

Restitution der Folgen nicht gerechtfertigter Eingriffe in Grundrechte – Der Folgenbeseitigungsanspruch

Von Wiss. Mitarbeiter **Szymon Mazur**, Fulda*

Fast 30 Jahre nach dem Scheitern des Staatshaftungsgesetzes wird es allmählich still um dieses Thema. Dieser Beitrag soll darauf aufmerksam machen, dass das richterrechtliche Staatshaftungsrecht nicht alle Lücken der Haftung des Staates für sein rechtswidriges Handeln geschlossen hat. So soll anhand des Folgenbeseitigungsanspruches verdeutlicht werden, dass längst nicht alle Folgen nicht gerechtfertigter Eingriffe in Grundrechte restituiert werden. Zunächst wird gezeigt, dass auch das Nebeneinander von verschiedenen Ansprüchen des Staatshaftungsrechts diese Lücke nicht zu schließen vermag. Danach werden der Meinungsstand über die Rechtsgrundlage und die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen und Einwendungen kurz erörtert. Schließlich wird deutlich gemacht, dass der Restitutionsanspruch nicht lückenlos ist.

I. Keine Lückenschließung durch Anspruchskonkurrenzen

Bereits der Bardepotfall aus dem Jahr 1984¹ zeigt, dass selbst bei auf Geldleistung gerichteten Ansprüchen das Nebeneinander der verschiedenen Haftungsinstitute keinen vollständigen Rechtsschutz zu gewähren vermag. Der BGH² hatte zuvor einen Anspruch auf Ersatz des Zinsschadens aus enteignungsähnlichem Eingriff abgewiesen. Daher versuchte der Kläger, die Zinsen, die aufgrund des rechtswidrigen Verwaltungsaktes angefallen waren, im Wege des Anspruchs auf Folgenbeseitigung geltend zu machen. Die Restitution dieser Folgen wurde jedoch vom BVerwG³ ebenfalls abgelehnt.

Unabhängig von der Frage, ob man die Entscheidung des BGH⁴ oder die des BVerwG für falsch hält, zeigt dieser Fall, dass die Frage, welche Folgen denn nun durch den Folgenbeseitigungsanspruch zu ersetzen sind, nicht rein theoretischer Art ist und daher nicht mit dem Argument entkräftet werden kann, dass der Betroffene hier auf anderem Wege seinen Anspruch geltend machen könne. Zudem macht der Fall auch deutlich, dass es für die Wahl des Rechtswegs von Bedeutung ist, welchen Anspruch man denn nun geltend machen möchte, denn anders als für den Folgenbeseitigungsanspruch ist für

den enteignungsähnlichen oder enteignenden Eingriff bzw. Aufopferung die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig.⁵

Schließlich ist zu bedenken, dass die Ansprüche sowohl aus dem enteignungsähnlichen Eingriff als auch aus dem enteignenden Eingriff bzw. der Aufopferung nur einen Ausgleich in Geld gewähren,⁶ der Folgenbeseitigungsanspruch jedoch auf die Wiederherstellung eines früheren oder gleichwertigen Zustands gerichtet ist, was nur in Ausnahmefällen eine Geldleistung darstellt. Wenn sich z.B. der Betroffene gegen rechtswidrige Eingriffe durch Immissionen zur Wehr setzt, so können auf Geldleistung gerichtete Ansprüche nicht zu seiner vollständigen Befriedigung führen. Dies zeigt, dass bestimmte Folgen rechtswidriger Grundrechtseingriffe befriedigend nur durch den Folgenbeseitigungsanspruch beseitigt werden können. Daher soll die Untersuchung sich hier auf die Frage konzentrieren, ob nach der derzeitigen Entwicklung dieser Schutz lückenlos ist.

II. Rechtsgrundlage

1. Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruches

Zunächst wurde der sog. Vollzugsfolgen-Beseitigungsanspruch als ein subjektiv-öffentlicher Anspruch des Bürgers, der auch den realen Vollzug des rechtswidrigen Verwaltungsaktes rückgängig machen soll, aus der Erkenntnis heraus entwickelt, dass ein wirksamer Rechtsschutz sich nicht nur auf die Außerkraftsetzung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes beschränken kann.⁷ Schon kurze Zeit später wurde der Anwendungsbereich dieses Anspruchs auch auf schlichthoheitliches Handeln oder Unterlassen ausgeweitet. Das richterrechtlich entwickelte Rechtsinstitut ist mittlerweile zu Gewohnheitsrecht erstarkt.⁸

Heute sollen nach h.M. mit dem Folgenbeseitigungsanspruch die unmittelbaren rechtswidrigen Folgen öffentlich-rechtlichen Handelns beseitigt und damit die Wiederherstellung des ursprünglichen oder eines vergleichbaren Zustands

* Der Autor ist Assessor, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Hochschule Fulda und Promotionsstudent an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

¹ BVerwGE 69, 366; das Gericht hatte hier die Frage zu klären, ob ein zu Unrecht zur Depothaltung verpflichteter Unternehmer, der infolge des Vollzuges der Verpflichtung Kredit aufnehmen musste, die dadurch angefallenen Zinsen im Wege des Folgenbeseitigungsanspruches ersetzt verlangen kann.

² Vgl. BGHZ 83, 190.

³ Vgl. BVerwGE 69, 366. Dies hat das BVerwG damit begründet, dass der Zinsaufwand keine unmittelbare Folge des rechtswidrigen Vollzuges der Bardepotbescheide sei.

⁴ So beispielsweise *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 304.

⁵ Vgl. *Kopp/Schenke*, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 40 Rn. 61. Zu der Zuständigkeit beim Folgenbeseitigungsanspruch vgl. *Ahrens*, Staatshaftungsrecht, 2009, Rn. 328. Allerdings besteht seit dem 1.1.1991 aufgrund des § 17 Abs. 2 GVG die Möglichkeit der Aburteilung beider Ansprüche in einem Rechtsweg (Rechtsweg kraft Sachzusammenhangs). § 17 Abs. 2 S. 2 GVG ist insoweit nicht einschlägig, da hier nicht die Höhe der Enteignungsentschädigung zur Diskussion steht. Vgl. dazu *Kopp/Schenke* (Fn. 5), § 41 Rn. 4.

⁶ Vgl. *Kemmler*, JA 2005, 908; ferner *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 437 (zum enteignungsähnlichen Eingriff), Rn. 459 (zum enteignenden Eingriff) und Rn. 334 (zur Aufopferung).

⁷ Vgl. zu der Herleitung dieses Anspruchs in der Literatur und Rechtsprechung *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 286.

⁸ So *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2009, Rn. 1337 f.

geltend gemacht werden.⁹ Dieser Anspruch wird zwar in § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO erwähnt. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine Anspruchsgrundlage,¹⁰ sondern um eine Regelung, die dessen prozessuale Durchsetzung vereinfachen soll.¹¹ Allerdings setzt die prozessuale Regelung einen entsprechenden materiell-rechtlichen Anspruch voraus.

2. Herleitung des Folgenbeseitigungsanspruchs

Zunächst wurde der Folgenbeseitigungsanspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet.¹² Später wurde auf den Rechtsgedanken der zivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere der §§ 12, 862, 1004 BGB und §§ 1004, 906 BGB zurückgegriffen.¹³ Insbesondere der Immissionsabwehranspruch ist zunächst aus dieser zivilrechtlichen nachbarrechtlichen Grundlage entwickelt worden.¹⁴ Heute wird der Anspruch überwiegend aus der Abwehrfunktion der Grundrechte abgeleitet.¹⁵ So wird auch der Immissionsabwehranspruch inzwischen immer mehr als Ausprägung eines einheitlichen Abwehranspruchs, welcher aus den Grundrechten hergeleitet wird, gesehen.¹⁶ In der Rechtsprechung hat sich bislang keine einheitliche Linie herausgebildet und es wurde manchmal ausdrücklich offen gelassen, auf welche Rechtsgrundlage sich das Gericht bei seiner Entscheidung stützt.¹⁷

3. Folgenbeseitigungsanspruch – Ausfluss des grundrechtlichen Abwehranspruchs

Richtigerweise ist der Folgenbeseitigungsanspruch Ausfluss des grundrechtlichen Abwehranspruchs. Die Grundrechte sind zwar in erster Linie als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG) Eingriffsabwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat – sog. status negativus der Grundrechte.¹⁸ Bei deren Verletzung kann der betroffene Bürger den Eingriff abwehren, indem er die Beseitigung des Eingriffs

verlangt. Aber auch die bloße Grundrechtsgefährdung ist u.U. mit der Grundrechtsverletzung gleichzusetzen.¹⁹ Alleine aus dieser Gefährdung erwächst bereits ein durchsetzbarer Anspruch darauf, dass der nichtgerechtfertigte Eingriff unterbleibt.²⁰ Das bedeutet, dass der status negativus bereits durch die Gefährdung gestört ist und der daraus resultierende Unterlassungsanspruch eine Art von „Gefahrenbeseitigungsanspruch“²¹ ist. Allerdings sind damit nicht immer auch die Folgen des Eingriffs beseitigt. Ist etwa der Eingriff als Rechtsakt mit Befehl und Zwang angeordnet worden, so kann zwar die Anordnung wieder zurückgenommen werden. Wenn der Rechtsakt aber bereits durchgesetzt wurde, sind die Folgen des Eingriffs immer noch vorhanden. Es liegt aber nahe, dass der grundrechtliche Eingriffsabwehranspruch nicht allein die Beseitigung der Gefahr erfordert, sondern auch die Beseitigung der bereits durch den Eingriff eingetretenen Folgen (sog. actio negatoria).²² Daher sind der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch verschiedene Erscheinungsformen desselben Anspruchs,²³ die auf denselben Rechtsgrund zurückgehen. Der grundrechtliche Abwehranspruch wehrt nicht nur den Eingriff als hoheitliches Unrecht ab, sondern gewährt zudem auch einen Anspruch auf Beseitigung der Folgen, die durch den Eingriff entstanden sind. Dieser Abwehranspruch schützt den Zustand vor dem Eingriff – den status quo ante – und gewährt damit auch das Recht auf dessen Restitution durch Beseitigung der Folgen des Eingriffs.²⁴

4. Abgrenzung zu den Entschädigungsansprüchen

Damit unterscheidet sich dieser Anspruch wesentlich von den Entschädigungsansprüchen, welche nicht auf Restitution, sondern auf Kompensation gerichtet sind.²⁵ Zu unterscheiden ist der Folgenbeseitigungsanspruch auch von dem Anspruch auf Naturalrestitution i.S.d. § 249 S. 1 BGB. Der Anspruch auf Naturalrestitution richtet sich nämlich auf die Herstellung des Zustandes, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde – also auf einen hypothetischen Zustand, wie er zum Zeitpunkt der Geltendmachung bestehen würde. Der Folgenbeseitigungsanspruch hingegen richtet sich auf die Wieder-

⁹ *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 37 Rn. 1 und *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2009, § 12 Rn. 1 ff.

¹⁰ Vgl. *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 303.

¹¹ *Erbguth* (Fn. 9), § 37 Rn. 3.

¹² So *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 98 ff. und S. 126 ff.

¹³ So z.B. *Bettermann*, DÖV 1955, 528.

¹⁴ *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 288.

¹⁵ *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 295, gestützt auf *Weyreuther*, Verhandlungen zum 47. DJT, 1968, B 13.

¹⁶ So zum Beispiel das nordrhein-westfälische OVG NVwZ 1983, 356, wobei auch in jüngerer Zeit immer wieder auf den zivilrechtlichen Abwehranspruch zurückgegriffen wird. Vgl. dazu HessVGH NJW 1993, 3088, aber auch OVG Niedersachsen NVwZ 1994, 713 oder VGH BW NVwZ 1994, 920.

¹⁷ So neigt der 4. Senat = BVerwG NJW 1972, 269 dazu, den Anspruch auf die Freiheitsgrundrechte zu stützen, lässt jedoch das Ergebnis ausdrücklich offen. Der 3. Senat jedoch stützte sich in der sog. Bardepotentscheidung (BVerwGE 69, 366) alleine auf den Art. 20 Abs. 3 GG.

¹⁸ *Epping*, Grundrechte, 4. Aufl. 2010, Rn. 14.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 52, 214 (220); 66, 39 (58).

²⁰ *Pieroth/Schlink*, Grundrecht, Staatsrecht II, 23. Aufl. 2007, Rn. 58. So ist auch eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Akt öffentlicher Gewalt zulässig, wenn der Beschwerdeführer noch nicht betroffen ist, jedoch klar abzusehen ist, dass er in Zukunft betroffen sein wird; vgl. *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 199. Zur Zulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen rechtsförmliches und schlichtes Handeln der Verwaltung vgl. *Pietzcker*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Bd. 1, 19. Aufl. 2009, § 42 Rn. 162 ff.

²¹ *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 299, unter Berufung auf *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl. 1996, Einl. UWG Rn. 256 ff.

²² *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 299 f.

²³ *Schoch*, VerwArch. 79 (1988), 1 (37).

²⁴ *Fabe*, NVwZ 2003, 159.

²⁵ *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 286 und S. 301 f.

herstellung des tatsächlichen oder zumindest eines gleichwertigen Zustandes.²⁶

Diese Trennung wird allerdings in der Literatur nicht konsequent durchgezogen. So bejaht *Ipsen*²⁷, sich auf die h.M. stützend, einen Anspruch des Betroffenen auf Exmittierung eines eingewiesenen Obdachlosen auch dann, wenn der Eingewiesene zuvor in dieser Wohnung als Mieter gewohnt hatte und vor der Einweisung aufgrund eines Räumungsurteils durch den Gerichtsvollzieher entfernt werden sollte, aber noch nicht entfernt worden war.²⁸ Das ist aber der Sache nach ein Anspruch auf Naturalrestitution, nicht nur auf Wiederherstellung des status quo ante. Dieser ist mit Ablauf der Einweisungsfrist bzw. nach dessen Aufhebung ohne weiteres erreicht, weil der Betroffene jetzt genau so steht wie vor der Einweisung: Er hat einen – nun wieder vollstreckbaren – Räumungstitel. Für eine darüber hinausgehende schadensersatzartige „Folgenbeseitigung“, die tatsächlich den hypothetischen Zustand herstellen soll, der ohne Einweisung eingetreten wäre (Vollzug der Räumung durch den Gerichtsvollzieher), sind zwingende Gründe nicht erkennbar.

Von dem Folgenbeseitigungsanspruch ist schließlich der vom BSG²⁹ entwickelte sog. sozialrechtliche Herstellungsanspruch zu unterscheiden. Beide Ansprüche sind zwar auf die Beseitigung von hoheitlichem Unrecht gerichtet, jedoch soll bei dem Herstellungsanspruch nicht der status quo ante hergestellt werden, sondern der geschädigte Bürger soll so gestellt werden, als ob das Unrecht nicht geschehen wäre, er beispielsweise rechtmäßig beraten worden wäre und die daraus folgenden Dispositionen (nicht) getroffen hätte.

III. Anspruchsvoraussetzungen

Bevor jedoch der Umfang des Rechtsschutzes auf der Rechtsfolgenebene diskutiert wird, sollen zunächst die Anspruchsvoraussetzungen für die Geltendmachung des Folgenbeseitigungsanspruchs kurz erörtert werden.

1. Hoheitliches Handeln

Genauso wie der Grundrechtseingriff von einem zurechenbaren Verhalten der öffentlichen Gewalt ausgehen muss,³⁰ muss

auch die den Folgenbeseitigungsanspruch auslösende Rechtsverletzung durch hoheitliches Handeln verursacht werden. Dies ist der Fall beim Handeln in Gestalt eines Verwaltungsaktes, eines öffentlich-rechtlichen Vertrages oder einer Satzung,³¹ aber auch beim tatsächlichen Handeln, wenn die Beeinträchtigung in ihrer Rechtsqualität dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist.³² Ein Verhalten Dritter muss sich der Hoheitsträger zurechnen lassen, wenn es als Folge von ihm beabsichtigt war.³³ War dies nicht der Fall, so erfolgt eine Zurechnung, wenn die Folge für die Verwaltung vorhersehbar war bzw. wenn die Verwaltung davon nachträglich Kenntnis erlangt hat (sog. Zustandsverantwortlichkeit).³⁴

2. Verletzung subjektiver Rechte

Die subjektive Rechtsposition kann sich sowohl aus den Grundrechten wie auch dem einfachen Recht ergeben, welches die Grundrechte konkretisiert oder ausgestaltet. Dies ist bei einfachrechtlicher Umsetzung von Grundrechtspositionen der Fall, die z.B. Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt.³⁵

3. Fortdauernde rechtswidrige Folge

Grundsätzlich muss der betroffene Bürger die rechtswidrigen Folgen staatlichen Handelns nicht dulden. Eine Duldungspflicht kann sich aber aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag oder einem Verwaltungsakt ergeben, oder – im Falle der Betroffenheit durch Immissionen – aus dem Rechtsgedanken des § 906 BGB.³⁶

Insbesondere beim Verwaltungsakt ist zu beachten, dass auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt gem. §§ 43 Abs. 2 und 3, 44 VwVfG wirksam ist und somit bis zu seiner Aufhebung eine Duldungspflicht entfaltet. Es ist daher zur Geltendmachung des sog. Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs nicht nur die Rechtswidrigkeit der Folgen erforderlich, sondern auch die des dem Handeln zugrundeliegenden Verwaltungsaktes selbst, der überdies rechtzeitig vor Eintritt der Bestandskraft angefochten und aufgehoben worden sein muss. Bei dem allgemeinen Folgenbeseitigungsanspruch wird hingegen nach überwiegender Auffassung allein auf die Rechtswidrigkeit der durch hoheitliches Handeln verursachten Folgen abgestellt.³⁷

Entscheidend ist ferner, dass der geschaffene Zustand zum Zeitpunkt der Geltendmachung rechtswidrig ist. Unerheblich ist dabei, wie die Lage früher war, ob beispielsweise

²⁶ Zu eng dürfte jedoch die Ansicht von *Kemmler* sein, wonach die Wiederherstellung nur mit dem noch vorhandenen Material möglich sein soll und eine Folgenentschädigung abzulehnen sei (vgl. *Kemmler* [Fn. 6], S. 909). Auch der BayVGH beschränkt den Anspruch auf die Wiederherstellung des alten, nicht eines vergleichbaren Zustandes, vgl. BayVGH BayVBl. 1992, 147 f.

Zutreffend *Papier*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münch-Komm-BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 81. Zu dem sog. Folgenentschädigungsanspruch siehe *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 254 ff.

²⁷ *Ipsen* (Fn. 8), Rn. 1348 f.

²⁸ So BGHZ 130, 332 (335 f.); zu Recht a.A. OLG Köln NJW 1994, 1012 (1013).

²⁹ Vgl. *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 73; *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 326 ff.

³⁰ *Pieroth/Schlink* (Fn. 20), Rn. 240.

³¹ *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 41.

³² *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 309; Ansonsten gelten hier dieselben Kriterien wie bei der Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln von Hoheitsträgern.

³³ Vgl. *Bumke*, JuS 2005, 22 (23).

³⁴ Vgl. *Bumke*, JuS 2005, 22 (23).

³⁵ *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 307 f. und *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 39.

³⁶ *Ahrens* (Fn. 5), Rn. 307 und *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 314 f.

³⁷ Vgl. zu dem gesamten Meinungsstand in Rspr. und Literatur *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 312 f.

der fortdauernde Eingriff auf einem Verwaltungsakt beruhte, der indessen nun durch Fristablauf oder aus anderen Gründen außer Kraft getreten ist, mit der Folge, dass es nun keine Rechtsgrundlage mehr für den Eingriff gibt.³⁸ Auf der anderen Seite entfällt die Rechtswidrigkeit des Zustands, wenn dieser nachträglich legalisiert wird. Teilweise wurde für den Fall, dass der rechtmäßige Zustand noch geschaffen werden kann, die Ansicht vertreten, dass der Folgenbeseitigungsanspruch noch nicht spruchreif i.S.d. § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO ist.³⁹ Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.⁴⁰ Zum einen kann die später eintretende Legalisierung noch bis zum Abschluss des Vollstreckungsverfahrens mit der Vollstreckungsabwehrklage gem. § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 767 Abs. 1 und 2 S. 2 ZPO berücksichtigt werden, zum anderen lässt alleine die Möglichkeit der Legalisierung die Rechtswidrigkeit des Zustandes noch nicht entfallen.

4. Keine Einwendungen

Schließlich dürfen keine Einwendungen durchgreifen.

a) Rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Wiederherstellung

Ist die Wiederherstellung des status quo ante von Anfang an unmöglich oder wird sie unmöglich, so entfällt auch der Anspruch auf Folgenbeseitigung. Dies ergibt sich bereits aus dem Rechtsgrundsatz „*ultra posse nemo obligatur*“.⁴¹ Während die Fälle der tatsächlichen Unmöglichkeit keine besonderen Schwierigkeiten aufweisen, sind hingegen die Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit, bei denen sich die Folgenbeseitigungsmaßnahme gegen Dritte richtet – sog. Drittbeteiligungs-fälle⁴² –, problematischer. Solange der Dritte zu Beseitigung der Folgen selbst oder zumindest zur Duldung der Maßnahme nicht verpflichtet ist, ist die Folgenbeseitigung rechtlich nicht möglich. Die Unmöglichkeit kann zwar durch einen an ihn gerichteten Verwaltungsakt⁴³ beseitigt werden. Da aber der Verwaltungsakt ihn belastet, ist dafür eine Rechtsgrundlage erforderlich.

³⁸ Baldus/Grzeszick/Wienhues (Fn. 6), Rn. 53; Ossenbühl (Fn. 4), S. 313; Ipsen (Fn. 8), Rn. 1342 f.

³⁹ Vgl. dazu Ossenbühl (Fn. 4), S. 317 m.w.N.

⁴⁰ So auch Ossenbühl (Fn. 4), S. 317 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁴¹ So auch Ipsen (Fn. 8), Rn. 1353. Danach kann der Betroffene nur noch Geldersatz verlangen. Der Folgenbeseitigungsanspruch mutiert zu einem Folgenentschädigungsanspruch. Begründet wird dies mit der entsprechenden Regelung im Schadensrecht, wonach der Geschädigte bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) Geldersatz verlangen kann (§ 251 Abs. 1 BGB), vgl. dazu Baldus/Grzeszick/Wienhues (Fn. 6), Rn. 257.

⁴² So z.B. bei Forderung nach der Exmittierung eines Obdachlosen oder nach einem Einschreiten gegen einen rechtswidrigen Bau des Nachbarn; vgl. dazu Ossenbühl (Fn. 4), S. 319, mit weiteren Verweisen in Literatur und Rechtsprechung.

⁴³ Z.B. eine Räumungsverfügung oder Abrissverfügung.

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass das Folgenbeseitigungsgebot nicht nur die Beseitigungspflicht enthält, sondern zugleich auch die Ermächtigung, diese Pflicht gegenüber Dritten durchzusetzen.⁴⁴ Diese Ansicht wird damit begründet, dass ohne eine solche spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage de facto der rechtswidrige Besitzzustand des Begünstigten stärker geschützt wäre als der rechtmäßige Besitzzustand des Belasteten und die Beseitigung der Begünstigung eine notwendige Bedingung für den Folgenbeseitigungsanspruch sowie den wirksamen Schutz der Freiheitsrechte sei. Dies wird zu Recht von der überwiegenden Ansicht mit der Begründung abgelehnt, dass der Folgenbeseitigungsanspruch nur das Verhältnis zwischen der Behörde und dem Belasteten regelt und nicht das Verhältnis der Behörde zu Dritten. Danach ist aber für ein Tätigwerden der Behörde eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Diese dürfte regelmäßig im Polizei- und Ordnungsrecht der Länder zu finden sein, da der rechtswidrige Zustand zugleich eine Störung der öffentlichen Sicherheit darstellt.⁴⁵ Da gegenüber dem Betroffenen eine Pflicht zur Folgenbeseitigung besteht, wird das nach den polizeilichen Generalklauseln bestehende Ermessen der Behörde erheblich eingeschränkt oder gar auf Null reduziert, jedenfalls bis zur Grenze des Übermaßverbotes gegenüber dem Dritten.⁴⁶ Ferner dürfte die Folgenbeseitigungsnorm als Ermächtigungsgrundlage für Grundrechtseingriffe mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sein. Insbesondere wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass der Folgenbeseitigungsanspruch aus den Freiheitsrechten abzuleiten ist, so ist es auch konsequent zu sagen, dass diese als Abwehrrechte nur gegen den Staat wirken (Art. 1 Abs. 3 GG) und nicht – jedenfalls unmittelbar – gegen den Bürger.

b) Zumutbarkeit der Wiederherstellung

Nach der Rechtsprechung des BVerwG muss die Wiederherstellung des ursprünglichen rechtmäßigen Zustandes dann zurücktreten, „wenn damit ein unverhältnismäßig hoher Aufwand verbunden ist, der zu dem erreichbaren Erfolg bei allem Respekt für das Verlangen nach rechtmäßigen Zuständen in keinem vernünftigen Verhältnis mehr steht“⁴⁷.

Die Einwendung der Zumutbarkeit, welche aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip hergeleitet wird,⁴⁸ ist in der Literatur zunehmend auf Kritik gestoßen.⁴⁹ Dem wird entgegenge-

⁴⁴ So z.B. Schenke, DVBl. 1995, 328 (330 ff.); vgl. zu dem gesamten Meinungsstreit Detterbeck/Windthorst/Sproll (Fn. 9), § 12 Rn. 46 mit weiteren Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

⁴⁵ Vgl. dazu die Generalklauseln der Polizeigesetze der Bundesländer: § 1 NRWPolG, §§ 1, 3 BWPoIG; § 1 HeSOG; § 1 RPPOG u.a.

⁴⁶ So auch BGHZ 130, 332 (335 f.).

⁴⁷ Vgl. BVerwGE 94, 100.

⁴⁸ Erbguth (Fn. 9), § 37 Rn. 10 und Detterbeck/Windthorst/Sproll (Fn. 9), § 12 Rn. 47.

⁴⁹ Erbguth (Fn. 9), § 37 Rn. 10 und Ossenbühl (Fn. 4), S. 322.

setzt, dass der – aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete⁵⁰ – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die staatliche Machtausübung gegenüber dem Bürger begrenzen soll und nicht Ansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat.⁵¹ Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass der Folgenbeseitigungsanspruch keinen Anspruch auf sinnlose Entscheidungen begründen kann. Dies wäre aber der Fall, wenn der Wiederherstellungsaufwand zu dem Interesse des Bürgers in keinem vernünftigen Verhältnis mehr stehen würde. In diesen Fällen wird zum Teil eine Umwandlung des auf Wiederherstellung gerichteten Anspruchs in einen Folgenentschädigungsanspruch befürwortet.⁵² Hergeleitet wird dieses Ergebnis aus dem Rechtsgedanken des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB.⁵³ Auch wenn im Ergebnis dem Bedürfnis nach einer Einschränkung des Anspruchs zur Vermeidung sinnloser Entscheidungen zuzustimmen ist, ist die Herleitung des Einwands aus dem für Schadensersatz geltenden Grundsatz des § 251 Abs. 2 BGB wenig befriedigend. Beim Immissionsabwehranspruch ist der Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 906 Abs. 2 BGB näherliegend. In sonstigen Fällen kann der Rechtsgedanke des § 74 Abs. 2 S. 3 VwVfG herangezogen werden.⁵⁴

c) Unzulässige Rechtsausübung

Bei zwei Fallgruppen wird der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bejaht,⁵⁵ zum einen wenn die Legalisierung des rechtswidrigen Zustandes unmittelbar bevorsteht⁵⁶ und zum anderen wenn der ursprüngliche Zustand zwar wiederhergestellt werden kann, aber nicht seine ursprüngliche Funktion erfüllen kann.⁵⁷ Ob diese beiden Fälle jedoch unzulässige Rechtsausübung darstellen, erscheint fraglich. Der zweite Fall ist wohl ein spezieller Fall der tatsächlichen Unmöglichkeit. Wenn weder dieselbe noch eine gleichwertige Funktion hergestellt werden kann, so kann aber auch der status quo ante nicht wiederhergestellt werden.⁵⁸ Für die Konstruktion als unzulässige Rechtsausübung besteht in diesem Fall kein Bedürfnis.

⁵⁰ Vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 10 Rn. 17.

⁵¹ *Erbguth* (Fn. 9), § 37 Rn. 1.

⁵² *Erbguth* (Fn. 9), § 37 Rn. 1 und *Hain*, *VerwArch* 95 (2004), 498, aber auch *VGH München NVwZ* 1999, 1237 (1238).

⁵³ *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 30; *Erbguth* (Fn. 9), § 37 Rn. 1.

⁵⁴ Vgl. dazu auch *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 28.

⁵⁵ Vgl. *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 323.

⁵⁶ So *Ipsen* (Fn. 8), Rn. 1357 und *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 65.

⁵⁷ Dies wurde z.B. in einem Fall angenommen, in dem die Wiederbepflanzung einer Grabstelle – an der das Nutzungsrecht bereits erloschen und das Grab abgeräumt worden war – verlangt worden ist. Vgl. *BayVGH BayVBl.* 1992, 147 (148).
⁵⁸ So kann in dem hier zugrundeliegendem Fall nur die leere Grabstelle bepflanzt werden, nicht hingegen die Grabstätte des Angehörigen. Der frühere Zustand, nämlich die Bes Schmückung der Grabstätte zu Ehren des Toten kann demnach nicht mehr wiederhergestellt werden.

Dagegen ist die Einschränkung des Anspruchs auf Folgenbeseitigung bei unmittelbar bevorstehender Legalisierung abzulehnen. Zum einen ist die Abgrenzung zwischen der – auch nach h.M. unzureichenden – abstrakten Möglichkeit der Legalisierung und der unmittelbar bevorstehenden Legalisierung kaum möglich. Zum anderen können hier auch dieselben Argumente wie oben bei der Frage, ob die Rechtswidrigkeit noch fort dauert, vorgebracht werden. Es besteht nämlich gar kein Bedürfnis für die Einschränkung des Anspruchs, weil der Anspruchsgegner durch die Möglichkeit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 167 Abs. 1 S. 1 VwGO, § 767 Abs. 1 und 2 ZPO gegen eine Durchsetzung des unstreitig zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gegebenen Anspruchs ausreichend geschützt ist.

d) Kein (überwiegendes) Mitverschulden

Auch beim Folgenbeseitigungsanspruch wird der § 254 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens⁵⁹ entsprechend angewendet.⁶⁰ Während nach früherer Rechtsprechung des BVerwG⁶¹ bei Unteilbarkeit der Folgenbeseitigung und gleichzeitig ins Gewicht fallender Mitverantwortlichkeit des Betroffenen der gesamte Beseitigungsanspruch entfiel, tritt nach neuerer Rechtsprechung an die Stelle des Folgenbeseitigungsanspruchs ein auf Geldersatz gerichteter Ausgleichsanspruch.⁶²

e) Verjährung

Seit der Schuldrechtsreform ist es nahezu einhellige Auffassung, dass auch für den Folgenbeseitigungsanspruch die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren seit Kenntnisnahme gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB und die absolute Verjährung von zehn Jahren gem. § 199 Abs. 4 BGB gilt.⁶³

IV. Rechtsfolgen

Wie bereits oben erörtert wurde, richtet sich der Folgenbeseitigungsanspruch auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands – also auf die Schaffung des status quo ante. Dabei sind allerdings nach ganz h.M. zwei Einschränkungen zu beachten.

1. Beseitigung allein störender Folgen

Nach einhelliger Auffassung kann der Betroffene nur die Beseitigung der störenden Folgen des Eingriffs verlangen.⁶⁴ Sieht man den Folgenbeseitigungsanspruch als einen Ausfluss des grundrechtlichen Abwehranspruchs an, so ist dieses Ergebnis konsequent. Der Betroffene kann aus dem jeweiligen Grundrecht nur verlangen, dass der Eingriff unterbleibt. Daher kann die Folgenbeseitigung nur so weit gehen, wie die rechtlich geschützte Rechtsposition des Betroffenen gestört

⁵⁹ Vgl. *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 322.

⁶⁰ Dagegen jedoch *Kemmler* (Fn. 6), S. 909.

⁶¹ Vgl. BVerwG DÖV 1971, 857.

⁶² Vgl. BVerwGE 82, 24.

⁶³ *Erbguth* (Fn. 9), § 37 Rn. 15 und *Ahrens* (Fn. 5), Rn. 322; nun auch *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 66.

⁶⁴ *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 305.

ist. Nur wenn die Wiederherstellung des tatsächlich zuvor vorhandenen Zustandes der einzige Weg zur Beseitigung des Grundrechtseingriffes ist, kann die Wiederherstellung dieses Zustandes verlangt werden. In allen anderen Fällen kann auch durch die Schaffung eines vergleichbaren Zustandes der rechtliche status quo ante wiederhergestellt werden.⁶⁵

2. Beseitigung der unmittelbaren Folgen

Nach ganz überwiegender Ansicht in der Literatur⁶⁶ und in der Rechtsprechung werden nur die unmittelbaren Folgen des Eingriffs beseitigt, also nur die Folgen, auf die das Verhalten des Hoheitsträgers unmittelbar – final – gerichtet war. Die sonstigen Folgen sollen nach der Rechtsprechung des BVerwG keinen Wiederherstellungsanspruch begründen, wenn sie durch ein Verhalten des Betroffenen oder eines Dritten (mit) verursacht wurden. Das BVerwG hält diese Einschränkung in dem o.g. „Bardepot-Urteil“⁶⁷ „für geboten, um dem Charakter des aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Folgenbeseitigungsanspruchs gerecht zu werden.“⁶⁸

Diese Ansicht des BVerwG vermag jedoch nicht zu überzeugen. Selbst wenn man, wie das BVerwG in der Bardepotentscheidung, den Folgenbeseitigungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG herleiten würde,⁶⁹ ließe sich die Einschränkung nur auf unmittelbare Folgen damit nicht begründen. Zwar kann man aus Art. 20 Abs. 3 GG auch die Verpflichtung ableiten, die Folgen einer Handlung, die gegen Gesetz und Recht verstoßen, wieder zu beseitigen. Woraus sich aber die Pflicht ergeben soll, dass der Hoheitsträger nur die von ihm geschaffenen Folgen beseitigen muss, bleibt jedoch unklar.⁷⁰ Aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt sich, dass die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist, d.h. dass die Gesetzesanwendung nicht zu ihrer Disposition steht, sondern dass sie diese zwingend anwenden muss und alles tun muss, um den Willen des Gesetzgebers in die Wirklichkeit umzusetzen.⁷¹ Daraus ergibt sich aber, dass der Hoheitsträger darauf hinwirken muss, dass rechtmäßige Zustände (wieder) geschaffen werden. Eine Beschränkung auf die von ihm selbst herbeigeführten Folgen und nicht auf alle von ihm verursachten und ihm zurechenbaren Folgen lässt sich dieser Bestimmung eben nicht entnehmen.

Leitet man den Folgenbeseitigungsanspruch aus den Grundrechten ab, so ist der Umfang der Folgenbeseitigung

auch anhand des grundrechtlichen Abwehrenspruchs zu bestimmen. Grundrechte gewähren zunächst Abwehrrechte gegen rechtswidrige Eingriffe. Nach dem modernen Eingriffsbegriff ist grundrechtlicher Eingriff „jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht, gleichgültig ob diese Wirkung *final* oder *unbeabsichtigt, unmittelbar* oder *mittelbar*, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang erfolgt“⁷². Demnach kann der den Abwehrenspruch auslösende Eingriff in die Grundrechte auch durch unbeabsichtigtes und mittelbares staatliches Handeln erfolgen. Wenn der Betroffene auf der Tatbestandsebene auch durch mittelbare Eingriffe grundrechtlich betroffen ist, stellt sich die Frage, wieso er auf der Rechtsfolgensebene nur die unmittelbaren Folgen des Eingriffs soll abwehren können.

V. Prozessuale Durchsetzung

Bezüglich der prozessualen Durchsetzung des Folgenbeseitigungsanspruchs gibt es keine Besonderheiten. Da der Folgenbeseitigungsanspruch öffentlich-rechtlicher Natur ist, ist nach § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Die statthafte Klageart richtet sich auch hier nach dem Begehren des Klägers. Bei Folgen eines Verwaltungsaktes ist die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO, verbunden mit einem Antrag nach § 113 Abs. 1 S. 2 VwGO statthaft. Wenn der Verwaltungsakt bestandskräftig geworden ist, so kommt eine Verpflichtungsklage auf Aufhebung des Verwaltungsaktes nach § 48 VwVfG in Betracht. In sonstigen Fällen ist die allgemeine Leistungsklage die statthafte Klageart. Passivlegitimiert ist der Hoheitsträger, der den früheren Zustand wiederherstellen kann. Das kann unter Umständen ein anderer sein als derjenige, der den Zustand verursacht hat.⁷³

⁶⁵ Geht z.B. die Störung von einer neuerrichteten emittierenden Anlage aus und stellt diese Störung einen rechtswidrigen Eingriff dar, so kann der Betroffene die Beseitigung der rechtswidrigen Immissionen verlangen, was auch durch geeignete Schallschutzmaßnahmen erfolgen kann, nicht hingegen die Beseitigung der Anlage selbst; bzgl. einer Störung aus dem Straßenbau vgl. BVerwGE 94, 100.

⁶⁶ Vgl. *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 6), Rn. 31 ff. und *Ossenbühl* (Fn. 4), S. 302 und 304.

⁶⁷ BVerwGE 69, 366.

⁶⁸ BVerwGE 69, 366 (370).

⁶⁹ BVerwGE 69, 366, (370).

⁷⁰ So auch *Fiedle*, NVwZ 1986, 969 (973).

⁷¹ Vgl. *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. 3, 1988, § 62 Rn. 4.

⁷² So *Pieroth/Schlink* (Fn. 20), Rn. 240.

⁷³ *Ahrens* (Fn. 5), Rn. 327 ff.