

## Die Veröffentlichung des Werkes

„Der Folgenentschädigungsanspruch – Folgenbeseitigung durch Entschädigung“  
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Franz-Josef Franke

Der Folgenentschädigungsanspruch

»Folgenbeseitigung durch Entschädigung«

1965

D6

CC 1001

Der Folgenentschädigungsanspruch

- Folgenbeseitigung durch Entschädigung -

Inauguraldissertation  
zur Erlangung des  
akademischen Grades eines Doktors der Rechte  
durch die  
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität  
zu Münster

vorgelegt von

Franz-Josef Franke  
aus Paderborn

1965



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans J. Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Uber

Dekan: Prof. Dr. Timm

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Mai 1965

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

	Seite:
§ 1 Einführung in die Problematik und Abgrenzung der Untersuchung	1
1. Kapitel: Folgenentschädigung in Wissenschaft und Rechtsprechung im Überblick	7
§ 2 Folgenentschädigung in der Wissenschaft	7
I. Die grundlegende Untersuchung zum Folgenbeseitigungsanspruch	7
II. Ablehnung eines auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs	12
III. Anerkennung eines auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs	13
§ 3 Folgenentschädigung in der Rechtsprechung	19
I. Unklarheit der Rechtsprechung im Hinblick auf den Rechtscharakter des Folgenbeseitigungsanspruchs	19
II. Entscheidungen, die deutlich von einem auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch ausgehen	21
III. Ablehnung eines auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs	23
§ 4 Zusammenfassung	25

Seite:

2. Kapitel: Voraussetzungen und Methode für die Ableitung eines Folgenentschädigungsanspruchs aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats 27

§ 5 Ableitung aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats durch den Nachweis, daß der Ausschluß eines Folgenentschädigungsanspruchs mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar wäre 27

§ 6 Nachweis durch die Begründungen, die Wissenschaft und Rechtsprechung für einen auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch geben 34

§ 7 Nachweis mit Hilfe der Institute des vorläufigen Rechtsschutzes 36

3. Kapitel: Eintritt von Schäden, die eine rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte darstellen, auf Grund der Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes 39

§ 8 Grundgedanken des vorläufigen Rechtsschutzes und Bedeutung des öffentlichen Interesses 39

§ 9 Die im öffentlichen Interesse vorgenommenen Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes im einzelnen 41

4. Kapitel: Vereinbarkeit des Schadenseintritts mit der formellen und materiellen Gleichheit 45

§ 10 Vereinbarkeit mit der formellen Gleichheit 45

Seite:

§ 11 Vereinbarkeit mit der materiellen Gleichheit 47

5. Kapitel: Wiederherstellung der materiellen Gleichheit durch einen Folgenentschädigungsanspruch 50

§ 12 Folgerungen aus der Verletzung der materiellen Gleichheit 50

§ 13 Folgerungen aus den anerkannten Ansprüchen auf öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen 53

§ 14 Entsprechende Anwendung des Folgenentschädigungsanspruchs bei verzögertem Erlaß eines beantragten begünstigenden Verwaltungsakts 60

6. Kapitel: Bedeutung des Ergebnisses der Untersuchung 62

§ 15 Verhältnis des Untersuchungsergebnisses zu den in Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen zur Folgenbeseitigung 62

§ 16 Bedeutung des Untersuchungsergebnisses für die Entwicklung der Lehre von der Folgenbeseitigung 65

§ 17 Bedeutung des Untersuchungsergebnisses für das Entschädigungsrecht 67

Schrifttumsverzeichnis

Bachof, Otto Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts.  
Tübingen 1951  
(zitiert: Bachof, Klage)

-----  
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S.37 ff.  
(zitiert: Bachof, Begriff und Wesen)

Bender, Bernd Allgemeines Verwaltungsrecht  
2.Auflage Freiburg 1956

Bettermann, Karl Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955,528 ff.  
August

-----  
Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wiedereinweisung des Räumungsschuldners?, MDR 1957,130 ff.

-----  
Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit. In: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III,2  
Berlin 1959, S.774 ff.  
(zitiert: Bettermann, Grundrechte)

-----  
Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung?, JZ 1960,335 ff.

Bochalli, Alfred Besonderes Verwaltungsrecht  
2.Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1963

Böckenförde, Werner Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters  
Berlin 1957

Böhm, Otto Die aufschiebende Wirkung der Rechtsmittel und die Anordnung der Vollziehung von Verwaltungsakten nach § 51 I MRVO Nr.165 und § 51 I VGG  
DÖD 1957,21 ff.

De Clerck, Hans Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsgerichtsverfahren  
NJW 1956,1337 ff.

Czermak, Fritz Zum Rechtsbehelf gegen die Vollstreckung unanfechtbarer Verwaltungsakte  
DVBl. 1963,23 f.

Dürig, Günter Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems  
JZ 1955,521 ff.

Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar  
3.Auflage München und Berlin 1962

Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
1.Bd. Allgemeiner Teil  
8.Auflage München und Berlin 1961

Götz, Victor Der Folgenbeseitigungsanspruch im Beamtenrecht  
ZBR 1961,135 ff.

Haas, Diether System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten  
Karlsruhe 1955

Hamann, Andreas Das Grundgesetz, Kommentar  
2.Auflage Darmstadt 1961

- Hegel, Hermann Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen  
Stuttgart 1963
- Heintze, Reinhard Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten  
NJW 1963,1430 ff.
- Klinger, Hans Verwaltungsgerichtsordnung  
2.Auflage Göttingen 1964
- Koehler, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung  
Berlin und Frankfurt a.M. 1960
- Landmann, Heinz - Giers, Wolfgang - Proksch, Ernst Allgemeines Verwaltungsrecht  
3.Auflage Düsseldorf 1964
- Lerche, Peter Amtshaftung und Folgenbeseitigung  
RiA 1954,9 ff
- Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff  
JuS 1961,237 ff.
- Loppuch Anmerkung zum Beschluß des OVG Lüneburg vom 24.9.1954  
NJW 1955,117 f
- Menger, Christian - Friedrich Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen. In: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Bd.6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek;  
München 1955, S.347 ff.
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht  
VerwArch 49,73 ff.
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht  
VerwArch 50,77 ff.

- Naumann, Richard Buchbesprechung: Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung  
DVBl. 51,583 f.
- Obermayer, Klaus Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch  
JuS 1963,110 ff.
- Quaritsch, Helmut Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß  
VerwArch 60,210 ff.
- Rambeck, Hans Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß  
NJW 1961,1333 ff.
- Rath, Ferdinand Verwaltungsakt und Folgenbeseitigungsanspruch  
SKV 1959,312 ff.
- Redeker, Konrad Anmerkung zu den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 7.6.1962 und vom 25.10.1962  
DVBl. 1963,509 ff.
- Reuß, Wilhelm Wirtschaftsverwaltungsrecht I. In: M.v.Brauchitsch,Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder  
Bd.VIII, Erster Halbband  
Köln-Berlin-Bonn-München 1963
- Ringe, Karl Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg vom 22.1.1958  
DVBl. 1958,834 f.
- Salzwedel, Jürgen Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung. In: Festschrift für Hermann Jahrreiß S.339 ff.  
Köln-Berlin-Bonn-München 1964  
(zitiert: Salzwedel,Gleichheitsgrundsatz)



- Schack, Friedrich      Der Eigentumsschutz gewerblicher Rechtspositionen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes  
BB 1963,1227 ff.
- Scheuner, Ulrich      Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht  
DÖV 1955,545 ff.
- Schrifttumsbesprechung: Haas, System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten  
DÖV 1955,573 f.
- Korreferat: Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff  
JuS 1961,243 ff.
- Schlochauer, Hans-Jürgen      Öffentliches Recht  
Karlsruhe 1957
- Schlusnus, Karl      Der Anspruch auf Beseitigung der Folgen aus fehlerhaften Verwaltungsakten  
jur.Diss. München 1953
- Siegmund-Schultze, Gerhard      Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten  
DVBl. 1963,745 ff.
- Siehoff, Heinz      Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch im Verwaltungsrecht  
jur.Diss. Würzburg 1960
- Spick, Hans      Der vorläufige Rechtsschutz bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten  
jur.Diss. Köln 1961
- Theune, Werner      Der Folgenbeseitigungsanspruch  
BayVBl. 1963,103 ff.

- Tietgen, Walter      Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen Dienstes. In: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Band 2, S.325 ff.
- v.Turegg, Kurt Egon      Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
3.Auflage Berlin 1956
- v.Turegg, Kurt Egon - Kraus, Erwin      Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
4.Auflage Berlin 1962
- Ule, Carl Hermann      Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17.4.1959  
DVBl. 1959,583
- Verwaltungsgerichtsbarkeit  
2.Auflage Köln-Berlin-München-Bonn 1962  
(zitiert: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit)
- Wolff, Hans J.      Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 21.5.1951  
NJW 1951,771 f.
- Rechtsgrundsätze und verfassungsge-  
staltende Grundentscheidungen als  
Rechtsquellen. In: Forschungen und Be-  
richte aus dem Öffentlichen Recht,  
Bd.6, Gedächtnisschrift für Walter  
Jellinek, S.33 ff.  
München 1955  
(zitiert: Wolff, Rechtsgrundsätze)
- Verwaltungsrecht I  
5.Auflage München und Berlin 1963  
(zitiert: Wolff, Lehrb.I)
- Zschacke, Rudolf      Die Rücknahme unanfechtbarer rechts-  
widriger belastender Verwaltungsakte  
der Leistungsverwaltung  
DVBl. 1962,322 ff.

Abkürzungsverzeichnis

AS	= Amtliche Sammlung
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
Diss.	= Dissertation
DÖD	= Der öffentliche Dienst
DWW	= Deutsche Wohnungswirtschaft
RiA	= Das Recht im Amt
Rspr.	= Rechtsprechung
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung
VerwArch	= Verwaltungsarchiv (zitiert nach Band und Seite)
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (zitiert nach Band und Seite)
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereini- gung der Deutschen Staatsrechts- lehrer
ZMR	= Zeitschrift für Miet- und Raum- recht

§ 1 Einführung in die Problematik und Abgrenzung der  
 =====  
 Untersuchung  
 =====

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist ein verhältnis-  
 mäßig junges Institut unserer Rechtsordnung. Erst nach  
 Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel ar-  
 beiteten Wissenschaft und Rechtsprechung den Anspruch her-  
 aus <sup>1)</sup>. Das Institut "als solches" <sup>2)</sup> wird heute <sup>3)</sup> allge-  
 mein anerkannt <sup>4)</sup>. Rechtscharakter, An-  
 wendungs bereich <sup>5)</sup> und Inhalt des An-  
 spruchs sowie vor allem seine Begründung sind je-  
 doch weitgehend noch ungeklärt.

BACHOF sieht in seiner grundlegenden Untersuchung über  
 den Folgenbeseitigungsanspruch auch den Erstattungsanspruch  
 als eine Form des Folgenbeseitigungsanspruchs an <sup>6)</sup>. Von der  
 neueren Rechtsprechung wird der Erstattungsanspruch jedoch  
 nicht als Folgenbeseitigungsanspruch verstanden <sup>7)</sup>.

Nach der Vonselbständigung des Erstattungsanspruchs sind  
 im Hinblick auf den Rechtscharakter des Folgenbeseitigungsan-  
 spruchs zwei Formen des Anspruchs zu unterscheiden.

Von der heutigen Rechtsprechung und einem Teil der Wis-  
 senschaft <sup>8)</sup> wird das Institut im Anschluß an einen Aufsatz

1) Vgl. im einzelnen den Überblick über Wissenschaft und  
 Rechtsprechung im 1.Kapitel.  
 2) Vgl. die Formulierung bei Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.54.  
 3) noch zweifelnd: v.Turegg S.177.  
 4) Vgl. die Nachweise bei Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.54;  
 Obermayer, JuS 63,110(113 ff.); Theune, Bay VBl. 63,103 ff.  
 5) Diesen Begriff verwendet z.B. Bettermann, DÖV 55,528(535).  
 6) Bachof, Klage S.107; vgl. auch Eyermann-Fröhler § 42 Rdn.18.  
 7) Mit vielen Nachweisen aus Wissenschaft und Rspr.:  
 BVerwGE 4,215(217 ff.) und BVerwGE 6,1(10).  
 8) Vgl. den Überblick über Wissenschaft und Rspr. im 1.Ka-  
 pitel.

BETTERMANN<sup>9)</sup> als Anspruch anerkannt, der wie der Anspruch aus § 1004 BGB auf Beseitigung von Störungen (Beeinträchtigungen) der Rechtsutellung gerichtet ist. Der seinem Rechtscharakter nach so verstandene Folgenbeseitigungsanspruch wird im folgenden mit BETTERMANN als Störungsbeseitigungsanspruch bezeichnet.

Ein Teil der Wissenschaft sowie einige Entscheidungen<sup>10)</sup> sehen im Anschluß an BACHOF'S Untersuchung in dem Institut einen Anspruch, der nicht nur auf Störungsbeseitigung sondern auch auf Entschädigung<sup>11)</sup> gerichtet ist<sup>12)</sup>. Eine klare Vorstellung vom Inhalt der Entschädigung hat sich allerdings nicht herausgebildet.

Den Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs bilden nach heute herrschender Auffassung die rechtswidrigen Folgen unwirksamer Verwaltungsakte<sup>13)</sup>.

9) DÖV 55,528 ff.

10) Es handelt sich überwiegend um ältere Entscheidungen.

11) Als Schaden wird in dieser Untersuchung jede nachteilige Folge eines Ereignisses aufgefaßt. (Vgl. Bachof, Klage S.114) Entschädigung wird verstanden als reiner Ausgleich (Kompensation) für den Eintritt eines Schadens. (Vgl. Bettermann, DÖV 55,528(529))

12) Vgl. Bachof, Klage S.129.

13) Eine Zusammenstellung der einzelnen Fallgruppen bringen Eyermann-Fröhler § 42 Rdn.18; vgl. ferner Wolff, Lehrb.I § 54 II a.

Das OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 64,242, führt aus, von einem öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch sei "bisher in Rechtsprechung und Lehre immer nur im Zusammenhang mit der Vollziehung eines später aufgehobenen, oder sonstige erledigten Verwaltungsakts gesprochen worden, der eine rechtswidrige Beeinträchtigung zur Folge hat."

Diese Formulierung zum Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs läßt allerdings unberücksichtigt, daß Rspr. und Wissenschaft vereinzelt auch rechtswidrige Folgen von sogen. schlichten Verwaltungshandlungen in den Anwendungsbereich des Anspruchs einbeziehen wollen. Vgl. Bettermann, DÖV 55,528(535); Obermayer, JuS 63,110 (114); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 42 Anm.IV 1 d; VG Frankfurt, DVBl. 60,653.

Ein gesonderter Anwendungsbereich für den auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch wird nicht angenommen.

Die Untersuchung prüft, inwieweit, d.h. mit welchem Anwendungsbereich und welchem Inhalt, der Folgenbeseitigungsanspruch als Entschädigungsanspruch begründet werden kann.

Fraglich ist, ob die Folgenbeseitigung als Entschädigung (Folgenentschädigung), falls für sie eine Begründung möglich ist, mit der Folgenbeseitigung als Störungsbeseitigung in einem Anspruch zusammenzufassen ist. Wissenschaft und Rechtsprechung kennen eine Folgenentschädigung nur in Gestalt eines derartigen komplexen Anspruchs<sup>14)</sup>. In dieser Schrift soll untersucht werden, ob ein Anspruch auf Folgenentschädigung als eigenständiger Anspruch, d.h. als Anspruch, der selbständig neben den Folgenbeseitigungsanspruch als Störungsbeseitigungsanspruch tritt, zu begründen ist. Es erscheint sinnvoller, von der Ausformung eines reinen Störungsbeseitigungsanspruchs durch Wissenschaft und Rechtsprechung auszugehen und zu untersuchen, ob die Folgenbeseitigung in dieser Gestalt durch einen reinen Entschädigungsanspruch ergänzt werden kann. Nur wenn sich ergeben sollte, daß die Voraussetzungen für eine Störungsbeseitigung und eine Folgenentschädigung dieselben sind, kann unbedenklich ein einheitlicher Anspruch angenommen werden. Andernfalls erscheint es im Interesse der Klarheit sinnvoller, den recht verschiedenartigen Elementen der Störungsbeseitigung und der Folgenentschädigung selbständige Ansprüche zuzuordnen.

Bezeichnet werden soll dieser selbständige Anspruch auf Folgenbeseitigung in Gestalt reiner Entschädigung als

14) Vgl. Bachof, Klage S.129; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.56 f.; Menger, VerwArch 50,91 f.; Wolff, Lehrb.I § 54 II a.

Folgenentschädigungsanspruch<sup>15)</sup>. Für diesen in Wissenschaft und Rechtsprechung nicht vertretenen Anspruch eine Begründung zu finden, ist das Ziel der folgenden Untersuchung.

Eine Begründung für einen Anspruch liegt nur dann vor, wenn nachgewiesen wird, daß es sich bei dem Anspruch um geltendes Recht handelt. Was geltendes Recht ist, ergeben die Rechtsquellen<sup>16)</sup>. Ein Anspruch stellt geltendes Recht dar, wenn er aus den Rechtsquellen abgeleitet werden kann<sup>17)</sup>.

Die Fragestellung der Arbeit lautet deshalb: Mit welchem Anwendungsbereich und welchem Inhalt kann der Folgenbeseitigungsanspruch als reiner Entschädigungsanspruch (Folgenentschädigungsanspruch) aus den Rechtsquellen hergeleitet werden?

Entsprechend der weitaus herrschenden Meinung<sup>18)</sup> geht die Untersuchung von einem Folgenbeseitigungsanspruch aus, dessen Anwendungsbereich die rechtswidrigen Folgen unwirksamer Verwaltungsakte bilden<sup>19)</sup>. Geprüft wird, ob neben die anerkannten öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche<sup>20)</sup>

- 15) Der Ausdruck Folgenentschädigung wird also als Oberbegriff für den Folgenentschädigungsanspruch (reiner Entschädigungsanspruch) und den in Wissenschaft und Rspr. vertretenen, auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch gebraucht.
- 16) Zum Begriff der Rechtsquelle vgl. Wolff, Lehrb.I § 24; Wolff, Rechtsgrundsätze S.33 ff.
- 17) Vgl. Wolff, Lehrb.I § 24 I b.
- 18) Vgl. Anm.13.
- 19) Eine Konsequenz dieses Ausgangspunktes ist, daß bei Folgen von schlichten Verwaltungshandlungen nur eine entsprechende Anwendung des Folgenentschädigungsanspruchs in Betracht kommt.
- 20) Die Ansprüche auf öffentlich-rechtliche Ersatzleistung, vgl. Wolff, Lehrb.I § 60.

ein weiterer selbständiger<sup>21)</sup> Entschädigungsanspruch tritt, und zwar ein Anspruch, der die Haftung der Verwaltung daran knüpft, daß der Schaden gerade als rechtswidrige Folge eines unwirksamen Verwaltungsakts entstanden ist. Nur ein derartiger Anspruch läßt sich sinnvoll als Folgenentschädigungsanspruch bezeichnen<sup>22)</sup>. Es wird demnach nicht untersucht, inwieweit andere öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche, z.B. die Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung, bei rechtswidrigen Folgen unwirksamer Verwaltungsakte eingreifen, sondern ob diese anderen Entschädigungsansprüche durch einen weiteren Anspruch zu ergänzen sind, der die Haftung der öffentlichen Hand daran knüpft, daß der Schaden gerade als rechtswidrige Folge eines unwirksamen Verwaltungsakts entstanden ist. Ferner prüft diese Schrift nicht lediglich, ob ein im Verhältnis zu den anerkannten öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen subsidiärer Anspruch sich aus den Rechtsquellen ableiten läßt. Es soll vielmehr versucht werden, einen Folgenentschädigungsanspruch zu begründen, der zu den anerkannten Entschädigungsansprüchen in Anspruchskonkurrenz tritt.

- 21) In Wissenschaft und Rspr. wird der Folgenbeseitigungsanspruch z.T. nur als Oberbegriff für andere Ansprüche, wie z.B. die Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung, angesehen, soweit diese Ansprüche die rechtswidrigen Folgen unwirksamer Verwaltungsakte beseitigen bzw. ausgleichen. Vgl. Theune, Bay VBl. 1963, 103(105); BGH, DÖV 56,156; BGH, DVBl. 63,24(25). Nach Bachof, Klage S.137 f, besteht zwischen dem Folgenbeseitigungsanspruch und dem Amtshaftungsanspruch Anspruchskonkurrenz. Wolff, Lehrb. I § 54 II a hebt für den von ihm vertretenen auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch hervor, der Anspruch sei "unabhängig von dem Enteignungsentschädigungsanspruch und dem durch schuldhaftes Rechtsverletzung bei Erlaß des Verwaltungsakts durch den Amtswalter etwa ausgelösten Schadensersatzanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG." Vgl. auch v.Turegg-Kraus S.210.
- 22) Vgl. Bachof, Klage S.98 ff. und Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 18.

Nach ihrem Rechtscharakter können der Störungsbeseitigungsanspruch und der Folgenentschädigungsanspruch wie die Ansprüche aus §§ 1004 und 823 BGB n e b e n e i n - a n d e r bestehen. Es geht deshalb nicht darum, inwieweit Störungsbeseitigungsanspruch und Folgenentschädigungsanspruch einander ausschließen. Zu untersuchen ist vielmehr, inwieweit der Störungsbeseitigungsanspruch durch einen Folgenentschädigungsanspruch e r g ä n z t werden kann.

## 1. Kapitel

### Folgenentschädigung in Wissenschaft und Rechtsprechung im Überblick

Der folgende Überblick soll in erster Linie wiedergeben, in welchen Formen <sup>1)</sup> und mit welcher Begründung <sup>2)</sup> Wissenschaft und Rechtsprechung eine Folgenentschädigung <sup>3)</sup> bejaht haben. Ein Folgenentschädigungsanspruch würde, wie bereits erwähnt, eine Ergänzung des Folgenbeseitigungsanspruchs als Störungsbeseitigungsanspruch darstellen. Auf Äußerungen in Wissenschaft und Rechtsprechung, die lediglich einen Störungsbeseitigungsanspruch vertreten <sup>4)</sup>, ist daher nur insofern näher einzugehen, als sie Gründe für die Ablehnung eines Folgenentschädigungsanspruchs vorbringen.

#### § 2 Folgenentschädigung in der Wissenschaft

=====

##### I. Die grundlegende Untersuchung zum Folgenbeseitigungsanspruch

Die grundlegende Untersuchung über den Folgenbeseitigungsanspruch <sup>1)</sup> ist BACHOF'S 1951 erschienene Schrift: "Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung"

- 1) d.h. mit welchem Anwendungsbereich und welchem Inhalt.
- 2) Für die spätere Untersuchung ist die Begründung wichtiger als die vertretene Form der Folgenentschädigung. Auf die Begründung ist daher genauer einzugehen. Zur Kritik der Begründungen vgl. unten § 6.
- 3) Zum Begriff der Folgenentschädigung vgl. oben § 1 Anm.15.
- 4) Auch der Störungsbeseitigungsanspruch wird in verschiedenen Formen vertreten. Vgl. z.B. die von Bettermann (DÖV 55,528 (535)) und Ringe (DVBL.58,834 f.) vertretenen Auffassungen.
- 1) Entsprechend der in der Einleitung gewählten Terminologie wird mit dem Begriff Folgenbeseitigungsanspruch der Störungsbeseitigungsanspruch wie auch der Folgenentschädigungsanspruch erfasst. Folgenentschädigung bedeutet dementsprechend sowohl Störungsbeseitigung als auch Folgenentschädigung.

zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts". Mit dieser Schrift beginnt die eigentliche Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs. Die Problematik der Folgenbeseitigung wurde zwar in Rechtsprechung und Wissenschaft bereits vor 1945 erkannt <sup>2)</sup>. Das Fehlen der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel schloß jedoch die Entwicklung eines auf Folgenbeseitigung gerichteten Anspruchs aus <sup>3)</sup>.

BACHOF verwendet zum erstenmal den Ausdruck Folgenbeseitigungsanspruch <sup>4)</sup>. Unter diesem Begriff faßt er Ansprüche zusammen, die nach Einführung der Generalklausel von der Rechtsprechung <sup>5)</sup> aus Billigkeitserwägungen gegeben wurden.

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist nach BACHOF auf Beseitigung der beeinträchtigenden rechtswidrigen Folgen aufgehoben oder für nichtigerklärter Verwaltungsakte gerichtet. Allerdings schränkt BACHOF den Anwendungsbereich des Anspruchs insofern ein, als nach seiner Ansicht eine Folgenbeseitigung nicht in Betracht kommt, wenn sich der betreffende Verwaltungsakt "in einer Ablehnung, Feststellung oder Gestaltung erschöpfte und daher einer Vollziehung nicht fähig war" <sup>6)</sup>. Auch den so eingegrenzten Anwendungsbereich

- 2) Eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansätze zur Lehre von der Folgenbeseitigung bringt Siehoff, Diss. S.7 ff. Mit der Frage, ob der Folgenbeseitigungsanspruch auch auf Entschädigung gerichtet sein kann, setzen sich die Dissertationen von Siehoff und Schlusnus nicht näher auseinander.
- 3) Götz, ZBR 61,135(136), bezeichnet zutreffend das durch die Generalklausel legitimierte Streben nach Lückenlosigkeit des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes als die eigentliche Wurzel des Folgenbeseitigungsanspruchs.
- 4) Ähnlich formuliert allerdings schon VG München, DVBl. 50,795.
- 5) mit Zustimmung der Wissenschaft; vgl. Bachof, Klage S.110.
- 6) a.a.O. S.98.

berücksichtigt BACHOF bei seiner Untersuchung, insbesondere bei der Begründung des Anspruchs, nur zum Teil. Er beschränkt sich auf die Fälle, in denen ein vor Bestandskraft vollzogener Verwaltungsakt wegen ursprunglicher Rechtswidrigkeit aufgehoben wurde <sup>7)</sup>.

Seinem Rechtscharakter nach sieht BACHOF den Anspruch als Entschädigungsanspruch an. Im logischen Sinne lasse sich der Vollzug eines später aufgehobenen Verwaltungsakts nicht rückgängig machen. Der Zustand, der einmal tatsächlich bestanden habe, könne nicht mit Wirkung für die Vergangenheit wieder beseitigt werden. Es könne sich nur darum handeln, die nachteiligen Folgen des aufgehobenen Verwaltungsakts mit Wirkung für die Zukunft zu beseitigen. Die nachteiligen Folgen eines Ereignisses bezeichne man aber allgemein als seinen Schaden <sup>8)</sup>.

Im Vordergrund stehe allerdings "weniger der Gedanke eines vermögensrechtlichen Ausgleichs als vielmehr einer unmittelbaren Abwehr und Beseitigung der Beeinträchtigung" der Freiheit des einzelnen <sup>9)</sup>.

Zum Inhalt der Entschädigung führt BACHOF aus, es seien nur die unmittelbaren Folgen des betreffenden Verwaltungsakts zu beseitigen. Die Entschädigungspflicht müsse auf die unmittelbaren Folgen beschränkt bleiben, weil es "die gesamte im Gemeininteresse erforderliche Tätigkeit der Verwaltung lähmen" würde, "wollte man ihr...

- 7) a.a.O. S.111 f. Bachof bezieht in seine Untersuchung also bei weitem nicht alle Fälle ein, in denen als rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte Schäden entstanden sind.
- 8) a.a.O. S.113 f.
- 9) a.a.O. S.129. In dieser Formulierung Bachofs kommen deutlich die beiden Elemente der Folgenbeseitigung, die Entschädigung und die Störungsbeseitigung, zum Ausdruck.

auch eine Ersatzpflicht für alle mittelbaren und für die Behörde im voraus nicht absehbaren Folgen aufbürden, die sie mit ihrem Verwaltungsakt gar nicht herbeiführen wollte, wenschon sie sie in Kauf nehmen mußte" 10). Regelmäßig seien die Folgen durch Naturalrestitution zu beseitigen 11).

Als "positivrechtliche Grundlage" des Anspruchs seien die in Art.20 III GG und den Landesverfassungen enthaltenen Bestimmungen über die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausreichend 12). Die Verwaltung müsse in den von ihm untersuchten Fallgruppen die weiterwirkenden nachteiligen Folgen des rechtswidrigen Verwaltungsakts beseitigen, weil sie beim vorläufigen Vollzug im öffentlichen Interesse in Kauf nehmen dürfe, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zu vollziehen 13). Nach BACHOF wird die Verwaltung von der Rechtsordnung ermächtigt, auch rechtswidrige Verwaltungsakte vor Rechtskraft zu vollziehen. Der durch den Vollzug herbeigeführte Zustand sei daher rechtmäßig, aber nur vorläufig, und werde rechtswidrig, wenn der Verwaltungsakt beseitigt werde. Die Rechtsordnung ermächtige deshalb - genau besehen - die Verwaltung bei rechtswidrigen Verwaltungsakten nur zu einem vorläufigen Vollzug und nehme eine hierdurch herbeigeführte Schädigung zu nächst in Kauf. Daher müsse die Verwaltung diese schädigenden Folgen beseitigen, weil sie bei

10) a.a.O. S.132.

11) a.a.O. S.133. Diese Betonung der Naturalrestitution entspricht dem nach der Auffassung Bachofs bei der Folgenbeseitigung im Vordergrund stehenden Gedanken einer unmittelbaren Beseitigung von Beeinträchtigungen der Freiheit des einzelnen (a.a.O. S.129).

12) a.a.O. S.128.

13) a.a.O. S.126 ff.

jeder Vollziehung eines Verwaltungsakts vor Rechtskraft damit rechnen müsse und sogar in Kauf nehmen dürfe, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zu vollziehen und dadurch einen rechtswidrigen Zustand herbeizuführen.

Ferner verweist BACHOF Jarauf, "daß auch das Zivilprozeßrecht von ähnlichen Gedankengängen beherrscht wird". BACHOF nennt die §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO 14).

Von grundlegender Bedeutung ist die Untersuchung BACHOFS, weil der Autor die Eigenart der Folgenbeseitigung herausarbeitet 15). Folgenbeseitigung ist für BACHOF nicht Beseitigung einer durch ein beliebige hoheitliches Verhalten verursachten rechtswidrigen Beeinträchtigung 16), sondern Beseitigung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung, die durch die Verwirklichung eines unwirksamen Verwaltungsaktes entstanden ist. BACHOF knüpft - das wird aus der wiedergegebenen Begründung deutlich - die Haftung nicht lediglich an das Bestehen des rechtswidrigen Zustands, sondern an dessen Herbeiführung durch einen unwirksamen 17) Verwaltungsakt. Hervorzuheben ist, daß BACHOF zwar einen Anspruch auf Folgenentschädigung vertritt, das Element der Entschädigung aber noch nicht vom Element der Störungsbeseitigung trennt 18).

14) a.a.O. S.128.

15) So zutreffend: Lerche, RIA 54,9.

16) So der von Bettermann, DÖV 55,528 ff.(534 ff.), vertretene Begriff der Folgenbeseitigung.

17) Berücksichtigt man die ex-tunc-Wirkung der Aufhebung, war der Verwaltungsakt bei seiner Verwirklichung unwirksam.

18) Vgl. (a.a.O. S.129) die Formulierung, im Vordergrund stehe "weniger der Gedanke eines vermögensrechtlichen Ausgleichs als vielmehr einer unmittelbaren Abwehr und Beseitigung der Beeinträchtigung" der Freiheit des einzelnen.

Naumann, DVBl. 51,583 f., führt in seiner Besprechung zur Schrift Bachofs zutreffend aus, die Einordnung des Folgenbeseitigungsanspruchs als Entschädigungsanspruch sei zwar möglich, treffe "aber doch nicht überall den Kern des subjektiven Rechts auf Beseitigung der tatsächlichen Folgen eines als rechtswidrig aufgehobenen Verwaltungsakts."

II. Ablehnung eines auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs

Wie schon einleitend erwähnt, geht die heute herrschende Auffassung zum Folgenbeseitigungsanspruch, die den Anspruch nicht auch als Entschädigungsanspruch, sondern lediglich als Störungsbeseitigungsanspruch auffaßt, auf einen Aufsatz BETTERMANN<sup>19)</sup> zurück.

BETTERMANN vertritt in diesem 1955 erschienen Aufsatz die Ansicht, der Folgenbeseitigungsanspruch lasse sich als Entschädigungsanspruch nicht begründen. Die Meinung BACHOFs sei abzulehnen, weil sich ein auf eine bestimmte Fallgruppe beschränkter Schadensersatzanspruch aus Art.20 III GG nicht ableiten lasse. BETTERMANN führt aus: "Wenn diese Pflicht (aus Art.20 III GG) die Verpflichtung einschließt, bei Verletzung der Pflicht Schadensersatz zu leisten, dann muß diese Schadensersatzpflicht in a l l e n Fällen eintreten, in denen die Verwaltung rechtswidrig handelt und damit ihre Pflicht zur Gesetzmäßigkeit verletzt, nicht nur in dem von BACHOF erörterten Fall, daß der Schaden durch Vollziehung eines Verwaltungsakts entsteht, der später vom Verwaltungsgericht wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben wird." Eine generelle Schadenshaftung der öffentlichen Hand für jede rechtswidrige Amtshandlung sei aber nicht anerkannt und könne auch nicht anerkannt werden<sup>20)</sup>.

Ferner versucht BETTERMANN nachzuweisen, daß die von BACHOF genannten Vorschriften der ZPO nicht geeignet seien, einen als Entschädigungsanspruch verstandenen Folgenbeseitigungsanspruch zu stützen<sup>21)</sup>.

19) DÖV 55,528 ff. Den von ihm vertretenen Störungsbeseitigungsanspruch begründet Bettermann (a.a.O. S.534 f.) durch einen Rückgriff auf den im Zivilrecht aus den §§ 12, 862, 1004 BGB entwickelten sogen. quasinegativen Wiederherstellungsanspruch. Ablehnend: v.Turegg S.177 f.

20) a.a.O. S.531.

21) a.a.O. S.531 ff.

Außer dieser Untersuchung BETTERMANNs ist eine ausführliche ablehnende Stellungnahme zur Folgenentschädigung in der Wissenschaft nicht vorhanden. Neue Argumente gegen einen Anspruch auf Folgenentschädigung werden nicht vorgebracht. Überwiegend wird überhaupt auf eine Auseinandersetzung mit der Meinung BACHOFs und der ihm folgenden Autoren verzichtet<sup>22)</sup>.

III. Anerkennung eines auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs

Wie bereits einleitend erwähnt, vertritt ein Teil der Wissenschaft einen auf Folgenentschädigung gerichteten Anspruch<sup>23)</sup>.

GÖTZ<sup>24)</sup> führt lediglich aus, der Folgenbeseitigungsanspruch sei nach seiner Entwicklung in den letzten Jahren zwar kein Entschädigungsanspruch, r e c h t s t h e o r e t i s c h bestünden jedoch keine Bedenken, den Anspruch in das Entschädigungsrecht einzuordnen.

RATH<sup>25)</sup> beschränkt sich darauf, die Auffassung BACHOFs wiederzugeben. Die neuere Rechtsprechung die neueren Stellungnahmen der Wissenschaft bleiben unerwähnt.

22) Vgl. z.B. Obermayer, JuS 63,110(113).

23) Nur auf Störungsbeseitigung gerichtet ist der Folgenbeseitigungsanspruch nach Ansicht von: Bender S.109; Bettermann, DÖV 55,528(534 ff.); MDR 57,130(131); Hegel S.87; Obermayer, JuS 63,110(113); Ringe, DVBl. 58,834f.; Scheuner, DÖV 55,545(549 f.); Schlochauer S.228; Siehoff, Diss. S.102; Tietgen in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Bd.2, S.325 (345 ff.); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 42 Anm.IV 1 d.S.138. Eine Anzahl von Autoren (vgl. z.B. Forsthoff S.239 f.; v.Turegg-Kraus S.210f.) nehmen zu der Frage, ob der Folgenbeseitigungsanspruch auch auf Entschädigung gerichtet sein kann, nicht klar Stellung.

24) ZBR 61,135(137).

25) SKV 59,312 ff.



LERCHE <sup>26)</sup> schließt sich im Hinblick auf Begründung und Rechtscharakter des Folgenbeseitigungsanspruchs vorbehaltlos BACHOF an <sup>27)</sup>. Aus der zitierten Rechtsprechung <sup>28)</sup> darf geschlossen werden, daß LERCHE über BACHOF hinaus <sup>29)</sup> auch die Folgen n a c h t r ä g l i c h rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte in den Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs einbeziehen will.

Nach DÜRIG <sup>30)</sup> ist mit BACHOF ein Folgenbeseitigungsanspruch fraglos dann anzuerkennen, wenn der Verwaltungsakt trotz der Warnfunktion eingelegter Rechtsmittel vollzogen wurde. DÜRIG beschränkt den Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs demnach auf die Folgen ursprünglich rechtswidriger Verwaltungsakte. Zur Begründung des Anspruchs führt er aus, er sehe im Folgenbeseitigungsanspruch eine S c h u l d h a f t u n g und fasse BACHOF'S Wendung vom "in Kauf nehmen" als Schuldform im technischen Sinne (dolus eventualis) auf.

MENGER <sup>31)</sup> will den Folgenbeseitigungsanspruch mit BACHOF auf Art. 20 GG stützen. Tragende Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs sei, wie bereits BACHOF herausgestellt habe, die Naturalrestitution <sup>32)</sup>. Im Hinblick auf Art. 20 GG müsse im öffentlichen Recht die Verpflichtung zur Naturalrestitution viel weitgehender sein als im Zivilrecht <sup>33)</sup>.

26) RiA 54,9 ff.  
 27) Bettermann, DÖV 55,528(531), weist mit Recht darauf hin, Lerche prüfe weder Rechtsnatur noch Rechtsgrund des Folgenbeseitigungsanspruchs.  
 28) a.a.O. S.9 Anm.10.  
 29) Bachof, Klage S.111, läßt offen, ob bei Folgen nachträglich rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte ein Folgenbeseitigungsanspruch gegeben ist.  
 30) JZ 55,521(524).  
 31) VerwArch 50,91 f.; vgl. auch VerwArch 49,84 und Gedächtnisschrift S.347 ff.  
 32) VerwArch 50,91.  
 33) VerwArch 50,92.

Nach der Ansicht MENGERS ist der Anspruch nicht nur auf Entschädigung für die unmittelbaren, sondern auch für die mittelbaren rechtswidrigen Folgen eines unwirksamen Verwaltungsakts gerichtet. BACHOF habe sich bei seiner Untersuchung bewußt auf die Vollzugsfolgen beschränkt. Inwieweit auch bei anderen Folgen ein Folgenbeseitigungsanspruch gegeben sei, habe er offen gelassen <sup>34)</sup>.

LANDMANN, GIERS, PROKSCH <sup>35)</sup> folgen im Hinblick auf die Begründung des Anspruchs genau der Auffassung BACHOF'S. Sie bezeichnen den in Art. 20 GG und den entsprechenden Bestimmungen der Länderverfassungen verankerten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als "Anspruchsgrundlage der auf Schadensersatz gehenden Folgenbeseitigungsansprüche" <sup>36)</sup>. Die neueren Auffassungen der Wissenschaft und Rechtsprechung werden überwiegend ohne zustimmende oder ablehnende Stellungnahme erwähnt. Genauer als BACHOF äußern sich LANDMANN, GIERS, PROKSCH zum Inhalt des Anspruchs <sup>37)</sup>. Herzustellen sei der Zustand, "der sich ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand entwickelt haben würde (im Gegensatz zu dem Zustand, der vor dem Schadensfall bestanden hat)". Könne der Schaden in natura nicht beseitigt werden, sei "in entsprechender Anwendung des § 249 S.2 BGB nach Wahl des Gläubigers eine gleichwertige Sache oder Ersatz in Geld zu leisten" <sup>38)</sup>. In den Anwendungsbereich des Anspruchs beziehen LANDMANN, GIERS, PROKSCH ausdrücklich auch die Fälle ein, in denen die Gründe für den Verwaltungsakt nachträglich weggefallen sind <sup>39)</sup>.

EYERMANN-FRÖHLER gehen ebenfalls von der Auffassung BACHOF'S aus <sup>40)</sup>. Im Gegensatz zu RATH, MENGER und LANDMANN, GIERS, PROKSCH nehmen sie verhältnismäßig ausführlich zur neueren Wissenschaft und Rechtsprechung Stellung <sup>41)</sup>. Der

34) VerwArch 50,91.  
 35) Landmann, Giers, Proksch S.235 ff.  
 36) a.a.O. S.238.  
 37) a.a.O. S.238 f.  
 38) a.a.O. S.238.  
 39) a.a.O. S.235.  
 40) Vgl. § 80 Rdn.55 und 63.  
 41) Vgl. a.a.O. Rdn. 57 f.

Folgenbeseitigungsanspruch wird als *U n t e r f a l l* *d e s a l l g e m e i n e n a u f o p f e r u n g s -* *a n s p r u c h s* bezeichnet 42). Ausgleich des Schadens in Geld habe zu erfolgen, soweit Naturalrestitution nicht möglich sei 43). Abzulehnen sei allerdings ein Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens 44). Es bestehe nur ein Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen des Aufopferungsrechts; das bedeute insbesondere, daß nur der unmittelbare Schaden, nicht auch der mittelbare und insbesondere nicht der entgangene Gewinn ersetzt werden könne 45). Gegeben sei der Anspruch bei einer "unmittelbaren Beschwer, die dadurch entstanden ist, daß ein Verwaltungsakt bereits vollzogen wurde..., der sich nachträglich als nichtig herausstellt, durch Urteil wegen Fehlerhaftigkeit rechtskräftig aufgehoben oder von der Behörde selbst wegen Fehlerhaftigkeit zurückgenommen wird". Der Anspruch könne aber auch eingreifen "bei einem befristeten Verwaltungsakt nach Fristablauf ... oder wenn ein ursprünglich rechtmäßiger Verwaltungsakt wegen veränderter Umstände oder aus sonstigen Rechtsgründen ... widerrufen wird". 46).

Nach WOLFF 47) folgt ein auch auf Entschädigung gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch "u n m i t t e l b a r a u s d e m R e c h t s p r i n z i p i n V e r b i n - d u n g m i t A r t . 20 III G G". Unzweifelhaft sei "der objektive Wert des Untätigkeitsinteresses der beteiligten Hoheitssubjekte geringer als der objektive Wert des Interesses des Betroffenen an der Beseitigung einer rechtswidrig geschaffenen oder gewordenen Tatsachenlage" 48). Die Höhe der Entschädigung schränkt WOLFF im Sinne BACHOFs ein. Auszugleichen seien nur die unmittelbaren Wirkungen des Verwaltungsakts 49). In den Anwendungsbereich des Anspruchs

42) a.a.O. Rdn.55.

43) a.a.O. Rdn.57.

44) a.a.O. Rdn.58.

45) § 80 Rdn.60.

46) § 42 Rdn.18.

47) Daß Wolff wie Bachof unter Beseitigung auch Entschädigung versteht, ergibt sich insbesondere aus der Formulierung, die Wirkungen des betreffenden Verwaltungsakts seien "rückgängig zu machen oder auszugleichen"(Lehrb.I § 54 IIa).

48) a.a.O. § 54 II b 2.

49) a.a.O. § 54 II a.

bezieht WOLFF sämtliche von EYERHANN-FRÖHLER erwähnten Fallgruppen ein. Ferner sei der Anspruch gegeben, wenn die Behörde es abgelehnt habe, einen bestimmten Zustand herzustellen und diese Ablehnung durch das Verwaltungsgericht als rechtswidrig aufgehoben worden sei 50).

HAAS vertritt in seiner 1955 erschienenen Schrift: "System der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflichten" einen als Folgenbeseitigungsanspruch bezeichneten Anspruch, der auf volle Entschädigung für alle durch rechtswidrige Verwaltungsakte und Verwaltungshandlungen eingetretenen Schäden gerichtet ist 51). Darüber hinaus soll auch ein Folgenbeseitigungsanspruch für Schäden gegeben sein, die durch Akte der Legislative entstanden sind 52). HAAS stützt seinen Anspruch auf die Art. 19 IV, 20, 28, 34 GG 53). Bei der Interpretation dieser Artikel weicht er von der herrschenden Meinung allerdings stark ab. Die Entschädigungspflichtung der öffentlichen Hand wird von HAAS n i c h t daran geknüpft, daß die betreffenden Schäden gerade als rechtswidrige Folge wirkungslos gewordener V e r w a l - t u n g s a k t e entstanden sind. Sein Anspruch ist also k e i n Folgenentschädigungsanspruch i m e i n g a n g s d e f i n i e r t e n S i n n e . Auf eine genaue Wiedergabe der von HAAS für seinen "Folgenbeseitigungsanspruch" gegebenen Begründung kann daher verzichtet werden 54). Argumente für oder gegen einen Folgenentschädigungsanspruch lassen sich seinen Ausführungen nicht entnehmen.

Nach der Ansicht REDEKERS 55) ist der Folgenbeseitigungsanspruch als materiell-rechtliche *q u a s i n e g a t o r i -*

50) a.a.O. § 54 II a. Nach Bachof, Klage S.98, kommt in derartigen Fällen ein Folgenbeseitigungsanspruch nicht in Betracht.

51) Haas S.65.

52) a.a.O. S.67.

53) a.a.O. S.59 f.

54) Vgl. die Besprechung der Schrift durch Scheuner, DÖV 55,573. Scheuner führt zutreffend aus, die Ausführungen von Haas seien nur *de lege ferenda* zu werten. Zustimmung: Hegel S.84.

55) DVBl. 63,509 ff.

scher Wiederherstellungsanspruch anzuerkennen, der in manchen Wechselbeziehungen zu der zivilrechtlichen restitutorischen Beseitigungsklage stehe<sup>56)</sup>. Wegen dieser Einordnung des Anspruchs überrascht es, daß REDEKER den Folgenbeseitigungsanspruch überhaupt als Entschädigungsanspruch auffaßt<sup>57)</sup>. REDEKER sieht in dem Folgenbeseitigungsanspruch einen "Ausgangspunkt für ein System der Leistungsstörungen in der Leistungsverwaltung"<sup>58)</sup>. Der Folgenbeseitigungsanspruch beschränke sich nicht nur auf die Funktion einer Beseitigung der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts. Mindestens müsse der Anspruch auch dann gelten, wenn der Verwaltungsakt zwar inhaltlich rechtmäßig erlassen wird, aber rechtswidrig zustandekommt. Der Bürger habe einen Anspruch darauf, daß über von ihm gestellte Anträge die Verwaltung innerhalb angemessener Frist entscheide. Verletze die Behörde die diesem Anspruch entsprechende Pflicht, werde also der Akt verspätet, sei es durch die Behörde selbst noch im Verwaltungsverfahren, sei es erst später auf Grund richterlicher Entscheidung erlassen, so seien hiermit Folgen verbunden, die beseitigt werden müßten. Die Behörde habe die Folgen, die durch die unangemessene Verzögerung der richtigen Entscheidung entstanden seien, durch eine angemessene Entschädigung, wie sie im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruchs im einzelnen erarbeitet worden sei, auszugleichen<sup>59)</sup>.

56) a.a.O. S.510; Redeker verweist auf Tietgen in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Bd.2, S.345 ff.

57) Daß der Folgenbeseitigungsanspruch nach Ansicht Redekers auf Entschädigung gerichtet sein soll, kann allerdings nicht zweifelhaft sein. Bei seinen Ausführungen zum Inhalt des Anspruchs spricht Redeker nämlich unter Berufung auf Bachof vom Ausgleich durch finanzielle Leistungen.

58) a.a.O. S.510.

59) a.a.O. S.510.

§.3 Folgenentschädigung in der Rechtsprechung  
=====

I. Unklarheit der Rechtsprechung im Hinblick auf den Rechtscharakter des Folgenbeseitigungsanspruchs

Seit dem Erscheinen der Schrift BACHOF<sup>1)</sup> im Januar 1951 - mit diesem Zeitpunkt beginnt, wie erwähnt, die eigentliche Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs - sind zur Frage der Folgenbeseitigung eine Fülle von Entscheidungen ergangen<sup>2)</sup>. In vielen Entscheidungen bleibt jedoch unklar, ob der vertretene bzw. erwogene Folgenbeseitigungsanspruch auch auf Entschädigung gerichtet sein kann.

Ein finanzieller Ausgleich wurde unter dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigung anscheinend nur verhältnismäßig selten begehrt<sup>3)</sup>. Eine Entscheidung, die als Folgenbeseitigung eine Geldentschädigung gewährt, ist nicht ersichtlich<sup>4)</sup>.

Zu schließen sein könnte der Rechtscharakter<sup>5)</sup> des von den Gerichten vertretenen Anspruchs aus den Formulierungen zum Inhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs. Überwiegend führen die Gerichte zum Inhalt des Anspruchs aus, die Folgen des Verwaltungsakts seien zu beseitigen oder rückgängig zu machen und der ursprüngliche bzw. rechtmäßige Zustand vor Erlaß des Verwaltungsakts müsse wie-

1) Bachof, Klage.

2) Eine Zusammenstellung der neueren Rechtsprechung bringt Theune, BayVBl. 63,103(107 f.); vgl. ferner Eyer mann-Fröhler, § 80 Rdn.54.

3) Vgl. VGH Stuttgart, DÖV 57,217; OVG Hamburg, DVBl. 58,832.

4) Vgl. Theune, BayVBl. 63,103(105). Der Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrages, den das VG Hamburg (MDR 65,957) als Folgenbeseitigungsanspruch bezeichnet, stellt schon deshalb keinen Folgenentschädigungsanspruch dar, weil es sich um die Beseitigung der Folgen eines privaten Verhaltens handelt.

5) Unter dem Rechtscharakter des Folgenbeseitigungsanspruchs wird verstanden, ob der Anspruch lediglich auf Störungsbeseitigung oder auch auf Entschädigung gerichtet ist; vgl. oben § 1.

derhergestellt werden <sup>6)</sup>. Zutreffend hebt BETTERMANN <sup>7)</sup> hervor, die Beseitigung der Folgen durch Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes könne nicht nur als Schadensersatz, sondern auch als Störungsbeseitigung beansprucht und geschuldet werden. Aus den überwiegend verwendeten Formulierungen zum Inhalt ergibt sich demnach ein bestimmter Rechtscharakter des Folgenbeseitigungsanspruchs nicht.

Da über einen Anspruch auf Geldentschädigung unter dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigung nur selten entschieden wird, gilt gleiches für den konkreten Inhalt des gewährten oder erwogenen Folgenbeseitigungsanspruchs. Die konkrete Folgenbeseitigung läßt sich in den meisten Fällen sowohl als Störungsbeseitigung wie auch als Entschädigung auffassen <sup>8)</sup>.

Ferner könnte aus dem sehr häufigen Hinweis auf die Untersuchung BACHOFS zu folgern sein, die Rechtsprechung fasse den Folgenbeseitigungsanspruch weitgehend als einen auch auf Entschädigung gerichteten Anspruch auf. In den ersten Jahren nach ihrem Erscheinen wird die Schrift in einigen Entscheidungen sogar allein zitiert <sup>9)</sup>. Die Gerichte führen die Untersuchung BACHOFS jedoch anscheinend lediglich als grundlegendes Werk über den Folgenbeseitigungsanspruch an, machen sich aber nicht die Auffassung BACHOFS in allen Punkten zu eigen <sup>10)</sup>. Das Urteil

6) Vgl. die Rspr.-Übersicht bei Bachof, Klage S.107 ff. und Eyermann-Fröhler, § 80 Rdn.54.

7) DOV 55,528(535).

8) Vgl. VG Hannover, DVBl. 62,454(455). Nach der Ansicht des VG muß, wenn die Wiederherstellung genau des früheren Zustandes nicht möglich ist, jedenfalls ein Zustand angestrebt werden, der dem früheren möglichst gleichwertig ist.

9) Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 4,78(81); LVG Braunschweig, NJW 52,240; VG Darmstadt, NJW 53,1608.

10) Der Hessische VGH, VerwRspr. 5,393(396), führt aus, den von Bachof aufgestellten Grundsätzen über den sogen. Folgenbeseitigungsanspruch sei zum Teil auch die Rechtsprechung gefolgt.

des OVG Hamburg vom 5.3.1951 <sup>11)</sup> läßt z.B. ausdrücklich offen, ob der Folgenbeseitigungsanspruch in der Art eines Schadensersatzanspruchs oder eines possessorischen Anspruchs auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands gerichtet sei; trotzdem verweist die Entscheidung auf BACHOF. Spätere Entscheidungen zitieren für den Inhalt des Folgenbeseitigungsanspruchs gleichzeitig dieses Urteil des OVG Hamburg und die Schrift BACHOFS <sup>12)</sup>. Nebeneinander werden sogar die Untersuchungen BACHOFS, BETTERMANNS und WOLFFS angeführt <sup>13)</sup>.

Aus den häufigen Hinweisen der Rechtsprechung auf die Untersuchung BACHOFS läßt sich demnach ein bestimmter Rechtscharakter des Folgenbeseitigungsanspruchs ebenfalls nicht folgern.

II. Entscheidungen, die deutlich von einem auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch ausgehen

Wie erwähnt, hat die Rechtsprechung in keinem Fall unter dem Gesichtspunkt der Folgenbeseitigung eine Geldentschädigung gewährt. Einige Entscheidungen gehen jedoch nach den verwendeten Formulierungen zweifelsfrei davon aus, daß ein Folgenbeseitigungsanspruch auch auf Entschädigung gerichtet sein kann.

Das OVG Lüneburg führt in seinem Urteil vom 20.12.1951 <sup>14)</sup> aus: "Dieser Ersatza n s p r u c h, der im Zivilrecht in den §§ 717, 945 ZFO ein gesetzlich ausgesprochenes Gegenstück findet, wird aus den allgemein geltenden Grundsätzen gefolgert, daß derjenige, der eine vorläufige Entscheidung

11) VerwRspr. 4,42(45).

12) LVG Hamburg, ZMR 57,426.

13) OVG Hamburg, DVBl. 58,832(833). Zu den sehr wesentlichen Abweichungen der Ansichten von Bachof, Bettermann und Wolff vgl. oben § 2.

14) NJW 52,440.

auf die Gefahr einer späteren Aufhebung hin vollstreckt, den dadurch einem Dritten entstandenen Schaden zu ersetzen hat."

Nach dem Beschluß des Hessischen VGH <sup>15)</sup> vom 13.3.1952 handelt es sich beim Folgenbeseitigungsanspruch "um die Frage, ob und inwieweit sich aus der gerichtlichen Aufhebung eines vor seiner Bestandskraft vollzogenen Verwaltungsakts die Verpflichtung der Behörde zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands und insofern auch zur Entschädigung ergibt".

Im Urteil des LVG Düsseldorf vom 6.11.1953 <sup>16)</sup> heißt es: "Ist die Beseitigung ... nicht sofort möglich, so ist dem Eigentümer eine entsprechende Entschädigung zu zahlen."

Zu erwähnen ist ferner das Urteil des OVG Hamburg vom 22.1.1958 <sup>17)</sup>, das sich sehr eng BACHOF anschließt und den Folgenbeseitigungsanspruch dementsprechend als Entschädigungsanspruch bezeichnet, sowie das Urteil des VG Frankfurt vom 31.5.1960 <sup>18)</sup>, in dem ausgeführt wird, der Folgenbeseitigungsanspruch habe "den Zustand herzustellen, der ohne die Verletzungshandlung bestehen würde" <sup>19)</sup>.

Hinzuweisen ist auch auf ein neueres Urteil des BGH <sup>20)</sup>, das einen Anspruch auf Folgenentschädigung bejaht, ohne diesen Anspruch allerdings für einen Folgenbeseitigungsanspruch zu halten. Es geht um die Entschädigung für Schäden, die durch den Vollzug eines Steuerarrests eingetreten sind, dessen An-

15) VerwRspr. 5,393(396 f.).

16) DÖV 55,316.

17) DVBl. 58,832(833).

18) DVBl. 60,653.

19) Auch Theune, BayVBl. 63,103(108), führt aus, daß die vom VG Frankfurt gewählte Begriffsbestimmung Raum für einen Ersatzanspruch lasse.

20) BGHZ 30,123. Vgl. die ablehnende Stellungnahme Bettermanns, JZ 60,335 ff.

ordnung nachträglich aufgehoben wurde. Nach Auffassung des BGH <sup>21)</sup> ist angesichts der "wirtschaftlich tief einschneidenden und für den Arrestschuldner sehr gefährlichen Anordnung und Vollziehung eines Steuerarrests" eine Entschädigung "im sozialen Rechtsstaat ein Gebot der Gerechtigkeit und ein unabweisbares Bedürfnis". In entsprechender Anwendung des § 945 ZPO sei der volle Schaden unter Einschluß des entgangenen Gewinns zu ersetzen. <sup>22)</sup>

Wegen der geringen Zahl der Entscheidungen und der Tatsache, daß eine Entschädigung in Geld von der Rechtsprechung nur erwogen wird, läßt sich nicht sagen, daß die Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Folgenentschädigung über BACHOF hinaus erweitert hat <sup>23)</sup>.

Aus den gleichen Gründen kann nicht von einer bestimmten Stellungnahme der Rechtsprechung zur Höhe der Entschädigung gesprochen werden.

Auf eine Begründung des Anspruchs verzichtet die Rechtsprechung z.T. überhaupt <sup>24)</sup>. Andere Entscheidungen verweisen im Anschluß an BACHOF auf rechtsstaatliche Grundsätze und die §§ 717, 945 ZPO <sup>25)</sup>. Andere als die von der Wissenschaft erwählten Gesichtspunkte werden nicht vorgebracht <sup>26)</sup>

### III. Ablehnung eines auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs

Deutlich abgelehnt wird ein auch auf Entschädigung gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch, soweit ersicht-

21) BGHZ 30,123(130).

22) Vgl. die ablehnende Stellungnahme von Eyer mann-Fröhler § 80 Rdn.52.

23) Vgl. LVG Düsseldorf, DÖV 55,316. Das Urteil hält in einer von Bachof nicht näher untersuchten Fallgruppe (vgl. Bachof, Klage S.111) einen auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch für möglich.

24) Vgl. Hessischer VGH, VerwRspr. 5,393(396 f.); OVG Hamburg, DVBl. 58,832.

25) Vgl. LVG Braunschweig, NJW 52,240; OLG Lüneburg, NJW 52,440.

26) Die Begründung in BGHZ 30,123(insbesondere 130) ist auf den Einzelfall ausgerichtet.

lich, erstmals im Urteil des OVG Stuttgart vom 11.2.1957<sup>27)</sup>. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich der Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs bereits über die von BACHOF untersuchten Fallgruppen hinaus ausgedehnt<sup>28)</sup>. Der Folgenbeseitigungsanspruch, heißt es in der Entscheidung des OVG Stuttgart, sei gerichtet auf Beseitigung der durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt verursachten unmittelbaren Beeinträchtigungen. Die Kläger beehrten aber Ersatz des Schadens, der ihnen infolge der behördlichen Maßnahmen entstanden sei. Ein solcher Anspruch sei seiner rechtlichen Natur nach kein Folgenbeseitigungsanspruch.

Diese Auffassung hat sich in der Rechtsprechung durchgesetzt<sup>29)</sup>. Auch der BGH sieht den Folgenbeseitigungsanspruch nicht als einen Anspruch an, der auf Entschädigung gerichtet sein kann<sup>30)</sup>.

Hervorzuheben ist allerdings, daß in der Rechtsprechung eine auf eine Begründung gestützte Ablehnung des auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs fehlt.

27) DÖV 57,217(220).

28) Vgl. Loppuch, NJW 55,117 f., mit Nachweisen aus der Rspr.

29) So auch Theune, BayVBl. 63,103(107 f.), mit vielen Nachweisen, sowie Götz, ZBR 61,135 ff.(137). Vgl. als Beispiel für die neueste Rechtsprechung: OVG Münster in MDR 64,954 (955).

30) BGH in DVBl. 63,24 (25). Den in BGHZ 30,130 gewährten Entschädigungsanspruch hält der BGH nicht für einen Folgenbeseitigungsanspruch; vgl. oben S.22.

§ 4 Zusammenfassung

=====

Von den zwei Elementen der Folgenbeseitigung, der Störungsbeseitigung und der Entschädigung, die neben der Erstattung<sup>1)</sup> schon in BACHOFs grundlegender Untersuchung zum Ausdruck kommen, hat sich in der Rechtsprechung und einem Teil der Wissenschaft lediglich das Element der Störungsbeseitigung durchgesetzt. Häufig lassen allerdings Rechtsprechung wie Wissenschaft den Rechtscharakter des vertretenen Folgenbeseitigungsanspruchs nicht deutlich werden.

Das Element der Entschädigung wird ganz überwiegend nicht ausdrücklich abgelehnt. Eine auf eine Begründung gestützte Ablehnung des auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs findet sich in der Wissenschaft lediglich bei BETTERMANN. In der Rechtsprechung fehlt eine begründete Ablehnung überhaupt. Ein Folgenbeseitigungsanspruch, der nur auf Entschädigung gerichtet ist, wird weder in der Wissenschaft noch in der Rechtsprechung vertreten.

Wissenschaft und Rechtsprechung beschränken den Anwendungsbereich des auch als Entschädigungsanspruch verstandenen Folgenbeseitigungsanspruchs nicht auf die von BACHOF näher untersuchten Folgen von durch Aufhebung unwirksam gewordenen ursprünglich rechtswidrigen Verwaltungsakten.

Von einer bestimmten Stellungnahme der Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des Anspruchs läßt sich wegen der geringen Anzahl der Entscheidungen nicht sprechen.

1) Zur Ausgliederung des Elements der Erstattung vgl. oben § 1.

In der Wissenschaft wird ein auch auf Entschädigung gerichteter Folgenbeseitigungsanspruch in allen Fällen vertreten, in denen Schäden als rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte eintreten. Im Gegensatz zur Auffassung BACHOFs werden insbesondere auch die Folgen rechtsgestaltender Verwaltungsakte in den Anwendungsbereich des Anspruchs einbezogen.

Als Inhalt des Anspruchs wird im Anschluß an BACHOF weitgehend eine Entschädigung für die unmittelbaren Folgen des betreffenden unwirksamen Verwaltungsakts angesehen.

Eine einheitliche Begründung für den auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch hat sich in Wissenschaft und Rechtsprechung nicht herausgebildet. Überwiegend wird zur Begründung des Anspruchs auf Art. 20 GG verwiesen. Ferner übernehmen Wissenschaft und Rechtsprechung weitgehend BACHOFs Argument, die Verwaltung müsse haften, weil sie beim sofortigen Vollzug im öffentlichen Interesse in Kauf nehmen dürfe, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt durchzuführen.

Voraussetzungen und Methode für die Ableitung eines Folgenentschädigungsanspruchs aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates

§ 5 Ableitung aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates  
 =====  
 durch den Nachweis, daß der Ausschluß eines Folgenentschädigungsanspruchs mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar wäre  
 =====

Mit Recht führen Wissenschaft und Rechtsprechung die öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche auf das Prinzip des sozialen Rechtsstaates zurück <sup>1)</sup>. Letztlich verwirklicht das Entschädigungsrecht zwar Forderungen der materiellen Gerechtigkeit <sup>2)</sup>. Im Prinzip des sozialen Rechtsstaates - genauer: in bestimmten Elementen <sup>3)</sup> des Prinzips, die im Sinne der Rechtsquellenlehre Fundamentalnormen <sup>4)</sup> darstellen - werden diese Forderungen der materiellen Gerechtigkeit jedoch konkretisiert.

Enthält die Rechtsordnung einen Folgenentschädigungsanspruch, muß auch dieser Anspruch auf das Rechtsstaatsprinzip zurückgehen. Es liegt daher nahe, einen Folgenentschädigungsanspruch durch Ableitung aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates als geltendes Recht nachzuweisen.

- 
- 1) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen S.77; Menger, VerwArch 50,91 f.; BGHZ 30,123 (130); BVerwG in DVBl. 60,255 (256).
  - 2) Wolff, Lehrb.I § 60 I a und § 54 II b 2.
  - 3) Solche Elemente sind z.B. die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht (vgl. BVerfGE 2,380 (403)), der Gleichheitssatz (vgl. BVerwGE 1,159 (162)) und der von Wolff (Lehrb. I § 44 III a) angeführte Rechtsgrundsatz.
  - 4) Vgl. Wolff, Rechtsgrundsätze S.36.

Wegen der sogen. Rangordnung der Rechtsquellen<sup>5)</sup> käme die Ableitung eines Folgenentschädigungsanspruchs aus diesem Prinzip jedoch nicht in Betracht, wenn der Anspruch bereits Gewohnheitsrecht darstellen würde oder aus einem geschriebenen Rechtsatz hergeleitet werden könnte.

Ein Anspruch auf Folgenentschädigung wird von der heutigen Rechtsprechung und einem Teil der Wissenschaft nicht vertreten<sup>6)</sup>. Die gewohnheitsrechtliche Geltung eines Folgenentschädigungsanspruchs scheidet daher aus.

Die Ableitung eines derartig allgemeinen Entschädigungsanspruchs, wie ihn der Folgenentschädigungsanspruch darstellen soll<sup>7)</sup>, aus einem bestimmten Rechtssatz<sup>8)</sup> kommt nicht in Betracht<sup>9)</sup>.

Nach der Lehre von der Rangordnung der Rechtsquellen könnte daher der Folgenentschädigungsanspruch durch Ableitung

5) Vgl. Wolff, Lehrb. I § 26; Wolff, Gedächtnisschrift, S. 33 f. (S. 47); Böckenförde S. 80.

6) Vgl. den Überblick im 1. Kapitel.

7) Vgl. oben § 1.

8) Zu den Begriffen Rechtssatz und Rechtsgrundsatz vgl. Wolff, Gedächtnisschrift S. 33 ff. (insbes. S. 44). Das Institut der (allgemeinen) Aufopferung stellt keinen Rechtssatz, sondern einen Rechtsgrundsatz dar (vgl. Wolff, Gedächtnisschrift S. 33 ff. (41 f.)). Dieser Rechtsgrundsatz ist im Prinzip des sozialen Rechtsstaates enthalten. Als Rechtssatz können nur bestimmte Ausgestaltungen der Aufopferung, wie z. B. der vom BGH anerkannte Anspruch bei unmittelbarer Verletzung des Körpers, angesehen werden. (Eine Zusammenstellung anderer Ausformungen der Aufopferung bringt Scheuner, JuS 61, 243 (247 f.)). Die Ableitung eines Folgenentschädigungsanspruchs aus diesen Ausgestaltungen der Aufopferung kommt nicht in Betracht. Nach der Auffassung des BGH (BGHZ 30, 123 (125)) soll eine Aufopferungsentschädigung nur einen nicht vermögenswerten Schaden ausgleichen.

9) So im Ergebnis auch Menger, VerwArch 50, 91 f., und Wolff, Lehrb. I § 54 II b 2. Ob bei der Ableitung des Anspruchs aus einer Fundamentalnorm bestimmte Rechtssätze herangezogen werden können, ist eine andere Frage.

aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates zu begründen sein.

In dieser Schrift soll, wie bereits ausgeführt, untersucht werden, ob ein von den anerkannten öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüchen unabhängiger Folgenentschädigungsanspruch als geltendes Recht anzusehen ist<sup>9a)</sup>. Es ist daher nicht erforderlich, hier darzustellen, inwieweit bereits die anerkannten öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche bei rechtswidrigen Folgen unwirksamer Verwaltungsakte eingreifen.

Der Folgenentschädigungsanspruch wäre geltendes Recht, wenn er sich zwingend aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates herleiten ließe.

Zutreffend führt WOLFF aus, ein Rechtssatz sei nur dann zwingend aus einer Fundamentalnorm hergeleitet, wenn auch der Gesetzgeber wegen der betreffenden Fundamentalnorm nicht die Möglichkeit einer anderen Regelung habe<sup>10)</sup>. Andernfalls könnten nämlich Rechtsprechung und Exekutive durch unmittelbare Berufung auf die Fundamentalnormen die dem Gesetzgeber zgedachten Gestaltungsmöglichkeiten an sich ziehen und so den Gesetzgeber überspielen<sup>11)</sup>. Ein Folgenentschädigungsanspruch ist demnach geltendes Recht, soweit das Prinzip des sozialen Rechtsstaates dem Gesetzgeber den Ausschluß des Anspruchs verwehrt.

Es ist also zu klären, unter welchen Voraussetzungen das Rechtsstaatsprinzip dem Gesetzgeber den Ausschluß bzw. Einschränkungen eines Folgenentschädigungsanspruchs verbietet. Das Prinzip des sozialen Rechtsstaates verpflichtet die Verwaltung, materiell gerechte soziale Verhältnisse herzustellen<sup>12)</sup>. Diese Verpflichtung muß insbesondere dann bestehen, wenn die Verwaltung unter

9a) Vgl. oben S. 7 f.

10) Wolff, Rechtsgrundsätze S. 45. Vgl. für den Gleichheitssatz: Böckenförde S. 86 f.

11) In der Praxis bleibt allerdings insbesondere der Rspr. häufig keine andere Wahl als die ihr von der Verfassung gezogenen Grenzen zu überschreiten (vgl. Wolff, Rechtsgrundsätze S. 46). Zutreffend weist Böckenförde (S. 89 f.) auf die Vorteile der Anwendung des Gleichheitssatzes durch die Rspr. hin.



Verletzung ihrer Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG)<sup>13)</sup> hoheitlich einen Schaden<sup>14)</sup> herbeigeführt hat, und es nun um den Ausgleich dieses Schadens geht. Aus der Verpflichtung der Verwaltung zur Herstellung materiell gerechter sozialer Zustände könnte deshalb zu folgern sein, die öffentliche Hand müsse für alle als rechtswidrige Folge hoheitlichen Verhaltens eingetretenen Schäden - also auch für alle Schäden, die eine rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte darstellen - volle Entschädigung gewähren. Im sozialen Rechtsstaat müsse auch ein entsprechender Anspruch des Betroffenen bestehen<sup>15)</sup>. Das Prinzip des sozialen Rechtsstaates verbiete daher dem Gesetzgeber, einen bei allen rechtswidrigen Folgen unwirksamer Verwaltungsakte gegebenen und auf volle Entschädigung gerichteten Folgenentschädigungsanspruch auszuschließen<sup>16)</sup>.

Eine solche Folgerung aus dem Rechtsstaatsprinzip läßt jedoch den Grundsatz der Sozialpflichtigkeit außer acht. Dieser Grundsatz besagt, daß der Staat seinen Bürgern Opfer auferlegen darf<sup>17)</sup>.

Fraglich ist, in welchen Grenzen der öffentlichen Hand die Durchführung der Sozialpflichtigkeit gestattet ist. Daß der Gesetzgeber in Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit weitgehend auf die Realisierung der materiellen Gerechtigkeit verzichten darf, kann jedenfalls nicht zweifelhaft sein. Im Entschädigungsrecht kommt die Durchführung der Sozialpflichtigkeit z.B. bei der Bemessung der Enteignungsentschädigung in Betracht. Der materiellen Gerechtigkeit würde es entsprechen, die durch das Abverlangen des Sonderopfers verletzte materielle Gleichheit in jedem Fall durch volle

12) Vgl. Wolff, Lehrbuch I § 11 II b 3; und Zschacke, DVBL. 62, 322 (324), mit weiteren Nachweisen.

Von dieser allgemeinen Formulierung soll ausgegangen werden, weil konkretere Inhaltsbestimmungen des Begriffs streitig sind.

13) Diese Bindung ist im Prinzip des sozialen Rechtsstaats enthalten; vgl. Anm. 5.

14) Zum Begriff des Schadens und der Entschädigung vgl. oben § 1, Anm. 11.

15) Vgl. BVerwGE 1, 159 (162).

16) So im Ergebnis Haas, insbes. S. 65.

Entschädigung wiederherzustellen. Da die Entschädigung unter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Interessen der Beteiligten zu bestimmen ist, kann der Gesetzgeber aber, wie der BGH<sup>18)</sup> mit Recht ausführt, den Betroffenen zumuten, Nachteile entschädigungslos auf sich zu nehmen<sup>19)</sup>. Zutreffend weist WOLFF darauf hin, daß die Verpflichtung der Verwaltung zur Herstellung materiell gerechter sozialer Zustände ein Ideal darstelle<sup>20)</sup>.

Zwischen diesem Ideal und dem Grundsatz der Sozialpflichtigkeit besteht ein Spannungsverhältnis. Das Entschädigungsrecht beruht auf einer Abwägung<sup>21)</sup> zwischen der Verwirklichung des Ideals und der Realisierung der Sozialpflichtigkeit.

Ein Folgenentschädigungsanspruch ist nur dann aus dem Rechtsstaatsprinzip zwingend abgeleitet, wenn nachgewiesen wird, daß der Gesetzgeber, würde er eine auf diese Abwägung basierende Regelung der Entschädigung für rechtswidrige Folgen von unwirksamen Verwaltungsakten vornehmen, einen bestimmten Folgenentschädigungsanspruch nicht ausschließen dürfte.

18) NJW 64, 1227 (1228).

19) Zu Recht hebt allerdings Schack (BB 63, 1227 (12327)) hervor, der BGH betone zwar immer wieder, die Enteignungsentschädigung sei ein bloßer Ausgleich, kein Schadenersatz, und gehe daher nicht notwendig auf vollen Ersatz des zugefügten Schadens mit allen seinen Folgen, wie insbesondere auf Entschädigung auch für den entgangenen Gewinn. Eine Nachprüfung der Rspr. des BGH ergebe aber, daß dieser auch in das Schrifttum übergegangene Satz nur sehr eingeschränkt zutrefte. Nach der Rspr. des BGH seien nämlich die mit dem betroffenen Objekt verbundenen Folgeschäden stets zu entschädigen. Im Objekt begründeter entgangener Gewinn sei daher stets zu ersetzen und nur gewisse, in der Person des betroffenen Eigentümers (in persönlichen Verhältnissen, Eigenschaften und Fähigkeiten) begründete Folgeschäden seien von der Ersatzpflicht ausgenommen.

20) Vgl. Wolff, a.a.O. § 11 II b 3.

21) Zutreffend führt das Bundesverwaltungsgericht (NJW 61, 1130 (1131)) aus, das Prinzip des Abwägens beherrsche das gesamte Verwaltungsrecht und habe hier etwa dieselbe hervorragende Bedeutung wie der Grundsatz von Treu und Glauben im bürgerlichen Recht.

Dieser Nachweis könnte durch Berücksichtigung des Gleichheitssatzes zu erbringen sein <sup>22)</sup>.

An den Gleichheitssatz - es handelt sich um eine im Prinzip des sozialen Rechtsstaates enthaltene Fundamentalnorm - ist der Gesetzgeber nämlich auch bei der Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit gebunden <sup>23)</sup>. Er darf daher einen Entschädigungsanspruch nicht ausschließen, ihn von bestimmten (erschwerenden) Voraussetzungen abhängig machen oder die Höhe der Entschädigung begrenzen, wenn er dadurch gegen den Gleichheitssatz verstoßen würde.

Für die Begründung eines Folgenentschädigungsanspruchs ist also nachzuweisen, inwieweit die Bindung an den Gleichheitssatz dem Gesetzgeber verwehrt, in Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit einen Folgenentschädigungsanspruch auszuschließen.

Es liegt nahe, diesen Nachweis mit Hilfe der anerkannten öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche zu führen. In Betracht kommen aber auch Rechtssätze außerhalb des Entschädigungsrechts. Möglicherweise fordert nämlich der Gleichheitssatz die Ergänzung derartiger Rechtssätze durch einen bestimmten Folgenentschädigungsanspruch. Die Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit durch den Ausschluß dieses Anspruchs würde dann gegen den Gleichheitssatz verstoßen <sup>24)</sup>.

22) Zum Inhalt des Gleichheitssatzes vgl. Wolff, Lehrbuch I § 30 I b 2 und Böckenförde S.33 ff.

23) Vgl. Wolff, Lehrb. I § 60 I a 2.

24) Die Ableitung eines Folgenentschädigungsanspruchs könnte auch auf eine durch das Prinzip des sozialen Rechtsstaates garantierte Mindesthaftung (vgl. Lerche, JuS 61, 237 (240) der öffentlichen Hand zu stützen sein. Eine Mindesthaftung würde bedeuten, daß die Entschädigungspflicht der öffentlichen Hand insoweit auch ohne Rücksicht auf den Gleichheitssatz nicht als Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit eingeschränkt werden dürfte.

Eine derartige Ableitung eines Folgenentschädigungsanspruchs kann aber nur in Betracht kommen, wenn man mit Haas (S.59 f.) eine von der h.M. abweichende Interpretation der Art. 19, 20, 28 und 34 GG zugrundelegt. Bei einer Interpretation dieser Vorschriften im Sinne der h.M. läßt

Für die Ableitung eines Folgenentschädigungsanspruchs aus den Rechtsquellen ergibt sich demnach folgendes:

Als Rechtsquelle ist bei der Ableitung vom Prinzip des sozialen Rechtsstaates auszugehen.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip ist ein bestimmter Folgenentschädigungsanspruch zwingend abgeleitet, wenn nachgewiesen ist, daß auch der Gesetzgeber diesen Folgenentschädigungsanspruch nicht ausschließen kann, ohne gegen dieses Prinzip zu verstoßen.

Da der Gesetzgeber zwar in Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit das Rechtsstaatsprinzip weitgehend nicht zu realisieren braucht, dieses Prinzip jedoch verletzt, wenn er bei der Durchführung der Sozialpflichtigkeit gegen den Gleichheitssatz verstößt, muß nachgewiesen werden, daß Ausschluß oder Einschränkung eines Folgenentschädigungsanspruchs eine mit dem Gleichheitssatz nicht zu vereinbarende Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit darstellen.

Für diesen Nachweis sind nicht nur Rechtssätze des Entschädigungsrechts, sondern Institute der gesamten Rechtsordnung heranzuziehen.

sich nicht nachweisen, daß der Gesetzgeber mit dem Ausschluß eines Folgenentschädigungsanspruches die vom Grundgesetz als Element des sozialen Rechtsstaates geforderte Mindesthaftung der öffentlichen Hand einschränken würde.

§ 6 Nachweis durch die Begründungen, die Wissenschaft und  
Rechtsprechung für einen auch auf Entschädigung ge-  
richteten Folgenbeseitigungsanspruch geben

Die Begründungen der Wissenschaft bestehen z.T. nur aus dem Hinweis auf das Rechtsprinzip und Art. 20 GG<sup>1)</sup>. Weshalb die Rechtsordnung ohne Folgenentschädigung nicht dem Rechtsprinzip und Art. 20 GG entspricht, wird nicht ausgeführt<sup>2)</sup>. Den Nachweis, daß es dem Gesetzgeber verwehrt ist, eine bestimmte Form der Folgenentschädigung als Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit auszuschließen, können diese Begründungen deshalb nicht erbringen.

Weitgehend<sup>3)</sup> wird zur Begründung BACHOF'S Überlegung herangezogen, die öffentliche Hand müsse Entschädigung leisten, weil sie beim sofortigen Vollzug im öffentlichen Interesse in Kauf nehme, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zu vollziehen<sup>4)</sup>. BACHOF weist jedoch nicht nach, daß der Gesetzgeber bei Schäden, die rechtswidrig entstanden sind<sup>5)</sup>, weil die Verwaltung im öffentlichen Interesse in Kauf genommen hat, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt zu vollziehen, in keinem Fall<sup>6)</sup> einen Entschädigungsanspruch ausschließen kann. Seine Überlegung ist deshalb nur als Billigkeitserwägung zu werten.

- 1) Vgl. Menger, VerwArch 50,91f.; Wolff, Lehrb. I § 54 II b 2.
- 2) Gleiches gilt für den Hinweis auf den Rechtsgrundsatz der Aufopferung bei Eyer mann-Fröhler § 80 Rdn. 55.
- 3) Vgl. oben §§ 2 und 3.
- 4) Bachof, Klage S.126 ff.
- 5) Zutreffend führt Hegel (S.82) aus, der Vollzug sei zwar formell rechtmäßig, materiell jedoch rechtswidrig.
- 6) D.h. auch wenn die Voraussetzungen der sogen. öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen nicht vorliegen.

BACHOF ergänzt seine Begründung durch den Hinweis, auch das Zivilrecht werde von ähnlichen Gedankengängen beherrscht. Genannt werden die §§ 302 IV, 600 II, 717 II und 945 ZPO<sup>7)</sup>. Als eigenständige Begründung im Sinne einer analogen Anwendung dieser Vorschriften will BACHOF diesen Hinweis anscheinend nicht verstanden wissen. Daß eine entsprechende Anwendung nicht möglich ist, weist BETTERMANN<sup>8)</sup>, gestützt auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, ausführlich und überzeugend nach. Einer analogen Anwendung steht insbesondere entgegen, daß die Interessenlage wesentlich anders ist, wenn das öffentliche Interesse die Herbeiführung einer Gefahrenlage für Zivilpersonen fordert, als wenn eine Privatperson eine Gefahrenlage für eine andere Privatperson herbeiführt<sup>9)</sup>.

DÜRIG<sup>10)</sup> will in Weiterführung von BACHOF'S Begründung im Folgenbeseitigungsanspruch eine Schuldhafung sehen. Eine Verschuldenshaftung wegen der "Warnfunktion der eingelegten Rechtsmittel" kann jedoch schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil das Verfahrensrecht im öffentlichen Interesse der Behörde ausdrücklich gestattet, den Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts in Kauf zu nehmen<sup>11)</sup>.

In welcher Weise mit Hilfe des zivilrechtlichen Beseitigungsanspruchs, auf den REDEKER<sup>12)</sup> verweist, der Nachweis zu erbringen sein könnte, daß der Gesetzgeber einen bestimmten Folgenentschädigungsanspruch nicht ausschließen kann, ist nicht ersichtlich.

Wissenschaft und Rechtsprechung weisen demnach nicht nach, daß der Gesetzgeber einen bestimmten Folgenentschädigungsanspruch nicht ausschließen kann.

- 7) Bachof, Klage S.128 f.
- 8) DOV 55,528(531 ff.).
- 9) Vgl. Bettermann, a.a.O. S.533.
- 10) JZ 55,521(524).
- 11) Zutreffend weist Hegel, S.82, darauf hin, daß der Vollzug f o r m e l l rechtmäßig ist.
- 12) DVBl. 63,509 f.

§ 7. Nachweis mit Hilfe der Institute des vorläufigen  
Rechtsschutzes  
=====

Den Verwaltungsakt unterscheidet von den sogenannten schlichten Verwaltungshandlungen das Merkmal der "R e g e - l u n g". Mit einem Verwaltungsakt kann die betreffende Behörde einseitig und potentiell verbindlich bestimmen, was für eine Zivilperson im Einzelfall Rechtens sein soll <sup>1)</sup>. Die Rechtsstellung des Betroffenen wird deshalb durch einen Verwaltungsakt stärker beeinträchtigt als durch eine schlichte Verwaltungshandlung.

Damit die Verwaltung ihre Aufgaben erfüllen kann, hat der Verwaltungsakt eine besondere W i r k u n g s - k r a f t <sup>2)</sup>. Sie führt dazu, daß auch die r e c h t - l i c h <sup>3)</sup> u n w i r k s a m e Regelung eines Verwaltungsakts bis zur Aufhebung oder Feststellung der Unwirksamkeit des Verwaltungsakts durch Behörde oder Verwaltungsgericht f a k t i s c h w i r k s a m sein kann. Die Ü b e r l e - g e n h e i t hoheitlicher Gewalt, wie sie in der Regelung eines Verwaltungsakts in Erscheinung tritt, kann daher wegen der rechtlichen Ausgestaltung des Verwaltungsakts f a k - t i s c h auch bei unwirksamen Verwaltungsakten gegeben sein.

Durch diese Ausgestaltung des Verwaltungsakts <sup>4)</sup> entsteht deshalb in besonderem Maße die G e f a h r, daß auch (rechtlich) u n w i r k s a m e R e g e l u n g e n v e r - w i r k l i c h t werden und der Betroffene dadurch erheblichen Schaden erleidet. Die Gefahr besteht insbesondere, wenn

- 1) Vgl. Wolff, Lehrb.I § 46 V a.
- 2) Vgl. im einzelnen Wolff, a.a.O. § 50 I a.
- 3) Wolff, a.a.O. § 50 I a und b, will offenbar auch einen mit ex-tunc-Wirkung aufgehobenen Verwaltungsakt bis zu dieser Aufhebung nicht nur als f a k t i s c h, sondern auch als r e c h t l i c h wirksam bezeichnen.
- 4) Unter "unwirksam" wird in dieser Arbeit, wenn besondere Angaben fehlen, "rechtlich unwirksam" verstanden.

die Unwirksamkeit rückwirkend eintritt. Sie ist aber z.B. auch dann gegeben, wenn bei bedingten Verwaltungsakten der Bedingungseintritt zweifelhaft ist.

Schutz gegenüber dieser Gefährdung durch das Übergewicht hoheitlicher Gewalt, wie es beim Erlaß von Verwaltungsakten in Erscheinung tritt, bieten die Institute des vorläufigen Rechtsschutzes <sup>5)</sup>. Suspensiveffekt und einstweilige Anordnung geben dem Betroffenen die Möglichkeit, Schäden, die eine rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte darstellen, zu verhindern. Ein Folgenentschädigungsanspruch kommt in Betracht, soweit als rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte Schäden entstanden sind, w e i l d i e s e M ö g l i c h k e i t d e r S c h a - d e n s v e r h ü t u n g d e m B e t r o f f e n e n v o n d e r R e c h t s o r d n u n g n i c h t g e - g e b e n w u r d e.

Die Auferlegung des Schadenseintritts in derartigen Fällen im Gegensatz zu den Fällen, in denen Suspensiv-effekt und einstweilige Anordnung zur Verfügung stehen, könnte nämlich gegen den Gleichheitssatz verstoßen. Die verletzte Gleichheit k ö n n t e d u r c h e i n e n F o l g e n e n t s c h ä d i g u n g s a n s p r u c h w i e d e r h e r z u s t e l l e n s e i n <sup>6)</sup>. Wegen seiner Bindung an den Gleichheitssatz dürfte dann auch der Gesetzgeber diesen Folgenentschädigungsanspruch nicht ausschließen. Der Anspruch wäre also geltendes Recht.

Diesen Überlegungen entsprechend ist im folgenden zunächst zu prüfen, wann als rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte Schaden eintritt, weil die Rechtsordnung

- 5) Zutreffend führt Wolff, NJW 51,771(772), aus, die auf-schiebende Wirkung des Rechtmittels finde "ihre Rechtfertigung insbesondere darin, daß die Verwaltungsbehörde dem Adressaten des Verwaltungsakts gegenüber tatsächlich erheblich überlegen ist (Vorjustiz!)".
- 6) Vgl. Wolff, Lehrb.I § 60 I b 3.

dem Betroffenen die Möglichkeit der Schadensverhinderung mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes nicht gibt.

Anschließend ist zu untersuchen, ob die Auferlegung dieses Schadenseintritts gegen den Gleichheitssatz verstößt, und ob die Gleichheit durch einen Folgenentschädigungsanspruch wiederherzustellen ist.

### 3. Kapitel

#### Eintritt von Schäden, die eine rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte darstellen, auf Grund der Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes

#### § 8 Grundgedanken des vorläufigen Rechtsschutzes und Bedeutung des öffentlichen Interesses

Der in den §§ 80 und 123 VwGO geregelte vorläufige Rechtsschutz soll die Zivilperson bis zur endgültigen Entscheidung des Verwaltungsgerichts vor Schäden bewahren, die durch Verwirklichung eines Verwaltungsakts entstehen. Er verhindert die Vorleistungspflicht der Zivilperson und stellt dadurch das im Rechtsstaat gebotene Gleichgewicht zwischen öffentlicher Gewalt und Zivilperson wieder her <sup>1)</sup>.

Zutreffend bezeichnet die Rechtsprechung <sup>2)</sup> den Suspensiveffekt als Grundnorm der Verwaltungsrechtspflege im Rechtsstaat <sup>3)</sup>. Der durch Suspensiveffekt und einstweilige Anordnung gewährleistete vorläufige Rechtsschutz bedeutet ein Wesensmerkmal des in Art. 19 IV S.1 GG garantierten Verwaltungsrechtsschutzes <sup>4)</sup>.

Der Suspensiveffekt ist bei Widerspruch und Anfechtungsklage gegeben. Er verhindert vorläufig einen Einbruch in die Rechtssphäre des Betroffenen, eine Schmälerung der

1) Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.3; vgl. oben § 7 Anm.5.

2) BayVGh in BayVBl.63,191 und BayVBl.64,94(95).

3) Ähnlich nennt Böhm, DÖV 57,21, den Suspensiveffekt das "Kernstück des herrschenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsystems und zugleich Ausdruck rechtsstaatlichen Denkens".

4) So für den Suspensiveffekt: Quaritsch, VerwArch 60, 210(219); Siegmund-Schultze, DVBl. 63,745(749); BVerwGE 1,11; 16,289(292); OVG Lüneburg, VerwRspr.9, 181(195); BGH, DÖV 56,413 f.

bestehenden Rechtsposition 5).

Die einstweilige Anordnung kommt bei den übrigen Klagearten in Betracht 6). Sie dient der vorläufigen Erweiterung der Rechtsstellung 7).

Ob die Rechtsordnung dem Betroffenen vorläufigen Rechtsschutz gewährt, ist das Ergebnis einer Abwägung von öffentlichem 8) und privatem Interesse 9). Überwiegt das öffentliche Interesse, greifen die Institute des vorläufigen Rechtsschutzes nicht ein.

Ein Schaden, der als die rechtswidrige Folge eines unwirksamen Verwaltungsakts eingetreten ist, weil nach der Rechtsordnung die Möglichkeit der Schadensverhinderung mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes ausgeschlossen war, ist also immer entstanden, weil das öffentliche Interesse die Verwirklichung des betreffenden Verwaltungsakts forderte, obwohl die verbindliche Feststellung seiner Unwirksamkeit noch möglich war.

5) BayVGH, BayVBl. 62,324.

6) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit § 123 I mit zahlreichen Beispielen aus Rechtsprechung und Wissenschaft zu den verschiedenen Klagearten; ferner: Quaritsch, VerwArch 60,210(219 ff.).

7) BayVGH, BayVBl. 62,324.

8) Zum Begriff des öffentlichen Interesses vgl. Wolff, Lehrb.I § 29 III.

9) Vgl. Bachof, Klage S.127 f.; Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.47; Klinger § 80 Anm.C 4 und § 123 Anm. B 2; Quaritsch, VerwArch 60,210(258); Rambeck, NJW 61,1333; Ringe, DVBl.58,378(381); OVG Bremen, NJW 63,1842; Hess.VGH in DVBl. 59,143(144) und VerwRspr.12,118(119); OVG Lüneburg, VerwRspr.9,881(889); OVG Münster, DVBl.64,122(123).

§ 9 Die im öffentlichen Interesse vorgenommenen Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes im einzelnen

Hervorzuheben 1) ist, daß bei den mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse durchgeführten Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes gegenüber unwirksamen Verwaltungsakten weder die Art des betreffenden Verwaltungsakts noch der Zeitpunkt von Bedeutung ist, von dem ab der betreffende Verwaltungsakt rechtswidrig und (oder) unwirksam wurde.

Vor Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung war sehr streitig, ob der Suspensiveffekt auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten gegeben sei 2). Heute regelt § 80 I VwGO ausdrücklich, daß Widerspruch und Anfechtungsklage auch bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten aufschiebende Wirkung haben. Unstreitig kann der Suspensiveffekt auch bei allen anderen Arten von Verwaltungsakten, falls gegen sie eine Anfechtungsklage erhoben werden muß, eingreifen 3).

Soweit der Suspensiveffekt nicht eintreten kann, weil der Betroffene gegen den Verwaltungsakt nicht mit einer Anfechtungsklage, sondern mit einer anderen Klageart vorgehen muß, kommt - ebenfalls unstreitig - ohne Beschränkung auf bestimmte Arten des Verwaltungsakts die einstweilige Anordnung in Betracht 4).

1) Wegen der Konsequenzen für den Anwendungsbereich eines Folgenentschädigungsanspruchs.

2) Vgl. Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.2; Klinger § 80 Anm. A1; Spick, Diss. S.34 ff.

3) Vgl. Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.2 und 3; speziell für feststellende Verwaltungsakte vgl.: Heintze NJW 63,1430 (1433 Anm.29); Siegmund-Schultze, DVBl. 63,745 (748 Anm.31) mit weiteren Nachweisen.

4) Dieses Institut ist darüber hinaus auch gegenüber sogen. schlichten Verwaltungshandlungen gegeben. Vgl. Württ.Bad.VGH, NJW 49,838(839); VG Minden, DWW 62,248; De Clerck, NJW 56,1337(1339).

Im Hinblick auf den Zeitpunkt, von dem ab die betreffenden belastenden Verwaltungsakte rechtswidrig und (oder) unwirksam werden, sind drei Fallgruppen zu unterscheiden:

Die Unwirksamkeit des Verwaltungsakts kann auf seiner ursprünglichen Rechtswidrigkeit beruhen. Liegen die Voraussetzungen der Nichtigkeit vor, ist der Verwaltungsakt ohne weiteres unwirksam. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann der Verwaltungsakt durch Aufhebung seitens der Verwaltung oder der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit ex-tunc-Wirkung unwirksam werden.

Die Unwirksamkeit des Verwaltungsakts kann ferner darauf zurückgehen, daß der Verwaltungsakt nach seinem Erlaß rechtswidrig wurde. Eingetreten sein kann die nachträgliche Rechtswidrigkeit infolge einer Änderung der Rechts- oder Tatsachenlage. Hinzukommen muß die Rücknahme durch die Verwaltungsbehörde <sup>5)</sup>.

Schließlich kann die Unwirksamkeit des Verwaltungsakts durch Bedingungseintritt oder Fristablauf eingetreten sein. In diesem Fall geht im Gegensatz zu den anderen Fallgruppen die Unwirksamkeit des Verwaltungsakts nicht auf seine Rechtswidrigkeit zurück.

Bei diesen verschiedenen Fallgruppen kommen für den Betroffenen zwar, wenn er gegen den betreffenden Verwaltungsakt mit einer verwaltungsgerichtlichen Klage vorgehen will, unterschiedliche Klagearten in Betracht. Handelt es sich um einen auflösend bedingten belastenden Verwaltungsakt, dessen Bedingung eingetreten ist, muß der Betroffene z.B. eine Feststellungsklage erheben; er muß durch Urteil feststellen lassen, daß die Bedingung eingetreten und der Verwaltungsakt daher unwirksam geworden ist <sup>6)</sup>. Da der vorläufige Rechtsschutz bei allen Klagearten in Betracht kommt, kann <sup>7)</sup> dem Betroffen-

5) Vgl. Czermak, DVBl. 63, 23 (24).

6) Für die Fälle nachträglich rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte vgl. Czermak, a.a.O.

7) D.h., soweit nicht das öffentliche Interesse überwiegt; vgl. oben § 8.

nen aber bei jeder der drei Fallgruppen der vorläufige Rechtsschutz zur Verfügung stehen.

Für den Suspensiveffekt sind die im öffentlichen Interesse vorgenommenen Durchbrechungen des vorläufigen Rechtsschutzes in § 80 II VwGO abschließend aufgezählt.

Für die einstweilige Anordnung wird im öffentlichen Interesse eine Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes insofern vorgenommen, als das Ergebnis des Hauptverfahrens nicht vorweggenommen werden darf. Eine einstweilige Anordnung darf, wie KOEHLER <sup>8)</sup> ausführt, nicht darauf hinauslaufen, einen den vorgeblichen Rechten des Antragstellers entsprechenden Zustand unter dem Vorbehalt seiner späteren Wiederaufhebung herzustellen. Wann im einzelnen eine unzulässige Vorwegnahme des Hauptverfahrens vorliegt, ist streitig <sup>9)</sup>. Mit dem öffentlichen Interesse dürfte es jedenfalls regelmäßig <sup>10)</sup> unvereinbar sein, wenn durch die einstweilige Anordnung ein Ergebnis herbeigeführt wird, das nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, wenn im Hauptverfahren geklärt ist, daß dem Betroffenen ein entsprechender Anspruch nicht zusteht. Nur wenn man dieser Auffassung folgt, ist sichergestellt, daß die Verwaltung die von ihr im öffentlichen Interesse verfolgten Zwecke erreichen kann.

Im Ergebnis zu Recht hat es z.B. das OVG Münster <sup>11)</sup> abgelehnt, im Wege einer einstweiligen Anordnung dem Antragsteller die Erlaubnis zum Milchhandel zu gewähren. Der Milchhandel wird von einer Erlaubnis abhängig gemacht, um

8) § 123 Anm. III 6.

9) Vgl. Klinger § 123 Anm. C 4 a mit zahlreichen Nachweisen.

10) Ausnahmen machen Wissenschaft und Rechtspr. mit Recht bei einer Gefährdung der Existenz; vgl. Klinger § 123 Anm. C 4 a, mit vielen Nachweisen.

11) AS 10, 305.

der Gefahr entgegenzuwirken, daß bei der Verteilung der Milch Krankheiten übertragen werden <sup>12)</sup>. Würde bei einer rechtmäßigen Ablehnung der Erlaubnis durch die zuständige Verwaltungsbehörde die Erlaubnis im Wege einer einstweiligen Anordnung gewährt, bestünde während der vorläufigen Ausübung des Milchhandels u.U. eine erhebliche Gefahr für die Volksgesundheit.

Ähnliches gilt für alle Genehmigungen, die vom Gesetzgeber gefordert werden, weil die betreffende Tätigkeit mit erheblichen Gefahren für die Allgemeinheit verbunden ist <sup>13)</sup>.

12) Vgl. Kunze in Reuß, Wirtschaftsverwaltungsrecht I S.915.

13) Vgl. z.B. die nach dem Personenbeförderungsgesetz (BGBl. I S.241) erforderlichen Genehmigungen zur Personenbeförderung (vgl. Boehalli S.313 f.).

#### 4. Kapitel

### Vereinbarkeit des Schadenseintritts mit der formellen und materiellen Gleichheit

Bei der Untersuchung, ob die im öffentlichen Interesse vorgenommene Auferlegung des Schadenseintritts, die der Ausschluß des vorläufigen Rechtsschutzes bedeutet, gegen den Gleichheitssatz verstößt, ist zwischen formeller (gesetzesimmanenter) und materieller (gesetzestranszendenter) Gleichheit zu unterscheiden <sup>1)</sup>.

Ein Folgenentschädigungsanspruch könnte aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats abzuleiten sein, wenn die Auferlegung des Schadenseintritts mit der formellen Gleichheit vereinbar, mit der materiellen Gleichheit aber unvereinbar wäre <sup>2)</sup>.

### § 10 Vereinbarkeit mit der formellen Gleichheit

Würde der Ausschluß der Schadensverhinderung bzw. die Auferlegung des Schadenseintritts gegen die formelle Gleichheit verstoßen, wäre der Ausschluß der Schadensverhinderung nichtig <sup>1)</sup>.

Die formelle Gleichheit ist verletzt, wenn ein Tatbestand die an ihn geknüpfte Rechtsfolge sachlich nicht zu rechtfertigen vermag <sup>2)</sup>.

Die Rechtsfolge, um die es hier geht, ist der Ausschluß der Möglichkeit, mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes den

1) Wolff, Lehrb. I § 60 I b 3. Mit Recht weist Wolff, a.a.O., darauf hin, daß der Unterschied zwischen formeller und materieller Gleichheit vielfach nicht klar genug erkannt werde.

2) Vgl. Wolff, a.a.O.

1) Vgl. Wolff, a.a.O.; nichtig wäre z.B. also § 80 II VwGO.

2) Wolff, a.a.O.



Eintritt von Schäden, die eine rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte darstellen, zu verhüten.

Den Tatbestand bilden die Fälle, in denen das öffentliche Interesse die Versagung dieser Möglichkeit fordert <sup>3)</sup>.

Den Ausschluß der bezeichneten Möglichkeit zur Schadensverhinderung davon abhängig zu machen, ob das öffentliche Interesse diesen Ausschluß fordert, ist sachlich gerechtfertigt.

Auch ein Sonderopfer im Sinne des Enteignungsrechts verlangt die öffentliche Hand immer dann, wenn es im öffentlichen Interesse liegt <sup>4)</sup>. Wäre es sachlich nicht gerechtfertigt, die Auferlegung eines Schadenseintritts vom öffentlichen Interesse abhängig zu machen, würden deshalb die Gesetze, die eine Enteignung vorsehen, ebenfalls gegen die formelle Gleichheit verstoßen und daher unwirksam sein.

Daß die Möglichkeit zur Schadensverhütung durch den vorläufigen Rechtsschutz in den Fällen ausgeschlossen wird, in denen das öffentliche Interesse dies fordert, ist demnach mit dem Gebot der formellen Gleichheit vereinbar.

3) Vgl. oben § 8.

4) Vgl. Hamann Art. 14 GG Anm. B 9, mit weiteren Nachweisen.

§ 11 Vereinbarkeit mit der materiellen Gleichheit  
=====

Das materielle Gleichheitsgebot betrifft die Beziehung zwischen gesetzlichem Tatbestand und realem Lebenssachverhalt. Die materielle Gleichheit ist gewahrt, wenn der Tatbestand alle Sachverhalte wesentlich gleicher Beschaffenheit erfaßt, wenn er nicht an akzidentelle, sondern an essentielle Merkmale anknüpft <sup>1)</sup>.

Den Tatbestand, an den die Rechtsordnung die Rechtsfolge der Auferlegung des Eintritts von Schaden knüpft, der die rechtswidrige Folge eines wirkungslosen Verwaltungsakts darstellt, bilden, wie erwähnt, die Fälle, in denen der vorläufige Rechtsschutz gegenüber unwirksamen Verwaltungsakten mit dem öffentlichen Interesse unvereinbar ist.

Zu prüfen ist, ob die (von diesem Tatbestand nicht erfaßten) Fälle, in denen der vorläufige Rechtsschutz gegenüber unwirksamen Verwaltungsakten mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist, von wesentlich anderer Beschaffenheit sind. Sind beide Fallgruppen wesentlich gleich, ist die materielle Gleichheit verletzt <sup>2)</sup>.

Die beiden Fallgruppen unterscheiden sich lediglich dadurch, daß die Möglichkeit der Schadensverhütung mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes bzw. der Verzicht auf die Auferlegung des Schadenseintritts bei der letzteren Gruppe mit dem öffentlichen Interesse vereinbar ist, bei der ersten dagegen nicht. Anders ausgedrückt: Einziges Unterscheidungsmerkmal ist das öffentliche Interesse an der Auferlegung des Schadenseintritts <sup>3)</sup>.

1) Wolff, Lehrb. I § 60 I b 3.

2) Es ist anerkannt, daß ein Opfer, das nicht der materiellen Gleichheit entspricht und deshalb durch Entschädigung auszugleichen ist, auch durch Gesetz abverlangt werden kann. Vgl. Wolff, Lehrb. I § 60 IV b und § 61 II c.

3) Vgl. Bachof, Klage S. 127 f.

Es kommt also darauf an, ob dieses Merkmal, an das der Tatbestand anknüpft, ein essentielles oder akzidentelles Moment darstellt. Handelt es sich um ein akzidentelles Moment, so erfaßt der Tatbestand nicht alle Sachverhalte wesentlich gleicher Beschaffenheit. Die Auferlegung des Schadenseintritts durch den im öffentlichen Interesse vorgenommenen Ausschluß des vorläufigen Rechtsschutzes würde also gegen die materielle Gleichheit verstoßen.

Für die Frage, ob das öffentliche Interesse an der Auferlegung des Schadenseintritts ein essentielles oder akzidentelles Moment darstellt, können Rechtsprechung und Literatur zur Enteignung herangezogen werden.

Nach Art.14 III S.1 GG ist Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig<sup>4)</sup>. Die Rechtsprechung des BGH sieht aber das Kennzeichen der Enteignung im Verstoß gegen den Gleichheitssatz<sup>5)</sup>. Wie WOLFF<sup>6)</sup> zutreffend ausführt, handelt es sich um die Verletzung der materiellen Gleichheit.

Der BGH geht also davon aus, daß auch eine im öffentlichen Interesse vorgenommene Schadenszufügung gegen das materielle Gleichheitsgebot verstoßen kann. Dem Merkmal des öffentlichen Interesses an der Schadenszufügung wird für die Frage, ob die Zufügung des Schadens mit der materiellen Gleichheit vereinbar ist, keine Bedeutung zugemessen; es wird also nicht als essentielles, sondern als akzidentelles Merkmal angesehen.

4) Vgl. dazu Hamann Art.14 GG Anm. B 9.

5) BGHZ 6,270(280). Zur Annäherung des BVerwG an die Sonderopfertheorie des BGH vgl. die Entscheidungsrezension in JuS 63,34 f. Zur Stellungnahme der Wissenschaft vgl. Wolff, Lehrb.I § 62 III b 2.

6) Wolff, Lehrb. § 62 III b 2.

Gegen diese Auffassung bestehen keine Bedenken. Die irrije Ansicht, der Verstoß gegen den Gleichheitssatz mache die Enteignung verfassungswidrig<sup>7)</sup>, beruht darauf, daß der von WOLFF herausgestellte Unterschied zwischen formeller und materieller Gleichheit nicht berücksichtigt wird<sup>8)</sup>.

Entstehen als rechtswidrige Folge unwirksamer Verwaltungsakte Schäden, weil die Möglichkeit der Schadensverhütung mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes im öffentlichen Interesse nicht gegeben war, ist der Eintritt dieser Schäden dem Betroffenen demnach unter Wahrung der formellen aber unter Verletzung der materiellen Gleichheit auferlegt worden.

7) Vgl. Ierche, JuS 61(237) (240 Anm.32), mit Nachweisen.

8) Nach der Auffassung Salzwedels (Gleichheitsgrundsatz S.342) sichert der Gleichheitsgrundsatz niemandem eine staatliche Leistung. Wer ohne sachlich einleuchtenden Grund von einer gesetzlichen Vorzugsstellung ausgeschlossen werde, könne zwar die Regelung zu Fall bringen. Ob der Gesetzgeber aber die Privilegierung auf den bisher Ausgeschlossenen ausdehne oder das ganze Vorhaben aufgebe, bleibe offen. Die Begründung Salzwedels läßt erkennen, daß der Autor den Gleichheitssatz nur im Sinne der formellen Gleichheit versteht. Von dieser Auffassung des Gleichheitssatzes her sind die Ausführungen Salzwedels folgerichtig. Der Verstoß einer gesetzlichen Regelung gegen die formelle Gleichheit kann keinen Anspruch auf eine staatliche Leistung auslösen. Die Möglichkeit, daß eine gesetzliche Regelung mit der formellen Gleichheit vereinbar und daher wirksam, mit der materiellen Gleichheit aber unvereinbar ist, wird von Salzwedel nicht berücksichtigt.

5. Kapitel

Wiederherstellung der materiellen Gleichheit durch einen

Folgenentschädigungsanspruch

§ 12 Folgerungen aus der Verletzung der materiellen  
Gleichheit

Als Wiederherstellung der durch die Schadenszufügung verletzten materiellen Gleichheit kommt ein Anspruch auf Entschädigung in Betracht <sup>1)</sup>.

Da dieser Entschädigungsanspruch die Haftung der Verwaltung daran knüpfen würde, daß die Schäden als rechtswidrige Folge gerade eines unwirksamen Verwaltungsakts herbeigeführt wurden, würde es sich um einen Folgenentschädigungsanspruch handeln <sup>2)</sup>.

Zu untersuchen ist, ob der Gesetzgeber in Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit auf die Wiederherstellung der materiellen Gleichheit weitgehend oder sogar vollständig verzichten darf <sup>3)</sup>. Ein Folgenentschädigungsanspruch ist nur dann zwingend aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats abgeleitet, wenn nachgewiesen wird, daß es dem Gesetzgeber verwehrt ist, einen Folgenentschädigungsanspruch, und zwar einen Anspruch in einer ganz bestimmten Ausgestaltung, auszuschließen <sup>4)</sup>. Andernfalls kann ein Folgenentschädigungsanspruch nur geltendes Recht sein, wenn ihn der Gesetzgeber regelt <sup>5)</sup>.

1) Vgl. Wolff, Lehrb. I § 60 I b 3.  
2) Vgl. oben § 1.  
3) Vgl. oben § 5.  
4) Vgl. Wolff, Rechtsgrundsätze S.46.  
5) Vgl. Wolff, a.a.O.

Für die Voraussetzungen eines Folgenentschädigungsanspruchs sind bereits Anhaltspunkte gegeben. Ein vom Gesetzgeber nicht geregelter Folgenentschädigungsanspruch muß nach dem bisherigen Ergebnis der Untersuchung voraussetzen, daß Schäden als rechtswidrige Folge eines unwirksamen Verwaltungsakts entstanden sind, weil die Möglichkeit der Schadensverhinderung mit Hilfe der Institute des vorläufigen Rechtsschutzes im öffentlichen Interesse nicht vorhanden war.

Anspruchsgegner muß der Träger öffentlicher Verwaltung sein, in dessen Interesse der vorläufige Rechtsschutz ausgeschlossen war <sup>6)</sup>.

Völlig ungeklärt ist dagegen noch die Höhe der auf Grund eines Folgenentschädigungsanspruchs zu gewährenden Entschädigung. Es ist nachzuweisen, daß der Gesetzgeber eine bestimmte Höhe der Folgenentschädigung nicht verneinen kann.

Man könnte meinen, die Höhe der Folgenentschädigung ergebe sich bereits aus der nachgewiesenen Verletzung der materiellen Gleichheit. Mit den Instituten des vorläufigen Rechtsschutzes werde der Eintritt je gleichem Schadens verhindert <sup>7)</sup>. Werde unter Verletzung der materiellen Gleichheit der vorläufige Rechtsschutz ausgeschlossen, müsse der die materielle Gleichheit wiederherstellende Entschädigungsanspruch dementsprechend wie der Amtshaftungsanspruch volle Entschädigung gewähren.

Eine solche Folgerung würde jedoch nur die Verpflichtung der Verwaltung zur Herstellung materiell gerechter sozialer Zustände berücksichtigen. Unbeachtet bliebe das erwähnte, unsere Rechtsordnung wesentlich bestimmende, Spannungsverhältnis zwischen diesem Ideal und dem Grundsatz der Sozialpflichtigkeit <sup>8)</sup>.

6) Vgl. zur Bestimmung des Anspruchsgegners Wolff, Lehrb. I § 43 I b und § 61 IV.  
7) Sofern diese Institute eingreifen.  
8) Vgl. oben § 5.

Daß eine Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit gerade bei der Bemessung der auf Grund eines Folgenentschädigungsanspruchs zu gewährenden Entschädigung in Betracht kommt, ergeben die Institute der Enteignung und des enteignungsgleichen Eingriffs. Wie ein Folgenentschädigungsanspruch sollen auch die Ansprüche aus Enteignung und enteignungsgleichen Eingriff die verletzte materielle Gleichheit durch eine Entschädigung wiederherstellen<sup>9)</sup>. Sie gewähren aber nicht volle, sondern - als Realisierung der Sozialpflichtigkeit - lediglich angemessene Entschädigung<sup>10)</sup>.

Entsprechend kommt auch bei der Wiederherstellung der materiellen Gleichheit durch einen Folgenentschädigungsanspruch eine Begrenzung der Entschädigung als Verwirklichung der Sozialpflichtigkeit in Betracht.

A l l e i n aus der nachgewiesenen Verletzung der materiellen Gleichheit läßt sich daher n i c h t folgern, daß der Gesetzgeber eine Folgenentschädigung i n b e - s t i m m t e r H ö h e nicht ausschließen darf.

9) Vgl. BGHZ 6, 270 (280).  
10) Vgl. Art. 14 III S. 3 GG.

§ 13 Folgerungen aus den anerkannten Ansprüchen auf  
öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen

Nach der bisherigen Untersuchung kommt ein Folgenentschädigungsanspruch bei Schäden<sup>1)</sup> in Betracht, die durch hoheitliches Verhalten rechtswidrig<sup>2)</sup> unter Verletzung der materiellen Gleichheit und im öffentlichen Interesse herbeigeführt wurden.

Von diesen Merkmalen gehört zu den Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs nur die rechtswidrige Verursachung eines Schadens durch hoheitliches Verhalten. Im übrigen knüpft der Amtshaftungsanspruch an ganz andere Merkmale an. Im Vordergrund steht das Verschulden des betreffenden Amtswalters<sup>3)</sup>. Mit dem Amtshaftungsanspruch gewährt die Rechtsordnung für einen Schaden, der rechtswidrig durch ein s c h u l d h a f t e s hoheitliches Verhalten zugefügt wurde, vollen Ersatz. Wie daraus zu folgern sein könnte, für Schäden, die rechtswidrig durch ein hoheitliches Verhalten unter Verletzung der materiellen Gleichheit und im öffentlichen Interesse verursacht wurden, müsse Entschädigung in einer bestimmten Höhe gegeben werden, ist nicht ersichtlich.

Daß dem Gesetzgeber<sup>4)</sup> im Hinblick auf das Institut des Amtshaftungsanspruchs der Ausschluß einer bestimmten Höhe der Folgenentschädigung verwehrt ist, kommt also nicht in Betracht.

1) Zum Schadensbegriff vgl. oben § 1 Anm. 11.  
2) Das betreffende hoheitliche Verhalten selbst kann formell rechtmäßig sein. Vgl. Hegel S. 82.  
3) Vgl. Lerche, JuS 63, 237. Für die Folgenbeseitigung hat das Merkmal des Verschuldens keine Bedeutung.  
4) Wegen seiner Bindung an den Gleichheitssatz. Vgl. oben § 5.

Die Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung <sup>5)</sup> - eine Quasi-Aufopferung liegt bei unmittelbarer Verletzung des Körpers, ein enteignungsgleicher Eingriff bei sonstigen Beeinträchtigungen vor; im übrigen sind die Voraussetzungen der beiden Ansprüche gleich <sup>6)</sup> - setzen Schäden voraus, die durch hoheitliches Verhalten rechtswidrig <sup>7)</sup> und unter Verletzung der materiellen Gleichheit verursacht wurden.

Das Vorliegen dieser Merkmale ist nach der bisherigen Untersuchung auch Voraussetzung für einen Folgenentschädigungsanspruch.

Daraus läßt sich jedoch noch nicht folgern, daß der Folgenentschädigungsanspruch auf Entschädigung in einer bestimmten Höhe gerichtet sein muß. Um nachzuweisen, daß der Gesetzgeber eine bestimmte Höhe der Entschädigung nicht ausschließen kann, ohne gegen den Gleichheitssatz zu verstoßen, ist vielmehr auf die Grundgedanken der beiden Institute einzugehen.

Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff beruht auf dem Gedanken, daß der bei einer Enteignung gegebene Anspruch auf angemessene Entschädigung erst recht dann bestehen muß, wenn bei rechtswidriger hoheitlicher Schadenszufügung Merkmale der Enteignung gegeben sind <sup>8)</sup>.

Nach heutiger Ansicht setzt der auf angemessene Entschädigung gerichtete Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff neben der rechtswidrigen hoheitlichen Schadenszufügung lediglich den die Enteignung charakterisierenden Verstoß gegen die

5) Dieser Begriff wird für die Aufopferung verwendet, wenn der betreffende Schaden rechtswidrig verursacht wurde.  
 6) Vgl. Wolff, Lehrb. I § 61 VII.  
 7) Das betreffende hoheitliche Verhalten selbst muß nicht rechtswidrig sein. Vgl. Wolff, Lehrb. I § 61 II b.  
 8) Vgl. Lerche, JuS 61, 237.

materielle Gleichheit voraus. Weitere Merkmale der Enteignung werden bei den Voraussetzungen nicht berücksichtigt <sup>9)</sup>. Zutreffend weist WOLFF <sup>10)</sup> darauf hin, daß der enteignungsgleiche Eingriff weder enteignungsgleich noch ein Eingriff sei. Ein Merkmal der Enteignung ist es, daß die Auferlegung des Schadens dem öffentlichen Interesse entspricht <sup>11)</sup>.

Nach dem Grundgedanken des Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff muß deshalb ein auf angemessene Entschädigung gerichteter Anspruch erst recht gegeben sein, wenn eine rechtswidrige hoheitliche Schadenszufügung nicht nur die materielle Gleichheit verletzt, sondern außerdem auch im öffentlichen Interesse erfolgt <sup>12)</sup>.

Dem Anspruch aus Quasi-Aufopferung liegt der Gedanke zu Grunde, daß der auf angemessene Entschädigung gerichtete Aufopferungsanspruch auch gegeben sein muß, wenn das Sonderopfer rechtswidrig abverlangt wurde <sup>13)</sup>. Auf das Merkmal "zum Wohle der Allgemeinheit" wird in diesem Fall verzichtet <sup>14)</sup>.

Auch nach dem Grundgedanken des Anspruchs aus Quasi-Aufopferung muß also ein auf angemessene Entschädigung gerichteter Anspruch erst recht dann gegeben sein, wenn eine rechtswidrige hoheitliche Schadensverursachung nicht nur gegen die materielle Gleichheit verstößt, sondern außerdem auch im öffentlichen Interesse erfolgt.

Den Grundgedanken der Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung läßt sich also entnehmen, daß

9) Vgl. Lerche, JuS 61, 237(240), mit weiteren Nachweisen.  
 10) Wolff, Lehrb. I § 60 I c 2.  
 11) Vgl. Art. 14 III S. 1 GG; dazu Hamann Art. 14 GG Anm. B 9 mit weiteren Nachweisen.  
 12) Mit Recht weist Wolff, Lehrb. I § 60 I c 2, darauf hin, daß bei rechtswidrig verursachten Sonderopfern die Benachteiligung oft nicht zum Wohle der Allgemeinheit zugefügt werden.  
 13) Vgl. RGZ 140, 276(283); Lerche, JuS 63, 237.  
 14) Vgl. Anm. 12.

für einen Schaden, den ein hoheitliches Verhalten rechtswidrig unter Verletzung der materiellen Gleichheit und im öffentlichen Interesse herbeigeführt hat, mindestens ein Anspruch auf angemessene Entschädigung gegeben sein muß.

Die Verneinung eines derartigen Anspruchs wäre willkürlich. Auch der Gesetzgeber könnte daher wegen seiner Bindung an den Gleichheitssatz den auf angemessene Entschädigung gerichteten Anspruch nicht einschränken oder ausschließen.

Ist als rechtswidrige Folge eines wirkungslosen Verwaltungsakts ein Schaden eingetreten, weil der vorläufige Rechtsschutz dem Betroffenen im öffentlichen Interesse nicht zur Verfügung stand, wurde - das ergab die vorangegangene Untersuchung - der Schaden durch hoheitliches Verhalten rechtswidrig, unter Verstoß gegen die materielle Gleichheit und im öffentlichen Interesse<sup>15)</sup> zugefügt. Der Betroffene hat demnach unter diesen Voraussetzungen<sup>16)</sup> gegen denjenigen Träger öffentlicher Verwaltung, in dessen Interesse der betreffende Verwaltungsakt verwirklicht wurde, nach geltendem Recht einen auf angemessene Entschädigung gerichteten Folgenentschädigungsanspruch.

15) Die Verwaltungsakte werden durchgeführt, obwohl sie möglicherweise unwirksam sind, weil ein Verzicht auf ihre Verwirklichung bis zur verbindlichen Entscheidung über ihre Wirksamkeit mit dem öffentlichen Interesse nicht vereinbar wäre. Vgl. oben §§ 8 und 9.

16) Im Anschluß an Bachof (Klage S.99) ist heute anerkannt (vgl. S.82 Anm.14), daß die Verpflichtung zur Folgenbeseitigung nicht nur bei behördlichem Vollzug des Verwaltungsakts besteht, sondern auch dann, wenn der Adressat durch "freiwillige" Erfüllung dem Vollzug zuvorkommt.

Ist der vorläufige Rechtsschutz mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse ausgeschlossen, kann ein Folgenentschädigungsanspruch auch nicht deshalb zu verneinen sein, weil der Betroffene nicht nach den §§ 80 und 123 VwGO versucht hat, vorläufigen Rechtsschutz zu erhalten.

Dieser nun als geltendes Recht nachgewiesene Folgenentschädigungsanspruch ist der mit Rücksicht auf Grundgedanken und Ausgestaltung der Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung nicht auszuschließende entschädigungsrechtliche Ausgleich dafür, daß einer Zivilperson als rechtswidrige Folge eines unwirksamen Verwaltungsakts Schaden entstanden ist, weil sie dem Übergewicht hoheitlicher Gewalt, wie es (auch) bei unwirksamen Verwaltungsakten in Erscheinung tritt, im öffentlichen Interesse unter Verletzung der materiellen Gleichheit ohne den vorläufigen Rechtsschutz ausgeliefert war.

Für die Berechnung der "angemessenen Entschädigung" kann weitgehend auf die Grundsätze verwiesen werden, die die Rechtsprechung zur Entschädigung aus Enteignungsgesichtspunkten entwickelt hat<sup>17)</sup>.

Zu berücksichtigen ist allerdings, daß die Grundsätze der Rechtsprechung<sup>18)</sup> von der Beeinträchtigung einer bestimmten vorhandenen Vermögensposition ausgehen. In seiner Entscheidung vom 20.9.1962<sup>19)</sup> führt der BGH aus: "Die bloße Nichterfüllung eines Anspruchs ist, wie der BGH in gefestigter Rechtsprechung annimmt, kein enteignender Akt. Dem Betroffenen wird nicht, wie dies Wesensmerkmal einer Enteignung ist, etwas genommen, sondern etwas nicht gegeben. In Betracht kommen kann insoweit nur, ob die Versagung der Konzession gegenüber dem Kläger einen unrechtmäßigen Eingriff in einen Gewerbebetrieb darstellt."

Der Folgenentschädigungsanspruch geht demgegenüber von einer solchen vorhandenen Vermögensposition nicht aus. Er ist auch bei Folgen von Verwaltungsakten gegeben, die rechtswidrig eine beantragte Vergünstigung ablehnen, auf die der Betroffene einen Anspruch<sup>20)</sup> hat.

17) So auch, allerdings ohne Begründung, Redeker, DVBl. 63,509(510); Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.60, wollen Entschädigung nach den Grundsätzen des Aufopferungsrechts gewähren.

18) Vgl. Wolff, Lehrb. I § 44 III c und § 60 III b 1; zum Kreis der enteignungsfähigen Gegenstände vgl. Wolff, a.a.O. § 62 IIIa.

19) In DVBl. 63,24.

20) Ein Anspruch ist nur unter besonderen Voraussetzungen ein enteignungsfähiger Gegenstand; vgl. Wolff, Lehrb. I § 62 III a 4.

Soweit nicht eine Vermögensposition im Sinne des Enteignungsrechts beeinträchtigt wurde, müssen also für die Bemessung der Entschädigung Grundsätze entwickelt werden, die den Grundsätzen zur Enteignungsentschädigung entsprechen<sup>21)</sup>.

Die Wissenschaft<sup>22)</sup> will die Folgenentschädigung überwiegend<sup>23)</sup> im Anschluß an BACHOF in der Weise begrenzen, daß Entschädigung nur für die unmittelbaren Folgen des betreffenden Verwaltungsakts gewährt werden soll. BACHOF stützt diese Begrenzung auf die Überlegung, die gesamte im Gemeininteresse erforderliche Tätigkeit der Verwaltung würde gelähmt, wollte man ihr auch eine Ersatzpflicht für alle mittelbaren und für die Behörde im voraus nicht absehbaren Folgen aufbürden, die sie mit ihrem Verwaltungsakt gar nicht herbeiführen wollte, wenschon sie sie in Kauf nehmen mußte<sup>24)</sup>.

Diese Begrenzung der Entschädigung mag in den von BACHOF untersuchten Fallgruppen durchführbar sein. Es erscheint aber zweifelhaft, ob auch bei ablehnenden Verwaltungsakten, die sich "automatisch" verwirklichen, eine sinnvolle Unterscheidung danach vorgenommen werden kann, ob die Folgen eines Verwaltungsakts für die Verwaltung voraussehbar waren und ob die Behörde diese Folgen wollte<sup>25)</sup>.

---

21) Redeker, DVBl. 63, 509(510), verkennt, daß die Grundsätze zur Enteignungsentschädigung in den von ihm untersuchten Fällen nicht rechtzeitig gewährter Vergünstigungen gerade nicht angewendet werden können.

22) Von einer bestimmten Stellungnahme der Rspr. läßt sich nicht sprechen, weil nur wenige Entscheidungen in Betracht kommen und ein Anspruch auf Entschädigung nur erwogen wird. Vgl. oben § 3.

23) Vgl. oben § 2.

24) Bachof, Klage S.132.

25) Eher geeignet erscheint das Kriterium, ob der Schaden mit dem betreffenden Opfer typischerweise verbunden ist; vgl. Wolff, Lehrb.I § 60 III b 1.

Ein wesentlicher Unterschied dürfte im übrigen zwischen einer auf die unmittelbaren Folgen beschränkten Entschädigung und einer "angemessenen Entschädigung" nicht bestehen<sup>26)</sup>.

---

26) Eyermann-Fröhler § 80 Rdn.60, führen aus, eine Entschädigung nach den Grundsätzen des Aufopferungsrechts bedeute insbesondere, daß nur der durch die hoheitliche Maßnahme ausgelöste unmittelbare Schaden zu ersetzen sei. Nicht ersetzt werden könne der mittelbare Schaden und insbesondere nicht der entgangene Gewinn.

§ 14 Entsprechende Anwendung des Folgenentschädigungsanspruchs bei verzögertem Erlaß eines beantragten begünstigenden Verwaltungsakts

Bescheidet die Verwaltung einen Antrag, mit dem der Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsakts begehrt wird, auf den der Betroffene einen Anspruch <sup>1)</sup> hat, rechtswidrig nicht innerhalb einer angemessenen Frist, so entsteht dem Antragsteller regelmäßig ein Schaden.

Hat der Betroffene z.B. nach dem Personenbeförderungsgesetz eine Genehmigung für die Tätigkeit als Kraftdroschkenfahrer beantragt <sup>2)</sup>, tritt Schaden ein, weil er die Tätigkeit noch nicht aufnehmen kann.

Die rechtswidrige Folge eines wirkungslosen Verwaltungsakts stellt ein solcher Schaden nicht dar. Nach der Definition des Folgenentschädigungsanspruchs kann daher der Anspruch nur entsprechend anzuwenden sein <sup>3)</sup>.

Für den Betroffenen ist die Untätigkeit der Verwaltung nicht weniger nachteilig als die Ablehnung seines Antrags durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt <sup>4)</sup>. Wenn die Behörde nach angemessener Frist <sup>5)</sup> gegenüber dem Antrag untätig

- 1) Ein Rechtsanspruch besteht bei einem gebundenen Verwaltungsakt, wenn der gesetzliche Tatbestand vorliegt, bei einem ermessenfreien Verwaltungsakt, wenn kein Grund vorliegt, der die Behörde zur Verweigerung des Verwaltungsakts berechtigt; vgl. Wolff, Lehrb.I § 47 III.
- 2) Vgl. Bochalll, S.313 f.
- 3) Vgl. oben § 1.
- 4) Die Rechtsordnung gibt dem Betroffenen daher die Möglichkeit einer Untätigkeitsklage. U.U. ist die Wirkung sogar nachteiliger als bei einer Ablehnung, weil nämlich die Einleitung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens verzögert wird.
- 5) Für die Frage, welche Frist jeweils angemessen ist, kann auf die in § 75 VwGO geregelte angemessene Frist verwiesen werden. Welche Frist als angemessen anzusehen ist, hängt demnach von den Umständen des Einzelfalles ab. Regelmäßig beträgt die Frist drei Monate. Sie kann aber erheblich kürzer oder erheblich länger sein. Vgl. Klinger § 80 Anm.3.

bleibt, bedeutet das für den Betroffenen f a k t i s c h <sup>6)</sup> die R e g e l u n g, daß der begünstigende Verwaltungsakt, jedenfalls vorerst, nicht erlassen werden soll. Diese "Regelung" wird "automatisch", d.h. ohne besondere Vollzugsmaßnahmen, verwirklicht.

V e r h i a d e r n kann der Betroffene die Realisierung dieser "Regelung" und damit den Eintritt von Schaden als rechtswidrige Folge der rechtlich unwirksamen, faktisch jedoch wirksamen "Regelung" nur mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes.

Ist der vorläufige Rechtsschutz im öffentlichen Interesse ausgeschlossen, wird dem Betroffenen ebenfalls als r e c h t s w i d r i g e V e r w i r k l i c h u n g einer rechtlich unwirksamen, f a k t i s c h j e d o c h w i r k s a m e n R e g e l u n g <sup>7)</sup> r e c h t s w i d r i g u n t e r V e r l e t z u n g d e r m a t e r i e l l e n G l e i c h h e i t u n d i m ö f f e n t l i c h e n I n t e r e s s e Schaden zugefügt. Dem Betroffenen muß daher als entsprechende Anwendung des Folgenentschädigungsanspruchs ein Anspruch auf angemessene Entschädigung für den ihm durch den Ausschluß des vorläufigen Rechtsschutzes entstandenen Schaden gegeben sein <sup>8) 9)</sup>.

- 6) Vgl. oben § 7.
- 7) Also durch hoheitliches Verhalten; vgl. die Verwendung dieses Merkmals bei den Folgerungen für den Folgenentschädigungsanspruch aus den anerkannten öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen oben § 13.
- 8) Auch dieser Anspruch beruht auf dem "Übergewicht" der hoheitlichen Gewalt, wie es beim Erlaß von Verwaltungsakten in Erscheinung tritt. Allerdings führt hier (im Gegensatz zum eigentlichen Folgenentschädigungsanspruch) nicht die rechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsakts zu rechtlich unwirksamen, faktisch jedoch wirksamen Regelungen, sondern das Monopol der öffentlichen Hand zum Erlaß von Verwaltungsakten.
- 9) Diese entsprechende Anwendung des Folgenentschädigungsanspruchs bedeutet eine Ergänzung des eigentlichen Folgenentschädigungsanspruchs, soweit der Anspruch (im Bereich der Begünstigung durch Verwaltungsakte) Leistungsstörungen der Leistungsverwaltung regelt (vgl. Redeker, DVBl.63, 509(510)).



## 6. Kapitel

### Bedeutung des Ergebnisses der Untersuchung

#### § 15 Verhältnis des Untersuchungsergebnisses zu den in Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Auf- fassungen zur Folgenbeseitigung

Nach der vorangegangenen Untersuchung ist ein auf angemessene Entschädigung gerichteter Folgenentschädigungsanspruch gegeben, wenn als rechtswidrige Folge eines unwirksamen Verwaltungsakts Schaden <sup>1)</sup> eintritt, weil die Möglichkeit der Schadensverhütung mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes im öffentlichen Interesse ausgeschlossen war.

Der Anspruch ist entsprechend anzuwenden, wenn die Verwaltung einen Antrag, mit dem der Erlaß eines begünstigenden Verwaltungsaktes begehrt wird, auf den der Antragsteller einen Anspruch hat, rechtswidrig nicht innerhalb einer angemessenen Frist bescheidet und dem Betroffenen dadurch ein Schaden entsteht.

Ein Anspruch auf Folgenbeseitigung in dieser Gestalt wurde in Wissenschaft und Rechtsprechung bisher nicht vertreten.

Das Element der Störungsbeseitigung ist im Gegensatz zu dem in Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruch im Folgenentschädigungsanspruch nicht enthalten. Folgenbeseitigung in der Form der Störungsbeseitigung kann der Betroffene nur mit Hilfe des Folgenbeseitigungsanspruchs erreichen, wie ihn die heute herrschende Meinung auffaßt.

1) Zum Schadensbegriff vgl. oben § 1 Anm.11.

Der Folgenentschädigungsanspruch stellt einen reinen Entschädigungsanspruch dar, der selbständig neben die anerkannten öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche tritt.

Hinsichtlich der Entschädigungshöhe weicht das Ergebnis der Untersuchung von der in Wissenschaft und Rechtsprechung ganz überwiegend vertretenen Ausgestaltung der Folgenentschädigung nicht wesentlich ab.

In der Wissenschaft wird allerdings übersehen, daß bei Schäden, die als Folge ablehnender Verwaltungsakte entstanden sind, die von der Lehre verwendeten Kriterien für eine Begrenzung der Entschädigung nur entsprechend anzuwenden sein können <sup>2)</sup>.

Der Anwendungsbereich des Folgenentschädigungsanspruchs erfaßt alle Fälle, in denen Wissenschaft und Rechtsprechung eine Folgenentschädigung <sup>3)</sup> bejaht haben bzw. von einer Folgenentschädigung ausgegangen sind <sup>4)</sup>.

Im Vergleich zu dem in Wissenschaft und Rechtsprechung <sup>5)</sup> überwiegend vertretenen Anwendungsbereich eines auch auf Entschädigung gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs nimmt die Untersuchung also eine Ausweitung vor. Insbesondere wird mit WOLFF <sup>6)</sup> Folgenentschädigung nicht nur bei der Eingriffs-, sondern auch bei der Leistungsverwaltung gewährt.

2) Vgl. oben § 13.

3) Nach der oben § 1 gegebenen Definition des Folgenbeseitigungsanspruchs ist eine Entschädigung für Folgen von schlichten Verwaltungshandlungen keine Folgenentschädigung (vgl. demgegenüber: Redeker, DVBl. 63, 509(510); VG Frankfurt, DVBl. 60, 653)).

4) Über Bachof (Klage S.98) hinaus werden z.B. die Folgen feststellender, rechtsgestaltender und ablehnender Verwaltungsakte in den Anwendungsbereich einbezogen. Voraussetzung ist allerdings, daß der vorläufige Rechtsschutz im öffentlichen Interesse gegenüber dem betreffenden Verwaltungsakt nicht zur Verfügung stand.

5) Soweit die Rspr. einen Folgenbeseitigungsanspruch vertritt, der auch auf Entschädigung gerichtet sein kann.

6) Wolff, Lehrb. I § 54 II-a.

Wie schon aufgezeigt <sup>7)</sup>, erbringen die B e g r ü n -  
d u n g e n der Wissenschaft und Rechtsprechung nicht den  
Nachweis, daß ein Anspruch auf Folgenentschädigung g e l -  
t e n d e s R e c h t darstellt. Sie heben vielmehr nur  
hervor, daß ein solcher Anspruch billig erscheint und dem  
Ideal des sozialen Rechtsstaats entspricht.

Zum Teil konnten die Begründungen jedoch bei der Ab-  
leitung des Folgenentschädigungsanspruchs aus den Rechts-  
quellen verwendet werden.

Das gilt nicht nur für die Hinweise auf das Prinzip  
des sozialen Rechtsstaats <sup>8)</sup>, sondern auch für BACHOF'S  
Überlegung <sup>9)</sup>, die Verwaltung müsse haften, weil sie beim  
sofortigen Vollzug im öffentlichen Interesse in Kauf neh-  
men dürfe, einen rechtswidrigen Verwaltungsakt durchzu-  
führen. Für die Ableitung des Folgenentschädigungsanspruchs  
mußte diese Überlegung allerdings entsprechend dem für den  
Folgenentschädigungsanspruch in Betracht kommenden Anwen-  
dungsberreich v e r a l l g e m e i n e r t werden. Zu  
e r g ä n z e n war die Argumentation BACHOF'S insbesondere  
durch die Berücksichtigung des Gleichheitssatzes.

---

7 Vgl. oben § 6.

8) Vgl. z.B. Menger, VerwArch 50,91 f.

9) Bachof, Klage S.126 ff.

§ 16 Bedeutung des Untersuchungsergebnisses für die Ent-  
wicklung der Lehre von der Folgenbeseitigung

Für die Entwicklung der Lehre von der Folgenbeseiti-  
gung bedeutet die Anerkennung des Folgenentschädigungsan-  
spruchs, daß den drei Elementen der Folgenbeseitigung <sup>1)</sup>  
nun drei selbständige Ansprüche zugeordnet werden.

Daß nach der Herausbildung eines selbständigen Erstat-  
tungsanspruchs der Folgenbeseitigungsanspruch noch zwei ver-  
schiedene Elemente enthielt, wurde in Wissenschaft und Recht-  
sprechung häufig nicht berücksichtigt.

Der Anwendungsbereich des Anspruchs erweiterte sich,  
insbesondere durch die Rechtsprechung, entsprechend dem Ele-  
ment der Störungsbeseitigung. Ein Folgenbeseitigungsanspruch  
mit diesem Anwendungsbereich kann, wie die Untersuchung er-  
gibt, als auch auf Entschädigung gerichteter Anspruch nicht  
begründet werden <sup>2)</sup>.

Die Rechtsprechung zog aus der Erweiterung des Anwen-  
dungsbereichs daher die r i c h t i g e Folgerung, als sie  
den Folgenbeseitigungsanspruch seinem Rechtscharakter nach zu  
einem r e i n e n Störungsbeseitigungsanspruch ausformte.  
Wäre der Folgenbeseitigungsanspruch mit seinem heute anerkan-  
ten Anwendungsbereich (auch) als Entschädigungsanspruch anzu-  
sehen, würde er die anderen Entschädigungsansprüche willkür-  
lich überspielen <sup>3)</sup>.

---

1) Vgl. oben § 1.

2) Nach der h.M. ist ein Folgenbeseitigungsanspruch auch ge-  
geben, wenn die Verwirklichung des betreffenden Verwal-  
tungsakts n i c h t mit Rücksicht auf das öffentliche  
Interesse erforderlich war.

3) Vgl. BVerwG, BayVBl. 62,183.

Das in der Folgenbeseitigung enthaltene Element der Entschädigung kann in unserer Rechtsordnung aber, soll diese Rechtsordnung dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats entsprechen, nicht unberücksichtigt bleiben. Nachdem die Rechtsprechung den Folgenbeseitigungsanspruch zu einem reinen Störungsbeseitigungsanspruch entwickelt hat, muß das Element der Entschädigung die Gestalt eines **s e l b - s t ä n d i g e n** Anspruchs annehmen, der, wie der Erstattungsanspruch, neben den Folgenbeseitigungsanspruch im engeren Sinne <sup>4)</sup> tritt.

Die Anerkennung der Folgenentschädigung als Folgenentschädigungsanspruch widerspricht also nicht der Rechtsprechung zum Folgenbeseitigungsanspruch, sondern ist die **n o t w e n d i g e** Folge der Entwicklung dieser Rechtsprechung.

---

4) Der Ausdruck Störungsbeseitigungsanspruch wurde in dieser Arbeit nur der Klarheit wegen verwendet. Er soll nicht als Bezeichnung für den von der heutigen Rspr. anerkannten Folgenbeseitigungsanspruch vorgeschlagen werden. Sinnvoll dürfte es sein, nur die Begriffe Folgenbeseitigungsanspruch (für den von der Rspr. anerkannten Anspruch) und Folgenentschädigungsanspruch zu verwenden.

§ 17 Bedeutung des Untersuchungsergebnisses für das  
 =====  
 Entschädigungsrecht  
 =====

Die öffentlich-rechtlichen Entschädigungsansprüche beruhen, wie bereits erwähnt <sup>1)</sup>, auf einer **A b w ä g u n g** der Verpflichtung der Verwaltung zur Herstellung materiell gerechter sozialer Zustände und der Realisierung der Sozialpflichtigkeit. Diese Abwägung führt dazu, daß die Fälle, in denen einer Zivilperson durch hoheitliches Verhalten rechtswidrig Schaden entstanden ist, im Hinblick auf die Gewährung von Entschädigung **n a c h b e s t i m m t e n K r i t e - r i e n d i f f e r e n z i e r t** werden.

Die Unterscheidungskriterien des heute anerkannten Entschädigungsrechts kommen in den Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs und des Anspruchs auf enteignungsgleichen Eingriff <sup>2)</sup> zum Ausdruck. Die Differenzierung, die die anerkannten Entschädigungsansprüche vornehmen, ist **h i s t o - r i s c h** zu erklären <sup>3)</sup>.

Das bedeutsamste <sup>4)</sup> Kriterium für das Vorliegen eines Amtshaftungsanspruchs, das Verschulden des betreffenden Beamten, geht auf die unmittelbare Haftung des Amtswalters zurück.

Das wichtigste Unterscheidungskriterium der Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung, das Vorliegen eines Sonderopfers, beruht auf der Entwicklung dieser Institute aus Aufopferung und Enteignung. Das Kriterium wurde also aus dem Recht der Entschädigung für **r e c h t - m ä ß i g** auferlegte Schäden übernommen.

---

1) Vgl. oben § 5.  
 2) Bei dem Anspruch aus Quasi-Aufopferung sind die Voraussetzungen, abgesehen vom Vorliegen eines unmittelbar durch hoheitliches Verhalten herbeigeführten Körperschadens, gleich; vgl. Wolff, Lehrb. I § 61 VII.  
 3) Vgl. Forsthoff S.279 ff. u. S.286 ff.; Scheuner, JuS 61,243 f.  
 4) Vgl. Lerche, JuS 61,237.

Im Sinne der f o r m e l l e n Gleichheit <sup>5)</sup> ist es sachgerecht, einen Anspruch auf Entschädigung von diesen Kriterien abhängig zu machen <sup>6)</sup>. Die Entschädigungspflicht der öffentlichen Hand danach zu differenzieren, ob das hoheitliche Verhalten, das die Schäden rechtswidrig herbeigeführt hat, eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung darstellt, sowie ob das Opfer, wäre es rechtmäßig herbeigeführt worden, ein Sonderopfer im Sinne der Enteignung oder Aufopferung darstellen würde, kann nicht als willkürlich angesehen werden.

Die Einführung dieser aus a n d e r e n Bereichen des Entschädigungs- bzw. Schadensersatzrechts <sup>7)</sup> übernommenen Differenzierungskriterien in das Recht der Entschädigung für durch hoheitliches Verhalten r e c h t s w i d r i g herbeigeführte Schäden war also m ö g l i c h . Notwendig war die Verwendung gerade dieser Unterscheidungsmerkmale jedoch nicht.

Zu welchen unbefriedigenden Ergebnissen die a u s - s c h l i e ß l i c h e Verwendung der Differenzierungskriterien des anerkannten Entschädigungsrechts führen kann, falls die Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs n i c h t gegeben bzw. nicht nachweisbar sind <sup>8)</sup>, zeigt ein Urteil des BGH vom 20.9.1962 <sup>9)</sup>.

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Kläger beantragte 1951 die Zulassung zur Eröffnung einer Apotheke. Der Antrag wurde aus Rechtsgründen abgewiesen. Auf die vom Kläger anhängig gemachte verwaltungsgerichtliche Klage hob das Verwaltungsgericht die ablehnenden Bescheide auf. Der VGH sowie das Bundesverwaltungsgericht, dieses mit Urteil

5) Vgl. Wolff, Lehrb.I § 60 I b 3.

6) Nach welchen Kriterien die Entschädigungspflicht der öffentlichen Hand differenziert wird, ist weitgehend eine rechtspolitische Frage. Ist die Auswahl der Differenzierungsgesichtspunkte weniger sinnvoll, führt das Entschädigungsrecht allerdings in Einzelfällen zu unbilligen Ergebnissen.

7) Vgl. die unmittelbare Haftung des Amtswalters.

8) Mit Recht weist Scheuner (JuS 61,243 (249)) darauf hin, daß in einer immer mechanischer arbeitenden Verwaltung das Verschuldensprinzip an Gewicht verliere.

9) DVBl. 63,24.

vom Oktober 1956, bestätigten die Aufhebung. Der Kläger erhielt sodann im Dezember 1956 die Betriebserlaubnis, im Februar 1957 den Eröffnungsbescheid. Mit der Klage verlangt der Kläger 100 000 DM als Ausgleich dafür, daß ihm die Lizenz nicht bereits 1951 erteilt wurde.

Einen Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff lehnt der BGH mit der Begründung ab, die bloße Nichterfüllung eines Anspruchs sei kein enteignender Akt; dem Betroffenen werde n i c h t , wie dies Wesensmerkmal einer Enteignung sei, e t w a s g e n o m m e n , s o n d e r n e t w a s n i c h t g e g e b e n <sup>10)</sup>.

Das Urteil differenziert die Entschädigungsverpflichtung der öffentlichen Hand bei rechtswidriger Schadenszufügung also danach, ob eine vermögenswerte Position im Sinne des Enteignungsrechts vorliegt oder nicht.

Für eine solche Differenzierung spricht lediglich die Überlegung, soweit Schadensausgleich bei r e c h t m ä ß i g e n Beeinträchtigungen gewährt werde, müsse er auch bei rechtswidrigen Beeinträchtigungen gewährt werden <sup>11)</sup>. Im übrigen ist jedoch kein Grund ersichtlich, bei den durch hoheitliches Verhalten r e c h t s w i d r i g herbeigeführten Schäden hinsichtlich der Entschädigungspflicht danach zu unterscheiden, ob die Schäden bei r e c h t m ä ß i g e r Schadenszufügung einen Entschädigungsanspruch auslösen könnten. Eine Unterscheidung nach diesem Gesichtspunkt l ä ß t d e n e l e m e n t a r e n U n t e r - s c h i e d z w i s c h e n r e c h t m ä ß i g e r u n d r e c h t s w i d r i g e r S c h a d e n s z u f ü g u n g

10) BGH a.a.O. S.24; vgl. zum Kreis der enteignungsfähigen Gegenstände Wolff, Lehrb.I § 62 III a.

11) Wolff, Lehrb.I § 60 I c 1.

a u ß e r a c h t 12).

Sie führt dazu, daß der entschädigungsrechtliche Schutz gegenüber rechtswidrigen Akten der L e i s t u n g s v e r w a l t u n g erheblich schwächer ausgebaut wird als gegenüber rechtswidrigen Akten der E i n g r i f f s v e r w a l t u n g. Mit dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats dürfte die unterschiedliche Ausgestaltung dieses Schutzes jedoch kaum vereinbar sein.

Die Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung stellen also, da sie auf einer Differenzierung beruhen, die nicht speziell der r e c h t s w i d r i g e n Schadenszufügung durch hoheitliches Verhalten entspricht, eine wenig befriedigende Ergänzung des Amtshaftungsanspruchs dar, die dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats nicht gerecht wird.

Damit das Recht der Entschädigung für durch hoheitliches Verhalten rechtswidrig herbeigeführte Schäden dem Rechtsstaatsprinzip genügt, muß es durch weitere Ansprüche ergänzt werden 13). Eine 14) solche n o t w e n d i g e E r g ä n z u n g ist der Folgenentschädigungsanspruch.

Der Folgenentschädigungsanspruch differenziert die Verpflichtung der Verwaltung zur Entschädigung für durch hoheit-

- 12) Bettermann, Grundrechte S.856 f., führt zutreffend aus, der Staat hafte nicht w e i l , sondern o b w o h l der Eingriff rechtswidrig sei. Vgl. demgegenüber die These des BGH (BGHZ 32,208(211 f.)), durch das Rechtswidrigein einer (sonst entschädigungslos hinzunehmenden) Beeinträchtigung entstehe ein Sonderopfer. Mit dem Grundgedanken des Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff ist diese Auffassung nicht vereinbar. Der BGH läßt sich offenbar von Billigkeitserwägungen leiten. Letztlich beruht die Auffassung des BGH darauf, daß neben dem Amtshaftungsanspruch ein Entschädigungsanspruch fehlt, der gerade die Rechtswidrigkeit hoheitlicher Schadenszufügung berücksichtigt.
- 13) Die öffentliche Hand darf allerdings nicht zu einer allgemeinen Versicherungsanstalt werden; vgl. Wolff, Lehrb.I § 44 III a.
- 14) Schon wegen seiner Beschränkung auf die rechtswidrigen Folgen unwirksamer Verwaltungsakte kann der Folgenentschädigungsanspruch nicht allein zu der notwendigen Ergänzung führen.

liches Verhalten rechtswidrig verursachte Schäden danach, ob der Betroffene die rechtswidrige hoheitliche Schadenszufügung mit Hilfe des vorläufigen Rechtsschutzes verhindern konnte oder ob ihm die Möglichkeit der Schadensverhütung im öffentlichen Interesse genommen war.

Im Gegensatz zu den Merkmalen des Amtshaftungsanspruchs und der Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung erklärt sich dieses Kriterium nicht als Übernahme aus anderen Bereichen des Entschädigungs- bzw. Schadensersatzrechts 15).

Die Differenzierung des Entschädigungsrechts nach diesem Kriterium bedeutet vielmehr ein Ä q u i v a l e n t für die sich aus der Überlegenheit hoheitlicher Gewalt ergebende Gefahr rechtswidriger hoheitlicher Schadenszufügung, wie sie beim Erlaß von Verwaltungsakten in Erscheinung tritt 16). Dies entschädigungsrechtliche Äquivalent greift ein, soweit ein Äquivalent im Bereich der Schadensverhütung mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse nicht gegeben sein kann 17).

Im Gegensatz zu den Ansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung führt der Folgenentschädigungsanspruch also eine Differenzierung in das Entschädigungsrecht ein, die gerade der rechtswidrigen hoheitlichen Schadenszufügung entspricht.

- 15) Nach h.M. kommt ein Aufopferungsanspruch nur in Betracht, wenn das betreffende hoheitliche Verhalten r e c h t - m ä ß i g ist (vgl. Scheuner, JuS 61,243(248)). Der Folgenentschädigungsanspruch setzt nicht voraus, daß das den Schaden auslösende hoheitliche Verhalten rechtmäßig ist. Allenfalls ist das hoheitliche Tätigwerden f o r m e l l rechtmäßig (vgl. Hegel S.82). Insbesondere bei den Folgen eines rechtswidrigen ablehnenden Verwaltungsakts wird der Schaden durch ein (in jeder Beziehung) rechtswidriges hoheitliches Tätigwerden herbeigeführt. Geht man von der h.M. aus, kann der Folgenentschädigungsanspruch daher nicht einen Unterfall des allgemeinen Aufopferungsanspruchs darstellen.
- 16) Vgl. oben § 7.
- 17) Auch der Folgenentschädigungsanspruch läßt sich als Aktualisierung des naturrechtlichen Leitbildes einer umfassenden Lastengleichheit verstehen. Vgl. Lerche, JuS 61, 237(239).

Infolgedessen führt der Anspruch, soweit es sich um rechtswidrige Folgen unwirksamer Verwaltungsakte handelt, zu einer erheblich besseren Ergänzung des Amtshaftungsanspruchs als sie die Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Quasi-Aufopferung für sich allein bilden. Insbesondere schwächt er die im sozialen Rechtsstaat nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Ausgestaltung des Entschädigungsrechtes und Schutzes gegenüber rechtswidrigen Akten der Eingriffsverwaltung und gegenüber rechtswidrigen Akten der Leistungsverwaltung ab.

Der in dieser Arbeit aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats abgeleitete Folgenentschädigungsanspruch dürfte auch weitgehend den Forderungen entsprechen, die SCHEUNER<sup>18)</sup> mit Recht für die Weiterentwicklung des Entschädigungsrechts aufstellt.

In einer immer mechanischer arbeitenden Verwaltung verliert nach der Auffassung SCHEUNERS das Verschuldensprinzip an Gewicht<sup>19)</sup>. Die Erweiterung der Staatsleistungen für schädigende Eingriffe müsse eine Entwicklung zu einem o b j e k t i v e n Prinzip der Staatsverantwortlichkeit sein. Eine solche Entwicklung sei eine Modernisierung des deutschen Rechts, die sich in die Entwicklungsrichtung ausländischer Rechte einfüge. Bei der Weiterentwicklung des Entschädigungsrechts gelte es, feste Grenzen abzustecken und nicht bloße Billigkeitsmaßstäbe zu verwenden.

Das Verschulden des betreffenden Amtswalters ist für den Folgenentschädigungsanspruch ohne Bedeutung. Der Anspruch begründet eine rein objektive Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand.

---

18) JuS 61, 243(249 f.).

19) Vgl. auch Lerche, JuS 61, 237(242), mit weiteren Nachweisen.

Im Gegensatz zu dem immer verschwommener gewordenen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff<sup>20)</sup> verzichtet der Folgenentschädigungsanspruch auch auf Billigkeitsmaßstäbe. Infolgedessen führt der Anspruch zu einer erheblich festeren Begrenzung der Entschädigungsverpflichtung.

---

20) Zutreffend führt Lerche (JuS 61, 237(240)) aus, der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff sei auf dem besten Weg, sich in einen allgemeinen Billigkeitsanspruch zu verflüssigen. Vgl. auch die Bemerkung zur Rspr. des BGH in Anm. 12.

## Lebenslauf

Am 7. August 1937 wurde ich als Sohn des Bauern Franz Franke und seiner Ehefrau Anne, geborene Lüke, in Paderborn geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Meine Schulzeit schloß ich am 18. März 1957 mit dem Reifezeugnis des Gymnasium Theodorianum in Paderborn ab.

Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich fünf Semester an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. und drei Semester an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster Rechtswissenschaft.

Am 8. August 1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 15. Oktober 1962 bin ich in der Referendarausbildung. Zur Anfertigung meiner Dissertation wurde mir ein fünfmonatiger Sonderurlaub erteilt.