetzlicher Einschränkung eines Subjekts im Gebrauch seiner natürlichen Kräfte und seiner privaten Rechte von seiten der öffentlichen Gewalt“ annimmt³⁸.

Nun mag man bezweifeln, ob durch Art. 20 Abs. 3 GG, in dem ausdrücklich nur von der Verpflichtung der vollziehenden Gewalt die Rede ist, eine derart umfassende Ausübungsberechtigung geschaffen werden sollte. Auch die Stellung dieser Vorschrift außerhalb der Grundrechtsartikel im Abschnitt über Bund und Länder könnte dafür sprechen, Art. 20 Abs. 3 GG nur objektiv-rechtlich als Verpflichtungsnorm zu deuten. Außerdem ist noch folgendes zu beachten: Art. 20 Abs. 3 GG gebietet nicht nur rechtmäßiges Verhalten bei Eingriffsakten, sondern ebenso die Rechtmäßigkeit jeder Ablehnung einer Begünstigung. Die volle Subjektivierung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Ver-

³⁵ System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 102 f.

³⁶ a.a.O., S. 103.

³⁷ Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten: Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, S. 607 (619). Er fügt auf S. 620 hinzu, daß dieser allgemeine Freiheitsanspruch noch nicht in allen deutschen Ländern klagbar sei und insoweit kein subjektives Recht „im engsten Sinne“ darstelle. Dieser verfahrensrechtliche Mangel ist heute durch Art. 19 Abs. 4 GG und die Generalklauseln der Verwaltungsprozessgesetze behoben.

³⁸ Grundrechte und Polizeigewalt: Festschrift für das Preußische Obergericht, S. 183 (184). Ähnlich schon *Mansfeld*, Der publicistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogtum Braunschweig, S. 14. Im Ergebnis ebenso *Bettermann*, Grundrechte III/2, S. 779 (803), der allerdings zu Unrecht die rein verfahrensrechtliche Norm des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG zur Begründung mit heranzieht. *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 69 spricht von einem „subjektiven Recht auf die Beachtung der Grundsätze des Vorbehaltes und des Vorranges des Gesetzes durch die Verwaltung“, aus dem ein „subjektives Recht auf Unterlassung aller rechtswidriger Beeinträchtigungen seiner Rechtssphäre“ folge. Der unklare Begriff der „Rechtssphäre“ läßt nicht erkennen, ob *Rösslein* die Beeinträchtigung einer spezialgesetzlichen Berechtigung verlangt.

waltung würde deshalb nicht nur zu einem Recht auf Freiheit von allen gesetzwidrigen Belastungen führen, sondern auch im Bereich der leistenden Verwaltung einen umfassenden Anspruch auf gesetzmäßige Behandlung und damit einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch begründen. Jeder Norm, die der Verwaltung eine Begünstigung des Bürgers zur Pflicht macht, würde eine Einräumberechtigung des Bürgers entsprechen. Vor dieser unausweichlichen Konsequenz mag man mit einiger Berechtigung zurückschrecken³⁹.

Aber auch wenn man eine ausschließlich objektiv-rechtliche Auslegung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung befürwortet und die Bedeutung des Art. 20 Abs. 3 GG derart beschränkt, kann man nicht dem Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen entgehen. Es ergibt sich nämlich aus dem allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, wenn man der Auslegung dieses Grundrechtsartikels durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei Art. 2 Abs. 1 GG um ein „selbständiges Grundrecht, das die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet“⁴⁰. Diese allgemeine Handlungsfreiheit bestehe darin, daß jeder tun und lassen könne, was er wolle, soweit nicht die Rechte anderer, das Sittengesetz oder die der Verfassung gemäße allgemeine Rechtsordnung entgegenstehen. Damit hat das Bundesverfassungsgericht ein umfassendes subjektives Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen und deshalb nicht verfassungsgemäßen⁴¹ Belastungen auf schlechthin allen Lebensbereichen anerkannt, so daß durch jede tatsächlich belastende und objektiv rechtswidrige Maßnahme der Verwaltung das subjektive Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt wird⁴².

³⁹ Gegen einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch, wie ihn *Fleiner*, Institutionen, S. 172 ff. angenommen hat, z. B. *Wolff* I, § 43 I b 1, S. 265. Auch *Thoma*, Grundrechte und Polizeigewalt: Festschrift für das Preuß. OVG, S. 185 will nur den *status negativus* umfassend subjektivieren, im Bereich des *status positivus* jedoch auf den Schutzzweck des betreffenden Gesetzes abstellen.

⁴⁰ St. Rspr.; grundlegend Ur. v. 16. 1. 1957, 1 BvR 253/56: BVerfGE 6, 32 = JZ 1957, 167 m. Anm. v. *Dürig*.

⁴¹ An dieser Stelle wird das Vorrangsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG für die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG bedeutsam, denn es zeigt, daß eine rechtswidrige Maßnahme nicht zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ gehört.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 8. 1. 1959, 1 BvR 425/52: BVerfGE 9, 83 (88): „Die Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit... umfaßt in unserer grundgesetzlichen Ordnung auch den grundrechtlichen Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist.“ Ebenso deutlich *Wolff* I, § 33 V b 15, S. 202 f. und *Dürig* in seiner Anm. zu BVerfGE 6, 32: JZ 1957, 169 (173). *Dürig* geht sogar noch weiter als das BVerfG, da er zur einschränkenden „verfassungsmäßigen Ordnung“ nur solche Gesetze zählt, die nicht nur der Verfassung gemäß sind, sondern von ihr gefordert werden; ebenso *Nipperdey*: Grundrechte IV/2, S. 742 (800). Nach *Dürig* und *Nipperdey* verletzt also jede Belastung, die nicht durch ein solches „materielles“ Gesetz i. S. v. *Carl Schmitt* gedeckt ist, das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG.

Das Ergebnis ist nicht anders als bei einer auf den negativen Status beschränkten Subjektivierung des Art. 20 Abs. 3 GG⁴³. In der Konstruktion besteht jedoch ein Unterschied, der daher rührt, daß Art. 2 Abs. 1 GG von der Interessenverfolgung des Bürgers, Art. 20 Abs. 3 GG dagegen von der der Subjekte öffentlicher Verwaltung ausgeht. Die Ausübungsberechtigung des Art. 2 Abs. 1 GG umfaßt jede Interessenverfolgung der Zivilperson, kann aber auch durch jede im übrigen rechtmäßige hoheitliche Maßnahme bis zur Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG beeinträchtigt und beschränkt werden⁴⁴. Ein aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitetes Recht auf Freiheit von rechtswidrigen Belastungen bestünde dagegen von vornherein nur in dem durch die Gesetze bestimmten Rahmen und könnte daher durch Maßnahmen der Verwaltung nicht mehr rechtmäßig beeinträchtigt, sondern nur noch verletzt werden. Daraus folgt, daß man nur dann, wenn man die Argumentation aus Art. 2 Abs. 1 GG akzeptiert, auch bei jedem rechtmäßigen belastenden Verwaltungsakt von einem Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen sprechen kann⁴⁵.

Für das Verfahrensrecht ergibt sich aus dieser Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG, daß immer dann, wenn für den Erfolg einer Klage neben der objektiven Rechtswidrigkeit einer tatsächlich belastenden Maßnahme auch eine Rechtsbeeinträchtigung durch diese Maßnahme vorliegen muß, zur Begründung dieser Voraussetzung der Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 GG genügt. Daran ändert auch die vom Bundesverfassungsgericht betonte Funktion des Art. 2 Abs. 1 GG als subsidiäres Auffanggrundrecht nichts. Denn dem Kläger oder Beschwerdeführer muß es freistehen, sich zur Begründung des Merkmals der Rechtsbeeinträchtigung auf Art. 2 Abs. 1 GG zu berufen und die speziellen Freiheitsgarantien mit ihren verschiedenen weitgehenden Gesetzesvorbehalten nur zur Begründung der objektiven Rechtswidrigkeit zu verwenden⁴⁶. Er braucht nicht den Nach-

⁴³ Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG kann man nicht auf den status positivus ausdehnen und ihr einen umfassenden Anspruch auf alle gesetzlich vorgesehenen behördlichen Leistungen entnehmen. *Dürig* meint zwar in *Maunz-Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 36, Art. 2 Abs. 1 GG gewähre ein „Recht auf Freiheit von allen gesetzlich nicht gerechtfertigten Belastungen und *Vorenthaltungen*“ (Hervorh. v. Verf.). Da diese Formulierung jedoch in seiner Kommentierung zu Art. 2 Abs. 1 GG nicht auftaucht, wird man sie wohl für einen bloßen lapsus linguae halten dürfen.

⁴⁴ In das System von *Wolff I*, § 43 II b 1, S. 271 ist sie daher als schwächere Form der Ausübungsberechtigung, und zwar als Verstattung einzuordnen.

⁴⁵ So z. B. *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 83. *Rösslein* nimmt aber a.a.O. S. 69 eine Subjektivierung des Art. 20 Abs. 3 GG an und nennt Art. 2 Abs. 1 GG nicht.

Eine Subjektivierung des Art. 20 Abs. 3 GG führt zu einem Recht, ‚de faire tout ce que les lois permettent‘ (*Montesquieu*), Art. 2 Abs. 1 GG begreift die Freiheit dagegen in einem konsequent liberalen Sinn als Recht ‚de faire tout ce que n'est pas interdit‘.

⁴⁶ Vgl. z. B. *BVerfG*, Beschl. v. 7. 4. 1964, 1 BvL 12/63; *BVerfGE* 17, 306 (319) zum Verbot der sog. Mitfahrerzentralen durch das PersonenbeförderungsgG:

weis zu erbringen, daß die Norm, deren Verletzung er rügt, ihm auch eine spezielle Ausübungsberechtigung einräumt; denn selbst wenn sich aus der betreffenden Norm keine Berechtigung ergeben sollte, bleibt ihm ja das umfassende Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, das durch jede tatsächlich belastende und objektiv rechtswidrige behördliche Maßnahme verletzt wird.

Die Verwaltungsgerichte scheuen sich noch immer, für die Anfechtungsklage die Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG zu ziehen⁴⁷. Nur für die Klage des formellen Adressaten eines belastenden Verwaltungsakts lassen sie die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG genügen, während sie bei der Klage des durch einen begünstigenden Verwaltungsakt belasteten Dritten darauf abstellen, ob die Vorschrift, deren Verletzung gerügt wird, gerade den Interessen des Klägers zu dienen bestimmt ist⁴⁸. Die Rechtsprechung

Da das Verbot gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstoße, könne dahinstehen, ob auch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG verletzt seien.

Wenn man Art. 2 Abs. 1 GG mit dem *BVerfG* als Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit versteht, liegt die Bedeutung der Spezialfreiheitsrechte im Grunde nur noch darin, die Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit und damit den Umfang des „soweit“-Satzes in Art. 2 Abs. 1 GG für bestimmte Lebensbereiche festzulegen. Die Rechtsstellung der Zivilperson würde im Ergebnis nicht verändert, wenn man allen Freiheitsrechten mit Ausnahme des Art. 2 Abs. 1 GG den Charakter subjektiver Rechte absprechen und sie ausschließlich objektiv-rechtlich zur Konkretisierung der „verfassungsmäßigen Ordnung“ im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG verwenden würde.

⁴⁷ Das *BVerfG* (E 6, 32 (41)) hat die verfahrensrechtliche Konsequenz seiner Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG für das Institut der Verfassungsbeschwerde ausdrücklich formuliert: „Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.“ Insofern wird dem *BVerfG* auch häufig widerspruchlos gefolgt, s. z. B. *Zeidler*: BB 1957, 342 f.; *Schätzler*: NJW 1957, 818 f.; *Nipperdey*: Grundrechte IV/2, S. 741 (799); *Menger*, *VerwArch.* 48 (1957), 269 meint sogar, dazu hätte es „einer grundgesetzlichen Statuierung des Art. 2 nicht bedurft“. *Obermayer*: DVBl. 1965, 625 (630), *Lerche*: DVBl. 1961, 690 (693), *Ehmke*: VVDStRL 20, 53 (84 f.), *Rupp*: NJW 1965, 993 (994 Fn. 8) und *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 162 geben allerdings zu bedenken, daß der Sinn der Verfassungsbeschwerde, ganz bestimmte verfassungsmäßige Rechte zu schützen, dabei verloren geht. *Walter Schmidt*: AöR 91 (1966), 42 (43) meint, Vertreter der allgemeinen Handlungsfreiheit wie *Dürig* und *Nipperdey* würden dem *BVerfG* nicht darin folgen, daß auch eine Rüge mangelnder Gesetzgebungskompetenz über Art. 2 Abs. 1 GG möglich sei. Das trifft nicht zu; *Dürig* und *Nipperdey* gehen im Gegenteil noch über das *BVerfG* hinaus, s. o. Fn. 42.

⁴⁸ Nachweise oben S. 51 Fn. 34. — Besonders deutlich und entschieden neuestens *BVerwG*, *Urt. v. 6. 12. 1967*, IV C 94/66: DVBl. 1968, 651: „Entgegen der Auffassung der Kl. verstößt es nicht gegen Art. 2 Abs. 1 GG, wenn ihnen die Möglichkeit verwehrt wird, sich auf eine angebliche Verletzung des § 36 Abs. 1 BBauG zu berufen. Denn Art. 2 Abs. 1 GG besagt nicht, daß jede Gesetzesverletzung die allgemeine Handlungsfreiheit eines jeden Bürgers beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung liegt vielmehr nur dann vor, wenn das verletzte Gesetz seinerseits demjenigen Rechte gewährt, der deren Verletzung

glaubt, nur auf diese Weise einer drohenden Flut von Popularklagen vorbeugen zu können. Das materiell-rechtliche Merkmal der Rechtsbeeinträchtigung erlaubt aber keine derartige Differenzierung; es ist unabhängig davon, ob der Belastete auch formell Adressat des Verwaltungsakts ist oder nicht⁴⁹. Außerdem wird man bezweifeln müssen, daß die unterschiedliche Behandlung der Klagen des belasteten Adressaten und des belasteten Dritten praktisch geeignet ist, gerade die Klage des *quavis ex populo* auszuschließen. Bei den uns besonders interessierenden hoheitlichen Realakten ist diese Unterscheidung ohnehin unmöglich, da der hoheitliche Realakt gar keinen formellen Adressaten kennt. Im übrigen wird sie immer wieder zu Entscheidungen führen, in denen die Klage eines durch eine unstrittig rechtswidrige hoheitliche Maßnahme tatsächlich schwer betroffenen Klägers wegen angeblich mangelnder Rechtsbeeinträchtigung abgelehnt wird⁵⁰. Um eine wirkliche Popularklage ab-

geltend macht.“ Mit diesen knappen Sätzen wird das BVerwG dem Problem wohl nicht gerecht; insbesondere geht es nicht darum, ob jede Gesetzesverletzung, sondern ob jede tatsächlich belastende Gesetzesverletzung das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt. — Das OVG Münster verneint in seinem Urteil v. 27. 3. 1968, III A 750/64: DVBL. 1968, 660 mit zust. Anm. von *Fromm* mit guten Gründen die Klagebefugnis eines Landkreises gegen die Auflösung eines Arbeitsamtes. Da öffentlichrechtliche Körperschaften im hoheitlichen Aufgabenbereich nicht den Grundrechtsschutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen, bot sich das Problem der Klagebefugnis für das OVG aber wesentlich anders dar als für das BVerwG in der vorgenannten Entscheidung; das übersieht *Fromm* in seiner Anmerkung.

⁴⁹ Ebenso Reiner *Schmidt*: NJW 1967, 1635 (1640 f.).

⁵⁰ Vgl. OVG Berlin, Urt. v. 27. 1. 1967, OVG II B 3/66: NJW 1967, 2279, wo die Klage eines Nachbarn gegen eine den vorgeschriebenen Bauwuch nicht beachtende Baugenehmigung als unbegründet abgewiesen wird, weil keine Rechtsverletzung vorliege. Vgl. auch das Urt. des BVerwG v. 28. 1. 1960, I A 17/57: BVerwGE 10, 122, in dem die Klage einer Rechtsschutzversicherung gegen die Genehmigung einer Koppelung von Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherung bei einer anderen Gesellschaft als unzulässig abgelehnt wurde; selbst wenn die Genehmigung wegen der möglichen Interessenkollisionen zu Unrecht erteilt worden sei, könne sie nicht die Rechte der Klägerin verletzen. In beiden Fällen dürfte es sich kaum um Klagen eines *quavis et populo* gehandelt haben. (Vgl. auch *Bettermann*: Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 449 (457).) Dasselbe gilt für die von *Eyermann-Fröhler*, VwGO, § 42 Rn. 94 genannten Beispiele; die Klage eines Unternehmers zum Beispiel, der durch eine Straßensperre genötigt wird, für seinen Betrieb größere Umwege zu fahren, ist doch niemals eine Popularklage. Auf die Zahl der potentiell Anfechtungsberechtigten darf man nicht abstellen. Das hat das BVerwG deutlich in seinem Urt. v. 9. 7. 1967, VII C 18/66: DVBL. 1967, 773 (774) herausgestellt, in dem es einer Anfechtungsklage gegen ein Parkverbotsschild wegen Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG stattgab und dazu ausführte: „Daß die verkehrsbeschränkenden Anordnungen von einer unübersehbaren Zahl von Verkehrsteilnehmern angefochten werden können, liegt in ihrer Natur als Massen-Verwaltungsakte begründet, hat aber mit der sog. Popularklage nichts zu tun.“ In seinem Urt. v. 14. 6. 1968, IV C 44/66: NJW 1968, 2393 (2394) hat das BVerwG nun endlich zugestanden, daß mit der baurechtlichen Nachbarklage nur in den seltensten Fällen eine Popularklage erhoben wird. Trotzdem müsse man bei der Anerkennung subjektiver Nachbarrechte zurückhaltend verfahren, da anderenfalls das Risiko des Bauherrn, durch Klagen behindert zu werden, zu groß sei. Ein

zuwehren, in der sich der Kläger zum Sachwalter der Allgemeinheit macht, dürften das Erfordernis der tatsächlichen Belastung des Klägers und die besondere Zulässigkeitsvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses ausreichen⁵¹. Diese Methode würde die für die Entscheidung des Gerichts tatsächlich maßgebenden Überlegungen deutlich werden lassen, während sie in der derzeitigen Rechtsprechung hinter der rational kaum mehr nachprüfbar kasuistischen Auslegung des Schutzzwecks der betreffenden Normen verborgen bleiben.

Es ist allerdings nicht zu übersehen, daß der Gesetzgeber der VwGO gerade mit dem Merkmal der subjektiven Rechtsbeeinträchtigung neben der Voraussetzung der objektiven Rechtswidrigkeit der angefochtenen Maßnahme ein Bollwerk gegen Klagen ohne ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis zu errichten glaubte. Er dürfte kaum daran gedacht haben, daß das Erfordernis der Rechtsbeeinträchtigung wegen der Bedeutung des Art. 2 Abs. 1 GG für diesen Zweck ungeeignet sein mußte. Aber diese Intention des Gesetzgebers der VwGO kann nichts an der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG für die Bestimmung der „Rechte“ in §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO und Art. 19 Abs. 4 GG ändern; der einfache Gesetzgeber hat sich an der Verfassung auszurichten und nicht umgekehrt.

Einem möglichen Mißverständnis ist allerdings noch vorzubeugen: Die Annahme einer Rechtsbeeinträchtigung durch jede belastende Maßnahme bedeutet nicht zwangsläufig, daß bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit dieser Beeinträchtigung die Interessen des belasteten Dritten zu berücksichtigen sind. Wenn die Spezialnorm, aus deren Verletzung die objektive Rechtswidrigkeit folgen soll, ausschließlich Allgemeininteressen für beachtlich erklärt, so kommt es bei der Prüfung ihrer Verletzung auch nicht auf die Beeinträchtigung der Individualinteressen des Dritten an. Die Bestimmung des Schutzzwecks der betreffenden Norm kann also für die Feststellung der objektiven Rechtswidrigkeit von Bedeutung sein, für das Merkmal der subjektiven Rechtsbeeinträchtigung ist sie ohne Belang.

Die Stellungnahmen der Literatur sind höchst widersprüchlich. Einige Beispiele mögen das verdeutlichen.

Schutzbedürfnis des begünstigten Adressaten mag in der Tat zu berücksichtigen sein, aber nicht bei der Prüfung der subjektiven Rechtsbeeinträchtigung, sondern etwa beim Rechtsschutzbedürfnis und dem schwierigen Problem des einstweiligen Rechtsschutzes bei Klagen eines belasteten Dritten.

⁵¹ Im Ergebnis, aber nicht in der Begründung ähnlich *Bettermann*: Staatsbürger und Staatsgewalt II, 449 (460 f., 473 f.), der für § 42 Abs. 2 VwGO den Nachweis einer Beschwer des Klägers ausreichen lassen will. Vgl. auch Art. 173 EWG-Vertrag, wonach eine Klage vor dem Europäischen Gerichtshof gegen eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung zulässig ist, wenn der Kläger unmittelbar und individuell betroffen ist. Zur Auslegung dieser Bestimmung: *Fuss*: JuS 1967, 552 (555 ff.).

Bachof meint in seiner Habilitationsschrift⁵², es solle eigentlich selbstverständlich sein, daß die Auferlegung einer gesetzlich nicht begründeten Verbindlichkeit die Verletzung des subjektiven Freiheitsrechts auf Unterlassung gesetzwidriger Belastungen darstellt. Ganz konsequent will er in einer Urteilsanmerkung aus dem Jahre 1961⁵³ den Abwehrenspruch gegen rechtswidriges baupolizeiliches Tätigwerden aus dem umfassenden Freiheitsrecht herleiten. In einem neuen Beitrag⁵⁴ lehnt er dagegen ohne nähere Begründung die Auffassung ab, jedes rechtswidrige Betroffensein in individuellen und nicht ganz unerheblichen Interessen gewähre wegen Art. 2 Abs. 1 GG einen Abwehrenspruch; diese Auffassung sei allenfalls de lege ferenda zu erwägen.

Menger verteidigt in seinen Rechtsprechungsberichten mehrfach die Auffassung, daß bei der Klage des belasteten Nichtadressaten im Rahmen der Klagebefugnis des § 42 Abs. 2 VwGO auf den Schutzzweck der Norm abzustellen sei, deren Verletzung geltend gemacht wird⁵⁵. In seiner Untersuchung über den Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵⁶ spricht er andererseits von einem aus Art. 2 Abs. 1 GG herzuleitenden „Rechtsanspruch auf gesetzmäßige Freiheit“. Allerdings ist zu beachten, daß es nach Ansicht von Menger zur Begründung der Klagebefugnis nicht ausreicht, wenn man allein auf die im Verfassungsrecht garantierten Rechte zurückgreift⁵⁷. Warum sollten aber gerade die Grundrechte nicht zu den „Rechten“ in Art. 19 Abs. 4 GG und damit auch in § 42 Abs. 2 VwGO gehören⁵⁸?

Bettermann erklärt in seinem Beitrag zum Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit⁵⁹, eine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG sei auch die rechtswidrige Belastung mit einer Verbindlichkeit, die Auferlegung einer nichtbegründeten Pflicht. Im übernächsten Satz widerspricht er dieser Auffassung jedoch wieder, indem er erklärt, selbst unmittelbare Betroffenheit oder Schädigung reiche

⁵² Vornahmeklage, S. 80.

⁵³ DVBl. 1961, 128 (129).

⁵⁴ AöR 88 (1963), 424 (425).

⁵⁵ So z. B. in VerwArch. 51 (1960), 265 Anm. 11, 266 und 384 und in VerwArch. 55 (1964), 84.

⁵⁶ Grundrechte III/2, S. 717 (749).

⁵⁷ VerwArch. 51 (1960), 385.

⁵⁸ Vgl. die Kritik bei Reiner Schmidt: NJW 1967, 1635. — Nach Menger, System, S. 118 f. handelt es sich bei den Rechtsstellungen des negativen Status wegen ihrer „Absolutheit“ nicht um subjektive Rechte; ein subjektives Recht sei erst der bei Verletzung der Rechtsstellung entstehende Anspruch gegen einen bestimmten Störer. Das ist aber nur eine Frage der zweckmäßigen Bezeichnung, die zudem für die in einfachen Gesetzen begründeten negativen Statusrechte — die Menger für § 42 Abs. 2 VwGO genügen lassen will — nicht anders beantwortet werden kann als für die Freiheitsrechte des Grundgesetzes. Vgl. Wolff I, § 43 I a 1, S. 264.

⁵⁹ Grundrechte III/2, S. 779 (783).

nicht aus, wenn die verletzte Norm nicht wenigstens den Schutz des Betroffenen bezwecke.

Soweit im Schrifttum die Gefahr einer Kollision mit Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt gesehen wird, ist man meist nicht folgerichtig, indem man Art. 2 Abs. 1 GG nur für die Zulässigkeit der Klage, nicht aber auch für das Erfordernis der Rechtsbeeinträchtigung im Rahmen der Begründetheit genügen läßt⁶⁰, oder man versucht, den angeblich untragbaren Konsequenzen gerade mit Hilfe der weiten Auslegung des Begriffs der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2 Abs. 1 GG zu begegnen. So meint Fromm, das Bundesverfassungsgericht vertrete ja die Auffassung, daß Art. 2 Abs. 1 GG durch jede Norm legitim eingeschränkt wird, die im übrigen mit der Verfassung vereinbar ist. Das bedeute aber, daß der Gesetzgeber, auf welcher Stufe er auch stehen mag, zur Schaffung von Rechten befugt ist und damit notwendig die verbindliche Aussage über die Möglichkeit der Rechtsbeeinträchtigung trifft⁶¹. Diese Auffassung verkennt, daß der einfache Gesetzgeber zwar die Handlungsfreiheit und damit den Umfang der Ausübungsberechtigung des Art. 2 Abs. 1 GG beschränken kann, daß er dem Betroffenen aber nicht das Recht nehmen kann, sich auf den nach der Einschränkung durch das einfache Gesetz verbliebenen Bereich zu berufen und seine Beachtung durch die Verwaltung zu verlangen. Der umfassende Gesetzesvorbehalt, den das Bundesverfassungsgericht in der Schranke der „verfassungsmäßigen Ordnung“ sieht, geht nicht so weit, daß der einfache Gesetzgeber dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG die Qualität eines subjektiven Rechts aberkennen kann.

Die Gegenmeinung läßt sich nur halten, wenn die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht unzutreffend ist. Die

⁶⁰ So insbesondere Bernhardt: JZ 1963, 302 (306) und im Anschluß daran Theuerkauf: DVBl. 1964, 386 (387), aber auch Dürrig: JZ 1957, 169 (173) und in Maunz-Dürrig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 26. Folgerichtig dagegen Reiner Schmidt: NJW 1967, 1635 (1640 f.).

Bernhardt führt seinen richtigen Ansatz auch noch in anderer Beziehung nicht konsequent zu Ende: Er läßt zwar für den Nachweis des „verletzten Rechts“ die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG genügen, verlangt aber daneben für die Klagebefugnis, daß der Kläger in „schutzwürdigen Belangen“ betroffen sei, wobei zur Bestimmung der Schutzwürdigkeit die Auslegung des Gesetzes maßgebend sein soll, dessen Verletzung der Kläger rügt. Ähnlich gelangt auch Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 57 ff., 71 ff., insbes. 79 letztlich doch wieder zur Schutzzweck-Prüfung der herrschenden Meinung, wenn er für die Konkurrenten- und Nachbarklagen verlangt, daß das nach Meinung des Klägers verletzte Gesetz gerade zur Regelung der Angelegenheit des Klägers bestimmt ist. Entgegen Bernhardt und Henke dürfte es aber ausreichen, wenn der Schutz- und Regelungszweck des Gesetzes bei der Prüfung der objektiven Rechtswidrigkeit berücksichtigt wird, s. oben S. 57.

⁶¹ Fromm: VerwArch. 56 (1965), 26 (56 f.) in einer Stellungnahme gegen Bernhardt; vgl. auch seine Anmerkung in DVBl. 1968, 662 f. Ähnliche Gedanken dürften auch den Ausführungen von Menger: VerwArch. 55 (1964), 84 Anm. 55 zugrundeliegen.

vielfältige Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat aber bisher nicht zu einer überzeugenden Alternative geführt. Einige Stellungnahmen sollen kurz erwähnt werden.

Nach Hans Peters ist mit der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ nur die Entfaltung eines geistig-sittlichen Persönlichkeitskerns gemeint⁶². Damit postuliert Peters ein bestimmtes Menschenbild des GG, das aus dem GG selbst nicht zu entnehmen ist⁶³. Außerdem ist nicht ersichtlich, wie ein geistig-sittlicher Persönlichkeitskern — falls er überhaupt bestimmbar ist⁶⁴ — noch durch das Sittengesetz, die verfassungsmäßige Ordnung oder die Rechte anderer legitim eingeschränkt werden könnte⁶⁵. Das Bundesverfassungsgericht kommt im übrigen über die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG zu demselben Ergebnis wie Peters, soweit es um den Bereich der Persönlichkeitsentfaltung geht, der nicht zur Disposition des Gesetzgebers stehen soll⁶⁶. Während aber Peters das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG von vornherein auf den Wesensgehalt im Sinne eines Persönlichkeitskerns beschränkt, geht das Bundesverfassungsgericht von einer umfassenden Berechtigung aus, die vom einfachen Gesetzgeber bis zur Wesensgehaltsgrenze reduziert werden kann. Nur diese Sicht des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit erlaubt, in Art. 2 Abs. 1 GG die oben gekennzeichnete umfassende Subjektivierung des Prinzips des Gesetzesvorrangs für den Bereich des status negativus zu sehen.

Die Auffassung von Friedrich Klein, Art. 2 Abs. 1 GG könne wegen seiner inhaltlichen „Unbestimmtheit, Dehnbarkeit und Vagheit“ kein selbständiges Grundrecht, sondern nur „Freiheitsrechtsleitsatz und Auslegungsregel“ sein⁶⁷, ist vor allem von Dürig überzeugend zurückgewiesen worden⁶⁸. Angesichts der zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Verfassungsbeschwerden, die auf eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG gestützt wurden⁶⁹, wird man in der Tat die praktische Anwendbarkeit dieses Grundrechtsartikels kaum mehr bezweifeln können.

⁶² Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, insbes. S. 16 ff.

⁶³ Vgl. die Kritik von Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, S. 29.

⁶⁴ Wintrich: Festschrift für Apelt, S. 1 (4) und Dürig: Maunz-Dürig, GG Art. 2 Abs. 1 Rn. 11 halten es für unmöglich, die menschliche Persönlichkeit in verschiedene „Schichten“ aufzuspalten. Vgl. auch Evers: AöR 90 (1965), 88 (93—95).

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 16. 1. 1957, 1 BvR 253/56: BVerfGE 6, 32 (36).

⁶⁶ Vgl. Wintrich: Festschrift für Apelt, S. 1 (8).

⁶⁷ v. Mangoldt-Klein, Grundgesetz I, Art. 2 Anm. III 4, S. 168 f.

⁶⁸ Maunz-Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 5; vgl. auch Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, S. 29 f.

⁶⁹ Nachweise bei Leibholz-Rivck, Grundgesetz, Art. 2 Anm. 8 f.

In jüngster Zeit hat Walter Schmidt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG eingehend kritisiert⁷⁰. Um einem „drohenden Totalausverkauf des Grundrechtsschutzes“ zu begegnen, will Schmidt Art. 2 Abs. 1 GG nur als eine Auffangnorm begreifen, die noch der Ausfüllung durch im Grundgesetz ungeschriebene spezielle Freiheitsrechte bedarf⁷¹. Art. 2 Abs. 1 GG gewährt danach allein noch kein Grundrecht, sondern wird zum Grundrecht erst in Verbindung mit einem vom Bundesverfassungsgericht zu entwickelnden und zu begrenzenden Schutzbereich für eine spezielle Art menschlicher Betätigung⁷². Die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts führe dazu, daß durch Art. 2 Abs. 1 GG auch solche Betätigungen erfaßt werden, bei denen von vornherein feststeht, daß sie gar keinen unantastbaren Wesensgehalt im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG besitzen.

Auch diese Kritik kann nicht überzeugen. Die Möglichkeit, innerhalb der allgemeinen Handlungsfreiheit spezielle Freiheitsbereiche zu unterscheiden, spricht nicht gegen ein einheitliches Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit⁷³. Ein subjektives Recht, aus dem für Teilbereiche spezielle subjektive Rechte entwickelt werden können, muß deshalb nicht seinen Charakter als subjektives Recht verlieren. Das wird am Beispiel des Art. 14 Abs. 1 GG deutlich, der unter der Bezeichnung „Eigentum“ verschiedene Schutzbereiche zusammenfaßt, ohne daß bisher jemand daran gezweifelt hätte, daß das Grundgesetz durch Art. 14 Abs. 1 GG eine gegenständlich umfassende Berechtigung gewährt. Schließlich bleibt unklar, nach welchen Kriterien die richterliche Entwicklung eines speziellen Freiheitsrechts und seine Erhebung zum Grundrecht geschehen soll. Schmidts Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG könnte sich deshalb in der Praxis leicht als Gefahr für die Freiheit erweisen⁷⁴.

Es bleibt also dabei, daß Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit schützt und damit dem Bürger einen umfassenden subjektiven Status gewährt, der ihn vor jeder rechtswidrigen Belastung bewahren soll. Art. 2 Abs. 1 GG enthält im Ergebnis die Subjektivierung des in

⁷⁰ AöR 91 (1966), 42—85.

⁷¹ a.a.O., 75 ff.

⁷² Ähnlich verlangt Scheuner: VVDStrL 22, 1 (38 Fn. 111) gegen Dürig die „Anwendung eines Stils der Topik“ bei der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG. Vgl. auch Wertenbruch: DVBl. 1958, 481 (486), der Wissenschaft und Praxis auffordert, aus der vor der Klammer des Grundrechtskatalogs stehenden objektiv-rechtlichen Basishorm des Art. 2 Abs. 1 GG weitere Grundrechte durch Ableitung zu entwickeln.

⁷³ So spricht auch Dürig: Maunz-Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 6, 18 mit Recht von den „differenzierten Schutzaufgaben des Art. 2 Abs. 1 GG“ als einem „Auffangrecht für unbenannte Freiheiten“ und macht Wintrich: Festschrift für Apelt, S. 1 (8) darauf aufmerksam, daß der Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG nach der Eigenart des in Betracht kommenden Lebensgebietes und des zu schützenden Lebensgutes variiert.

⁷⁴ Vgl. Roemer: Festschrift DJT I, S. 545 (568 f.).

Art. 20 Abs. 3 GG objektiv-rechtlich formulierten Prinzips des Gesetzesvorrangs für den Bereich des negativen Status: Der Bürger besitzt ein Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen durch die Subjekte hoheitlicher Gewalt⁷⁵.

Mit diesem Ergebnis ist die Begründung eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte aber noch nicht abgeschlossen. Jeder rechtswidrig belastende hoheitliche Realakt verletzt zwar das bezeichnete Recht des Bürgers auf Freiheit von rechtswidrigen Belastungen, aber noch fehlt die Begründung dafür, daß aus dieser Verletzung ein Abwehrenspruch erwächst, der ja schon deshalb mit dem verletzten Recht nicht identisch sein kann, weil er die Rechtsverletzung voraussetzt und positiv auf eine noch im einzelnen zu bestimmende Restitutionsleistung gerichtet sein soll⁷⁶.

Diese Frage nach dem „Reaktions“-Anspruch für den Fall einer rechtswidrigen Beeinträchtigung der Rechte des Bürgers stellt sich für die umfassende Ausübungsberechtigung aus Art. 2 Abs. 1 GG ebenso wie für jede spezielle Ausübungsberechtigung, die aus einem besonderen Freiheitsgrundrecht oder einer gesetzlichen oder verwaltungsbehördlichen Einräumung folgt⁷⁷. Sie ist deshalb auch unabhängig davon zu beurteilen, ob man der obigen Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG mit ihren Konsequenzen für den Verwaltungsprozeß folgt oder mit der herrschenden Meinung den Nachweis einer spezialgesetzlichen Berechtigung verlangt.

Darüber hinaus ist die Frage nach dem Abwehrenspruch als Reaktion auf eine Rechtsverletzung nicht nur für die Ausübungsberechtigungen des negativen Status, sondern auch für die Einräumungsberechtigungen des positiven Status bedeutsam. Einräumungsberechtigungen wie zum Beispiel der Anspruch des Bedürftigen auf Gewährung von Sozialhilfe oder der Anspruch des Beamten auf Zahlung des Gehalts können vor allem durch die rechtswidrige Ablehnung eines entsprechenden Antrags verletzt werden. Auch hier sind also — ebenso wie im Bereich des negativen

⁷⁵ Zustimmend Haas, Referat, S. 39.

⁷⁶ Insoweit zutreffend Rupp, Grundfragen, S. 158, 171; Heidenhain, Amtshaftung, S. 138 f.; Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 65 f.; Weyreuther, Gutachten, S. 78. Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 97 ff. vermengt dagegen in verwirrender Weise das verletzte Recht und das aus der Verletzung erst entstehende Recht. Nach Henke macht der Anfechtungskläger einen Anspruch auf Unterlassung des gesetzwidrigen Verwaltungsakts geltend, wobei dieser Anspruch aus dem verletzten Gesetz folge. Mit Hilfe eines Unterlassungsanspruchs ist aber ein wirksam erlassener Verwaltungsakt nicht wieder aus der Welt zu schaffen; der Betroffene benötigt einen positiven Leistungsanspruch auf Beseitigung des Verwaltungsakts durch Rücknahme oder gerichtliche Aufhebung.

⁷⁷ Weyreuther, Gutachten, S. 93 läßt die Berechtigungen des negativen Status, die auf einfachem Gesetz oder verwaltungsbehördlicher Einräumung beruhen, zu Unrecht außer acht.

Status — die verletzte Berechtigung und der gesondert zu begründende, die Verletzung voraussetzende materiell-rechtliche Abwehrenspruch zu unterscheiden⁷⁸. Das bedeutet selbstverständlich nicht, daß die Einräumungsberechtigung selbst erst als Reaktion auf die rechtswidrige Ablehnung entsteht. Die Einräumungsberechtigung besteht unabhängig von ihrer Verletzung⁷⁹. Durch die rechtswidrige Ablehnung kann nur ein weiterer Anspruch entstehen, der allerdings prozessual zusammen mit der Einräumungsberechtigung geltend zu machen ist und mit der (meist konkludenten) Aufhebung der Ablehnung durch das Verpflichtungsurteil mit erfüllt wird⁸⁰.

Aber nicht nur durch die rechtswidrige Ablehnung der beantragten Leistung kann eine Einräumungsberechtigung verletzt werden. Jede positiv-transitive Einräumungsberechtigung wirkt insofern zugleich negativ-intransitiv, als ihre Erfüllung von keinem Träger öffentlicher Verwaltung gestört werden darf⁸¹. Bei den sogenannten mehrstufigen Erlaubniserteilungen verletzt deshalb die rechtswidrige Verweigerung der Zustimmung durch den beteiligten Träger öffentlicher Verwaltung die gegen den federführenden Träger öffentlicher Verwaltung gerichtete Einräumungsberechtigung des Antragsstellers⁸². Ebenso würde die rechtswidrige tatsächliche Behinderung oder Verhinderung einer hoheitlichen Leistung durch eine andere Behörde, etwa die Polizei, den Anspruch des Empfängers verletzen. Wegen dieses Störungsverbots kann man sagen, daß in jeder positiven Einräumungsberechtigung eine negative Ausübungsberechtigung mit enthalten ist⁸³. Im folgenden werden wir uns

⁷⁸ Weyreuther, Gutachten, S. 77, 79 meint, die Leistungsverzögerung lasse sich in das Eingriffsschema von ursprünglichem Zustand der Nichtstörung und nachfolgendem Zustand der Beeinträchtigung nicht recht einordnen. Bei der Begründung des Abwehrenspruchs geht es aber, wie Weyreuther selbst ausführt, nicht um einen Eingriff in eine tatsächliche Besitzlage, sondern um den Eingriff in eine subjektive Rechtsstellung. Zur Rechtsstellung des Bürgers rechnen auch seine positiven Leistungsansprüche.

⁷⁹ So wohl auch Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 112 ff., der damit aber seiner Grundthese widerspricht, daß ein subjektives Recht des Bürgers nur entsteht, wenn die Verwaltung rechtswidrig handelt (S. 47, 52, 122 et passim).

⁸⁰ Vgl. Wolff I, § 43 II d, S. 270; Rupp, Grundfragen, S. 263 f.; M. Hoffmann: DVBl. 1967, 667 (668). Weyreuther, Gutachten, S. 95 f. sagt zu Recht, daß der Leistungsanspruch durch die rechtswidrige Ablehnung nicht berührt und nicht verändert wird. Leider erörtert er aber nicht, wie ein Anspruch auf Beseitigung (Aufhebung) einer rechtswidrigen Ablehnung zu begründen ist. — Zum Umfang eines Reaktionsanspruchs bei rechtswidriger Leistungsverzögerung unten S. 94.

⁸¹ Vgl. Wolff I, § 40 III b 1, S. 245.

⁸² Zum Beispiel die rechtswidrige Verweigerung des „Einvernehmens“ der Gemeinde nach §§ 35, 36 Abs. 1 S. 1 BBauG. Weitere Nachweise bei Wolff I, § 46 V c 2, S. 303.

⁸³ Die Konstruktion erinnert an die zivilrechtlichen Versuche, auch „relativen“ schuldrechtlichen Forderungen den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zukommen zu lassen; allerdings wird dabei meist nur an den Schutz des Gläubigers

daher vornehmlich um die Begründung des Reaktionsanspruchs bei Verletzung einer Ausübungsberechtigung bemühen, ohne allerdings die Einräumungsberechtigungen völlig aus den Augen zu verlieren⁸⁴.

Ergebnis zu § 8

Wir haben zwei Wege unterschieden, auf denen Art. 20 Abs. 3 GG für die Frage nach einem Abwehrenspruch bei rechtswidrigen hoheitlichen Realakten bedeutsam werden könnte.

Der erste Weg erwies sich als nicht gangbar, da Art. 20 Abs. 3 GG die Verwaltung zu rechtmäßigem Handeln verpflichtet, aber nichts darüber aussagt, was zu geschehen hat, wenn die Verwaltung einmal rechtswidrig gehandelt hat.

Der zweite Weg hat uns zwar noch nicht bis zur vollen Begründung des Abwehrenspruchs geführt, aber doch immerhin zu einem wichtigen Zwischenergebnis. Durch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG ist der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG für den Bereich des negativen Status umfassend subjektiviert worden. Der Bürger besitzt ein Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen durch die Subjekte hoheitlicher Gewalt.

Im folgenden § 9 bleibt nun noch die Entstehung eines Abwehrenspruchs als Reaktion auf die Verletzung dieses Rechts zu begründen, bevor wir im abschließenden Dritten Kapitel den Umfang des Abwehrenspruchs bestimmen können.

§ 9. Der Abwehrenspruch auf Grund rechtswidriger Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts des Bürgers

Im verwaltungsrechtlichen Schrifttum wird die Entstehung eines Abwehrenspruchs des Bürgers für den Fall der hoheitlichen Verletzung seiner Rechtsstellung nicht immer von vornherein als problemlos unterstellt. Vor allem *Heidenhain* und *Rupp* haben eine besondere Begründung des öffentlich-rechtlichen Reaktionsanspruchs versucht, die allerdings nicht überzeugt, weil sie sich ausschließlich auf Rechtssätze des

vor dem Verlust der Forderung durch Leistung des gutgläubigen Schuldners an einen bösgläubigen Dritten gedacht. Dazu *Larenz*, Schuldrecht II, § 66 I a, S. 409 f. und Allg. Teil, § 20 I, S. 253; *Oertmann*: AcP 123 (1925), 129 (145). — Nach *Weyreuther*, Gutachten, S. 94 kann man zwar jeden positiven Leistungsanspruch auch negativ als Unterlassungsanspruch umschreiben; ein derartiger „sekundärer“ Unterlassungsanspruch könne jedoch wegen seiner mangelnden „Labilität“, d. h. seinem unveränderten Fortbestehen im Fall der Verletzung keine Basis für einen Beseitigungsanspruch bieten. Das hängt mit *Weyreuthers* Begründung des Beseitigungsanspruchs aus einer automatischen Umwandlung des verletzten „labilen“ Unterlassungsanspruchs zusammen, auf die noch einzugehen ist (S. 65 Fn. 4).

⁸⁴ s. unten S. 67 Fn. 12.

Verfahrensrechts stützt¹. Man könnte auch den bereits behandelten Versuch einer Analogie zur privatrechtlichen *actio negatoria* zu diesen Bemühungen rechnen, da der privatrechtliche Beseitigungsanspruch wie der gesuchte öffentlichrechtliche Anspruch eine rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung voraussetzt. Im Grunde zielt dieser Lösungsversuch aber gerade darauf ab, eine besondere Begründung des Sprungs vom verletzten Recht zum Beseitigungsanspruch des Verletzten überflüssig zu machen². Er verschiebt das Problem ins Privatrecht und legt es nahe, den dort angeführten Gründen für die Entstehung eines Abwehrenspruchs bei Rechtsverletzungen nachzugehen. Wie bereits erwähnt, berief sich das Reichsgericht auf ein Gebot der Gerechtigkeit, das die Beseitigung fortdauernder widerrechtlicher Beeinträchtigungen gebiete; in der privatrechtlichen Literatur wird häufig eine Begründung aus dem Wesen des verletzten Rechts befürwortet³.

I. Begründung des Abwehrenspruchs aus dem Wesen des verletzten Rechts

Der gesuchte Abwehrenspruch bei Verletzung eines subjektiven Rechts ist mit dem verletzten Recht nicht identisch und deshalb besonders zu begründen. Aber das schließt ja nicht aus, daß für seine Begründung Struktur und tatbestandliche Voraussetzungen des verletzten Rechts maßgeblich sein können. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß sich nicht nur in der privatrechtlichen Literatur, sondern auch im verwaltungsrechtlichen Schrifttum zahlreiche Autoren finden, die den Abwehrenspruch letztlich aus dem „Wesen“ des verletzten Rechts begründen wollen. Dazu wird man all diejenigen rechnen müssen, die ohne besondere Begründung eine „automatische“ Entstehung des Abwehrenspruchs annehmen⁴ oder erklären, ohne die Entstehung des Abwehrenspruchs verliere das verletzte Recht seinen eigentlichen Sinn⁵.

¹ Oben § 6.

² Ähnlich bemängelt *Weyreuther*, Gutachten, S. 75 f., daß in *Bettermanns* Argumentation eine Auseinandersetzung mit der Struktur des verletzten Rechts und seiner Bedeutung für den Reaktionsanspruch fehle.

³ Oben § 5, Fn. 14, 19.

⁴ So *Menger*, System, S. 118 f., Grundrechte III/2, S. 717 (750) und *VerwArch.* 51 (1960), 266; *Ule*: DVBl. 1959, 583; *Lüke*: AöR 84 (1959), 185 f.; *Bachof*, VerfR I, S. 201; *Wolff* I, § 43 II d, III d, S. 270, 273, der den auf die Beseitigung der Beeinträchtigung gerichteten Anspruch „Abwendungsanspruch“ nennt. Ähnlich schon *Wolff*: Festschrift der Westf. Verwaltungsakademie, S. 119 (135), wo er erklärt, der status negativus werde durch die Verletzung insofern „ins Positive gewendet, als er eine angriffsweise Verteidigung gestattet“.

Auch der Lösungsversuch von *Weyreuther*, Gutachten, S. 85 ff. ist hier einzuordnen. Nach seiner Ansicht besteht vor der Verletzung ein Unterlassungsanspruch, der insofern „labil“ ist, als er mit der Verletzung untergeht, da seine Erfüllung — soweit wie die Verletzung reicht — nun nicht mehr möglich ist. Er gehe jedoch nur in seiner formalen Gestalt unter und bewahre seinen sachlichen Rang, indem er sich in einen Beseitigungsanspruch umwandle. Dieser Anspruchswandel ist aber durchaus nicht so selbstverständlich. Die aus

Um erkennen zu können, was sich hinter dieser Begründung aus „Sinn“ und „Wesen“ des subjektiven Rechts verbirgt, müssen wir noch einmal bei den tatbestandlichen Voraussetzungen eines subjektiven Rechts anknüpfen.

Wie bereits dargelegt⁶, setzt ein subjektives Recht nach herrschender Lehre dreierlei voraus: 1. einen Rechtssatz, der die Interessen einer Person begünstigt, 2. eine gewollte und nicht nur zufällige Begünstigung durch den Rechtssatz und 3. die „Rechtsmacht“ des Begünstigten, sich gegenüber dem Verpflichteten auf die begünstigende Rechtsfolge berufen und von diesem ein entsprechendes Verhalten verlangen zu können. Diese drei Merkmale werden sowohl für Einräumungs- als auch für Ausübungsberechtigungen verlangt.

Bei den Ausübungsberechtigungen ist das bezüglich des dritten Merkmals, der „Rechtsmacht“, aber nicht ganz zweifelsfrei. Denn welchen Sinn hat eine „Rechtsmacht“ des Ausübungsberechtigten im Normalzustand der ungestörten Interessenverfolgung? Seine objektiv-rechtliche Befugnis etwa zur Einwirkung auf eine Sache macht nicht seine „Rechtsmacht“ aus, denn die Rechtsmacht des Rechtsinhabers kann sich immer nur auf eine andere Person als Pflichtsubjekt beziehen⁷. Als Rechtsbeziehung von Person zu Person kann die Rechtsmacht des Ausübungsberechtigten aber doch erst dann bedeutsam werden, wenn seine Interessenverfolgung gestört worden ist oder zumindest eine Störung droht und damit ein Verpflichteter feststeht, von dem ein bestimmtes Verhalten verlangt werden kann. Vorher kann man allenfalls von einem „Unterlassungsanspruch gegen jedermann“ sprechen⁸. Aber abgesehen davon, daß der herkömmliche Begriff des Anspruchs eine transitive Beziehung

Art. 20 Abs. 3 GG zu entnehmende Unterlassungspflicht der Verwaltung besagt auch nach *Weyreuther* (S. 28) nichts über eine Sanktion ihrer Verletzung. Warum soll das beim Unterlassungsanspruch des Bürgers ganz anders sein und sich aus seiner Verletzung ohne weiteres ein Reaktionsanspruch ganz bestimmten Inhalts folgern lassen?

⁶ *Bähr*, Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, S. 69 (dazu kritisch *Erichsen*: DÖV 1968, 590 f.); ähnlich *Brohm*, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, S. 80 f. und *W. Schmidt*: JuS 1969, 166 (169). *Konow*: JR 1967, 245 (246) folgert aus der Anerkennung der Grundrechte in der Verfassung einen Reaktionsanspruch im Umfang der §§ 249 ff. BGB bei Grundrechtsverletzungen. *W. Martens*: Festschrift für Schack, S. 85 (95) will einen Beseitigungsanspruch damit begründen, daß ohne diesen Anspruch die Funktion der Grundrechte partiell praktisch leerliefe. Vgl. auch VG Berlin, Urt. v. 17. 10. 1967, VG II A 17/67: DVBL 1968, 122 und zustimmend VG Sigmaringen, Urt. v. 2. 2. 1968, III 364/67: DVBL 1968, 267 (270) und VGH Mannheim, Urt. v. 23. 7. 198, IV 159/68: DVBL 1968, 705 zum Abwehrenspruch des Studenten gegen allgemein-politische Stellungnahmen der Studentenschaften.

⁸ Oben § 8, S. 47 f.

⁷ Oben S. 48 Fn. 21.

⁶ So *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, § 43, S. 185 für die dinglichen Privatrechte.

zu einem bestimmten Verpflichteten verlangt⁹, erfüllt ein Unterlassungsanspruch gegen jedermann noch keinerlei Rechtsschutzfunktion und zielt ins Leere, solange nicht eine konkrete Störung zumindest droht¹⁰. Die Rechtsmacht des Ausübungsberechtigten kann sich deshalb in einem Unterlassungsanspruch gegen jedermann jedenfalls nicht erschöpfen. Erst in den „pathologischen“ Fällen der Störung und der konkret drohenden Störung besitzt sie eine Funktion, erst in diesen Fällen kann sich der Ausübungsberechtigte sinnvoll auf sein rechtlich geschütztes Interesse berufen und ein bestimmtes Verhalten eines Verpflichteten verlangen¹¹.

Deshalb ist es nun aber nicht abwegig, auch für Ausübungsberechtigungen die Begründung der Rechtsmacht als dritte Voraussetzung zu verlangen. Man muß sich nur bewußt sein, daß man im Grunde die Entstehung eines Reaktionsanspruchs für den Fall der Verletzung und die eines Unterlassungsanspruchs für den der konkret drohenden Verletzung zu begründen versucht, wenn man daran geht, die Rechtsmacht des Inhabers eines rechtlich geschützten Interesses des negativen Status nachzuweisen. Hier zeigt sich denn, daß alle Autoren, die den Reaktionsanspruch aus dem „Wesen“ der verletzten Ausübungsberechtigung rechtfertigen wollen oder auf seine besondere Begründung völlig verzichten, den Nachweis der Rechtsmacht des Inhabers des verletzten „Rechts“ stillschweigend voraussetzen.

Damit sind methodisch zwei Wege denkbar zur Begründung des Reaktionsanspruchs. Der eine zielt darauf ab, die Rechtsmacht des Inhabers eines objektiv-rechtlich nicht nur zufällig, sondern bewußt geschützten Interesses zu begründen; der andere verzichtet für das verletzte „Recht“ auf das Merkmal der Rechtsmacht und versucht, den Reaktionsanspruch mit Hilfe anderer Kriterien zu gewinnen¹².

⁹ Oben § 8, S. 49.

¹⁰ Vgl. die Kritik bei *Oertmann*: AcP 123 (1925), 129 (137), der den Unterlassungsanspruch gegen jedermann ein „Unding“ nennt.

¹¹ *Larenz*, Allg. Teil, § 18 I, S. 212 spricht deshalb vom Eigentum als einem „latenten“ Rechtsverhältnis. Nach *Wolff*: Festschrift der Westf. Verwaltungsakademie, S. 119 (122) handelt es sich bei den den dinglichen Privatrechten insoweit entsprechenden Freiheitsrechten des öffentlichen Rechts lediglich um „Rechtsstellungen“ der Person, „die allererst die Grundlage für mögliche subjektive Rechte i. S. von Ansprüchen“ sind. Ebenso *Menger*, System, S. 118 f., der nur die positiven Einräumungsberechtigungen als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet wissen will.

¹² Bezüglich des ersten Weges muß allerdings sogleich die Einschränkung gemacht werden, daß er für die Begründung eines Reaktionsanspruchs bei Verletzung einer Einräumungsberechtigung nicht gangbar sein kann, da die Rechtsmacht des Inhabers eines positiven Leistungsanspruchs nicht erst im Fall der rechtswidrigen Leistungsverweigerung Sinn und Funktion erhält; vgl. oben S. 63. Diese Einschränkung gilt nicht für den zweiten Weg, für den wir uns letztlich entscheiden; unten S. 72 ff.

Heidenhain und Rupp haben sich um den zweiten Weg bemüht, ohne jedoch zu einem überzeugenden Ergebnis zu gelangen¹³. Die eingehende Untersuchung von Rösslein über die Grundlage des sogenannten Folgenbeseitigungsanspruchs ist an diesem Punkt methodisch nicht eindeutig und auch sachlich nicht zufriedenstellend. Zunächst betont er die Unabhängigkeit des gesuchten Abwehrenspruchs von dem Inhalt des verletzten Rechts¹⁴, später verwischt er jedoch die Unterschiede zwischen einem Recht auf Freiheit von rechtswidrigen Belastungen und dem Reaktionsanspruch bei Verletzung dieses Rechts¹⁵: Da die Freiheit in einem Staatswesen, das sich zum Primat der Freiheit bekennt, kein bloßer Reflex objektiven Rechts sein könne, besitzt der Bürger nach Auffassung von Rösslein ein subjektives Recht auf Gesetzmäßigkeit des Eingriffs und damit ein subjektives Recht auf Unterlassung aller rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Rechtssphäre. Für den Fall, daß die Verletzung bereits eingetreten ist, stehe diesem verletzten Recht ein Beseitigungsanspruch zur Seite¹⁶. Damit gibt Rösslein weder eine besondere, vom Inhalt des verletzten Rechts unabhängige Begründung des Reaktionsanspruchs, noch weist er die Rechtsmacht des Inhabers des verletzten „Rechts“ nach. Mit der Ablehnung eines bloßen Reflexes objektiven Rechts ist nur gesagt, daß es sich um ein gewollt und nicht nur zufällig begünstigtes Interesse des Bürgers handelt¹⁷.

Der oben bezeichnete erste Weg, die Begründung des Abwehrenspruchs über die Begründung der Rechtsmacht des Inhabers eines rechtlich geschützten Interesses also, scheint schnell und sicher zum Ziel zu führen. Im öffentlichrechtlichen Schrifttum wird nämlich im Anschluß an Bachof häufig die Auffassung vertreten, die gesuchte Rechtsmacht des Inhabers eines gesetzlich bewußt und nicht nur zufällig geschützten Interesses ergebe sich schon aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes und bedürfe daher keines besonderen Nachweises im Einzelfall¹⁸. Nach Bachof

¹³ Oben § 6.

¹⁴ Folgenbeseitigungsanspruch, S. 65 f.

¹⁵ a.a.O., S. 69 f.

¹⁶ Ähnlich wie Rösslein schon *Schlussnus*, Diss., S. 55 und bereits *Mansfeld*, Der publicistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogtum Braunschweig, S. 17 f., der den Reaktionsanspruch aus der rechtsstaatlichen Natur des staatsbürgerlichen Subjektionsverhältnisses herleiten will.

¹⁷ Auch *Bender*, Referat, S. 9 bemerkt, Rösslein habe den Schluß von der Verletzung des Freiheitsstatus auf einen verfassungsrechtlichen Beseitigungsgrundsatz nicht zureichend belegt. Kritisch auch *Spanner*: DVBL 1968, 618 (620).

¹⁸ *Bachof*: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 287 (301); *Dürig*: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 36; *Wolff* I, § 43 I b 2, S. 265; *Kemnade*, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, S. 31 f.; ähnlich auch OVG Lüneburg, Ur. v. 23. 6. 1967, III OVG A 113/64: DVBL 1967, 779 (780). Vorsichtiger formuliert das BVerfG, Beschl. v. 5. 2. 1963, 2 BvR 21/60: DVBL 1963, 362, wonach im Zweifel diejenige Interpretation eines Gesetzes den Vorzug verdient, die dem Bürger einen Rechtsanspruch einräumt; zustimmend *Menger/Erchsen*: Verw-

folgt „zwar nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG allein, wohl aber aus der Gesamtkonzeption des GG mit seinem Bekenntnis zum Primat der menschlichen Persönlichkeit und der menschlichen Freiheit, zu ihrem Vorrang vor den Staatsinteressen, mit seiner Sozialstaatserklärung, sowie schließlich mit seiner Tendenz einer durchgängigen Beschränkung und Kontrolle staatlicher Machtausübung“, daß heute alle geschützten Interessen und gewollten Begünstigungen „von Verfassungswegen“ mit der Rechtsmacht subjektiver Rechte ausgestattet sind¹⁹. *Bachof* will also sowohl den im Individualinteresse geschützten Freiheitsbereichen des negativen Status als auch den gewollten Begünstigungen des positiven Status mit Hilfe eines „ungeschriebenen Konstitutionsprinzips des Verfassungssinnes“²⁰ generell die gesuchte Rechtsmacht zuerkennen. Im Sinne der Rechtsquellenlehre von Hans J. Wolff²¹ bedeutet dies die Annahme einer verfassungsgestaltenden Grundentscheidung des Grundgesetzgebers, die als politischrechtliche Fundamentalnorm Art und Form des Verhältnisses von Staat und Bürger für das Staatswesen der Bundesrepublik bestimmt.

Für die im Individualinteresse gesetzlich angeordneten Begünstigungen des positiven Status ist in der Tat durch das Grundgesetz ein Wandel

Arch. 59 (1968), 177 in einer krit. Bespr. des Ur. des BVerwG v. 24. 10. 1967, I C 64/65: DÖV 1967, 856.

¹⁹ Die Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG ist mit Recht als Zirkelschluß kritisiert worden, denn Art. 19 Abs. 4 GG setzt das subjektive Recht und damit auch seine Rechtsmacht voraus und verleiht ihm nur die Klagbarkeit; vgl. *Rupp*, Grundfragen, S. 170, *Henke*, Das subjektive öffentliche Recht, S. 3 f. und *Wolff* I, § 43 I b 2, S. 265. Rechtsmacht und Klagebefugnis sind ebensowenig identisch wie materiell-rechtlicher Anspruch und prozessuale actio. — Es ist recht aufschlußreich, *Bachofs* Begründung der Rechtsmacht mit der heute von ihm im Vorwort zur 2. Auflage seiner Habilitationsschrift vertretenen Begründung des Folgenbeseitigungsanspruchs zu vergleichen: „Im Zusammenhang ... mit anderen auf das Staat-Bürger-Verhältnis bezogenen Normen des Grundgesetzes, im Zusammenhang vor allem mit dem heute durch die Freiheitsgrundrechte verfassungsrechtlich überhöhten Gebot der Freiheit von ungesetzlichem Zwang sowie im Zusammenhang mit der dem Art. 19 Abs. 4 GG zu entnehmenden Vorstellung eines effektiven Rechtsschutzes ist das Rechtsstaatsprinzip tragender Grund des Folgenbeseitigungsanspruchs.“ Die *Bachof* möglicherweise gar nicht bewußte Ähnlichkeit der beiden Begründungsversuche macht wiederum deutlich, daß die Begründung der Rechtsmacht des Inhabers eines rechtlich geschützten Interesses des negativen Status und die Begründung eines Reaktionsanspruchs für den Fall der Verletzung einer Berechtigung des negativen Status kaum voneinander zu trennen sind.

²⁰ Dazu *Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, S. 43.

²¹ Vgl. *Wolff*, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 33 (48) (im folgenden: Rechtsgrundsätze) und *Wolff* I, § 25 II, S. 112; zustimmend *Contiades*, Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen, S. 77 ff. Verfassungsgestaltende Grundentscheidungen beruhen letztlich nicht auf der Gerechtigkeit, sondern auf der Macht als der anderen Grundlage des Rechts. Auch nach *Bachof*, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, S. 43 stehen die ungeschriebenen Konstitutionsprinzipien des Verfassungssinnes zur Disposition des Trägers der verfassunggebenden Gewalt.

eingetreten. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies bereits in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 26. 6. 1954 zum Anspruch auf öffentliche Fürsorge deutlich ausgesprochen: Unter der Herrschaft des Grundgesetzes darf der Bürger nicht nur Gegenstand staatlichen Handelns und staatlicher Leistungen sein. „Er wird vielmehr als selbständige sittlich verantwortliche Persönlichkeit und deshalb als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt. Dies muß besonders dann gelten, wenn es um seine Daseinsmöglichkeit geht²².“ Die gewollten Begünstigungen des positiven Status sind daher auf Grund einer verfassungsgestaltenden Grundentscheidung des Grundgesetzgebers generell zu subjektiven Rechten erhoben²³.

Diese Argumentation überzeugt aber nicht mehr, wenn sie auf die Ausübungsberechtigungen des negativen Status ausgedehnt wird, wobei sogleich zu bemerken ist, daß sich die Bedenken nicht gegen das Ergebnis, den Reaktionsanspruch bei Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses richten, sondern gegen die Art der Begründung.

Bachof nimmt an, daß sich die Umwandlung des Verhältnisses von Staat und Bürger durch das Grundgesetz auch auf die Rechtsmacht des Inhabers eines rechtlich geschützten Interesses des negativen Status erstreckt. Dagegen ist zu bedenken, daß auch schon vor der Geltung des Grundgesetzes nicht daran gezweifelt wurde, daß die Verletzung eines gerade im Interesse des Bürgers zu seinem Schutz eingeräumten Freiheitsbereichs einen materiell-rechtlichen Abwehrenspruch auslöst. Die Untersuchungen von *Richard Thoma*²⁴, *Carl Schmitt*²⁵ und *Walter Jellinek*²⁶ zeigen das ebenso wie schon vorher die Überlegungen von *Richard Mansfeld*²⁷ und *Georg Jellinek*²⁸. Unsicherheit bestand nur bezüglich der

²² V C 78/54: BVerwGE 1, 159 (161 f.). Vgl. auch die Urteile v. 14. 7. 1959, I C 170/56: BVerwGE 9, 78 (80 f.) — Anspruch auf Impfung — und v. 29. 10. 1963, VI C 198/61: BVerwGE 17, 87 (92).

²³ Im Ergebnis ebenso *Bühler*: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 269 (282), *Forsthoff*, Verwaltungsrecht I, S. 182, *Rupp*, Grundfragen, S. 269 ff. und die oben S. 68 Fn. 18 Genannten.

²⁴ Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten: Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, S. 607 (619 ff.) und Grundrechte und Polizeigewalt: Festschrift für das Preuß. OVG, S. 183 (185). Nach Auffassung von *Thoma* ist die Existenz eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Aufhebung rechtswidrig einschränkender Akte der Obrigkeit unproblematisch; „Schwierigkeiten bereitet allein das Kriterium des Rechtsanspruchscharakters von subjektiven Interessen aus dem Bereich des status activus und des status positivus“.

²⁵ Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung: Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, S. 572 (591 mit Fn. 70).

²⁶ Verwaltungsrecht, S. 208 f.

²⁷ Der publicistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogtum Braunschweig, S. 17 f. Zustimmend *Bühler*, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 63 Fn. 83.

²⁸ System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 103: „Das Individuum soll vom Staate zu keiner gesetzwidrigen Leistung herangezogen werden und hat

gerichtlichen Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs²⁹, die heute durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet ist. Allerdings wäre es falsch, daraus zu schließen, daß das Grundgesetz abgesehen von der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ohne Einfluß auf den negativen Status des Bürgers geblieben ist. Im Gegenteil, das Grundgesetz hat den negativen Status bedeutsam verstärkt, in dem es durch Art. 2 Abs. 1 GG jede Interessenverfolgung des Bürgers zu einem rechtlich geschützten Interesse erhoben hat. Aber diese „Verstärkung“ bezieht sich nicht auf die Begründung der Rechtsmacht des Inhabers einer rechtlich geschützten Freiheit, sondern auf die Weite des geschützten Freiheitsbereichs. Hier äußert sich das von *Bachof* angesprochene Bekenntnis des Grundgesetzes zum Primat der menschlichen Persönlichkeit und Freiheit und ihrem Vorrang vor den Staatsinteressen. Auch *Bachofs* Argument, daß die Freiheit in einem solchen Staatswesen kein bloßer Reflex objektiven Rechts sein könne³⁰, verdeutlicht nur die Ausdehnung des Bereichs der rechtlich geschützten Interessen, vermag aber nicht die Rechtsmacht des Inhabers eines derart rechtlich geschützten Interesses zu begründen. *Rupp* hat deshalb mit Recht gegen *Bachof* eingewandt, daß alle von *Bachof* angeführten Gründe nur den Schluß zulassen, daß und unter welchen Voraussetzungen tatsächliche Begünstigungen durch das objektive Recht als im individuellen Interesse eingeräumte Schutzbereiche zu deuten sind; ein letztlich zwingendes Kriterium dafür, daß diese individuellen Schutzpositionen auch mit einer dynamischen subjektiven Verteidigungsmöglichkeit ausgestattet sind, gewähren sie jedoch nicht³¹.

Ein weiteres Bedenken folgt daraus, daß eine Begründung des Reaktionsanspruchs aus der grundgesetzlichen Ausgestaltung des Verhältnisses von Bürger und Staat auf das öffentliche Recht beschränkt sein müßte und zur Lösung der ganz entsprechend liegenden Problematik bei den bewußt geschützten Interessen des Privatrechts nichts beitragen könnte. Der Abwehrenspruch des Inhabers eines privatrechtlich geschützten Interesses kann aber schon deshalb nicht unberücksichtigt bleiben, weil die Verwaltung zur Beachtung der subjektiven Privatrechte ebenso wie zur Beachtung der subjektiven öffentlichen Rechte des Bürgers verpflichtet ist und der Bürger im Verwaltungsprozeß auch die Verletzung einer privatrechtlichen Rechtsstellung geltend machen kann³².

dennach einen auf Anerkennung seiner Freiheit beruhenden Anspruch auf Unterlassung und Aufhebung der diese Norm überschreitenden obrigkeitlichen Befehle.“

²⁹ Dazu *Thoma*: Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, S. 607 (620 f.), *Carl Schmitt* a.a.O. und *W. Jellinek* a.a.O.

³⁰ Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 287 (301).

³¹ *Rupp*, Grundfragen, S. 170 f.

³² Dazu *Ule*, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. II 2; *Redeker-v. Oertzen*, VwGO, § 42 Rn. 83. Vgl. auch *Dürig*: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 34 a. E. und *Bachof*, Vornahmeklage, S. 66.

Das Reichsgericht hat auf ein Gebot der Gerechtigkeit verwiesen, um einen Abwehrensanspruch bei Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses zu begründen³³. Eine begriffliche und methodische Präzisierung dieser Überlegung führt zu der Frage, ob der gesuchte Abwehrensanspruch nicht auf einem für das Privatrecht ebenso wie für das öffentliche Recht verbindlichen, aus dem Rechtsprinzip der Gerechtigkeit abgeleiteten Rechtsgrundsatz beruht.

II. Begründung des Abwehrenspruchs mit Hilfe eines besonderen Rechtsgrundsatzes

Hans J. Wolff hat es unternommen, Begriff und Geltung der Rechtsgrundsätze zu klären und sie in das System der Rechtsquellen des positiven Rechts einzuordnen³⁴.

Rechtsgrundsätze sind danach „oberste ranghöchste Rechtsquellen, mit denen auch die anderen Rechtsquellen sich nicht in Widerspruch setzen dürfen, ohne ihren Rechtscharakter in Frage zu stellen“. Sie „ergeben sich als Ableitung aus dem Prinzip der Gerechtigkeit im Hinblick auf ganz allgemeine, typische Situationen und Interessenlagen des menschlichen Zusammenlebens, die entweder dauernd oder in gewissen raumzeitlichen Begrenzungen konstant sind“³⁵. Das Prinzip der Gerechtigkeit (Rechtsprinzip) formuliert Wolff³⁶ im Anschluß an Leonard Nelson³⁷ als das „Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt wird“.

Rechtsgrundsätze können in der Verfassung oder in Gesetzen des Zivil-, Straf- oder Verwaltungsrechts Ausdruck gefunden haben. Ihre Geltung als Rechtsquellen ist jedoch von einer derartigen gesetzgeberischen Formulierung unabhängig³⁸; das geschriebene Recht dient in diesem Zusammenhang nur als „Fundgrube“ bei der Suche nach allgemeinen oder besonderen Rechtsgrundsätzen³⁹.

³³ Nachweise oben § 5 Fn. 14.

³⁴ Rechtsgrundsätze, S. 33—52. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind in Wolff I, § 25 I, S. 110 ff. zusammengefaßt. s. auch die Darstellungen der Lehre Wolffs bei Simons, Leistungsstörungen, S. 119—128 und Menger, Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen: Festschrift für Bogs, S. 89—101.

³⁵ Rechtsgrundsätze, S. 37.

³⁶ Über die Gerechtigkeit als principium juris: Festschrift für Sauer, S. 103 (113), (im folgenden: Gerechtigkeit).

³⁷ System der philosophischen Rechtslehre und Politik, § 31, S. 90—94.

³⁸ Rechtsgrundsätze, S. 42 f.

³⁹ Menger, System, S. 71 und Festschrift für Bogs, S. 95. — Nach Menger, System, S. 73 und Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 162 bilden die Rechtsgrundsätze in ihrer Gesamtheit den sogenannten „Allgemeinen Teil des Rechts“. Dieser Begriff wird jedoch nicht immer mit derselben Bedeutung gebraucht und bringt daher mehr Verwirrung als Klärung. Vor allem be-

Wegen ihrer mangelnden Tatbestandsbestimmtheit sind die Rechtsgrundsätze aber selbst noch keine Rechtssätze, die auf einen Einzelfall angewandt werden können. Dazu bedarf es noch ihrer „rechtssatzmäßigen Konkretisierung in bezug auf bestimmte typische Sachverhalte mit der Feststellung, daß diese tatsächlich positiv geltendes Recht ist. Diese (rechtsschöpferische) Ableitung kann eine unmittelbare oder mittelbare sein, je nachdem, ob sie sich ohne weiteres aus dem Rechtsgrundsatz gewinnen läßt oder nur unter Zuhilfenahme weiterer Prämissen und spezifisch juristischer Argumentation“⁴⁰. Daraus folgt ein wichtiger Unterschied zum Analogieverfahren: Die in Privatrechtssätzen aufgefundenen Rechtsgrundsätze sind für verschiedene typische Interessenlagen auch verschieden zu konkretisieren, während bei einer Analogie die Interessenlage gleich sein muß und die Rechtsfolge des Privatrechtssatzes unverändert anzuwenden ist⁴¹.

steht noch keine Einigkeit darüber, ob man darunter nur ein System der rechtlichen Grundbegriffe im Sinne einer Allgemeinen Rechtslehre zu verstehen hat (vgl. Simons, Leistungsstörungen, S. 104 ff.) oder ob es sich dabei um unmittelbar anwendbare Rechtssätze (so Friedrichs, Der Allgemeine Teil des Rechts) oder zumindest um Rechtsgrundsätze handeln soll, aus denen konkrete Rechtsfolgenanordnungen abgeleitet werden können. Friedrichs geht jedenfalls über den Bereich der Rechtsgrundsätze weit hinaus, wenn er zum Beispiel die allgemeinen Regeln des Schuldrechts des BGB fast vollständig dem Allgemeinen Teil des Rechts zurechnet; kritisch dazu Meier-Branecke: AöR 50 (11) (1926), 230 (238—243) und Menger, System, S. 71 Fn. 10.

Noch undeutlicher als der Begriff des „Allgemeinen Teils des Rechts“ ist der Begriff der „Natur der Sache“, mit dessen Hilfe zuweilen versucht wird, ungeschriebene Rechtssätze zu begründen. Nach den eingehenden Untersuchungen von Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache“, S. 115 f. könnte nur der von ihm so genannte Begriff der objektiv-praktischen Natur der Sache als Rechtskenntnisquelle in Betracht kommen. Er definiert ihn als die Beschaffenheit, die ein Gegenstand nach einer objektiven Gesetzgebung haben soll. Nach Dreier führt aber auch diese Natur der Sache nicht weiter, da sie ein präexistentes Normensystem voraussetzt und damit nur einen Denkinhalt bildet, in dem Normen, die aus anderen Rechtsquellen abgeleitet sind, als funktional zusammengehörig gedacht werden. Auch Larenz: NJW 1965, 1 (6) betont, daß die „Natur der Sache“ nicht für sich allein, sondern nur i. V. m. anderen Momenten wie etwa einer zutreffenden Analogie oder der Berücksichtigung der Wertungsgrundlagen der Gesamtrechtsordnung eine Rechtsfortbildung zu begründen vermag. Nach all dem dürfte Wolffs Kritik den Kern treffen, wenn er sagt (Rechtsgrundsätze, S. 47), daß die Rede von der „Natur der Sache“ nur undeutlicher sei als die von „Rechtsgrundsätzen“, weil das eigentlich Rechtliche in ihr nicht zum Ausdruck kommt.

⁴⁰ Wolff I, § 25 I b, S. 111; Larenz: NJW 1965, 1 (7 f.) spricht von einer „Ableitung neuer Rechtssätze aus den der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Prinzipien durch Sinnentfaltung, Konkretisierung und Anwendung auf bestimmte, als typisch erkannte Fallgruppen“. Ganz entsprechend argumentiert das BVerfG, Beschl. v. 24. 7. 1957, 1 BvL 23/52: BVerfGE 7, 89 (92 f.) in bezug auf das Prinzip des materiellen Rechtsstaats, zu dem auch das Prinzip der materiellen Richtigkeit oder Gerechtigkeit gehöre, das aber keine eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote enthalte, sondern der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedürfe.

⁴¹ Oben § 5, S. 31. — Die Rechtsprechung spricht durchweg weder von einer analogen Rechtsanwendung noch von einer Deduktion aus im Privatrecht auf-

Esser hat sich in seiner rechtsvergleichenden Untersuchung über „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“ scharf gegen die Lehre Wolffs gewandt⁴². Eine kurze Auseinandersetzung mit dieser Kritik mag dazu beitragen, einige Merkmale der bisher nur sehr grob skizzierten Lehre Wolffs weiter zu verdeutlichen.

Esser äußert sich zu Wolffs Formulierung des Rechtsprinzips weder ablehnend noch zustimmend. Er wendet jedoch ein, daß der bloß „limitierende Charakter“ des Rechtsprinzips nur inhaltliche Ableitungen elementarster Art gestatte⁴³. Nach Wolff wirkt das Rechtsprinzip deshalb limitierend, weil es nicht Interessenverfolgungen gebietet, sondern nur einschränkt⁴⁴. Das ist nun aber nicht dahin zu verstehen, daß aus dem Rechtsprinzip nur Unterlassungsgebote, nicht aber auch Gebote zu positivem Tun abgeleitet werden können⁴⁵, sondern besagt zweierlei:

Einmal kann das Rechtsprinzip — im Gegensatz zum Sittengesetz⁴⁶ — nur eingreifen, wenn eine Kollision entgegengesetzter Interessenverfolgungen verschiedener Menschen besteht, die es gegeneinander abzugrenzen, zu „limitieren“ gilt. Insofern ist es entgegen Esser unerheblich, ob es sich um eine konkrete oder eine besonders generelle, „elementare“ Interessenkollision handelt⁴⁷.

Zum anderen wirkt das Rechtsprinzip insofern nur limitierend, als es nach der Methode der Ausschließung zwar eine bestimmte Interessen-

gefundenen Rechtsgrundsätzen, wenn sie Privatrechtssätze zur Ergänzung des lückenhaften Verwaltungsrechts heranzieht. Sie beruft sich stattdessen auf „allgemeine Rechtsgedanken“, die zwar in Privatrechtssätzen ihren Ausdruck gefunden haben, aber darüber hinaus auch im öffentlichen Recht anwendbar seien; Nachweise bei Schack: Festschrift für Laun, S. 275 (285 ff.) und Simons, Leistungsstörungen, S. 106 ff. In der Mehrzahl der Entscheidungen ist der „allgemeine Rechtsgedanke“ aber nichts anderes als der „gesetzliche Grundgedanke“ des Analogieverfahrens, der wohl nur deshalb nicht so bezeichnet wird, weil Otto Mayers summarische Ablehnung einer Analogie immer noch fortwirkt und die Rechtsprechung zu Unrecht befürchtet, die Analogie führe zu einer Anwendung privaten Rechts. Dazu oben § 5, S. 31 ff.; vgl. auch Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, S. 122—127, Bachof, VerfR II, S. 281 f. und Wolff I, § 25 I e, S. 112. Bisweilen allerdings, so z. B. bei der Begründung des Erstattungsanspruchs, verbirgt sich hinter dem „allgemeinen Rechtsgedanken“ keine Analogie, sondern ein Rechtsgrundsatz; s. Wolff I, § 44 I b 4, S. 279, Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 167 und Gygi, Verwaltungsrecht und Privatrecht, S. 35.

⁴² S. 12 Anm. 36 und vor allem S. 86 (im folgenden: Grundsatz und Norm).

⁴³ a.a.O., S. 86.

⁴⁴ Gerechtigkeit, S. 114.

⁴⁵ Die negative Formulierung des Rechtsprinzips (Verzicht auf die Verfolgung eigener objektiv minderwertiger Interessen) kann allerdings leicht zu diesem Mißverständnis führen.

⁴⁶ Wolff, Gerechtigkeit, S. 112 formuliert das Sittengesetz als die „Norm, daß dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse der Vorzug zu geben ist“. Daraus folgt das Tugendprinzip, das gebietet, „von kollidierenden Eigeninteressen dem objektiv wertvolleren den Vorzug zu geben“.

⁴⁷ Ebenso Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache“, S. 116 Fn. 590.

verfolgung als objektiv minderwertig zurückdrängt, nicht aber auch darüber entscheidet, welche von den gegenüberstehenden, nach dem Gerechtigkeitsprinzip gleichwertigen Möglichkeiten einer objektiv wertvolleren Interessenverfolgung auszuwählen ist⁴⁸. Esser hat also Recht, wenn er darauf hinweisen will, daß sich allein aus dem Rechtsprinzip in aller Regel keine bestimmte rechtlich notwendige Regelung eines konkreten Interessenkonflikts herleiten läßt, sondern häufig nur ein Rahmen, innerhalb dessen auch Zweckmäßigkeitentscheidungen möglich sind. Das wird aber auch von Wolff nicht bestritten⁴⁹.

Eine andere „Schwäche“ des Rechtsprinzips liegt darin, daß es nicht selbst die Maßstäbe für die Bestimmung des objektiven Wertes der kollidierenden Interessen liefert, sondern als „ausfüllungsbedürftige“ Norm in die Einzelbereiche der Rechtsordnung zurückverweist⁵⁰. Die daraus resultierende inhaltliche Unbestimmtheit wird man aber in Kauf nehmen müssen, wenn man nicht auf die Formulierung eines spezifisch juristischen Gerechtigkeitsbegriffs überhaupt verzichten will.

Essers Kritik richtet sich weiter gegen die positive Geltung der aus dem Rechtsprinzip abgeleiteten Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen⁵¹. Er betont den Transformationsvorgang, der notwendig sei, um die Rechtsgrundsätze in geltendes Recht zu verwandeln, und kommt zu dem Schluß, daß Rechtsprinzipien (Rechtsgrundsätze) den „Charakter positiven Rechts“ haben, „sobald und soweit sie durch rechtsbildende Akte der

⁴⁸ Dies wird in der Formulierung Nelsons besonders deutlich. Nelson, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, S. 90 ff. faßt das Rechtsprinzip noch enger als Wolff und identifiziert es mit dem Prinzip der persönlichen Gleichheit, das er als die Ausschließung jedes durch die numerische Bestimmtheit der einzelnen Person bedingten Vorzugs definiert. Das Rechtsprinzip schließt damit „nur diejenigen Formen der Wechselwirkung der Personen aus, die die persönliche Gleichheit verletzen. Es zeichnet aber unter denjenigen, die dieser Bedingung genügen, keine bestimmte aus. Es läßt uns also die Wahl, innerhalb dieses Spielraums der gegenseitigen Gleichheit nach Belieben auf diese oder jene Weise unsere Freiheitsphären gegenseitig zu begrenzen“.

⁴⁹ Rechtsgrundsätze, S. 47.

⁵⁰ Larenz: NJW 1965, 1 (7) führt die „rechtsethischen Prinzipien“ wohl aus diesem Grunde nicht auf ein Prinzip der Gerechtigkeit zurück, sondern entnimmt sie der „Rechtsordnung als einem Sinngehalt“. Eine ähnliche „horizontale“ Begründung der Rechtsgrundsätze als „Prinzipien und Grundentscheidungen, die der Rechtsordnung eines Volkes immanent sind“, gibt Liver, Der Begriff der Rechtsquelle: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, S. 26 ff. Im weiteren Gang der Untersuchung soll eine „vertikale“ Ableitung im Sinne von Wolff versucht werden. Das Ergebnis wäre aber nicht anders, wenn nach der Methode von Larenz und Liver verfahren würde.

⁵¹ Grundsatz und Norm, S. 86: „Tatsächlich muß der behauptete Rechtsquellencharakter solcher obersten Rechtsgrundsätze völlig vage bleiben, wenn man sie als objektives Recht aus gibt, das „gilt“ ohne Rücksicht auf Stand und Bedingungen des Positivierungsprozesses in Kasuistik und Doktrin... Die Geltung solcher unbehauenen erratischen Naturrechtsblöcke in einem positiven System wäre vom Gesetzesdenken her ein juristisches Wunder.“

Legislative, der Jurisprudenz oder des Rechtslebens institutionell verkörpert worden sind“⁵².

Hier ist eine begriffliche Klarstellung notwendig. Anders als Esser versteht Wolff unter einer Rechtsquelle nicht den Rechtserkenntnisvorgang selbst, also etwa den Akt der Gesetzgebung oder den rechtsfortbildenden Richterspruch⁵³, sondern einen „Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht“. Rechtsquellen sind nach Wolff *Rechtserkenntnisquellen*⁵⁴. Entsprechend muß die Geltung der Rechtsgrundsätze auch von vornherein auf ihre Eigenschaft als „Erkenntnisgrund für etwas als positives Recht“ beschränkt sein, und man mag daher in der Tat darüber streiten, ob schon die Rechtsgrundsätze selbst oder erst die aus ihnen durch Ableitung gewonnenen Rechtssätze als positives Recht zu qualifizieren sind. Im Grunde ist das aber ein unfruchtbarer und zudem unnötiger Streit, denn auch Wolff betont, daß es sich bei der weiteren rechtsatzmäßigen Konkretisierung des Rechtsgrundsatzes um eine „rechtsschöpferische“ Ableitung handelt⁵⁵. Diese „rechtsschöpferische“ Ableitung ist vornehmlich Aufgabe des Gesetzgebers, aber auch — und das besonders in dem weitgehend ungeschriebenen allgemeinen Verwaltungsrecht — der Verwaltung und der Gerichte. Die Erkenntnis aus dem Rechtsprinzip abgeleiteter Rechtsgrundsätze macht also die Rechtsfortbildung nicht überflüssig, sondern verlangt sie geradezu, um weiter zu unmittelbar anwendbaren Rechtssätzen zu gelangen.

Das Rechtsprinzip gebietet, in einem Interessenkonflikt die objektiv minderwertigen Interessen zurückzudrängen. Die Interessenlage, für die wir eine rechtliche Regelung suchen, ist dadurch gekennzeichnet, daß eine Person rechtswidrig in einem Interessenbereich beeinträchtigt wird, der durch die Rechtsordnung gerade in ihrem Interesse und zum Zwecke ihrer ungehinderten Dispositionen geschützt wird. Die Bewertung dieser sehr allgemein umschriebenen, typischen und leicht überschaubaren Interessenlage kann nicht schwer fallen. Auch dann, wenn die Verletzung ohne persönliches Verschulden geschieht, ist das Interesse des Verletzten an einem Mittel zur Abwehr der ungerechtfertigten Beeinträch-

⁵² Grundsatz und Norm, S. 332.

⁵³ Vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 134 und 137 f., wo er als Rechtsquelle nur den tatsächlichen Vorgang („fait social“) bezeichnet, durch den positives Recht gebildet wird.

⁵⁴ Rechtsgrundsätze, S. 34. Vgl. auch die Unterscheidung zwischen Rechtskenntnis-, Rechtserzeugungs- und schließlich noch Rechtswertungsquellen bei Liver, Der Begriff der Rechtsquelle: a.a.O., S. 3—8 und — ihm folgend — Menger: Festschrift für Bogs, S. 89 (90).

⁵⁵ Rechtsgrundsätze, S. 44 f. Vgl. auch Erik Wolf, Die Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze: Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, S. 139: „Allgemeine Rechtsgrundsätze sind... dialektisch: naturrechtlich und geschichtlich, positivierend und positiviert, unmittelbar und mittelbar zugleich.“

tigung wertvoller als ein gegenüberstehendes Interesse an der Aufrechterhaltung der Störung. Diese Wertung ist derart sinnfällig und einleuchtend, daß sie von keinem an dem Interessenkonflikt Unbeteiligten ernsthaft angezweifelt werden kann⁵⁶. Das Rechtsprinzip verlangt daher, daß der Verletzte von dem Störer zumindest die Beseitigung der fortwirkenden Verletzung beanspruchen kann⁵⁷.

Wir gelangen demnach zu folgendem Rechtsgrundsatz: *Wird ein durch das objektive Recht bewußt und nicht nur zufällig geschütztes Individualinteresse rechtswidrig beeinträchtigt, so erwächst dem Verletzten ein Abwehrensanspruch gegen den Störer.* Mit der Begründung des Abwehrenspruchs ist zugleich die Rechtsmacht des Inhabers eines rechtlich geschützten Interesses des negativen Status nachgewiesen, die sich ja in dem Abwehrensanspruch äußert⁵⁸, und es ist deshalb im Ergebnis zutreffend, wenn man formuliert: *Jede Rechtsverletzung löst einen Abwehrensanspruch des Verletzten aus.*

Bei der Suche nach Indizien und Fundstellen dieses ungeschriebenen Rechtsgrundsatzes im geschriebenen Recht können wir uns die Untersuchungen von Bettermann, Menger, Heidenhain und Rupp zu Nutzen machen⁵⁹. Der von Bettermann und Menger herangezogene privatrechtliche Beseitigungsanspruch bei schuldlosen Rechtsverletzungen erweist sich als Ausprägung und Fundstelle des Rechtsgrundsatzes für den Bereich des Privatrechts. Im öffentlichen Recht kann man mit Menger, Rupp und Heidenhain auf Art. 19 Abs. 4 GG und die verwaltungsprozessualen Vorschriften über die Anfechtungsklage, insbesondere also auf § 113 Abs. 1 VwGO, verweisen, zwar nicht als Fundstellen des materiell-rechtlichen Anspruchs, aber als Indizien für seine Existenz. Außerdem läßt sich die Normierung eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Beseitigung der Folgen eines vorzeitig vollstreckten rechtsverletzenden Verwaltungsakts in Art. 39 des Bayerischen Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz⁶⁰ als Fundstelle anführen.

Der aus dem Rechtsprinzip abgeleitete und im geschriebenen öffentlichen und privaten Recht aufgefundene Rechtsgrundsatz setzt bereits voraus, daß das objektive Recht Freiheitsbereiche des Einzelnen nicht

⁵⁶ Zu diesem Erfordernis einer rationalen Evidenz Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 38, Wolff I, § 25 I a, S. 110 und Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 167.

⁵⁷ Vgl. Siehoff, Diss., S. 86, der einen „allgemeinen Rechtsgrundsatz“ feststellt, „wonach fortdauernde ungerechtfertigte Beeinträchtigungen ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Störers von diesem zu beseitigen sind“.

⁵⁸ Oben S. 66 f. Die Rechtsmacht des Inhabers eines rechtlich geschützten Interesses des positiven Status wurde bereits oben S. 69 f. mit einer verfassungsgestaltenden Grundentscheidung des Grundgesetzgebers begründet.

⁵⁹ Vgl. oben §§ 5, 6 und 7.

⁶⁰ Gesetz v. 30. Mai 1961, GVBl. 148; abgedruckt in Ziegler-Tremel, Verwaltungsgesetze des Freistaates Bayern, Nr. 912.

nur zur Sicherung öffentlicher Zwecke, sondern auch bewußt und gewollt in Anerkennung eines Individualinteresses als sogenannte „rechtlich geschützte Interessen“ einräumen kann. In der Terminologie von Hans J. Wolff handelt es sich daher nicht um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der lediglich bedingt ist durch die Existenz einer Vielheit von Menschen, sondern um einen besonderen Rechtsgrundsatz, der schon gewisse Grundzüge der geltenden Rechtsordnung voraussetzt⁶¹.

In § 8 hatten wir festgestellt, daß der Bürger auf Grund von Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG ein Recht auf Freiheit von allen rechtswidrigen Belastungen durch die Subjekte hoheitlicher Gewalt besitzt, so daß jede rechtswidrige hoheitliche Belastung den Bürger in seinen Rechten verletzt. Wir können deshalb den Rechtsgrundsatz für das öffentliche Recht dahin präzisieren, daß *jede rechtswidrige hoheitliche Belastung einen Abwehranspruch des betroffenen Bürgers auslöst*⁶². —

Über den *Umfang* des Abwehrenspruchs gibt der Rechtsgrundsatz allein noch keinen genaueren Aufschluß. Er ist ja noch kein anwendbares Recht, sondern zunächst nur Rechtserkenntnisquelle. Erst seine rechtsatzmäßige Konkretisierung für bestimmte typische Interessenlagen kann zur Bestimmung des jeweiligen Anspruchsumfanges führen⁶³. Diese Konkretisierung für Beeinträchtigungen durch rechtswidrige hoheitliche Realakte soll im abschließenden Dritten Kapitel versucht werden.

⁶¹ Vgl. Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 39 f. und Wolff I, § 25 I a, S. 110 f. Als „ethischer Mindestgehalt und normatives Fundament“ einer jeden Rechtsordnung ist die Zahl der allgemeinen Rechtsgrundsätze notwendig gering. Wolff nennt u. a. die Gebote zur Wahrung rechtlicher Gleichheit, von Treu und Glauben, der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit im Einzelfalle. Bei der Entschädigungspflicht des Staates für rechtmäßig auferlegte Sonderopfer dürfte es sich entgegen Wolff nur um einen besonderen Rechtsgrundsatz handeln. Als besondere Rechtsgrundsätze des Verwaltungsrechts bezeichnet Wolff z. B. die Pflicht und das Recht der Verwaltungsbehörden zur Gefahrenabwehr und das Gebot zur Wahrung des öffentlichen Interesses.

⁶² M. E. lassen sich die öffentlichrechtlichen Abwehr-, Ersatz- und Ausgleichsansprüche des Bürgers auf vier besondere Rechtsgrundsätze zurückführen: den Grundsatz der Sonderopferentschädigung, den Ausgleichsgrundsatz bei ungerechtfertigten Vermögensvorteilen (Erstattungsanspruch), den Grundsatz des Schadensersatzes bei schuldhafter Verletzung einer Verpflichtung aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis und schließlich den hier behandelten Grundsatz eines Naturalabwehrenspruchs bei rechtswidrigen Rechtsbeeinträchtigungen. Die letzten drei Rechtsgrundsätze werden auch im Völkerrecht ganz überwiegend als Grundlage eines Systems der Ersatzleistungen anerkannt; s. Dahm, Völkerrecht III, §§ 27 ff., insbes. §§ 33, 34 und Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts III, Stichwort: Wiedergutmachung.

⁶³ Insoweit macht sich auch Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 77 f. Wolffs Lehre von den Rechtsgrundsätzen und ihrer Konkretisierung zu eigen. Nach Auffassung von Weyreuther, Gutachten, S. 31 geben Gerechtigkeit, Ungerechtigkeit und Willkür „nicht genug her, um allein mit ihnen — allgemein — den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge belegen zu können“. Das ist sicherlich richtig, spricht aber nicht gegen die Herleitung des oben formulierten be-

Ergebnis zu § 9

Die Rechtsmacht des Inhabers eines bewußt und nicht nur zufällig rechtlich geschützten Interesses des negativen Status und damit das Entstehen eines Abwehrenspruchs für den Fall einer rechtswidrigen Beeinträchtigung dieses Interesses kann nicht mit Hilfe einer verfassungsgestaltenden Grundentscheidung des Grundgesetzes nachgewiesen werden. In unserer Rechtsordnung läßt sich aber ein besonderer Rechtsgrundsatz feststellen, wonach jede rechtswidrige Beeinträchtigung eines durch das objektive Recht bewußt und nicht nur zufällig geschützten Interesses einen Abwehranspruch des Verletzten auslöst.

Durch Art. 2 Abs. 1 GG ist der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG für den Bereich des negativen Status umfassend subjektiviert worden, so daß jede Interessenverfolgung des Bürgers gegenüber rechtswidrigen hoheitlichen Belastungen bewußt rechtlich geschützt ist. Aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG und dem oben bezeichneten besonderen Rechtsgrundsatz folgt daher, daß dem Bürger aus jeder Belastung, die ihm durch eine rechtswidrige hoheitliche Maßnahme auferlegt wird, ein Abwehranspruch erwächst⁶⁴.

Damit ist die dogmatische Grundlage des gesuchten Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte aufgezeigt. Im abschließenden Dritten Kapitel ist nun noch im Wege einer rechtsatzmäßigen Konkretisierung des aufgefundenen Rechtsgrundsatzes der Umfang des Abwehranspruchs zu bestimmen.

sonderen Rechtsgrundsatzes, da hier nicht *allein* mit dem Prinzip der Gerechtigkeit eine *bestimmte* Rechtsfolge belegt werden soll. Zudem ist zu bedenken, daß dieser besondere Rechtsgrundsatz nur die letzte Lücke bei der dogmatischen Grundlegung des gesuchten Abwehrenspruchs schließen soll, nachdem bereits das Recht auf Freiheit von ungesetzlichen Belastungen und damit der von Weyreuther und Rösslein betonte Unterlassungsanspruch mit Hilfe einer Interpretation der Art. 20 Abs. 3, 2 Abs. 1 GG begründet worden ist.

⁶⁴ Ähnlich Wolff I, § 54 II b 3, S. 374: „ME kann ein materiell-rechtlicher Beseitigungsanspruch bei rechtswidrigen Beeinträchtigungen aus einem besonderen Rechtsgrundsatz i. V. m. Art. 20 III hergeleitet werden.“ Dieser rechtsgrundsätzliche Beseitigungsanspruch ist mit dem von Wolff I, § 43 II d, III d, S. 270, 273 so genannten „Abwendungsanspruch“ bei Verletzung eines subjektiven Rechts identisch.

Drittes Kapitel

Der Umfang des Abwehranspruchs
gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

Das Zivilrecht besitzt in den negatorischen Ansprüchen der §§ 12, 862, 1004 BGB gesetzliche Konkretisierungen des Rechtsgrundsatzes zum Schutze des Namensrechts, des Besitzes und des Eigentums, deren Umfang auch für private Verletzungen anderer Rechte allgemein als beispielhaft und angemessen angesehen wird. Ein rechtswidrig beeinträchtigender privater Realakt löst demnach einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung aus.

Derselbe Anspruchsumfang könnte auch für die Abwehr rechtswidriger hoheitlicher Realakte interessengerecht sein. Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir uns zunächst Klarheit darüber verschaffen, was im einzelnen unter der Beseitigung einer Beeinträchtigung zu verstehen ist und ob nicht grundsätzliche Unterschiede zwischen hoheitlichen und privaten Rechtsverletzungen eine abweichende Konkretisierung des Rechtsgrundsatzes für das öffentliche Recht gebieten.

§ 10. Der Umfang des privatrechtlichen

Beseitigungsanspruchs bei schuldlosen Rechtsverletzungen

Nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung des Eigentums verlangen. Was heißt nun aber „Beseitigung der Beeinträchtigung“? Die Auslegung dieser auf den ersten Blick so eindeutig erscheinenden Formulierung des Gesetzes ist bis heute umstritten. Es lohnt sich, auf diesen Streit näher einzugehen, da er bereits die theoretisch möglichen Positionen bei der Bestimmung des Umfangs eines öffentlich-rechtlichen Abwehranspruchs verzeichnet¹.

Nach der heute in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Meinung ist der zivilrechtliche Beseitigungsanspruch nur auf eine Beseitigung der fortwirkenden Störungsquelle gerichtet; der Verletzte muß so

¹ *Schleeh*: AÖR 92 (1967), 58 (72) meint, man könne nur bedauern, mit welcher Einseitigkeit das Verwaltungsrecht seine eigenen Institute in die Welt setzt, ohne sich vorher „rechtsvergleichend“ umgesehen zu haben. Auch *Menger*: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 347 (351) fordert zu Recht ein stärkeres „Kongruenzdenken zum allgemeinrechtlichen System der Restitution“.

gestellt werden, daß er in Zukunft nicht mehr gestört wird². Die Gegenmeinung sieht in dem Beseitigungsanspruch einen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands und will damit auch die Beseitigung abgeschlossener, nicht fortwirkender Störungsfolgen erfassen³. Ein Beispiel aus der zivilrechtlichen Literatur⁴ mag zur Verdeutlichung dienen: Auf dem Nachbargrundstück einer Gärtnerei werden Kaninchen gehalten, die durch den schadhafte Zaun dringen und den Salat des Gärtners fressen. Zur Beseitigung der Störungsquelle genügt die Instandsetzung des Zauns; der abgefressene Salat ist keine fortwirkende Störungsquelle, sondern eine abgeschlossene Störungsfolge, die nach herrschender Meinung nur über einen (Verschulden voraussetzenden) Schadensersatzanspruch zu ersetzen ist. Sehr instruktiv ist auch folgendes Beispiel⁵: Ein Junge wirft mit einem Stein ein Fenster ein. Der Hauseigentümer kann über § 1004 Abs. 1 BGB verlangen, daß als „actus contrarius“ der Stein wieder herausgenommen wird. Die Einsetzung einer neuen Scheibe kann er nach herrschender Meinung mit Hilfe des Beseitigungsanspruchs aber nur dann verlangen, wenn der fensterlose Zustand, der an sich nur Störungsfolge ist, seinerseits Quelle weiterer Einwirkungen ist, zum Beispiel starken Luftzuges⁶.

² Vgl. *Westermann*, Sachenrecht, § 36 III 1, S. 179 f.; *Wolff-Raiser*, Sachenrecht, § 87 I 4, S. 349; *Hefermehl*: *Erman*, BGB, § 1004 Anm. 3 c; *Hoche*: *Palandt*, BGB, § 1004 Anm. 5 a; *Offtermatt*, Der dingliche Beseitigungs- und Duldungsanspruch, S. 47; *Hubmann*: JuS 1963, 98 (99 f.). Aus der Rechtsprechung des BGH s. Urt. v. 17. 6. 1953, VI ZR 51/52; BGHZ 10, 104 (107) und vor allem Urt. v. 9. 7. 1958, V ZR 202/57; BGHZ 28, 110 (113).

³ Aus der Literatur *Rudolf Schmidt*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 44 ff. Die Rechtsprechung des RG ist uneinheitlich. Im Urteil vom 4. 6. 1902, Rep. V 105/02; RGZ 51, 408 ist ohne nähere Begründung von einer „Wiederherstellung des früheren Zustands“ die Rede. Ebenso in den Urteilen vom 27. 2. 1931, II 155/30; Markenschutz und Wettbewerb 1931, 276 (278) und vom 5. 6. 1935, II 332/34; RGZ 148, 114 (123) zum Widerrufsanspruch bei ehrverletzenden Behauptungen. (*Bettermann*: DÖV 1955, 528 (534) stützt sich ausschließlich auf die Entscheidung in RGZ 148, 114 (123), um nachzuweisen, daß der zivilrechtliche Beseitigungsanspruch auf Wiederherstellung gerichtet ist.) Im Urt. v. 5. 1. 1943, V (VI) 99/42; RGZ 170, 317 (320) heißt es dagegen, ein Widerruf könne nur verlangt werden, „wenn ein dauernder Zustand geschaffen worden ist, der für den Verletzten eine stetig sich erneuernde Quelle der Ehrverletzung oder Vermögensbeschädigung bildet“. Auf dieser Linie liegt auch schon das Urteil vom 13. 6. 1906, Rep. V 589/05; RGZ 63, 374 (378 f.), wo das RG bei einer durch ein schadhafte Gasrohr verursachten Explosion über § 1004 BGB nur einen Anspruch auf Auswechslung des Rohrs zuerkennt. In dem viel umstrittenen „Haldenbrand“-Urteil v. 19. 12. 1929, VI 95/29; RGZ 127, 29 (34 f.) hat das RG ein Bekenntnis zum Beseitigungsanspruch als Wiederherstellungsanspruch ausdrücklich abgelehnt, obwohl für sein Ergebnis ein Anspruch auf Beseitigung der Störungsquelle nicht ausreichen dürfte.

⁴ *Westermann*, a.a.O.

⁵ *Hefermehl*: a.a.O.

⁶ Die von *Baur*: AcP 160 (1961), 465 (489) befürwortete Formel vom Anspruch auf den „actus contrarius“ ist zu eng, um die Beseitigung einer fortwirkenden Störungsquelle zu gewährleisten, die zwar durch einen Eingriff herbeigeführt ist, aber auch ohne Fortsetzung der eingreifenden Tätigkeit selbständig weiter-

Für die herrschende Meinung wird häufig angeführt, eine Ausdehnung der actio negatoria auf die Beseitigung abgeschlossener Störungsfolgen mache eine Abgrenzung zwischen Beseitigung und Schadensersatz unmöglich⁷. Dieses Argument ist aber nur bedingt richtig. Zwar kann man eine Wiederherstellung des status quo ante durch Beseitigung von Störungsquelle und Störungsfolgen als Schadensersatz bezeichnen, aber damit ist noch nicht der Umfang des Schadensersatzes i. S. des § 249 BGB erreicht. Nach § 249 BGB ist nämlich nicht der frühere Zustand, sondern der Zustand herzustellen, der heute ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes wäre also zwischen dem „Minimal“-Anspruch auf Beseitigung einer fortwirkenden Störungsquelle und dem vollen Restitutionsanspruch des § 249 BGB einzuordnen⁸.

Eine philologische Auslegung des Begriffs der „Beeinträchtigung“ in § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB führt zu keiner eindeutigen Lösung. Denn mit Beeinträchtigung kann sowohl der Vorgang der Einwirkung als auch der aus der Einwirkung resultierende Zustand gemeint sein⁹. Auch die in den Motiven zum BGB¹⁰ verwandte Formulierung von der Beseitigung einer „fortbestehenden Beeinträchtigung“ schafft noch keine Klarheit. Aufschlußreich ist aber eine andere Äußerung in den Motiven, wonach der Anspruch „auf weiter nichts als auf Herstellung des rechtmäßigen tatsächlichen Zustands für die Zukunft“ gerichtet ist¹¹. Das Beschädigtwerden widerspricht zweifellos dem Inhalt des Eigentumsrechts, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen

wirkt. Sie wird zudem den Fällen der Haftung für störende Anlagen nicht gerecht, bei denen auch nicht auf eine Handlung als Störungsquelle abzustellen ist, sondern auf den störenden tatsächlichen Zustand einer Sache, für die die Person verantwortlich ist.

⁷ Vgl. Zitelmann, Luftschiffahrtsrecht: Zeitschrift für Internationales Privatrecht und Öffentliches Recht, 19 (1909), 458 (489); Larenz, Schuldrecht II, § 70 I, S. 478 f.; OLG Celle, Urt. v. 15. 1. 1964, 8 U 115/63; MDR 1964, 758.

⁸ Vgl. Röttemann: MDR 1964, 760; M. Hoffmann: DVBL 1967, 667 (668); Schleh: AöR 92 (1967), 58 (89); Bender, Referat, S. 11 f.; W. Schmidt: JuS 1969, 166 (167 f.). Diese Stufenfolge wird zum Beispiel von Rupp, Grundfragen, S. 261, Horn, Diss., S. 114 ff. und Weyreuther, Gutachten, S. 72, 101 bei der Bestimmung des Umfangs des öffentlichrechtlichen Beseitigungsanspruchs nicht ausreichend beachtet.

⁹ Offtermatt, Der dingliche Beseitigungs- und Duldungsanspruch, S. 36. Vgl. auch RG, Urt. v. 19. 12. 1929, VI 95/29; RGZ 127, 29 (35) und BGH, Urt. v. 9. 7. 1958, V ZR 51/52; BGHZ 28, 110 (113). — Der Streit über den entscheidenden Ansatzpunkt für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit in § 1004 BGB hat hierauf keinen Einfluß. Auch wenn man für § 1004 BGB die Lehre vom Handlungsunrecht gegenüber der Lehre vom Erfolgsunrecht vertritt, ist es nicht widersinnig, unter „Beeinträchtigung“ den Störungserfolg zu verstehen.

¹⁰ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 3, S. 424.

¹¹ Motive, Bd. 3, S. 393.

(§ 903 BGB). Anders jedoch das Beschädigtsein: Es ist mit dem Eigentum an der nun einmal beschädigten Sache durchaus vereinbar¹². Auch ein Vergleich mit dem Herausgabeanspruch des § 985 BGB stützt das Ergebnis der herrschenden Meinung: Der unrechtmäßige Besitzer hat die Sache lediglich herauszugeben und weitere Beeinträchtigungen und Schäden nur dann zu ersetzen, wenn ihn ein Verschulden trifft¹³. Schließlich ist zu bedenken, daß jede abgeschlossene Beschädigung auch als Teilerstörung angesehen werden kann, der Anspruch auf Ersatz einer zerstörten Sache aber unstreitig Verschulden voraussetzt¹⁴.

Für die Beschränkung des privatrechtlichen Beseitigungsanspruchs auf ein Abstellen störender Einwirkungen für die Zukunft durch Beseitigung der fortwirkenden Störungsquelle lassen sich also mehrere durchgreifende Gründe anführen, so daß der herrschenden Meinung in dieser Frage unbedenklich gefolgt werden kann. Der Beseitigungsanspruch und der „nachträgliche“ Unterlassungsanspruch (im Gegensatz zum „vorbeugenden“ Unterlassungsanspruch) rücken damit zwar sehr eng zusammen, aber sie können doch immer noch unterschieden werden: Der Beseitigungsanspruch richtet sich gegen eine anhaltende Störungswirkung, die von einer Tätigkeit oder einer Anlage ausgeht, während der Unterlassungsanspruch eine erneute störende Einwirkung verhindern soll.

Ergebnis zu § 10

Der privatrechtliche Anspruch auf Beseitigung einer rechtswidrigen Rechtsbeeinträchtigung ist auf eine Beseitigung der fortwirkenden Störungsquelle beschränkt und umfaßt nicht die Beseitigung abgeschlossener Störungsfolgen durch eine Wiederherstellung des status quo ante. Für einen Anspruch auf die Beseitigung abgeschlossener Störungsfolgen oder gar auf Herstellung des Zustands, der ohne die rechtswidrige Einwirkung bestehen würde, verlangt das Privatrecht regelmäßig ein Verschulden des Verletzers.

§ 11. Der Umfang des Abwehrenspruchs bei hoheitlichen Rechtsverletzungen

Die in § 10 dargestellte privatrechtliche Ausprägung des oben formulierten Rechtsgrundsatzes können wir nicht unbedenken auf den Abwehranspruch gegen hoheitliche Rechtsverletzungen übernehmen. Die besondere Aufgabenstellung der Verwaltung, ihre ausdrückliche Bindung an

¹² Zitelmann: Zeitschrift für Internationales Privatrecht und Öffentliches Recht, 19 (1909), 458 (489); ihm folgend Niemeyer: Verhandlg. des 31. DJT, Bd. 2, S. 29 (42). Anders OLG Stuttgart, Urt. v. 21. 11. 1919, II U 316/18; Recht 1919 Nr. 426.

¹³ Vgl. Baur: AcP 160 (1961), 465 (489).

¹⁴ Vgl. Offtermatt, Der dingliche Beseitigungs- und Duldungsanspruch, S. 43 f.

Gesetz und Recht und auch ihre rechtliche und tatsächliche Machtstellung könnten unumgänglich verlangen, daß Rechtsverletzungen durch hoheitliches Handeln einen weitergehenden Reaktionsanspruch auslösen als Rechtsverletzungen durch Private. Dieser Frage werden wir zunächst nachgehen. Anschließend soll untersucht werden, ob nicht die besondere Qualität des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verwaltungshandeln durch hoheitlichen Realakt eine Differenzierung im Umfang des öffentlichrechtlichen Abwehrenspruchs gebietet. Erst dann werden wir den Umfang des Abwehrenspruchs gegen einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt endgültig bestimmen können.

I. Unterschiedliche Reaktion auf Rechtsverletzungen durch hoheitliches und durch privates Handeln

Im Schrifttum mehrten sich die Versuche, einen Anspruch auf volle Naturalrestitution bei Rechtsverletzungen durch hoheitliche Maßnahmen der Verwaltung als geltendes Recht nachzuweisen¹. Auf ein Verschulden des betreffenden Amtswalters soll es dabei ebensowenig ankommen wie auf die Art des verletzenden Verwaltungshandelns. Auch die Rechtsprechung hat sich bisweilen in diesem Sinne geäußert². Zur Begründung der im Vergleich zum Privatrecht schärferen Haftung wird auf Art. 20 Abs. 3 GG,³ auf das Wesen der Grundrechte⁴ und auf allgemeine rechtsstaatliche Erfordernisse⁵ verwiesen, wobei diese Überlegungen allerdings durchweg nicht näher präzisiert werden.

Die Verwaltung ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Das Privatrecht besitzt keine entsprechende gesetzliche Normierung, und doch gilt das Verbot der Verletzung von Gesetz und Recht ganz zweifellos auch für den Rechtsverkehr unter Privaten, denn es han-

¹ Zu *Mengers* Versuch, einen allgemeinen öffentlichrechtlichen Wiedergutmachungsanspruch im Umfang des § 249 BGB zu begründen, schon oben § 7. s. ferner *Tschaksch*, Die öffentlich-rechtliche Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten, S. 48 f.; *Haas*, System, S. 59 ff. (zu *Tschaksch* und *Haas* schon oben § 8, S. 43 ff.); *Konow*: JR 1967, 245 (246) und DVBl. 1968, 205 (207); *Bartlspenger*: NJW 1968, 1697 (1703 f.). *Luhmann*, Entschädigung, S. 233 macht einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag; auch die Überlegungen von *Leisner*: VVDStRL 20, 185 (234 f.) sind wohl nur de lege ferenda gemeint. Nach *Janssen*: DVBl. 1967, 190 (193) enthalten die §§ 249, 251 BGB, „wie ihre Stellung im Allgemeinen Teil des Schuldrechts erkennen läßt, allgemeine Rechtsgedanken, die auch über das Zivilrecht hinaus im öffentlichen Recht Geltung beanspruchen können“; so einfach ist die Frage aber wohl kaum zu lösen.

² BVerwG, Urt. v. 19. 11. 1964, VIII C 13/63: NJW 1965, 984 (985); OVG Lüneburg, Urt. v. 2. 2. 1965, II OVG A 69/62: DVBl. 1967, 205 (206) mit abl. Anm. v. M. Hoffmann: DVBl. 1967, 667—669; VG Köln, Urt. v. 24. 9. 1964, 1 K 2078/62: DVBl. 1965, 882 (884).

³ *Menger*: VerwArch. 50 (1959), 92.

⁴ *Konow*: a.a.O.

⁵ *Haas*, a.a.O.; *Leisner*: a.a.O.; *Bartlspenger*: a.a.O.; OVG Lüneburg: a.a.O.

delt sich dabei um ein begrifflich notwendiges Attribut jeder Rechtsordnung. Unterschiede können sich erst bei der Bestimmung von Art und Umfang der Sanktionen ergeben, die eine Verletzung des Vorrangsprinzips zur Folge haben soll. Über diese hier allein interessierenden Sanktionen aber gibt Art. 20 Abs. 3 GG selbst keinen Aufschluß, wie wir bereits früher festgestellt haben⁶, und man kann deshalb nicht aus Art. 20 Abs. 3 GG folgern, daß hoheitliche Rechtsverletzungen eine besonders scharfe Haftungsfolge auslösen müssen. Dasselbe gilt für eine Argumentation aus dem Prinzip des materiellen Rechtsstaats. Eine Rechtsordnung kann den Umfang von Abwehrensprüchen gegen rechtsverletzendes Handeln sehr verschieden gestalten, ohne ihren Charakter als rechtsstaatliche Ordnung in Gefahr zu bringen⁷.

Nun läßt sich allerdings nicht bestreiten, daß die Subjekte öffentlicher Verwaltung anders als die ausschließlichen Privatrechtssubjekte nach ihrem Daseinszweck zur Wahrung des Rechtszustandes im Sinne der Verwirklichung der Gerechtigkeit bestimmt sind⁸. Aus dieser Aufgabenstellung erwachsen ihnen auch stärkere Pflichten und sind ihrer Handlungsfreiheit engere Grenzen gesetzt, wie zum Beispiel die im Vergleich etwa mit § 181 BGB strengeren Grundsätze des öffentlichrechtlichen Befangenheitsverbots⁹ und die unmittelbare Geltung der Grundrechte im Rechtsverkehr zwischen Bürgern und öffentlicher Verwaltung zeigen¹⁰. Manches Verhalten der Verwaltung, das unter Privaten rechtmäßig wäre, mag deshalb mit Gesetz und Recht nicht mehr vereinbar sein; die Rechtswidrigkeit einer hoheitlichen Maßnahme ist möglicherweise in einigen Fällen leichter zu begründen als die Rechtswidrigkeit einer vergleichbaren privaten Handlung. Das zwingt aber nicht zu dem Schluß, daß die nun einmal — nach welchen Kriterien auch immer — festgestellte Rechtswidrigkeit eines Hoheitsakts sich qualitativ derart von der Rechtswidrigkeit eines privaten Verhaltens unterscheidet, daß sie de lege lata zu einem weitergehenden Reaktionsanspruch des Betroffenen führen muß¹¹. Auch private Verbände und Wirtschaftsgesellschaften wie zum Beispiel die privaten Träger der Energieversorgung werden in immer

⁶ Oben § 8 I, S. 45 f.

⁷ *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 73; *Luhmann*, Entschädigung, S. 92; *W. Martens*: Festschrift für Schack, S. 85 (95). Vgl. auch oben S. 74 f.

⁸ *Wolff* I, § 66 vor I, S. 452 folgert daraus, daß die Haftung der Träger öffentlicher Verwaltung sinnvoll allein an die Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Handelns und nicht an ein Verschulden anzuknüpfen habe. Diese Überlegung ist aber nur de lege ferenda gemeint; s. *Wolff* I, § 60 I c 2, S. 414.

⁹ Dazu *Wolff* III, § 156 III e, S. 236.

¹⁰ Zur bloß mittelbaren „Drittwirkung“ der Grundrechte im Privatrechtsverkehr BVerfG, Urt. v. 15. 1. 1958, 1 BvR 400/51: BVerfGE 7, 198 (204); *Dürig*: *Maunz-Dürig*, GG, Art. 1 Rn. 127 ff. mit Nachweisen zur abweichenden Meinung.

¹¹ *Leisner*: VVDStRL 20, 185 (235) betont zu Recht, daß der Staat sich „in einer besonders nahen Beziehung zum Recht“ befindet. Wenn er aber dann fortfährt,

stärkerem Maße wegen ihrer öffentlichen Funktionen von Rechts wegen Beschränkungen unterworfen, die in ihrer Intensität denen der Träger öffentlicher Verwaltung kaum nachstehen¹²; die Haftung dieser Organisationen richtet sich aber unverändert nach den allgemeinen Haftungsnormen des Privatrechts. In diesem Zusammenhang ist noch etwas zu bedenken: Wenn man eine schärfere Haftung der Träger öffentlicher Verwaltung etwa wegen Art. 20 Abs. 3 GG oder wegen ihrer besonderen Aufgabe der Wahrung der öffentlichen Interessen und der Verwirklichung einer rechtsgemäßen Sozialordnung verlangt, so muß diese Forderung notwendig auch auf die privatrechtliche Tätigkeit der Verwaltung ausgedehnt werden, zumindest insoweit, als die Verwaltung unmittelbar öffentliche Aufgaben in den Formen des Privatrechts wahrnimmt. In diesem Bereich des sogenannten Verwaltungsprivatrechts¹³ gelten zwar ähnliche Bindungen für die Verwaltung wie bei hoheitlicher Tätigkeit, vor allem das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG. Es ist aber heute unbestritten, daß sich die Haftung der Verwaltung für Rechtsverletzungen im Privatrechtsverkehr ausschließlich nach den für alle Privatrechtssubjekte geltenden Normen richtet¹⁴.

Der Versuch, aus dem reichlich unbestimmten „Wesen“ der Grundrechte einen Anspruch auf Naturalrestitution bei Grundrechtsverletzungen herzuleiten¹⁵, überzeugt schon deshalb nicht, weil eine Sonderbehandlung von Grundrechtsverletzungen gegenüber der Verletzung von Rechten, die in einfachen Gesetzen begründet sind, gar nicht durchführbar ist. Denn jede rechtswidrige hoheitliche Belastung verletzt den Betroffenen ja zumindest in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG¹⁶. Schließlich könnte man auf die besondere Machtstellung der Verwaltung verweisen, um eine schärfere Haftung zu begründen. Es ist jedoch schon zweifelhaft, ob man angesichts der Machtstellung zahlreicher privatrechtlich verfaßter Organisationen überhaupt noch generell von einer stärkeren Machtstellung und damit einer stärkeren Eingriffsmöglichkeit der

der Staat sei zur Beseitigung aller Folgen rechtswidrigen Handelns nahezu allmächtig und könne automatisch und ohne die Gefahr der Unrentabilität jeden Schaden verteilen, sieht er die Dinge wohl zu vordergründig. Es sei nur darauf hingewiesen, daß sich die Wiedergutmachungsleistungen des Staates für hoheitliche Rechtsverletzungen einer vorausschauenden Etatplanung entziehen und zudem wie alle Leistungen des Staates letztlich doch wieder von Staatsbürgern zu erbringen sind; vgl. den Diskussionsbeitrag von *Betttermann*: VVDStRL 20, 255 f.

¹² Vgl. dazu *Krüger*: Festschrift für Schack, S. 71 (79 f.) und zu den Formen der gesetzlichen Inpflichtnahme privater Unternehmen und ganzer Wirtschaftszweige für Verwaltungsaufgaben *Ipsen*: Festgabe für E. Kaufmann, S. 141—161, *Wolff I*, § 42 II a 1, S. 255 und III, § 137 III g 1, S. 131.

¹³ *Wolff I*, § 23 II b, S. 99.

¹⁴ BAG, Urt. v. 23. 8. 1963, 1 AZR 423/62; NJW 1964, 75; *Wolff I*, § 23 II b 3, S. 100; *Betttermann*: Grundrechte III/2, S. 779 (883) und JZ 1961, 482.

¹⁵ *Konow*: a.a.O.

¹⁶ Oben § 8 II, S. 53 ff.

staatlichen und kommunalen Verwaltung sprechen kann¹⁷. Außerdem muß man sich vor Augen halten, daß man auf diesem Wege zu der unhaltbaren Auffassung gelangt, jedes hoheitliche Handeln sei „an sich gefährlich“ und die Subjekte öffentlicher Verwaltung seien besonders dazu verleitet, rechtswidrig zu handeln¹⁸.

Soweit der Verwaltung die außerordentliche Befugnis gewährt ist, Sonderopfer aufzuerlegen, entspricht dieser Befugnis der Entschädigungsanspruch des Betroffenen aus dem Aufopferungsgrundsatz der Art. 74, 75 der Einleitung des Allgemeinen Landrechts und seinen Konkretisierungen in Art. 14 Abs. 3 GG und den einschlägigen Spezialgesetzen. Der Bundesgerichtshof hat diese Haftung für rechtmäßig auferlegte Sonderopfer zu einer Haftung für rechtswidrige Schädigungen ausgeweitet und umgewandelt, indem er neuerdings jede rechtswidrige Belastung als Sonderopfer qualifiziert und dem Betroffenen einen Entschädigungsanspruch zuspricht¹⁹. Von den Zivilgerichten wird also bereits eine schärfere Haftung für schuldlose hoheitliche Rechtsverletzungen praktiziert, denn schuldlose private Rechtsverletzungen haben gewöhnlich keinen Entschädigungsanspruch zur Folge. Aber diese richterliche Rechtsfortbildung, deren Zulässigkeit umstritten ist²⁰, erstreckt sich nur auf die Seite der Schadenskompensation; einen allgemeinen Anspruch auf Naturalrestitution im Falle einer hoheitlichen Rechtsverletzung nimmt auch der Bundesgerichtshof nicht an²¹.

Damit soll nicht bestritten werden, daß eine umfassende Haftung auf volle Naturalrestitution bei hoheitlichen Rechtsverletzungen rechtspolitisch wünschenswert ist. Sie ist sogar dringend erforderlich, wenn man angesichts der Entschädigungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs wieder zu einer Kongruenz im Umfang von Restitutions- und Kompensationsansprüchen bei hoheitlichen Rechtsverletzungen gelangen will. Aus dem oben bezeichneten Rechtsgrundsatz läßt sich ein allgemeiner Schadensersatzanspruch für die typische Interessenlage bei schuldlosen hoheitlichen Rechtsverletzungen aber nicht mit hinreichender Sicherheit ableiten und nachweisen. Die allgemeinen Unterschiede zwischen privatem und hoheitlichem Handeln reichen nicht aus, um de lege lata eine über die Beseitigung der Störung mit Wirkung ex nunc hinausgehende Haftung bei schuldlosen hoheitlichen Rechtsverletzungen zu begründen.

¹⁷ Vgl. dazu *Krüger*: Festschrift für Schack, S. 71 (79 f.).

¹⁸ Dagegen eindringlich *Leisner*: VVDStRL 20, 185 (224).

¹⁹ BGH, Urt. v. 25. 4. 1960, III ZR 55/59; BGHZ 32, 308. Zur Kritik *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 116 ff., *Wolff I*, § 60 I c 2, S. 414, *Weyreuther*, Gutachten, S. 158 ff. und *Bender*, Referat, S. 20.

²⁰ Ablehnend *Wolff*, a.a.O., unentschieden *Heidenhain*, a.a.O., S. 168 f.

²¹ Das übersieht *Menger*: VerwArch. 50 (1959), 92, wenn er meint, die Rechtsprechung des BGH zum enteignungsgleichen Eingriff sei nur zu verstehen, wenn man im Hinblick auf Art. 20 GG im öffentlichen Recht eine viel weitergehende Verpflichtung zur Naturalrestitution annimmt als im Privatrecht.

Andererseits ist zu bedenken, daß das Ergebnis eines bloßen Anspruchs auf die Beseitigung der fortwirkenden Störungsquelle der unbedingt herrschenden Meinung zum Abwehrenspruch gegen einen rechtsverletzenden Verwaltungsakt und vor allem dem § 113 Abs. 1 VwGO widersprechen würde. Trotz der Beschränkung unseres Themas auf rechtswidrige hoheitliche Realakte müssen wir daher auch bei der Bestimmung des Umfangs des Abwehrenspruchs ebenso wie schon bei der Suche nach seiner dogmatischen Grundlage die Reaktion auf Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte in die Betrachtung mit einbeziehen.

II. Der Anspruch auf Aufhebung und Folgenbeseitigung bei rechtsverletzenden Verwaltungsakten

§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO schreibt die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts vor, soweit er rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt. Nach allgemeiner Meinung ist mit „Aufhebung“ nicht nur eine Geltungsbeendigung mit Wirkung ex nunc, sondern eine rückwirkende Kassation gemeint²². § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO geht also über den Umfang des privatrechtlichen Beseitigungsanspruchs bei schuldlosen Rechtsverletzungen hinaus. Es soll der Rechtszustand wiederhergestellt werden, der vor Beginn der Rechtsverletzung bestand. Für die aufgrund des rechtsverletzenden Verwaltungsakts bewirkten tatsächlichen Veränderungen ordnet § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO ganz entsprechend an, daß die Vollziehung rückgängig zu machen ist, ohne daß es darauf ankommen soll, ob die tatsächlichen Folgen als Störungsquelle fortwirken.

§ 113 Abs. 1 VwGO enthält zwar nur verfahrensrechtliche Regelungen, die die entsprechenden materiell-rechtlichen Ansprüche nicht gewähren, sondern voraussetzen²³. Bei dem Versuch einer interessengerechten Konkretisierung des Rechtsgrundsatzes für Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte bietet er aber eine wesentliche gesetzliche Orientierungshilfe²⁴. Andererseits kann der Hinweis auf die formell-rechtliche Vorschrift des § 113 Abs. 1 VwGO allein nicht genügen, um eine weitergehende materiell-rechtliche Reaktion auf rechtsverletzende Verwaltungsakte zu rechtfertigen. Die eigentliche Begründung folgt aus der besonderen Qualität des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsakt.

Im Gegensatz zu privatrechtlichen Anordnungen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind rechtswidrige Verwaltungsakte, soweit sie nicht rechtlich unmöglich sind, wirksam und verbindlich, bis sie durch

²² s. statt vieler Wolff III, § 173 I e 3, S. 410. Eine Aufhebung ex nunc kommt nur dann in Betracht, wenn der Verwaltungsakt erst nachträglich rechtswidrig geworden ist.

²³ Vgl. die Auseinandersetzung mit Heidenhain und Rupp oben § 6.

²⁴ Vgl. Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 80 und Rupp, Grundfragen, S. 254, die allerdings nicht beachten, daß § 113 Abs. 1 VwGO über den Umfang des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB hinausgeht.

das Gericht aufgehoben oder durch die Verwaltung zurückgenommen werden. Sie sind durch den Adressaten zu befolgen, können von der Behörde unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 VwGO schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist zwangsweise durchgesetzt werden und müssen von jedermann, jeder anderen Behörde und jedem Gericht, das nicht über ihre Anfechtung zu entscheiden hat, beachtet werden²⁵. Diese Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Verwaltungsakts rührt nicht daher, daß er eine „Bekundung der Staatsautorität“ darstellt²⁶, denn die Staatsautorität ist kein Selbstzweck. Entscheidend ist die den Verwaltungsbehörden anvertraute Aufgabe einer rechtsgemäßen Sozialgestaltung. Damit sie diese Aufgabe möglichst effektiv und ohne großen Zeitverlust erfüllen können, müssen ihre konkreten hoheitlichen Anordnungen mit einem zumindest vorläufigen Gehorsamsgebot und einer besonderen Durchsetzungskraft ausgestattet sein²⁷.

Wird nun aber durch das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit und rechtsverletzende Wirkung des Verwaltungsakts festgestellt, so besteht kein Grund mehr für die weitere Privilegierung der einseitigen hoheitlichen Erklärung, und es ist deshalb wenigstens nachträglich rückwirkend der Rechtszustand der anfänglichen Unwirksamkeit herbeizuführen, der bei einem rechtswidrigen Privatrechtsgeschäft von vornherein bestanden hätte. Auf diese Weise läßt sich ein Anspruch auf rückwirkende Aufhebung des rechtsverletzenden Verwaltungsakts rechtfertigen.

Zur Verbindlichkeit des Verwaltungsakts gehört auch seine Vollstreckbarkeit, wenn auch unter den Beschränkungen des § 80 Abs. 2 VwGO und den besonderen Voraussetzungen der Vollstreckungsgesetze²⁸. Die Schäden, die durch die vorzeitige Vollstreckung eines rechtsverletzenden

²⁵ Wolff I, § 50 I a, S. 328. Irreführend ist die vom BVerwG, Urt. v. 21. 2. 1964, VI C 8/61: BVerwGE 18, 72 (79) gebrauchte Formulierung, die Verwaltung könne durch den Erlaß von Verwaltungsakten potentiell verbindliche Regelungen treffen. Die Verbindlichkeit ist schon mit dem Erlaß real und aktuell; s. Bachof, VerfR II, S. 305. Sie wird allerdings ergänzt durch eine von ihr zu unterscheidende potentielle Bestandskraft des Verwaltungsakts, das heißt, seine Fähigkeit, nach ungenutztem Ablauf der Anfechtungsfristen unanfechtbar zu werden. J. Martens: DVBl. 1968, 322 (323 ff.) stellt ausschließlich auf diese potentielle Bestandskraft ab und verkennt dabei, daß der Verwaltungsakt nicht erst mit Ablauf der Anfechtungsfristen wirksam wird.

²⁶ So aber Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 217 unter Berufung auf Otto Mayer.

²⁷ Vgl. Wolff I, § 50 I a, S. 328: „Der Grund für dieses Subsumtionsmonopol der rechtsanwendenden Verwaltungsbehörde vorbehaltlich verwaltungsgewaltiger Kontrolle liegt auch und gerade im Rechtsstaat darin, daß auch und sogar in erster Linie die Verwaltungsbehörden durch Durchsetzung und Erhaltung des Rechtszustandes das Recht zu pflegen haben.“ Ähnlich auch Rupp: DVBl. 1963, 577 (579) und Grundfragen, S. 56 f. sowie J. Martens: AöR 89 (1964), 429 (439). Menger: DRiZ 1967, 381 (383) verweist außerdem auf Gründe der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.

²⁸ Hauelsen: DÖV 1961, 121 (125); Wolff III, § 160 I a, S. 280 m. w. N.

Verwaltungsakts eintreten, sind daher durch seine Verbindlichkeit gedeckt. Ohne diese Verbindlichkeit wäre der rechtswidrige Verwaltungsakt unwirksam. Die Behörde wäre möglicherweise auch dann *tatsächlich fähig*, den Verwaltungsakt ohne Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit vorzeitig zu vollstrecken, *rechtlich befugt* wäre sie dazu jedoch nicht. Die Verbindlichkeit des rechtswidrigen Verwaltungsakts schafft aber die besondere Lage, daß die Behörde im öffentlichen Interesse befugt ist, eine etwaige Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts bewußt in Kauf zu nehmen und ihn dennoch zu vollstrecken und dadurch die für den Betroffenen ungünstigen tatsächlichen Folgen herbeizuführen. Bestimmt man die Rechtswidrigkeit als Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens, so kann man nur dann zu einem Anspruch auf Beseitigung des durch die Vollstreckung entstandenen tatsächlichen Zustands gelangen, wenn man bereits bei dem der Vollstreckung vorgelagerten rechtswidrigen Verwaltungsakt ansetzt und ihn einen im Umfang entsprechend weiter reichenden Anspruch auslösen läßt. Knüpft man dagegen allein an die Rechtswidrigkeit des durch die Vollstreckung herbeigeführten tatsächlichen Zustands an — die allerdings letztlich auch wieder auf der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts beruht²⁹ — und läßt dabei die Besonderheit der Verbindlichkeit des vorangegangenen Verwaltungsakts außer acht, so kann man zwar vergleichbar der Haftung für störende Anlagen im Privatrecht³⁰ einen Beseitigungsanspruch im Umfang des § 1004 BGB begründen, der aber nur dann helfen würde, wenn sich der tatsächliche Zustand als fortlaufende Quelle weiterer Beeinträchtigungen und nicht als abgeschlossene Störungsfolge darstellt. Diese Beschränkung des Anspruchs würde der gerade beschriebenen besonderen Lage beim vorzeitigen Vollzug verbindlicher Verwaltungsakte, wie sie weder bei schädigenden Handlungen des Privatrechts noch bei schädigenden hoheitlichen Realakten ohne vorangegangenen verbindlichen Verwaltungsakt besteht, nicht gerecht. Wegen dieser Besonderheit muß nicht nur für die Veränderung der Rechtslage durch den Ausspruch des Verwaltungsakts, sondern auch für die Veränderung der tatsächlichen Lage des Betroffenen durch die vorzeitige Vollstreckung gelten, daß wenigstens nachträglich der Zustand wiederherzustellen ist, der ohne den verbindlichen Verwaltungsakt und seine durch die Verbindlichkeit legitimierte vorzeitige Vollstreckung bestand³¹.

²⁹ Oben § 4, S. 28.

³⁰ Zu diesem Fragenkreis *Baur*: AcP 160 (1961), 465 (467 ff.) und noch unten S. 97.

³¹ Zustimmung *Bender*, Referat, S. 13. — Die Verbindlichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte erscheint unter der fälschlichen Bezeichnung einer Vermutung ihrer Rechtmäßigkeit in der Untersuchung von *Haas*, System, S. 59. *Haas* verwendet sie aber wohl nur als beiläufiges Hilfsargument zur Begründung eines sehr viel weitergehenden und nicht auf Verwaltungsakte beschränkten allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs, dessen Grundlage er in Art. 19

Das Verwaltungshandeln durch Verwaltungsakt birgt also für den Betroffenen wegen der Verbindlichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte und der damit verbundenen Gefahr vorzeitiger Vollstreckung von vornherein eine besondere Belastung³². In der Literatur wird zur Begründung des Anspruchs auf Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines vorzeitig vollzogenen rechtswidrigen Verwaltungsakts häufig erst an die besondere Opferlage angeknüpft, die durch die Anordnung des sofortigen Vollzugs entsteht³³. Es empfiehlt sich aber, schon vorher anzusetzen bei der Verbindlichkeit des rechtswidrigen Verwaltungsakts, die ja bereits die Möglichkeit des Vollzugs mit einschließt. Nur auf diese Weise läßt sich nämlich sowohl der Anspruch auf Beseitigung der tatsächlichen Folgen als auch der im Vergleich mit der privatrechtlichen *actio negatoria* ebenfalls weitergehende Anspruch auf rückwirkende Beseitigung des Verwaltungsakts selbst begründen. Mit dieser Begründung des „Folgenbeseitigungsanspruchs“ kann man außerdem ohne konstruktive Schwierigkeiten auch den Fällen gerecht werden, in denen gar keine hoheitliche Vollstreckung vorliegt, sondern der Betroffene den Verwaltungsakt unter dem Druck einer drohenden Vollstreckung selbst vollzogen hat³⁴. Vor allem aber wird so deutlich, daß die Ansprüche auf Beseitigung des Verwaltungsakts³⁵ und Beseitigung seiner tatsächlichen Folgen nicht unab-

Abs. 4, 20, 34 GG erblickt; dazu schon oben § 8, S. 43 Fn. 3 und S. 46 Fn. 12.

Weyreuther, Gutachten, S. 37 f. meint, die Verbindlichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte gebe für unsere Frage nichts her. Wenn man sich auf die „Fehlerunempfindlichkeit“ (= Verbindlichkeit trotz Rechtswidrigkeit) stütze, müsse ein Folgenbeseitigungsanspruch beim Vollzug eines nichtigen und damit nicht verbindlichen Verwaltungsakts ausgeschlossen sein. Das ist richtig, dürfte aber kaum schaden. Denn die Vollstreckung eines nichtigen Verwaltungsakts ist im Gegensatz zur Vollstreckung eines zwar rechtswidrigen, aber verbindlichen Verwaltungsakts selbst rechtswidrig und löst eigenständig Reaktionsansprüche aus, ohne daß man auf den Verwaltungsakt zurückzugreifen braucht. Die Erkenntnis, daß die vorzeitige Vollstreckung eines verbindlichen rechtswidrigen Verwaltungsakts rechtmäßig ist, verbietet nicht, wie *Weyreuther* meint, sondern verlangt im Gegenteil, an den rechtswidrigen Verwaltungsakt eine weitergehende Haftung zu knüpfen.

³² Außerdem ist eine einseitige Regelung durch Verwaltungsakt für den Betroffenen insofern ungünstig, als sie ihn in eine Abwehrlage drängt, die sich in der Notwendigkeit der Erhebung von Widerspruch und Klage äußert. Diese Besonderheit interessiert in unserem Zusammenhang aber nicht. Bedeutsam ist sie dagegen für den Streit um die angebliche Befugnis der Verwaltung, ihre Geldforderungen auch ohne dahingehende gesetzliche Ermächtigung einseitig durch Verwaltungsakt geltend zu machen; dazu *Löwenberg*, Die Geltendmachung von Geldforderungen im Verwaltungsrecht, S. 49 und *Wolff I*, § 44 I b 4, S. 280.

³³ *Bachof*, Vornahmeklage, S. 128; *Eyermann-Fröhler*, VwGO, § 80 Rn. 55.

³⁴ In Rechtsprechung und Schrifttum wird auch für diese Fälle allgemein ein Folgenbeseitigungsanspruch zugebilligt, weil derjenige, der der hoheitlichen Anordnung nachkommt, nicht schlechter stehen dürfe als derjenige, der es auf eine zwangsweise Vollstreckung ankommen läßt; ausführliche Nachweise bei *Weyreuther*, Gutachten, S. 49 Fn. 169.

³⁵ Der gegen den Träger öffentlicher Verwaltung gerichtete Anspruch auf Beseitigung des Verwaltungsakts kann entweder im Verwaltungsverfahren

hängig voneinander bestehen, sondern zusammen die einheitliche, auf eine Wiederherstellung des früheren rechtlichen und tatsächlichen Zustands gerichtete Reaktion auf einen rechtsverletzenden Verwaltungsakt darstellen³⁶. Der Anspruch auf Beseitigung der tatsächlichen Folgen läßt sich entgegen *Rösslein*³⁷ nicht in Voraussetzungen und Umfang von dem Anspruch auf Beseitigung des Verwaltungsakts lösen und als Unterfall des Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte begreifen. Diese Einordnung scheitert schon daran, daß der Folgenbeseitigungsanspruch nicht an einen rechtswidrigen hoheitlichen Realakt anknüpft³⁸.

Ein Anspruch auf Beseitigung des Verwaltungsakts mit Wirkung ex tunc und Rückgängigmachung der Vollziehung ist noch kein Anspruch auf volle Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB, sondern nur ein Anspruch auf Wiederherstellung des status quo ante³⁹. Die herrschende Lehre und vor allem die Rechtsprechung haben sich immer wieder für einen bloßen Wiederherstellungsanspruch ausgesprochen⁴⁰. Diese dogmatisch wenig einleuchtende⁴¹, inzwischen aber wohl schon gewohnheitsrechtliche Beschränkung des Restitutionsanspruchs kann sich für den Betroffenen nur in ganz besonders gelagerten Fällen ungünstig auswirken. In aller Regel wird der in § 249 BGB mitberücksichtigte hypo-

durch Rücknahme oder im gerichtlichen Verfahren durch Aufhebung erfüllt werden. Die rein verfahrensrechtliche Regelung des § 113 Abs. 1 S. 1 und 2 VwGO zwingt weder zu dem Schluß, daß dem Aufhebungsurteil ein materielles Gestaltungsrecht zu Grunde liegen muß, noch zu dem Schluß, daß ein materieller Anspruch auf Beseitigung der tatsächlichen Folgen der Vollstreckung die verwaltungsgerichtliche Aufhebung des Verwaltungsakts voraussetzt. Vgl. *Rupp*, Grundfragen, S. 254 und *Weyreuther*, Gutachten, S. 46 und 49 f. Fn. 170, 171.

³⁶ Die Einheitlichkeit des Anspruchs betonen *Bettermann*: DÖV 1955, 528 (535); *Heidenhain*, Amtshaftung, S. 144; *Rupp*, Grundfragen, S. 259; *Schleeh*: AöR 92 (1967), 58 (76) und *Weyreuther*, Gutachten, S. 67, 146.

³⁷ Folgenbeseitigungsanspruch, S. 76 und 82 mit Fn. 33.

³⁸ Oben § 4 S. 28 f. Außerdem ist der Abwehrenspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte auf eine Beseitigung der fortwirkenden Störungsquelle beschränkt; dazu unten S. 95. — *Eyermann-Fröhler*, VwGO, § 80 Rn. 55 wollen den Anspruch auf Beseitigung der Vollzugsfolgen über *Rösslein* hinaus völlig von der Rechtsverletzung durch den Verwaltungsakt lösen und als Aufopferungsanspruch auf das Sonderopfer des sofortigen Vollzugs stützen. Der Aufopferungsgrundsatz ermöglicht aber nur Ansprüche auf Schadenskompensation durch Entschädigung in Geld; vgl. *Wolff I*, § 61 III, S. 423.

³⁹ Oben § 10, S. 82.

⁴⁰ *Wolff I*, § 54 II a 1, S. 373; *Theune*: BayVBl. 1963, 103 (105 m. w. N.); *Obermayer*: JuS 1963, 110 (113); *Bender*: DÖV 1968, 156 (157); *Horn*, Diss., S. 115 f.; *Weyreuther*, Gutachten, S. 20, 101; BVerwG, Urt. v. 20. 3. 1963, VI C 169/60: DVBl. 1963, 677 (678) und Urt. v. 26. 10. 1967, II C 22/65: DVBl. 1968, 641 (644); OVG Hamburg, Urt. v. 5. 3. 1951, Bf. II 502/50: VerwRspr. 4, 42; württ.-bad. VGH, Urt. v. 17. 5. 1951, I S 14/51: VerwRspr. 4, 78 = DÖV 1951, 503; VGH Kassel, Urt. v. 19. 2. 1962, OS II 134/61: DÖV 1963, 389 (390); OVG Koblenz, Urt. v. 19. 2. 1964, 2 A 62/63: DVBl. 1964, 773 = DÖV 1965, 55; VGH München, Urt. v. 15. 4. 1965, Nr. 85 II 64: BayVBl. 1965, 246. s. auch Art. 39 Bay Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz.

⁴¹ Vgl. die Kritik von *Bender*, Referat, S. 13 f.

thetische Kausalverlauf nur bei einem auf Schadenskompensation gerichteten Anspruch in Form des entgangenen Gewinns bedeutsam.

Mögliche Ansprüche auf Schadenskompensation durch Geldersatz sollen hier entsprechend der Fragestellung unserer Untersuchung nicht näher erörtert werden. Es sei nur erwähnt, daß die herrschende Meinung die Ausweitung des Reaktionsanspruchs bei vorzeitig vollzogenen rechtsverletzenden Verwaltungsakten zu einem auf Schadenskompensation gerichteten Anspruch ablehnt⁴². Sie kann darauf verweisen, daß der Aufopferungsgrundsatz einen wertmäßigen Ausgleich für die durch die vorzeitige Vollstreckung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts entstandenen Schäden ermöglicht. Die im öffentlichen Interesse rechtmäßig erfolgende Anordnung des sofortigen Vollzugs führt nämlich zu einem Sonderopfer des Betroffenen, da sie ihm die Möglichkeit nimmt, den drohenden Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden⁴³.

Der Abwehrenspruch bei Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte ist weiterhin dadurch begrenzt, daß nur die rechtlichen und tatsächlichen Folgen zu beseitigen sind, die der Verwaltungsakt selbst angeordnet hat. Nur für diese sogenannten unmittelbaren Folgen läßt sich die Verbindlichkeit des rechtswidrigen Verwaltungsakts zur Begründung eines im Vergleich mit dem privatrechtlichen Beseitigungsanspruch schärferen Reaktionsanspruchs ins Feld führen, denn nur auf diese Folgen wäre eine

⁴² *Schlusnus*, Diss., S. 51 f.; *Bettermann*: DÖV 1955, 528 (535); *Rupp*, Grundfragen, S. 261; *Schleeh*: AöR 92 (1967), 58 (79 Fn. 87); *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 81; *Bender*: DÖV 1968, 156 (157). Aus der Rechtsprechung VGH Stuttgart, Urt. v. 11. 2. 1957, 2 S 153/56: DÖV 1957, 217 (220); BGH, Urt. v. 20. 9. 1962, III ZR 98/60: DVBl. 1963, 24 (25); OVG Koblenz, Urt. v. 19. 2. 1964, II A 62/63: DVBl. 1964, 773; OVG Münster, Urt. v. 21. 4. 1964, II A 1189/62: DVBl. 1964, 885 (886). Anders *Bachof*, Vornahmeklage, S. 130, *Redeker*: DVBl. 1963, 509 (510) und *Janssen*: DVBl. 1967, 190 (193).

Weyreuther, Gutachten, S. 139—151, 174 versucht, durch einen weiteren „Anspruchswandel“ einen Anspruch auf Ausgleich in Geld zu begründen, der subsidiär eingreifen soll, wenn die naturale Wiederherstellung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Zustimmung *Spanner*: DVBl. 1968, 618 (624) und *Bachof*, Diskussionsbeitrag, S. 57. Dieser „Folgenersatzanspruch“, wie *Weyreuther* ihn nennt, gewährt keinen Ersatz entgangenen Gewinns, da er dem Wert einer naturalen Wiederherstellung des status quo ante gleichkommen soll.

⁴³ *Wolff I*, § 54 II b 1, S. 373 f.; insoweit zutreffend auch *Eyermann-Fröhler*, VwGO, § 80 Rn. 57. *Franke*: VerwArch. 57 (1966), 357—376 hat diese Frage eines „Folgenentschädigungsanspruchs“ eingehend untersucht. Er hält den Folgenentschädigungsanspruch jedoch zu Unrecht für ein neben Enteignung und Aufopferung stehendes besonderes Rechtsinstitut; s. *Wolff*, a.a.O., *Janssen*: a.a.O. und *Bender*: DÖV 1968, 156 f.

⁴⁴ Im Ergebnis ebenso *Bachof*, Vornahmeklage, S. 131 ff.; *Schlusnus*, Diss., S. 66 f.; *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 87; *Spanner*: DVBl. 1968, 618 (624). In der Rechtsprechung wird diese Frage häufig mit dem Ausschluß einer Schadenskompensation vermengt, s. z. B. VGH Stuttgart, Urt. v. 11. 2. 1957, 2 S 153/56: DÖV 1957, 217 (220) und OVG Münster, Urt. v. 21. 4. 1964, II A 1189/62:

etwaige Vollstreckung gerichtet⁴⁴. Der Eigentümer, in dessen Haus zu Unrecht ein Obdachloser eingewiesen worden ist, kann deshalb nicht auf dem Wege über einen Folgenbeseitigungsanspruch von der Behörde die Beseitigung von Beschädigungen verlangen, die ihm an seinen Räumen als mittelbare Folgen des Verwaltungsakts und seiner Vollstreckung entstanden sind⁴⁵. Aus demselben Grund können auch nicht die in einem erfolgreichen Widerspruchsverfahren entstandenen Anwaltskosten mit Hilfe eines Folgenbeseitigungsanspruchs verlangt werden⁴⁶. Schließlich löst auch die Verletzung einer Einräumungsberechtigung des positiven Status durch rechtswidrige Ablehnung eines Antrags lediglich einen Anspruch auf Beseitigung des ablehnenden Verwaltungsakts aus, da die ablehnende Entscheidung nach ihrem „Tenor“ über die Leistungsverweigerung hinaus keine weiteren rechtlichen oder tatsächlichen Folgen anordnet. Nachträgliche Rechtsänderungen, die die Einräumungsberechtigung des Betroffenen entwerten oder gar erlöschen lassen, können daher nicht durch einen an die rechtswidrige Ablehnung anknüpfenden Folgenbeseitigungsanspruch überwunden werden. Ein solcher Versuch würde außerdem an der oben beschriebenen herrschenden Auffassung scheitern, daß der Folgenbeseitigungsanspruch nur die Wiederherstellung des früheren Zustands gebietet, nicht aber die Herstellung des Zustandes, der heute bestehen würde, wenn damals die Rechtsverletzung nicht geschehen wäre⁴⁷.

Wir können nun die Konkretisierung des Rechtsgrundsatzes für Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte zusammenfassend formulieren:

Wird jemand durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt — was wegen Art. 2 Abs. 1 GG bei jedem rechtswidrig belastenden Verwaltungsakt der Fall ist —, so erwächst ihm ein Anspruch auf Wiederherstellung des rechtlichen und tatsächlichen Zustands, der vor dem Beginn der Rechtsverletzung bestand. Der Anspruch ist auf Beseitigung der Folgen beschränkt, die der Verwaltungsakt in seinem Tenor angeordnet hat.

DVBL 1964, 885 (886). Sie ist davon aber ebenso zu unterscheiden wie von der Beschränkung auf die Wiederherstellung des status quo ante im Gegensatz zur Berücksichtigung des hypothetischen Kausalverlaufs in § 249 BGB.

⁴⁵ Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 87.

⁴⁶ Im Ergebnis ebenso OVG Hamburg, Urt. v. 22. 1. 1958, Bf. I 56/57; DVBL 1958, 832 (833), VGH Mannheim, Urt. v. 30. 10. 1967, IV 334/66; NJW 1968, 1299 (1301), Schlee: AÖR 92 (1967), 58 (61) und Weyreuther, Gutachten, S. 142 Fn. 595 m. w. N.

⁴⁷ M. Hoffmann: DVBL 1967, 667—669 in einer abl. Anm. zu OVG Lüneburg, Urt. v. 2. 2. 1965, II OVG A 69/62; DVBL 1967, 206. Dieser Kritik haben sich das BVerwG, Urt. v. 26. 10. 1967, II C 22/65; DVBL 1968, 641 (643 f.), Spanner: DVBL 1968, 618 (623 f.) und W. Schmidt: JuS 1969, 166 (167) angeschlossen; im Ergebnis ebenso Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 85 f.

III. Der Beseitigungsanspruch bei rechtsverletzenden hoheitlichen Realakten

Die Bestimmung des Umfangs der Reaktion auf einen rechtsverletzenden hoheitlichen Realakt kann nach den vorangegangenen Untersuchungen nicht mehr schwierig sein. Eine „Verbindlichkeit“ im oben beschriebenen Sinne, die bei rechtsverletzenden Verwaltungsakten eine schärfere Reaktion rechtfertigt, ist hier schon deshalb ausgeschlossen, weil bloße Realakte keine Anordnungen enthalten, die wirksam und verbindlich sein könnten. Trotz gewichtiger Unterschiede zwischen hoheitlichem und privatem Handeln bezüglich der jeweils wahrzunehmenden Interessen unterscheidet sich der hoheitliche Realakt in seiner Wirkungsweise nicht grundsätzlich von einem privaten Realakt⁴⁸. Der oben formulierte besondere Rechtsgrundsatz ist deshalb für Rechtsverletzungen durch hoheitliche Realakte ebenso zu konkretisieren wie für private Rechtsverletzungen. Allein diese Lösung wird auch der für die Verwaltung weithin bestehenden Gestaltungsfreiheit bei der Wahl zwischen öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Handeln gerecht⁴⁹.

Der Bürger, der durch einen hoheitlichen Realakt in seinen Rechten verletzt wird, besitzt demnach einen von einem etwaigen Verschulden des betreffenden Amtswalters unabhängigen Anspruch auf Beseitigung der fortwirkenden Störung⁵⁰. Da jede rechtswidrige hoheitliche Belastung das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt, können wir auch formulieren: Ein rechtswidrig belastender hoheitlicher Realakt löst einen öffentlichrechtlichen Beseitigungsanspruch des betroffenen Bürgers im Umfang des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gegen den Träger öffentlicher Verwaltung aus.

Während der Abwehranspruch bei rechtsverletzenden Verwaltungsakten auch die Beseitigung abgeschlossener rechtlicher oder tatsächlicher Störungsfolgen umfaßt, ermöglicht der Abwehranspruch gegen rechtsverletzende hoheitliche Realakte also nur die Beseitigung der fortwirkenden

⁴⁸ Vgl. die Ausführungen unter I, oben S. 85 ff.

⁴⁹ Dazu oben § 1, S. 16 f. — Nach Weyreuther, Gutachten, S. 74 verlangt schon die Schwierigkeit der Unterscheidung von hoheitlichen und privaten Realakten der Verwaltung die Identität der Rechtsfolge.

⁵⁰ Ebenso Schlee: AÖR 92 (1967), 58 (79 f.); Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, S. 279 f.; Hantke, Diss., S. 110; Riefner: BB 1968, 881 (882 m. Fn. 20). Bettermann: DÖV 1955, 528 (535) nimmt aufgrund einer irrigen Auslegung der Rechtsprechung der Zivilgerichte einen Wiederherstellungsanspruch an; s. oben S. 80 ff. mit Fn. 3 und Bender, Referat, S. 12 f. Ihm folgen im Ergebnis Ule: DVBL 1959, 583, Heidenhain, Amtshaftung, S. 144, Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 82 und Weyreuther, Gutachten, S. 105. Undeutlich Ringe: DVBL 1958, 834 (835), W. Martens: Festschrift für Schack, S. 85 (95) und Horn, Diss., S. 114 ff. Rupp, Grundfragen, S. 261 und Weyreuther, Gutachten, S. 72 führen sowohl Bettermanns Auffassung von einem Wiederherstellungsanspruch als auch die von Baur im Zivilrecht vertretene Beschränkung auf einen actus contrarius an, ohne die Diskrepanz zu erkennen.

den Störungsquelle. Es ist auch aus diesem Grund nicht möglich, den Anspruch auf Beseitigung der unmittelbaren tatsächlichen Folgen des Vollzugs eines rechtsverletzenden Verwaltungsakts als Sonderfall des Beseitigungsanspruchs bei rechtsverletzenden hoheitlichen Realakten zu bezeichnen; die Ansprüche entsprechen einander weder in den Voraussetzungen noch im Umfang⁵¹.

Der unterschiedliche Anspruchsumfang müßte sich allerdings ungerichtet auswirken, wenn es der Verwaltung möglich wäre, denselben ungerechtfertigten Erfolg nicht nur durch den Vollzug eines Verwaltungsakts, sondern auch durch einen isolierten Realakt ohne vorangegangenen Verwaltungsakt herbeizuführen. Aber diese Kollisionslage ist so gut wie ausgeschlossen, denn man wird dann regelmäßig in der Vornahme des Realakts auch den konkludenten Erlaß des fehlenden Verwaltungsakts zu sehen haben. Wird zum Beispiel ein Verwaltungsakt vollzogen, obwohl er bereits durch Aufhebung, Fristablauf oder Bedingungseintritt weggefallen ist, so läßt sich entweder der konkludente Erlaß eines neuen Grund-Verwaltungsakts oder zumindest der Erlaß eines Verwaltungsakts feststellen, der dem Betroffenen die Duldung der Vollstreckungsmaßnahmen gebietet⁵². Keinesfalls darf die Verwaltung aus einem Formenmißbrauch Vorteil ziehen. Soweit sie unzulässig den Realakt statt eines Verwaltungsakts wählt, muß sie im Fall einer Rechtsverletzung durch den Realakt ebenso scharf haften, wie sie beim — vorherigen — Erlaß eines Verwaltungsakts haften würde.

Ein weiteres Sonderproblem ist bisher soweit ersichtlich nur in der Rechtsprechung zum privatrechtlichen Beseitigungsanspruch diskutiert worden⁵³, obwohl es für den öffentlichrechtlichen Beseitigungsanspruch nicht minder bedeutsam ist. Es ist möglich, daß ein in seiner Störungswirkung fortlebender Realakt, zum Beispiel eine ehrbeeinträchtigende Behauptung, zunächst rechtmäßig erfolgt ist, die — etwa aufgrund des Rechtsgedankens des § 193 StGB — rechtfertigenden Umstände später jedoch entfallen sind. Auch bei fortwirkenden hoheitlichen Realakten

⁵¹ Anders Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 82 Fn. 33; vgl. schon oben S. 92. Ähnlich wie Rösslein auch Rißner: DVBl. 1967, 186 (188) und BB 1968, 881 (882), wenn er meint, der Folgenbeseitigungsanspruch weise gegenüber dem allgemeinen Beseitigungsanspruch keine materiell-rechtlichen Besonderheiten auf.

⁵² Vgl. Wolff I, § 46 V a, S. 302, der von einem „implizierten“ Verwaltungsakt spricht; dazu schon oben § 2, S. 22 Fn. 22. Der sehr viel weitergehende Versuch von W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 24, allen belastenden hoheitlichen Realakten, also z. B. auch bloßen Warnungen oder Veröffentlichungen von Untersuchungsergebnissen einen stillschweigenden Duldungsbefehl beizugeben, um sie auf diese Weise verwaltungsgerichtlich überprüfbar zu machen, ist heute angesichts der Möglichkeit einer allgemeinen Leistungsklage überflüssig.

⁵³ BGH, Urt. v. 12. 1. 1960, I ZR 30/58: JZ 1960, 701 m. Bespr. v. Westermann: JZ 1960, 692—695; vgl. auch Baur: AcP 160 (1961), 465 (481).

ist also eine „nachträgliche“ Rechtswidrigkeit möglich, wie sie uns bei Verwaltungsakten geläufig ist. Der Bundesgerichtshof hat in einem solchen Fall einen Beseitigungsanspruch bejaht, da die fortwirkende Störung von dem Betroffenen verursacht sei und ihre Beseitigung von seinem Willen abhängt⁵⁴. Wer jede Rechtswidrigkeit als „Handlungsunrecht“ begreift, wird dieser Rechtsprechung kaum folgen können, denn eine pflichtwidrige Handlung liegt ja nicht vor. Allenfalls könnte man versuchen, eine Beseitigungspflicht aus vorangegangenem gefährdendem Tun herzuleiten, die durch ein Unterlassen verletzt würde. Aber diese Konstruktion paßt nicht recht, da das vorangegangene Tun zu einem rechtmäßigen Erfolg geführt hat⁵⁵. Wir können der Diskussion um den Rechtswidrigkeitsbegriff im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter nachgehen⁵⁶. Es sei nur darauf hingewiesen, daß die Betonung des „Erfolgsunrechts“ im Rahmen des § 1004 BGB im Grunde immer unbestritten war, wie die Haftung für störende Anlagen zeigt, die ebenfalls keine pflichtwidrige Handlung voraussetzt⁵⁷.

Ganz ähnlich liegt das Problem, wenn ein befristeter rechtmäßiger Verwaltungsakt, zum Beispiel eine Obdachloseneinweisung durch Fristablauf unwirksam wird, die tatsächlichen Vollzugsfolgen aber bestehen bleiben, der Obdachlose sich also weiterhin in den zugewiesenen Räumen befindet. Die Grundsätze über die Reaktion auf Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte sind hier nicht anwendbar, denn einen rechtsverletzenden Verwaltungsakt gibt es nicht und hat es nie gegeben⁵⁸. Es ist daher unzutreffend, wenn in diesen Fällen ein Folgenbeseitigungsanspruch im herkömmlichen Sinn angenommen wird⁵⁹. Man kann allenfalls zu einem Anspruch auf Beseitigung der fortwirkenden Störungsquelle gelangen, wenn man es im Sinne einer „Anlagenhaftung“ genügen läßt, daß die Behörde den tatsächlich weiterhin störenden und nun nicht mehr gerechtfertigten Zustand verursacht hat⁶⁰.

Über Einzelfragen der gerichtlichen Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs bei rechtswidrigen hoheitlichen Realakten soll hier nicht mehr gehandelt werden. Nur eins sei dazu angemerkt: Da dieser Beseitigungs-

⁵⁴ Urt. v. 12. 1. 1960, I ZR 30/58: JZ 1960, 701 (702).

⁵⁵ Vgl. Westermann: JZ 1960, 692 (695).

⁵⁶ Vgl. die Nachweise oben § 4, S. 28 Fn. 6.

⁵⁷ Ausführlich dazu Baur: AcP 160 (1961), 465 (467 ff.).

⁵⁸ Anders in den Fällen nachträglicher Rechtswidrigkeit eines vollzogenen Verwaltungsakts; dazu Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 84.

⁵⁹ z. B. von Eyermann-Fröhler, VwGO, § 40 Rn. 18 und Wolff I, § 54 II a 1, S. 372. Dagegen mit Recht Weyreuther, Gutachten, S. 51 Fn. 174 m. w. N.

⁶⁰ In diesem Sinn Weyreuther, Gutachten, S. 69 f., der für den allgemeinen Beseitigungsanspruch im Gegensatz zum Beseitigungsanspruch beim vorzeitigen Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts allein auf die Rechtswidrigkeit der Folgen abstellt. Auf Grund der irrigen Bestimmung des Umfangs der privatrechtlichen actio negatoria gelangt Weyreuther allerdings in jedem Fall zu einem Wiederherstellungsanspruch.

anspruch ebenso wie der Anspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts eine Reaktion auf eine Rechtsverletzung darstellt, muß man die §§ 42 Abs. 2 und 113 Abs. 1 S. 1 VwGO auf eine Beseitigungsklage entsprechend anwenden, soweit es in diesen Vorschriften um das Erfordernis einer Rechtsbeeinträchtigung geht⁶¹.

Ergebnis zu § 11

Die allgemeinen Unterschiede zwischen privatem und hoheitlichem Handeln reichen nicht aus, um im geltenden Recht eine im Vergleich zur privatrechtlichen Haftung grundsätzlich schärfere Haftung für hoheitliche Rechtsverletzungen nachzuweisen. Rechtsverletzungen durch Verwaltungsakte lösen jedoch wegen der Verbindlichkeit rechtswidriger Verwaltungsakte einen über den Umfang des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB hinausgehenden Abwehranspruch aus; der Betroffene kann die Wiederherstellung des rechtlichen und tatsächlichen Zustands verlangen, der vor Beginn der Rechtsverletzung bestand. Rechtswidrige hoheitliche Realakte unterscheiden sich dagegen in ihrer belastenden Wirkung nicht von entsprechenden privaten Rechtsverletzungen und haben deshalb nur einen Anspruch des Bürgers auf Beseitigung einer fortwirkenden Störung zur Folge.

⁶¹ Für eine entsprechende Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO u. a. *Menger*: VerwArch. 53 (1962), 176 (185); *Rautenberg-Voigt*: DÖV 1964, 259 (261); VG Frankfurt, Urt. v. 1. 3. 1966, VI/2 — 750/65: DVBl. 1966, 383 m. w. N.; anders u. a. *Holland*: DÖV 1965, 410 (411 f.).

Literaturverzeichnis

- Arndt*, Herbert, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21. 5. 1959, III ZR 7/58: DVBl. 1959, 624—626.
- Bachof*, Otto, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes: SJZ 1950, Sp. 161—169.
- Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen 1951; unveränderte 2. Aufl. Tübingen 1968 (zit.: Vornahmeklage).
- Verfassungswidrige Verfassungsnormen?: Recht und Staat, Heft 163/164, Tübingen 1951.
- Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 287—307, München 1955.
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 18. 8. 1960, I C 42/59: DVBl. 1961, 128—132.
- Nachwort zu Fritz *Gygi*, Ein gesetzgeberischer Versuch zur Lösung des Problems des Klagerechts im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozeß: AÖR 88 (1963), 424—428.
- Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Band I: BVerwGE 1—12, 2. Aufl., Tübingen 1964 (zit.: VerfR I), Band II: BVerwGE 13—19, Tübingen 1967 (zit.: VerfR II).
- Diskussionsbeiträge: Sitzungsbericht L zum 47. DJT, München 1968, S. 54—58, 74.
- Bähr*, Peter, Die maßgebliche Rechts- und Sachlage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, Köln - Berlin - Bonn - München 1967.
- Bartlspenger*, Richard, Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung: NJW 1968, 1697—1705.
- Baur*, Fritz, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB: AcP 160 (1961), 465—493.
- Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der „vorbeugenden Unterlassungsklage“: JZ 1966, 381—383.
- Bender*, Bernd, Zur Problematik der durch Staatsunrecht begründeten öffentlich-rechtlichen Kompensations- und Restitutionspflichten: DÖV 1968, 156—163.
- Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung)?: Sitzungsbericht L zum 47. DJT, München 1968, S. 7—30 (zit.: Referat).
- Bernhardt*, Rudolf, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte: JZ 1963, 302—308.
- Bettermann*, Karl August, Verwaltungsakt und Richterspruch: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 361—389, München 1955.

- Bettermann*, Karl August, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch: DÖV 1955, 528—536.
- Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit: Die Grundrechte, hrsg. von Karl August *Bettermann*, Hans Carl *Nipperdey*, Ulrich *Scheuener*, Dritter Band, 2. Halbband (zit.: Grundrechte III/2), S. 779—908, Berlin 1959.
- Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung?: JZ 1960, 335—342.
- Vom Sinn der Amtshaftung: JZ 1961, 482 f.
- Diskussionsbeitrag: VVDStRL 20, 255—257, Berlin 1963.
- Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß: Staatsbürger und Staatsgewalt, hrsg. v. Helmut R. *Külz* und Richard *Naumann*, Band II, S. 449—474, Karlsruhe 1963.
- Brohm*, Winfried, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, Stuttgart 1959.
- Bühler*, Ottmar, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin - Stuttgart - Leipzig 1914.
- Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter *Jellinek*, S. 269—286, München 1955.
- Bull*, Hans Peter, Verwaltung durch Maschinen, Köln 1964.
- Contiades*, Ion, Verfassungsgesetzliche Staatsstrukturbestimmungen, Stuttgart 1967.
- Dahm*, Georg, Deutsches Recht, 2. Aufl., Stuttgart 1963.
- Völkerrecht, Band III, Stuttgart 1961.
- Dreier*, Ralf, Zum Begriff der „Natur der Sache“, Berlin 1965.
- Dürig*, Günter, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff!: JZ 1954, 4—12.
- Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems: JZ 1955, 521—525.
- Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 16. 1. 1957, 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32: JZ 1957, 169—173.
- Ehmke*, Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation: VVDStRL 20 (1963), 53—98.
- Enneccerus*, Ludwig — *Nipperdey*, Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbbd. Tübingen 1959, 2. Halbbd. Tübingen 1960 (zit.: Allg. Teil).
- Erman*, Walter (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 4. Aufl., Münster 1967.
- Esser*, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960.
- Evers*, Hans Ulrich, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, Berlin 1960.
- Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, insbesondere zur Persönlichkeitskerntheorie: AöR 90 (1965), 88—98.
- Eyermann*, Erich — *Fröhler*, Ludwig, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin 1965.
- Fahrenkrug*, Carl-Heinz: Die Entschädigung für rechtswidrig schuldlose Verwaltungsakte, Diss. jur. Greifswald, Hamburg 1937 (zit.: Diss.).

- Fleiner*, Fritz, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, Nachdruck Aalen 1960.
- Flume*, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin - Heidelberg - New York 1965.
- Forsthoff*, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München und Berlin 1966 (zit.: Verwaltungsrecht I).
- Franke*, Franz-Josef, Der Folgenentschädigungsanspruch: VerwArch. 57 (1966), 357—376.
- Friedrichs*, Karl, Der Allgemeine Teil des Rechts, Berlin und Leipzig 1927.
- Fromm*, Günter, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung: VerwArch. 56 (1965), 26—60.
- Furler*, Hans, Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates: VerwArch. 33 (1928), 340—427.
- Fuss*, Ernst-Werner, Klagebefugnis Privater gegen die an einen Mitgliedstaat gerichtete Entscheidung der EWG-Kommission: JuS 1967, 552—561.
- Giacometti*, Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960.
- Götz*, V., Der Folgenbeseitigungsanspruch im Beamtenrecht: ZBR 1961, 135—138.
- Gygi*, Fritz, Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956.
- Haas*, Diether, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955 (zit.: System).
- Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung)?: Sitzungsbericht L zum 47. DJT, München 1968, S. 32—48 (zit.: Referat).
- Hantke*, Gottfried, Die öffentlichrechtliche Beseitigungsklage. Diss. jur. Hamburg 1966 (zit.: Diss.).
- Haueisen*, Fritz, Der Verwaltungsakt im Lichte neuerer Überlegungen: DÖV 1961, 121—129.
- Haug*, Winfried, Die neuere Entwicklung der vorbeugenden Unterlassungs- und der allgemeinen Beseitigungsklage: DÖV 1967, 86—91.
- Hegel*, Hermann, Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen, Stuttgart 1963.
- Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sogenannten Amtshandlung begehrt werden?: JZ 1963, 15—17.
- Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO: DÖV 1965, 413—416.
- Heidenhain*, Martin, Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, Berlin 1965 (zit.: Amtshaftung).
- Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns: JZ 1968, 487—494.
- Heidenhain*, Martin Eberhard, Die Amtshaftung in der Bundesrepublik: NJW 1949, 841—845.
- Heller*, Theodor, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 1961.

- Henke, Wilhelm*, Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei: DVBl. 1964, 648—655.
— Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968.
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967.
- Heydt, Volker*, Naturalrestitution und Verwaltungsrechtsweg bei Amtshaftungsklagen: JR 1967, 169—171.
- Hinke, Horst*, Zu den Bestimmungen über die Staatshaftung im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften: DVBl. 1967, 641—646.
- Hoffmann, Michael*, Anmerkung zu dem Urteil des OVG Lüneburg vom 2. 2. 1965, II OVG A 69/62: DVBl. 1967, 667—669.
- Holland, Ralf*, Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß: DÖV 1965, 410—412.
- Horn, Helga*, Der Folgenbeseitigungsanspruch im System der öffentlich-rechtlichen Ersatzansprüche, Diss. jur., Köln 1967 (zit.: Diss.).
- Huber, Ernst Rudolf*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Erster Band, 2. Aufl., Tübingen 1953.
- Hubmann, Heinrich*, Der Anspruch auf Widerruf ehrverletzender Pressedarstellungen: JuS 1963, 98—102.
- von Ihering, Rudolph*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Teil, 5. Aufl., Leipzig 1906.
- Ipsen, Hans Peter*, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart und Köln 1950, S. 141—161.
- Jaenicke, Günther*, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?: VVDStRL 20, 135—184, Berlin 1963.
- Janssen, Günter*, Entschädigungsrechtlicher Adhäsionsprozeß in der Verwaltungsgerichtsbarkeit?: DVBl. 1967, 190—194.
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Neudruck Tübingen 1919.
- Jellinek, Walter*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1931, Nachdruck Offenburg 1948.
- Jesch, Dietrich*, Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961.
- Kasper, Franz*, Das subjektive Recht — Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit, Karlsruhe 1967.
- Katzenstein, Gerhard*, Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt, Hamburg 1935 (zit.: Entschädigungspflicht).
- Kemnade, Gerhard*, Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, Göttingen 1965.
- Kessler, Heinrich*, Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung)? : DRiZ 1968, 258—261.
- Klein, Friedrich*, Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes: VVDStRL 8, 67—125.

- Klein, Hans H.*, „Auftrag“ und „Geschäftsführung ohne Auftrag“ im öffentlichen Recht: DVBl. 1968, 129—134 und 166—170.
- Konow, Karl-Otto*, Zum allgemeinen Schadensersatzanspruch bei rechtswidrigen Grundrechtsverletzungen: JR 1967, 245—247.
— Zur Frage der Subsidiarität der Aufopferungsansprüche: DVBl. 1968, 205—209.
- Kormann, Karl*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
- Krüger, Herbert*, Die Bestimmung des Eigentumsinhaltes (Art. 14 Abs. I S. 2 GG): Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, S. 71—84, Hamburg 1966.
- Krüger, Hildegard*, Der Gleichbehandlungsgrundsatz als Rechtsgrundlage öffentlich-rechtlicher Gruppenrechte: DVBl. 1955, 178—180 und 208—213.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960 (zit.: Methodenlehre).
— Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem: NJW 1965, 1—10.
— Die Prinzipien der Schadenszurechnung: JuS 1965, 373—379.
— Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1967, Zweiter Band: Besonderer Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1967.
— Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967 (zit.: Allg. Teil).
- Leibholz, G.* — *Rinck, H. J.*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1966.
- Leisner, Walter*, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?: VVDStRL 20, 185—245, Berlin 1963.
- Lehmann, Heinrich* — *Hübner, Heinz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1966.
- Lerche, Peter*, Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff: JuS 1961, 237—243.
— Stil, Methode, Ansicht — Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem —: DVBl. 1961, 690—701.
- Liver, Peter*, Der Begriff der Rechtsquelle: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Band 91 II der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, S. 26 ff., Bern 1955.
- Löwenberg, Bernward*, Die Geltendmachung von Geldforderungen im Verwaltungsrecht, Berlin 1967.
- Lüke, Gerhard*, Die Abgrenzung der Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß: AöR 84 (1959), 185—226.
- Luhmann, Niklas*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965 (zit.: Entschädigung).
- Mallmann, Walter*, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung: VVDStRL 19, 165—207, Berlin 1962.
- von Mangoldt, Hermann* — *Klein, Friedrich*, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. I, Berlin und Frankfurt 1957.
- Mansfeld, Richard*, Der publicistische Reactionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogthum Braunschweig, Braunschweig 1895.

- 104
- Martens, Joachim**, Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag: AöR 89 (1964), 429—471.
— Zur Begriffsbestimmung des Verwaltungsaktes: DVBl. 1968, 322—330.
- Martens, Wolfgang**, Öffentlichrechtliche Probleme des negatorischen Rechtsschutzes gegen Immissionen: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, S. 85—95, Hamburg 1966.
— Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. 11. 1967, V ZR 143/66: DVBl. 1968, 150.
- Maunz, Theodor** — **Dürig, Günter**, Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., Bd. I, München und Berlin 1966.
- Maurer, Hartmut**, Die Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte: DÖV 1966, 477—490.
- Mayer, Otto**, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 3. Aufl., München und Leipzig 1924, Neudruck Berlin 1961.
- Meier-Branecke, H.**, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht: AöR 50 (11) (1926), 230—286.
- Menger, Christian-Friedrich**, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954 (zit.: System).
— Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungstreitsachen: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 347—359, München 1955.
— Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit: DÖV 1955, 587—592.
— Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Die Grundrechte, hrsg. v. Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Dritter Band, 2. Halbbd. (zit.: Grundrechte III/2), S. 717—778, Berlin 1959.
— Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht: VerwArch. 48 (1957), 262—275; 50 (1959), 77—92; 51 (1960), 64—78, 262—275, 373—387; 53 (1962), 74—85, 390—402; 55 (1964), 73—84.
— Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen: Sozialenquete und Sozialrecht, Festschrift der Zeitschrift für Sozialreform für Walter Bogs, 1967, S. 89—101.
— Über die Beachtlichkeit fehlerhafter Einberufungsbescheide und deren Grenzen: DRiZ 1967, 381—383.
- Menger, Christian-Friedrich** — **Erichsen, Hans-Uwe**, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht: VerwArch. 59 (1968), 167—183.
- Merk, Wilhelm**, Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, Berlin 1962.
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band III, Berlin und Leipzig 1888.
- Nawiasky, Hans**, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln - Zürich - Köln 1948.
- Nelson, Leonard**, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, 1924, Nachdruck Frankfurt 1964.
- Niemeyer, Victor**, Empfiehlt sich eine Fortbildung des geltenden Schadensersatzrechts durch besondere gesetzliche Bestimmungen über die Haftung für Schäden, die verursacht werden durch die Verwendung von Luftschiffen und Flugmaschinen?: Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags, Band 2, S. 29—61.
- Nipperdey, Hans Carl**, Freie Entfaltung der Persönlichkeit: Die Grundrechte, hrsg. v. Karl August Bettermann und Hans Carl Nipperdey, Vierter Band 2. Halbband (zit.: Grundrechte IV/2), S. 741—909, Berlin 1962.
- Obermayer, Klaus**, Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch: JuS 1963, 110—116.
— Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle: DVBl. 1965, 625—633.
- Oertmann, Paul**, Zur Struktur der subjektiven Privatrechte: AcP 123 (1925), 129—160.
- Offertmann, Gerhard**, Der dingliche Beseitigungs- und Duldungsanspruch, Stuttgart 1937.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch**, Kommentar, 26. Aufl., München und Berlin 1967.
- Peters, Hans**, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln und Opladen 1963.
- Raiser, Ludwig**, Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961.
— Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht: JZ 1961, 465—473.
— Rechtsschutz und Institutionenschutz: Summum Ius Summa Iniuria, S. 145—167, Tübingen 1963.
- Rautenberg, Joachim** — **Voigt, Helmut**, Probleme der sog. allgemeinen Leistungsklage: DÖV 1964, 259—263.
- Redeker, Konrad**, Anmerkung zu den Urteilen des BVerwG vom 7. 6. 1962, II C 15/60 und vom 25. 10. 1962, VIII C 55/61: DVBl. 1963, 509—511.
- Redeker, Konrad** — **von Oertzen, Hans-Joachim**, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 1965.
- Renck, Ludwig**, Gebührenerhebung bei Benutzung gemeindlicher Einrichtungen: BayVBl. 1968, 310 f.
- Rietdorf, Fritz**, Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1963.
- Ringe, Karl**, Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg vom 22. 1. 1958, Bf I 56/57: DVBl. 1958, 834 f.
- Roemer, Walter**, Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag 1860—1960, Band I, S. 545—575, Karlsruhe 1960.
- Rösslein, Thomas**, Der Folgenbeseitigungsanspruch, Berlin 1968.
- Röttermann, Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 15. 1. 1964, 8 U 115/63: MDR 1964, 759—761.**
- Rosenberg, Leo**, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961.
- Rüfner, Wolfgang**, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967.
— Der Folgenbeseitigungsanspruch — ein materiellechtlicher oder ein prozessualer Anspruch?: DVBl. 1967, 186—190.
— Zum gegenwärtigen Stand des Staatshaftungsrechts: BB 1968, 881—886.

- Rupp*, Hans Heinrich, Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt: DVBL 1958, 113—120.
 — Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages: JuS 1961, 59—62.
 — Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen: NJW 1961, 811—813.
 — Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im „besonderen Gewaltverhältnis“ und seine Durchsetzung: DVBL 1963, 577—581.
 — Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965 (zit.: Grundfragen).
 — Das Grundrecht der Berufsfreiheit: NJW 1965, 993—996.
- Schack*, Friedrich, Die Haftung bei öffentlich-rechtlicher Verwahrung: RVBL 1935, 189—194.
 — „Analogie“ und „Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken“ bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts: Festschrift für Rudolf Laun, S. 275—294, Hamburg 1948.
- Schätzler*, J.-G., Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung: NJW 1957, 818 f.
- Scheuner*, Ulrich, Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht: DÖV 1955, 545—550.
 — Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff: JuS 1961, 243—250.
 — Diskussionsbeitrag: VVDStRL 20, 261—266.
 — Pressefreiheit: VVDStRL 22, 1—100.
- Schleeh*, Jörg, Zur Dogmatik der öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigung: AöR 92 (1967), 58—98.
- Schlussus*, Karl, Der Anspruch auf Beseitigung der Folgen aus fehlerhaften Verwaltungsakten, Diss. jur. München 1953 (zit.: Diss.).
- Schmidt*, Reiner, Der Rechtsschutz des Konkurrenten im Verwaltungsprozeß: NJW 1967, 1635—1641.
- Schmidt*, Rudolf, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Stuttgart 1924.
- Schmidt*, Walter, Die Freiheit vor dem Gesetz: AöR 91 (1966), 42—85.
 — Der verwaltungsrechtliche Beseitigungsanspruch: JuS 1969, 166—170.
- Schmitt*, Carl, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Zweiter Band, hrsg. v. Gerhard Anschütz und Richard Thoma, § 101, S. 572—606, Tübingen 1932.
- Siehoff*, Heinz, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch im Verwaltungsrecht, Diss. jur., Würzburg 1960 (zit.: Diss.).
- Simons*, Lothar, Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 1965 (zit.: Leistungsstörungen).
- Soergel*, H. Th. — *Siebert*, W. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, §§ 1—240, 10. Aufl., Stuttgart 1967, Band III, Sachenrecht, 9. Aufl., Stuttgart 1960.
- Stein*, Walter, Die Anfechtung von verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen: NJW 1963, 185—189.
- Stich*, Rudolf, Das Verwaltungshandeln: JuS 1964, 333—341 und 381—391.
- Strupp*, Karl — *Schlochauer*, Hans-Jürgen, Wörterbuch des Völkerrechts, Dritter Band, Berlin 1962.

- Theuerkauf*, Horst, Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteresse: DVBL 1964, 386—390.
- Theune*, Werner, Der Folgenbeseitigungsanspruch: BayVBl. 1963, 103—108.
- Thieme*, Werner, Zur Systematik verwaltungsrechtlicher Handlungsformen: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, S. 157—166, Hamburg 1966.
- Thoma*, Richard, Grundrechte und Polizeigewalt: Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, S. 183—223, Berlin 1925.
 — Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Zweiter Band, hrsg. v. Gerhard Anschütz und Richard Thoma, § 102, S. 607—623, Tübingen 1932.
- Tsatsos*, Dimitris, Zum Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen: JuS 1962, 98—101.
- Tschaksch*, Ernst, Die öffentlich-rechtliche Entschädigung bei schuldlos rechtswidrigen Verwaltungsakten, Diss. jur., Marburg 1931 (zit.: Diss.).
- von Turegg*, Kurt Egon, Gefährliche und gefährdete Generalklausel, Berlin - Köln 1956.
- von Turegg*, Kurt Egon — *Kraus*, Erwin, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962.
- Ule*, Carl Hermann, Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 17. 4. 1959, VII C 85/58: DVBL 1959, 583.
 — Verwaltungsgerichtsbarkeit: M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, neu hrsg. v. C. H. Ule, Band I Zweiter Halbband, 2. Aufl., Köln - Berlin - München - Bonn 1962.
- Ule*, Carl Hermann — *Fittschen*, D., Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18. 3. 1964, V ZR 44/62, BGHZ 41, 264: JZ 1965, 315—319.
- Vogel*, Klaus, Gesetzgeber und Verwaltung: VVDStRL 24, 125—182, Berlin 1966.
- Wagner*, Heinz, Die Abgrenzung von Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff: NJW 1967, 2333—2338.
- Wertenbruch*, Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG: DVBL 1958, 481—486.
- Westermann*, Harry, Der Anspruch auf Rücknahme ehrenkränkender, in Wahrung berechtigter Interessen aufgestellter Behauptungen: JZ 1960, 692—695.
 — Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1966.
- Weyreuther*, Felix, Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung)? : Gutachten B für den 47. DJT, München 1968 (zit.: Gutachten).
- Windscheid*, Bernhard — *Kipp*, Theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt/M. 1906.
- Wintrich*, Josef Marquard, Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG: Staat und Bürger, Festschrift für Willibald Apelt, München und Berlin 1958.
- Wolf*, Erik, Die Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze: Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, hrsg. v. Hans Döle, S. 136—150, Berlin - Tübingen 1962.

- Wolff, Hans J., *Organschaft und Juristische Person*, Zweiter Band: Theorie der Vertretung, Berlin 1934.
- Über die Gerechtigkeit als principium juris: Festschrift für Wilhelm Sauer, S. 103—120, Berlin 1949.
- Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht: AöR 76 (1950/51), 205—217.
- Der Abwendungsanspruch aus öffentlichen Reflexrechten insbesondere im Fürsorgerecht: Festschrift zur Feier des 25jährigen Bestehens der Westfälischen Verwaltungsakademie in Münster, S. 119—136, Münster - Berlin - Bad Godesberg 1950.
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 33—52, München 1955.
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 18. 10. 1960, V C 36/60: DVBl. 1961, 209.
- Diskussionsbeitrag bei Peters, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, S. 67 f., Köln und Opladen 1963.
- Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., München 1968 (zit.: Wolff I).
- Verwaltungsrecht II, 2. Aufl., München und Berlin 1967 (zit.: Wolff II).
- Verwaltungsrecht III, 2. Aufl., München und Berlin 1967 (zit.: Wolff III).
- Wolff, Martin — Raiser, Ludwig, *Sachenrecht*, 10. Bearb., Tübingen 1957.
- Zeidler, Karl, „Verwaltungsfabrikat“ und Gefährdungshaftung: DVBl. 1959, 680—687.
- Zur „Technisierung der Verwaltung“: DVBl. 1961, 493—494.
- Zeidler, Wolfgang, Zur Kritik des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 16. 1. 1957 durch Hamann, zugleich einige Bemerkungen zur Urteils- und Besprechungstechnik: BB 1957, 342 f.
- Zitelmann, E., *Luftschiffahrtsrecht: Zeitschrift für Internationales Privat- und Öffentliches Recht*, 19. Bd., 1909, 458—496.

Schriften zum Öffentlichen Recht

Seit Sommer 1968 erschienen folgende Bände

- 72 Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt. Von D. Reuter. 253 S. 1968. DM 44,60.
- 73 Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung. Von H. Faber. 234 S. 1968. DM 43,60.
- 74 Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Von J. Schmidt-Salzer. 103 S. 1968. DM 18,60.
- 75 Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer „verfassungsmäßigen Ordnung“. Von E. Hesse. 137 S. 1968. DM 22,60.
- 76 Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht. Von K. Dorenberg. 210 S. 1968. DM 38,60.
- 77 Das Honnefer Modell. Von G. Stephany. 126 S. 1968. DM 22,60.
- 78 Die Ausfertigung der Bundesgesetze. Von K. Rode. 106 S. 1968. DM 22,60.
- 79 Wesen und Rechtsnatur der parlamentarischen Fraktionen. Von W.-D. Hauenschüld. 218 S. 1968. DM 39,60.
- 80 Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Von J. Isensee. 340 S. 1968. DM 58,—.
- 81 Informationsfreiheit und Filmkontrolle. Von W. Wohland. 270 S. 1968. DM 48,60.
- 82 Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Von F. Müller. 34 S. 1968. DM 6,60.
- 83 Die Selbstbindung der Verwaltung. Von M. Wallerath. 147 S. 1968. DM 26,60.
- 84 Die Unverletzlichkeit der Wohnung. Von M. Gentz. 188 S. 1968. DM 33,60.
- 85 Das Zugangsrecht der Westmächte auf dem Luftwege nach Berlin. Von H. G. Ruge. 124 S. 1968. DM 28,—.
- 86 Parteipolitische Betätigung der Richter. Von Ch. Niethammer-Vonberg. 164 S. 1969. DM 29,60.
- 87 Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst. Von A. Risken. 215 S. 1969. DM 39,80.
- 88 Grundrechte und Sozialordnung. Von H. Schambeck. 140 S. 1969. DM 39,80.
- 89 Repräsentation und Organschaft. Von H. Pollmann. 162 S. 1969. DM 29,80.
- 90 Streik und Staatsnotstand. Von V. H. Lohse. 206 S. 1969. DM 56,—.
- 91 Der baurechtliche Nachbarschutz. Von F. H. Timmermann. 272 S. 1969. DM 48,60.
- 92 Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse. Von A. Podtch. 183 S. 1969. DM 33,60.
- 93 Meinungsfreiheit und verfassungsmäßige Ordnung. Von H. K. Voss. 203 S. 1969. DM 39,60.
- 94 Die Auswahl der Richter in der englischen und amerikanischen Rechtspraxis. Von U. Kayser. 339 S. 1969. DM 56,—.
- 95 Die Befehls- und Kommandogewalt. Von M. Erhardt. 128 S. 1969. DM 24,—.
- 96 Der demokratische Bundesstaat. Von W. Hempel. 325 S. 1969. DM 54,60.
- 97 Die Geschäftsregierung nach dem Grundgesetz. Von R. Lutz. 88 S. 1969. DM 18,60.
- 98 Das Widerstandsrecht. Von G. Scheidle. 163 S. 1969. DM 29,60.
- 99 Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat. Von T. Vogel. 108 S. 1969. DM 19,80.
- 100 Die Positivität der Grundrechte. Von F. Müller. 106 S. 1969. DM 19,80.
- 101 Das Widerspruchsverfahren der VWGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung. Von A. v. Mutius. 262 S. 1969. DM 48,—.
- 102 Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik. Von F. Müller. 161 S. 1969. DM 29,60.
- 103 Verbindlichkeit der Bundesgrundrechte bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane. Von G. Gorny. 197 S. 1969. DM 36,60.
- 104 Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem. Von J. F. v. Eichborn. 91 S. 1969. DM 17,60.
- 105 Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen. Von H. Hummel. 119 S. 1969. DM 24,60.
- 106 Landesrecht vor Bundesgerichten im Bundesstaat des Grundgesetzes. Von H.-H. Klumpp. 202 S. 1969. DM 39,60.