

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 107

**Der Abwehranspruch gegen
rechtswidrige hoheitliche Realakte**

Von

Michael Hoffmann



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL HOFFMANN

Der Abwehrenspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

Schriften zum öffentlichen Recht

Band 107

Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte

Von

Dr. Michael Hoffmann



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

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

Meinen Eltern

Vorwort

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

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

Münster, im April 1969

Michael Hoffmann

Inhaltsverzeichnis

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

Erstes Kapitel

Der hoheitliche Realakt 15

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

Zweites Kapitel

Die Grundlage eines Abwehrenspruchs gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte 24

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Erstes Kapitel

Der hoheitliche Realakt

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

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

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

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

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

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

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