

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 714

Die Folgenbeseitigungslast

Von

Malte Ivo



Duncker & Humblot · Berlin

MALTE IVO

Die Folgenbeseitigungslast

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 714

Die Folgenbeseitigungslast

Von

Malte Ivo



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Ivo, Malte:

Die Folgenbeseitigungslast / von Malte Ivo. –

Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 714)

Zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1996

ISBN 3-428-08883-2

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-08883-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1996 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich Mai 1996 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt zunächst Herrn Professor Dr. Hans-Werner Laubinger. Er hat durch seine stetige Betreuung maßgebend die Entstehung und Fertigstellung dieser Arbeit gefördert. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. Jörg Lücke, an dessen Lehrstuhl ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter wertvolle Hinweise und Anregungen erhalten habe.

Besonders danken möchte ich meinen Eltern, die meinen Werdegang in jeder nur erdenklichen Hinsicht gefördert haben. Ihnen widme ich dieses Buch.

Mainz, im Juli 1996

Malte Ivo

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

| | |
|---|----|
| Entwicklung und Begriff der Folgenbeseitigungslast | 15 |
| A. Entwicklung der Folgenbeseitigungslast..... | 15 |
| B. Begriff der Folgenbeseitigungslast | 18 |

2. Kapitel

| | |
|--|----|
| Der Anwendungsbereich der Folgenbeseitigungslast | 20 |
| A. Drittbeteiligungsfälle..... | 20 |
| I. Baurecht | 20 |
| 1. Beseitigungsanordnung aufgrund eines Folgenbeseitigungsanspruchs..... | 21 |
| a) Beseitigung nur unmittelbarer Folgen..... | 22 |
| aa) Vorgaben der VwGO | 23 |
| bb) Rechtsschutzgesichtspunkte..... | 24 |
| cc) Zweck der Baugenehmigung..... | 27 |
| dd) Grundrechtsdogmatische Erwägungen..... | 28 |
| b) Rechtliche Möglichkeit der Folgenbeseitigung | 30 |
| aa) Folgenbeseitigung und Vorbehalt des Gesetzes | 30 |
| bb) Folgenbeseitigung gegenüber Dritten ?..... | 37 |
| cc) Folgenbeseitigung durch Verwaltungsakt ?..... | 38 |
| 2. Beseitigungsanordnung aufgrund der Landesbauordnungen..... | 39 |
| II. Ordnungsrecht..... | 44 |
| III. Sonstige Drittbeteiligungsfälle..... | 48 |
| B. Ablehnung einer begünstigenden Maßnahme | 49 |
| I. Änderung der Sach- oder Rechtslage nach rechtswidrigem Vorenthalten einer Vergünstigung..... | 50 |

| | |
|---|----|
| 1. Baurecht | 52 |
| 2. Berufszulassungsrecht | 53 |
| II. Berücksichtigung der rechtswidrigen Antragsablehnung in einer Folgeentscheidung | 55 |
| C. Zusammenfassung der Ergebnisse des 2. Kapitels | 57 |

3. Kapitel

| | |
|---|-----------|
| Rechtsgrundlagen der Folgenbeseitigungslast | 59 |
| A. Rechtsgrundlagen des einfachen Rechts | 60 |
| I. Anwendbarkeit der §§ 162, 242 BGB | 61 |
| II. Begründung der Folgenbeseitigungslast durch §§ 162, 242 BGB | 63 |
| 1. Der Rechtsgedanke des § 162 BGB | 63 |
| 2. Der Grundsatz von Treu und Glauben | 64 |
| B. Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen | 64 |
| I. Die Grundrechte | 64 |
| II. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung | 65 |
| III. Allgemeine Wiedergutmachungspflicht | 66 |
| IV. Rechtsstaatlichkeit als materielle Gerechtigkeit | 67 |

4. Kapitel

| | |
|--|-----------|
| Voraussetzungen der Folgenbeseitigungslast | 70 |
| A. Rechtswidrige Beeinträchtigung eines subjektiven öffentlichen Rechts durch hoheitliches Handeln | 70 |
| I. Beeinträchtigung eines subjektiven öffentlichen Rechts | 70 |
| II. Hoheitliches Handeln | 71 |
| 1. Die maßgebliche Hoheitsgewalt | 72 |
| a) Legislatives Unrecht | 73 |
| b) Judikatives Unrecht | 75 |
| c) Verwaltungsunrecht | 76 |
| 2. Beeinträchtigung durch Tun oder Unterlassen | 76 |
| 3. Form des hoheitlichen Handelns | 79 |

| | |
|--|----|
| a) Handeln durch Verwaltungs- bzw. Realakt..... | 79 |
| b) Handeln durch Rechtsverordnungen bzw. Satzungen..... | 80 |
| III. Nachwirkungen der Beeinträchtigung..... | 84 |
| IV. Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung..... | 86 |
| B. Möglichkeit der Wiedergutmachung in einer Folgeentscheidung..... | 88 |
| C. Zusammenhang zwischen der Beeinträchtigung und der Folgeentscheidung..... | 91 |
| D. Verpflichteter der Folgenbeseitigungslast..... | 92 |
| E. Zusammenfassung der Ergebnisse des 4. Kapitels..... | 95 |

5. Kapitel

| | |
|--|-----|
| Rechtsfolgen der Folgenbeseitigungslast | 96 |
| A. Ermessen..... | 97 |
| I. Die Folgenbeseitigungslast als zulässige Ermessenserwägung..... | 97 |
| 1. Der Zweck einer Ermächtigung im allgemeinen..... | 98 |
| 2. Ermächtigungszwecke und Folgenbeseitigungslast..... | 101 |
| a) Baurecht..... | 102 |
| aa) Bauordnungsrecht..... | 102 |
| bb) Bauplanungsrecht..... | 102 |
| b) Beamtenrecht..... | 103 |
| c) Ordnungsrecht..... | 104 |
| II. Folgenbeseitigungslast und Grundrechte..... | 105 |
| 1. Bauordnungsrechtliche Beseitigungsanordnung und Artikel 3 Abs. 1 GG..... | 105 |
| a) Ungleichbehandlung..... | 108 |
| b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung..... | 110 |
| aa) Differenzierung wegen eines Amtshaftungsanspruchs..... | 112 |
| bb) Differenzierung aufgrund der Mitverantwortlichkeit der Verwaltung..... | 116 |
| cc) Vertrauensschutzaspekte..... | 116 |
| c) Gleichbehandlungspflicht..... | 120 |
| d) Zusammenfassung..... | 124 |

| | | |
|------|--|------------|
| 2. | Beseitigungsanordnungen in anderen Drittbeteiligungsfällen und Artikel 3 Abs. 1 GG | 124 |
| 3. | Bevorzugung eines Bewerbers und Artikel 33 Abs. 2 GG | 125 |
| III. | Wirkung der Folgenbeseitigungslast | 127 |
| 1. | Drittbeteiligungsfälle..... | 128 |
| a) | Bauordnungsrecht | 128 |
| aa) | Ermessensreduzierung auf Null..... | 128 |
| bb) | Ermessensbindung | 131 |
| b) | Allgemeines Ordnungsrecht | 134 |
| c) | Sonstige Drittbeteiligungsfälle..... | 135 |
| 2. | Ablehnung einer begünstigenden Maßnahme..... | 135 |
| 3. | Zusammenfassung..... | 138 |
| B. | Beurteilungsspielraum..... | 140 |
| | Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse | 144 |
| | Literaturverzeichnis..... | 147 |
| | Sachwortregister | 156 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|---|
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AG | Amtsgericht |
| AK | Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| AtomG | Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) |
| BauGB | Baugesetzbuch |
| BauNVO | Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) |
| BauR | Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht |
| BayBauO | Bayerische Bauordnung |
| BayVBl. | Bayerische Verwaltungsblätter |
| BayVGH | Bayerischer Verwaltungsgerichtshof |
| BB | Der Betriebs-Berater |
| BBauG | Bundesbaugesetz |
| BBG | Bundesbeamtengesetz |
| Berl. | Berlin |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BImSchG | Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz) |
| BK | Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch/Bonner Kommentar zum Grundgesetz |
| BLV | Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamten (Bundeslaufbahnverordnung) |
| BR-Drucks. | Bundesrats-Drucksache |
| BRRG | Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) |
| BRS | Baurechtssammlung |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BSGE | Entscheidungen des Bundessozialgerichts |

| | |
|------------------------|---|
| BT-Drucks. Buchholz | Bundestags-Drucksache Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwG | Bundesverwaltungsgericht |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| BW | Baden-Württemberg |
| DÖV | Die öffentliche Verwaltung |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| ESVGH | Entscheidungssammlung des Hessischen Verwaltungs- gerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden- Württemberg |
| FG | Festgabe |
| FS | Festschrift |
| GastG | Gaststättengesetz |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz |
| GS | Gedächtnisschrift |
| GVG | Gerichtsverfassungsgesetz |
| HessVGH | Hessischer Verwaltungsgerichtshof |
| HStR | Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland |
| i.E. | im Ergebnis/im einzelnen |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JR | Juristische Rundschau |
| Jura | Juristische Ausbildung |
| JuS | Juristische Schulung |
| JZ | Juristenzeitung |
| LBauO | Landesbauordnung |
| LBG | Landesbeamtengesetz |
| LM | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsa- chen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring |
| LVwVG | Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz |
| LWG | Landeswassergesetz |
| ME | Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes |
| MünchKomm | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| Nds. BauO | Niedersächsische Bauordnung |
| Nds. OVG | Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht |
| NdsVBl. | Niedersächsische Verwaltungsblätter |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsre- port Zivilrecht |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |

| | |
|-----------|--|
| NVwZ-RR | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht - Rechtsprechungsreport Verwaltungsrecht |
| NW | Nordrhein-Westfalen |
| OVG | Oberverwaltungsgericht |
| OVGE | Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg |
| POG | Polizei- und Ordnungsbehördengesetz |
| Rh-Pf. | Rheinland-Pfalz |
| Saarl. | Saarland |
| st. Rspr. | ständige Rechtsprechung |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| StHR | Staatshaftungsrecht |
| VBIBW | Baden-Württembergische Verwaltungsblätter |
| VersR | Versicherungsrecht |
| VerwArch. | Verwaltungsarchiv |
| VerwRspr. | Verwaltungsrechtsprechung |
| VG | Verwaltungsgericht |
| VGH | Verwaltungsgerichtshof |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| VwVfG | Verwaltungsverfahrensgesetz |
| WHG | Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) |
| ZfBR | Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht |

1. Kapitel

Entwicklung und Begriff der Folgenbeseitigungslast

A. Entwicklung der Folgenbeseitigungslast

Der Begriff der Folgenbeseitigungslast wurde von Weyreuther in seinem Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag 1968 geprägt.¹ Ausgangspunkt für die Entwicklung dieses Rechtsinstituts sind die Überlegungen Weyreuthers zum Folgenbeseitigungsanspruch im Dreipersonenverhältnis. Ergibt sich für den anspruchspflichtigen Träger öffentlicher Gewalt die Notwendigkeit, im Zuge der Folgenbeseitigung in Rechte Dritter einzugreifen, so bietet nach Einschätzung Weyreuthers der Folgenbeseitigungsanspruch selbst keine hinreichende Eingriffsgrundlage.² Heranzuziehen seien vielmehr *gesetzliche* Grundlagen, so z.B. die polizeiliche Generalklausel, die allerdings das Tätigwerden regelmäßig in das Ermessen der zuständigen Behörde stellen. Bei dieser Ermessensentscheidung könne das rechtswidrige Vorverhalten der Verwaltung nicht unbeachtlich sein. Vielmehr treffe die Verwaltung eine Folgenbeseitigungslast, die zu einer Ermessensbindung führe. Dabei hänge der Grad der Ermessensbindung von der Sachlage des Einzelfalles ab. Eine Ermessensreduzierung auf Null sei daher im Einzelfall möglich, keineswegs aber zwingend.³

Diesen Gedanken überträgt Weyreuther auf die Konstellation der rechtswidrigen Versagung einer Vergünstigung bei anschließender Änderung der Sach- oder Rechtslage zu Lasten des Betroffenen. Falle der ursprüngliche Anspruch infolge der Änderung der Sach- oder Rechtslage weg, sei aber die Gewährung der Vergünstigung nunmehr in das Ermessen der Verwaltung ge-

¹ Weyreuther, Gutachten, S. 106 ff.

² Gutachten, S. 108; zu dieser Problematik s.u. S. 20 ff.

³ Gutachten, S. 114.

stellt, so könne, da ein Folgenbeseitigungsanspruch nicht bestehe, dem Betroffenen nur über die Folgenbeseitigungslast geholfen werden.⁴

Ebenso komme es auf die Folgenbeseitigungslast dort an, wo es zwar nicht um die Änderung der Sach- oder Rechtslage gehe, das rechtswidrige Verwaltungshandeln aber zu Entscheidungen führe, bei denen die Folgen des Verwaltungsunrechts fortwirkten.⁵

Der Gedanke der Folgenbeseitigungslast wurde vom 4. Senat des BVerwG bereits in einem Beschluß vom 14.5.1968⁶ herangezogen. Nach rechtswidriger Ablehnung einer Baugenehmigung und dem darauf folgenden Erlaß einer Veränderungssperre sei das in dem damaligen § 14 Abs. 2 BBauG eingeräumte Ermessen der Baubehörde durch die Folgenbeseitigungslast gebunden. Dieser Gedanke wurde vom BVerwG für eine vergleichbare baurechtliche Konstellation in einem Urteil vom 20.8.1992⁷ bestätigt.

Weniger eindeutig ist demgegenüber die Rechtsprechung des BVerwG zur Folgenbeseitigungslast im Dreipersonenverhältnis. Das Gericht hat zwar in bezug auf den Erlaß einer Beseitigungsanordnung nach erfolgreicher Anfechtung einer Baugenehmigung durch den Nachbarn im Sinne Weyreuthers entschieden, daß Eingriffe in Rechte Dritter nicht auf einen Folgenbeseitigungsanspruch gestützt werden können.⁸ Als Rechtsgrundlage für eine Beseitigungsanordnung kämen vielmehr nur die Vorschriften des Landesbaurechts über die Beseitigung rechtswidriger baulicher Anlagen in Betracht. Das BVerwG geht nun bei der Frage des in diesen Vorschriften eingeräumten Ermessens nicht ausdrücklich auf die Folgenbeseitigungslast ein, sondern betont nur, daß „ggf. die Tatsache in Rechnung zu stellen (sei), daß der Nachbar...in einem Verwaltungsstreitverfahren die Aufhebung der Baugenehmigung erreicht (habe).“

⁴ Gutachten, S. 118.

⁵ Gutachten, S. 123 ff.

⁶ IV 56/65 -, Buchholz 406.11 § 14 BauGB Nr. 4; s. zu dieser Entscheidung unten S. 52. *Weyreuther*, seinerzeit Mitglied des vierten Senats, war an dieser Entscheidung nicht beteiligt.

⁷ 4 C 54/89 -, Buchholz 406.12 § 8 BauNVO Nr. 11; s. zu dieser Entscheidung unten S. 52.

⁸ BVerwG, Beschluß vom 8.7.1981 - 4 B 90.81 -, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 46. Dies ist in der Rechtsprechung heute unbestritten, s. die Nachweise in Fn. 62.

Ausdrücklich für eine Ermessensbindung durch die Folgenbeseitigungslast in Fallgestaltungen dieser Art sprechen sich aber der BGH⁹ und einige Oberverwaltungsgerichte aus¹⁰, während insbesondere der 7. Senat des OVG NW¹¹ den Gesichtspunkt der Folgenbeseitigungslast nicht für sachgerecht hält. Es sei mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, den aufgrund einer später aufgehobenen Genehmigung Bauenden schlechter zu behandeln als denjenigen, der von vornherein ohne Genehmigung gebaut habe.¹²

In der Literatur hat die Folgenbeseitigungslast bislang keine besondere Beachtung erfahren. Regelmäßig diskutiert wird sie allein im Zusammenhang mit der Frage eines Folgenbeseitigungsanspruchs bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung¹³, insbesondere bei der Entscheidung der Baubehörde über den Erlaß einer Beseitigungsanordnung nach erfolgreicher Nachbarklage¹⁴ und der Exmittierung eines Obdachlosen nach Ablauf der Einweisungsfrist bzw. nach erfolgreicher Anfechtung der Einweisungsverfügung durch den Wohnungsinhaber¹⁵.

Gelegentlich wird die Folgenbeseitigungslast auch dort herangezogen, wo es um die Wiedergutmachung nach rechtswidrigem Vorenthalten einer Vergünstigung geht. Hier könne, da die Versagung einer begünstigenden Maßnahme keinen Folgenbeseitigungsanspruch begründe, das rechtswidrige Ver-

⁹ Urteil vom 13.7.1995 - III ZR 160/94 -, DVBl. 1995, S. 1131 (1132), zu dieser Entscheidung s. unten S. 47.

¹⁰ OVG Lüneburg, Urteil vom 27.3.1981 - 1 A 213/80 -, BauR 1982, S. 147 (Leitsatz und S. 148); Urteil vom 16.5.1988 - 1 A 23/87 -, BauR 1989, S. 188 (189); OVG NW, Urteil vom 15.12.1972 - XI A 764/71 -, BRS 25 Nr. 194; der Sache nach auch OVG Bremen, Beschluß vom 12.2.1991 - 1 B 78/90 -, BauR 1991, S. 324 (326); wohl auch BayVGH, Beschluß vom 30.8.1979 Nr. 14. Cs-817/79 -, BayVBl. 1980, S. 117 (118), wobei nicht deutlich zwischen Folgenbeseitigungsanspruch und Folgenbeseitigungslast differenziert wird.

¹¹ Urteil vom 17.5.1983 - 7 A 330/81 -, NJW 1984, S. 883; zustimmend BayVGH, Urteil vom 12.11.1987 - Nr. 2 B 86.01342 -, BRS 48 Nr. 174.

¹² Zu dieser Problematik s. unten S. 105.

¹³ *Schenke*, DVBl. 1990, S. 328 ff.; *T. Horn*, DÖV 1989, S. 976 (982 f.); *Kraft*, BayVBl. 1992, S. 456 (457 f.); *T. Schneider*, Folgenbeseitigung im Verwaltungsrecht, S. 150 ff. (154 f.); *Pietzko*, Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch, S. 511 ff. (523 ff.); *Ossenbühl*, StHR, S. 267 f.

¹⁴ S. etwa *Finkelnburg/Ortloff*, Öffentliches Baurecht Bd. II, S. 214 ff.; *Schlichter*, in: BK, BauGB, Vorb. §§ 29-38 Rdn. 87; *Schrödter*, in: Schrödter, BauGB, § 31 Rdn. 110 ff.; *Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert*, Nds. BauO, § 72 Rdn. 55; *Simon*, BayBauO, Art. 82 Rdn. 7; *Sarnighausen*, NJW 1993, S. 1623 (1627 f.).

¹⁵ *Lübbe*, Wohnraumbeschaffung durch Zwangsmaßnahmen, S. 73 ff. (81 f.); *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, S. 340; *Bender*, StHR, 3. Aufl., Rdn. 465.