

## **Vorlesung Staatshaftungsrecht**

Dienstag, den 22. Juni 2004

### **I. Folgenbeseitigungsanspruch**

#### **1. Einführung**

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist ein staatshaftungsrechtliches Institut, dessen Rechtsfolge gerichtet ist auf die Beseitigung rechtswidriger Zustände, die als Folgen hoheitlicher Eingriffsmaßnahmen entstanden sind. Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt voraus:

- a) eine hoheitliche Maßnahme, durch die
- b) in ein subjektives öffentliches Recht oder rechtlich geschütztes Interesse eingegriffen wird;
- c) die Verursachung eines rechtswidrigen Zustandes durch diese Maßnahme, die selbst nicht zwingend rechtswidrig sein muss;
- d) das Andauern dieses Zustandes;
- e) die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit und Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung.

#### **2. Der Bhagwan-Fall (Beispielfall zur Folgenbeseitigung)**

**Fall** (OVG Münster DÖV 1985, S. 285): Der Regierende Bürgermeister von Berlin äußert in einem Interview, das er einer Tageszeitung zum Thema Jugendsekten gibt, unter anderem: "Die Bhagwans nutzen ihre Discos zur Menschenfängerei übelster Art. Aus den Disco-Besuchern holen sie ihren Nachwuchs, machen ihn psychisch abhängig, zum Teil sogar drogenabhängig und setzen ihn dann unter Druck. Ich werde dieser Verbrecherbande das Handwerk legen."

Kann die Bhagwan-Bewegung verlangen, dass der Regierende Bürgermeister diese Äußerungen öffentlich wideruft?

**Lösung:**

In Betracht kommt ein Folgenbeseitigungsanspruch, denn der Widerruf kann als Form der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes begriffen werden, der auf einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht zurückgeht. Ein Amtshaftungsanspruch oder ein Aufopferungsanspruch kommen nicht in Betracht, da deren Rechtsfolge eine Geldzahlungspflicht wäre, nicht ein tatsächliches Verhalten eines Hoheitsträgers. Zwar gilt im Deliktsrecht der Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 BGB), doch kann der Amtshaftungsanspruch sich gleichwohl nur auf Geldersatz richten. Die Amtshaftung ist nämlich eine persönliche Haftung eines Amtsträgers, die auf den Staat übergeleitet wird. Folglich kann Rechtsfolge eines Amtshaftungsanspruches nur sein, was der Bedienstete als Privatmann kann. Das sind Geldzahlungen, nicht aber der Widerruf hoheitlicher Äußerungen.

Subsumtion unter den Folgenbeseitigungsanspruch:

Hoheitlicher Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht oder rechtlich geschütztes Interesse: Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt als erstes einen hoheitlichen Eingriff voraus. Das Merkmal der Gemeinwohlmotiviertheit des Eingriffs fehlt hier.

**a)** Eingriff: Soweit, wie hier, die Maßnahme in einer Äußerung besteht, die keinen Regelungscharakter, sondern schlichten Mitteilungsscharakter hat, liegt ein Eingriff in konkrete subjektive öffentliche Rechte oder rechtlich geschützte Interessen vor, wenn die Äußerung sich erstens auf bestimmte oder bestimmbare Personen, Organisationen, Hersteller oder Produkte bezieht und wenn die Äußerung zweitens einen für diese negativen Inhalt hat. In diesem Fall sind die Grundrechte aus Art. 4 I / II, 9 I oder 12 I, jeweils in Verbindung mit Art. 19 III GG, berührt. Vgl. insoweit die Glykolwein-Entscheidung BVerfGE 105, 202.

**b)** Fraglich ist, ob der Eingriff hoheitlich ist. Bei Interviews von Politikern gibt es Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen ihrer Rolle als Inhaber eines Staatsamtes und ihrer Rolle als Inhaber von nicht-staatlichen Parteiämtern. Die Sachverhaltsschilderung spricht eher für ein Handeln in Ausübung

des Staatsamtes, denn der Handelnde wird mit seiner Amtsbezeichnung "Regierender Bürgermeister" aufgeführt, und der letzte Satz der Äußerung kann nur so verstanden werden, dass der Handelnde unter Ausnutzung der Befugnisse, die er als Inhaber eines Staatsamtes hat, einschreiten will. Allgemein kann man als Kriterium für die Abgrenzung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Positionen bei Äußerungen anführen, ob hoheitliche Autorität in Anspruch genommen wird, um einer Äußerung besonderes Gewicht zu verleihen. Das ist hier der Fall.

c) Ein hoheitlicher Eingriff liegt darum vor.

#### Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes

a) Eine gesetzliche Grundlage, die Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit / Rechtswidrigkeit der Äußerung des Regierenden Bürgermeisters sein könnte, existiert nicht.

b) Fraglich ist, ob die Äußerung und der durch sie geschaffene Zustand schon deshalb rechtswidrig sind. Soweit es um Äußerungen im politischen Raum geht, ist relativ unstrittig, dass eine gesetzliche Grundlage nicht erforderlich ist. Der Regierende Bürgermeister muss zur Wahrnehmung seiner Aufgabe, die Richtlinien der Regierungspolitik selbständig zu bestimmen, einen Freiraum haben, in dem er unabhängig von gesetzlichen Ermächtigungen agieren kann. Für Äußerungen im politischen Bereich, also für hoheitliche Äußerungen von Mitgliedern von Senat und Abgeordnetenhaus, gilt schon deshalb kein Gesetzesvorbehalt.

**Exkurs:** Streitig ist dies dagegen für Warnungen und Empfehlungen seitens der Exekutive, etwa für die Warnung der Lebensmittelbehörde vor möglicherweise gesundheitsgefährlichen Lebensmitteln. Insoweit ist richtigerweise eine gesetzliche Grundlage zu fordern. Warnungen und Empfehlungen können für den Betroffenen nämlich schädlichere Wirkungen haben als hoheitliche Zwangsmaßnahmen, etwa ein Verkaufsverbot oder die Anordnung einer Rückrufsaktion, für die unstrittig eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Um politische und administrative Äußerungen voneinander abzugrenzen und damit die Reichweite des Gesetzesvorbehalts zu bestimmen, verwendet man Kriterien wie: Intensität und Nachhaltigkeit des staatlichen Handelns;

Möglichkeit, alternativ rechtsförmliche Maßnahmen zum Einsatz zu bringen.

c) Als Zwischenergebnis steht fest, dass die Äußerung des Regierenden Bürgermeisters nicht schon deswegen rechtswidrig ist, weil es für sie keine gesetzliche Grundlage gibt. Fraglich bleibt damit aber, mit welchen rechtlichen Maßstäben diese Äußerung beurteilt werden soll. Das OVG Münster zieht in seiner Entscheidung in Übereinstimmung mit der nach vor herrschenden Meinung die als Rechtsgebote nicht ausdrücklich niedergeschriebenen äußerungsrechtlichen Grundsätze des Presserechts heran, weil für allgemeinpolitische Äußerungen der Inhaber von Staatsorganen keine anderen Maßstäbe gelten könnten als für Äußerungen in der Presse oder sonst in den Medien.

d) Demnach kommt es darauf an, ob das Gebot der Sachlichkeit eingehalten ist. Dieses lässt zwar Überspitzungen und Polemik zu, insbesondere dann, wenn der von einer Äußerung Betroffene sich selbst solcher Mittel bedient ("Gegenschlag"). Im vorliegenden Fall hält das OVG Münster die Formulierungen "Menschenfängerei übelster Art" und "Verbrecherbande" für überzogen. Weiterhin ist zu prüfen das Gebot inhaltlicher Richtigkeit; der sich Äußernde muss bei negativen Tatsachenbehauptungen den Wahrheitsbeweis erbringen können. Ob dies hinsichtlich der Behauptung, Disco-Besucher würden drogenabhängig gemacht, möglich ist, ist eine Tatfrage. Unabhängig von der Frage der inhaltlichen Richtigkeit einzelner ihrer Teile ist die Äußerung des Regierenden Bürgermeisters aber rechtswidrig, weil sie unsachlich und überzogen ist.

e) Damit ist die Prüfung aber nicht beendet. Beim Folgenbeseitigungsanspruch kommt es nicht auf die Rechtswidrigkeit einer hoheitlichen Maßnahme an, sondern auf die Rechtswidrigkeit eines dadurch geschaffenen Zustandes. Allerdings kann in der Regel von der Rechtswidrigkeit der Maßnahme auf die Rechtswidrigkeit des Zustandes gefolgert werden. So auch im vorliegenden Fall. Die Äußerung des Regierenden Bürgermeisters wirkt in der Öffentlichkeit nach. Die Beeinträchtigung der Grundrechte der Bhagwan-Vereinigung aus Art. 4 I / II und 9 I GG dauert an.

**Exkurs:** Es ist denkbar, dass ein zunächst rechtmäßiger Zustand durch Zeitablauf rechtswidrig wird. Beispiel: Die Verwaltungsbehörde weist einen gekündigten Mieter, der den Räumungsprozess vor den ordentlichen Gerichten verloren hat, zur Vermeidung von Obdachlosigkeit in seine bisherige Wohnung für die Dauer von sechs Monaten ein. Wenn man unterstellt, dass die Zwangseinweisung zunächst in § 17 ASOG ihre rechtliche Grundlage gefunden hat, wird der dadurch geschaffene Zustand nachträglich rechtswidrig, wenn die Einweisungsfrist von sechs Monaten abläuft und der Eingewiesene danach nicht auszieht.

Es ist weiterhin denkbar, dass ein zunächst rechtswidriger Zustand durch eine nachträgliche Änderung der Sach- und Rechtslage rechtmäßig wird, zumindest ex nunc, was aber ausreicht, um einen Folgenbeseitigungsanspruch auszuschließen.

Es ist schließlich denkbar, dass zwar ein rechtswidriger Zustand vorliegt, dass dem aber ein rechtswidriger, aber wirksamer Verwaltungsakt zugrunde liegt. Solange ein rechtswidriger Zustand von einem Verwaltungsakt gedeckt ist, ist der Folgenbeseitigungsanspruch ausgeschlossen. Wird etwa ein Führerschein zu Unrecht beschlagnahmt, so ist der auf Herausgabe des Führerscheins gerichtete Folgenbeseitigungsanspruch solange blockiert, wie die Beschlagnahme wirksam ist.

Andauern dieses Zustands: Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt weiterhin voraus, dass der rechtswidrige Zustand noch andauert. Das kann im vorliegenden Fall angenommen werden.

Rechtliche und tatsächliche Möglichkeit und Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung: Folgenbeseitigung kann nicht verlangt werden, wenn dies aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dem Hoheitsträger nicht möglich oder nicht zumutbar ist. An der Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung fehlt es insbesondere, wenn deren Kosten in keinem Verhältnis zu ihrem Nutzen stehen. Im vorliegenden Fall fehlt es an der tatsächlichen Möglichkeit bzw. Zumutbarkeit, wenn die Äußerung des Regierenden Bürgermeisters

ein Werturteil ist. Ähnlich wie im Presserecht, das nur hinsichtlich von Tatsachenbehauptungen, nicht aber hinsichtlich von Werturteilen einen Widerrufsanspruch gibt, verhält es sich beim Folgenbeseitigungsanspruch (vgl. Ossenbühl, S. 267). Werturteile können, im Gegensatz zu Tatsachenbehauptungen, nicht durch nachträgliche Erklärungen oder Gegendarstellungen aus der Welt geschaffen werden. Man kann sich dafür allenfalls entschuldigen. Aber damit werden sie nicht ungeschehen gemacht und beseitigt. Bei Werturteilen ist ein Folgenbeseitigungsanspruch also nicht gegeben. Insoweit kann allenfalls Unterlassung oder Schadensersatz / Entschädigung verlangt werden. Im vorliegenden Fall entnimmt das OVG Münster der Äußerung des Regierenden Bürgermeisters zwar einen Tatsachekern. Es überwiege jedoch das Werturteil, was zur Folge habe, dass die Äußerung insgesamt als Werturteil einzustufen und dem Folgenbeseitigungsanspruch damit entzogen sei.

### **3. Einzelprobleme des Folgenbeseitigungsanspruchs**

Nach dieser allgemeinen Beschreibung und dem Beispielsfall möchte ich auf vier Einzelprobleme des Folgenbeseitigungsanspruchs, zum Teil wiederholend, ausdrücklich hinweisen:

**a)** Ein wichtiger Anwendungsfall des Folgenbeseitigungsanspruchs ist der Widerruf ehrkränkender oder geschäftsschädigender hoheitlicher Äußerungen. Bei dieser Fallgruppe können folgende Punkte des Prüfungsschemas problematisch sein:

**(aa)** Die Hoheitlichkeit der Maßnahme. Hier ist zu fragen, ob die Äußerung der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe dient, etwa der Lebensmittelaufsicht oder dem Jugendschutz, und ob die Äußerung in einem hinreichend engen Zusammenhang zu dieser Aufgabe steht. Hoheitliche Äußerungen sind abzugrenzen von Äußerungen, die ein Amtswalter bei Gelegenheit der Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen als Privatmann tut, und von Äußerungen, die ein Politiker nicht als Inhaber als Staatsamtes, sondern als Parteifunktionär tut.

**(bb)** Das subjektive Recht. Hier kommen in Betracht: das allgemeine Persönlichkeitsrecht, der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb, die Freiheitsgrundrechte aus Art. 4 I / II, aus Art. 9 I und aus Art. 12 I GG. Bei der Abgrenzung geht es nicht um die Frage, ob überhaupt, sondern welches subjektive Recht betroffen ist.

**(cc)** Der Eingriff; davon kann nur gesprochen werden bei hoheitlichen Äußerungen, die sich auf bestimmte oder bestimmbar Personen, Organisationen, Hersteller oder Produkte beziehen und die für diese einen negativen Inhalt haben.

**(dd)** Die Rechtswidrigkeit des durch die Äußerung verursachten Zustandes. Für die Beurteilung dieser Frage kommt es zunächst darauf an, ob für die Äußerung eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist. Trotz des Eingriffs in ein subjektives Recht ist keine gesetzliche Grundlage erforderlich für Äußerungen, die als Beitrag zur politischen Meinungsbildung gedacht sind und die von Parlamentariern oder Regierungsmitgliedern stammen; gleiches gilt auf kommunaler Ebene für Äußerungen von Ratsmitgliedern, Bürgermeistern und Beigeordneten. Anders ist dies bei Äußerungen von Verwaltungsinstanzen. Für diese ist eine gesetzliche Grundlage jedenfalls dann erforderlich, wenn sie ähnliche Wirkungen wie Verwaltungsakte haben und wenn dies auch beabsichtigt ist, so wenn eine Pressekampagne gegen eine Jugendsekte von ihren Wirkungen her einem Verbot der Sekte nahekommt oder wenn die Warnung vor einem Arzneimittel der behördliche Anordnung von dessen Rückruf gleichkommt. Wenn eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, richtet sich die Rechtmäßigkeitsprüfung nach deren Anforderungen. Wenn keine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, richtet sich die Rechtmäßigkeitsprüfung nach presserechtlichen Grundsätzen.

**(ee)** Das Presserecht unterscheidet zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil. Tatsachenbehauptungen sind einem Wahrheitsbeweis zugänglich; Werturteile verbleiben im Bereich des subjektiven

Meinens. Enthält eine Äußerung sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Werturteile, so ist es eine Frage der Interpretation, ob diese sich trennen lassen oder ob das Werturteil trotz gewisser Tatsachenelemente überwiegt; Letzteres hat zur Folge, dass die Äußerung insgesamt als Werturteil zu behandeln ist. Tatsachenbehauptungen sind rechtmäßig, wenn sie richtig sind, es sei denn, es handelt sich um Formalbeleidigungen. Werturteile sind rechtmäßig, wenn sie verhältnismäßig, insbesondere wenn sie sachlich sind.

**(ff)** Ist die Äußerung rechtswidrig, so ist weiter zu fragen, ob der durch sie verursachte rechtswidrige Zustand noch andauert. Das ist grundsätzlich zu bejahen, es sei denn, Folgenbeseitigung wird erst nach so langer Zeit verlangt.

**(gg)** Liegen all diese Voraussetzungen vor, so kann bei Werturteilen gleichwohl kein Widerruf verlangt werden. Eine Folgenbeseitigung durch Widerruf ist bei Werturteilen aus tatsächlichen Gründen nicht möglich, weil man Werturteile im Unterschied zu Tatsachenbehauptungen nicht richtigstellen kann.

**b)** Die Rechtsfolge lautet **Folgenbeseitigung**. Darunter versteht man die Herstellung eines Zustandes, der demjenigen gleichwertig ist, der vor dem hoheitlichen Eingriff bestanden hat. Wenn der rechtswidrige Eingriff darin besteht, dass eine Straßenbauverwaltung Bäume, und zwar dreijährige Bäume, die am Wegesrand stehen, abholzt, dann besteht die Folgenbeseitigung darin, dass die Straßenbauverwaltung dreijährige Bäume wieder anzupflanzen hat. Das gilt auch dann, wenn die Beteiligten über den Anspruch drei Jahre lang prozessiert haben. Beim Folgenbeseitigungsanspruch wird also die hypothetische Vermögensentwicklung nicht berücksichtigt. Anders beim Schadensersatzanspruch. Im Rahmen der Naturalrestitution nach § 249 S. 1 BGB hätte nach dreijährigem Prozessieren ein Anspruch auf sechsjährige Bäume bestanden.

Die Folgenbeseitigung ist auf die unmittelbaren Folgen des



hoheitlichen Eingriffs beschränkt. So sind die Taxikosten des von einer Abschleppmaßnahme Betroffenen nicht erstattungsfähig; ebensowenig kann die Beseitigung von Schäden verlangt werden, die ein eingewiesener Obdachloser an einer Wohnung angerichtet hat.

Wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich ist, wird von einem erheblichen Teil der Literatur verlangt, dass an die Stelle eines Folgenbeseitigungs- ein Folgenentschädigungsanspruch tritt. Damit würde von dem Grundsatz abgewichen, dass mit dem Folgenbeseitigungsanspruch nur ein tatsächliches Verhalten, keine Entschädigung verlangt werden kann. Die Rechtsprechung hat diese Frage bis jetzt offen gelassen.

**c)** Ein Folgenentschädigungsanspruch ist inzwischen vom BVerwG für den Fall eines erheblichen Mitverschuldens anerkannt (BVerwGE 82, 24). Das Problem betrifft den Fall einer unteilbaren Folgenbeseitigungsleistung, die nicht nach Maßgabe von Mitverschulden gekürzt werden kann, so wenn beim Straßenbau fremdes Eigentum in Anspruch genommen wird, was der Eigentümer aber hätte erkennen müssen. Es gibt hier keinen Sinn, einen Rückbau der Straße im Umfang des Mitverschuldens zu fordern. Das BVerwG war früher der Auffassung, dass bei einer ins Gewicht fallenden Mitverantwortlichkeit des Betroffenen der Folgenbeseitigungsanspruch ganz entfalle. Es galt also das Alles-oder-nichts-Prinzip. Das BVerwG ist nunmehr der Auffassung, dass zwar in solchen Fällen der Folgenbeseitigungsanspruch entfalle, dass aber an seine Stelle ein um das Mitverschulden gekürzter Folgenentschädigungsanspruch trete.

**d)** Besondere Probleme ergeben sich mit der Folgenbeseitigung nach der Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte mit Drittwirkung. Wird zum Beispiel eine Baugenehmigung vom Nachbarn erfolgreich angefochten und hat der Bauherr trotz des Suspensiveffekts der nachbarlichen Rechtsmittel gebaut, so

stellt sich die Frage, ob der Nachbar im Rahmen der Folgenbeseitigung von der Behörde verlangen kann, dass sie dem Bauherrn die Beseitigung der rechtswidrig errichteten Bauten aufgibt. Dem könnte man entgegenhalten, dass zwar ein rechtswidriger Zustand vorherrscht, dieser aber wegen der Suspensivwirkung der nachbarlichen Rechtsmittel nicht von der Baugenehmigungsbehörde, sondern von dem rechtswidrig bauenden Bauherrn verursacht worden ist. Darauf wiederum ist zu erwidern, dass die Behörde die Möglichkeit gehabt hätte, der illegalen Bauausführung frühzeitig entgegenzutreten. Gleichwohl kann der Folgenbeseitigungsanspruch für sich allein keinen Anspruch auf ein Einschreiten der Behörde gegen den Bauherrn geben, weil er der Behörde nicht die für ein Einschreiten gegen Dritte erforderliche Eingriffsbefugnis vermittelt. Aus diesem Grund sprechen einige Gerichte nur von einer Folgenbeseitigungslast, die im Rahmen eines Anspruchs des Nachbarn auf fehlerfreie Betätigung des von Eingriffsnormen gewährten Ermessens ermessensreduzierend wirke. Andere verknüpfen die Eingriffsbefugnisse der Baugenehmigungsbehörde gegenüber dem Bauherrn mit dem Folgenbeseitigungsanspruch des Nachbarn gegen die Behörde, die zunächst eine rechtswidrige Genehmigung erteilt hat, in der Weise, dass dem Nachbarn ein grundsätzlicher Anspruch auf ein Einschreiten der Behörde eingeräumt wird; etwas anderes soll nur in Bagatellfällen gelten.

#### **4. Fall**

An folgendem Fall (OVG Münster NVwZ 2000, 217) lassen sich die Grenzen des Folgenbeseitigungsanspruchs veranschaulichen.

X ist Grabstättennutzungsberechtigter auf einem kommunalen Friedhof. Durch rechtswidriges Handeln der Friedhofsverwaltung wird in dieser Grabstätte eine fremde Leiche bestattet, und zwar die verstorbene Ehefrau des an der Nachbargrabstätte Nutzungsberechtigten. X verlangt nun von der Kommune die Umbettung dieser Leiche.

Die Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs sind zwar gegeben, weil als Folge der rechtswidrigen Bestattung die Grabstätte belegt ist und der Kläger sein Grabstättennutzungsrecht nicht mehr nutzen kann. Die Geltendmachung des Anspruchs ist jedoch eine unzulässige Rechtsausübung, weil einer Wiederfreimachung der Grabstätte Rechtsnormen entgegen stehen. Dies ist Art. 1 I GG, der über den Tod eines Menschen hinaus den Schutz der Totenruhe gebietet. Bei einer Abwägung ergeben sich für den Kläger keine Belange, die diesen Belang überwiegen. Allerdings verbleibt das Grabgestaltungsrecht beim Kläger, was den Angehörigen der beigesetzten Ehefrau den Entschluss erleichtern möge, einer Umbettung zuzustimmen.

## **II. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch**

**Fall** (BVerwGE 79, 254): Der Kläger wehrt sich gegen den Lärm einer Feuersirene, die in einem Abstand von 15m zu seinem Schlafzimmerfenster in gleicher Höhe wie dieses auf dem Dach des Feuerwehrgerätehauses angebracht ist. Die Sirene erzeugt einen Lärm von 110 dB (A), gemessen vor dem Schlafzimmerfenster. Der Kläger macht eine Nervenzerrüttung geltend, weil er in ständiger Angst vor dem Aufheulen eines überraschend ausgelösten Alarms lebe, durch den akute Schmerzen und Nachwirkungen von bis zu einem Tag hervorgerufen werden.

Der Kläger verlangt die Stilllegung der Sirene. Zu Recht?

Als Anspruchsgrundlagen kommen in Betracht: § 22 I BImSchG, der aber nur Ansprüche gegen die Aufsichtsbehörde gibt, die hier nicht weiterhelfen, weil Hoheitsträger keiner Polizeipflicht unterliegen, und der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch.

Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch setzt voraus, dass der Betrieb der Feuersirene eine schlicht hoheitliche Tätigkeit ist, dass der Kläger dadurch in subjektiv öffentlichen Rechten widerrechtlich beeinträchtigt wird und dass weitere

Beeinträchtigungen zu befürchten sind.

Der erste Prüfungspunkt ist einfach. Der Betrieb der Sirene und damit der von ihr verursachte Lärm sind Teil der von einem Träger öffentlicher Gewalt hoheitlich wahrgenommenen Aufgabe des Brandschutzes. Es handelt sich auch um schlicht hoheitliche Tätigkeit, denn der Betrieb der Sirene ist ein Realakt, also eine Maßnahme, die nicht final auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Der Feuersirenenfall steht repräsentativ für eine Fallgruppe: Unterlassungsansprüche gegen Emissionen, die von hoheitlich errichteten und betriebenen Anlagen ausgehen, wie Schulhöfe, Sportplätze, Kinderspielplätze, Grill- und Festplätze, aber auch das liturgische Glockengeläut einer Kirche (BVerwGE 68, 62). Dass letzteres dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch unterliegt und nicht zivilrechtlichen Abwehransprüchen hängt damit zusammen, dass die Kirchen und sonstigen Religionsgesellschaften nach Maßgabe von Art. 140 GG i.V.m Art. 137 V WRV Körperschaften des öffentlichen Rechts sind. Der Abwehranspruch gegen Glockengeläut ist aber nur dann öffentlich-rechtlich, wenn dieses liturgisch ist, also Teil des kirchlichen Auftrags; soweit das Glockengeläut weltlichen Zwecken dient, was insbesondere beim sogenannten Zeitschlag der Fall ist, ist dagegen ein Abwehranspruch nach bürgerlichem Recht gegeben.

Größere Probleme bereitet dagegen der zweite Prüfungspunkt. Es muss geklärt werden, ob der Kläger in subjektiven öffentlichen Rechten (oder rechtlich geschützten Interessen) widerrechtlich beeinträchtigt wird. Als subjektive öffentliche Rechte kommen die Grundrechte aus Art. 2 II (körperliche Unversehrtheit) und aus Art. 14 I (Eigentum) in Betracht. Diese Rechtspositionen werden durch den Lärm der Feuersirene faktisch beeinträchtigt.

Fraglich ist aber, ob diese Beeinträchtigung widerrechtlich ist. Die Widerrechtlichkeit ist nicht identisch mit einer Grundrechtsverletzung, sondern ein demgegenüber selbständiges Merkmal des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs. Zwar

ist dann, wenn nicht nur der Schutzbereich der Art. 2 II und 14 I GG beeinträchtigt, sondern diese Grundrechte verletzt sind, "Widerrechtlichkeit" im Sinne des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs anzunehmen. Doch setzt eine Grundrechtsverletzung bei faktischen Beeinträchtigungen eine Gesundheitsschädigung bzw. einen Eingriff in das Eigentum voraus, der schwer und unerträglich ist. Ob dies im vorliegenden Fall angenommen werden kann, ist fraglich. Der Sachverhalt lässt keine eindeutigen Schlüsse dazu zu. Doch ist ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch auch schon unterhalb dieser Schwelle gegeben. Die "Widerrechtlichkeit" ist anzunehmen, wenn der Kläger nicht zur Duldung der Immissionen verpflichtet ist. Was der Kläger zu dulden verpflichtet ist, ergibt sich aus den §§ 906 BGB bzw. 22 BImSchG. Das BVerwG ist der Ansicht, dass beide Normen die Schwelle der Unzumutbarkeit von Lärmbeeinträchtigungen mit dem Maßstab der Wesentlichkeit (so § 906 BGB) bzw. der Schädlichkeit und Erheblichkeit (so § 22 BImSchG) gleich ansetzen (E 79, 254 (258 f.)). Es kommt also darauf an, ob der Lärm der Feuersirene eine wesentliche Beeinträchtigung bzw. eine erhebliche Belästigung darstellt.

Um dies zu ermitteln, wendet das BVerwG eine objektiv-differenzierte Methode an. "Objektiv" bedeutet, dass auf die Geräuschempfindlichkeit eines Durchschnittsmenschen abgestellt wird. "Differenziert" wird die Betrachtung nach dem Zweck des Lärms, nach seiner Herkömmlichkeit und allgemeinen Akzeptanz. Die dabei erforderlichen Erwägungen führt das BVerwG in einer Güterabwägung zusammen. Im Rahmen dieser Abwägung spielen eine Rolle

- > die gesetzliche Pflicht zu vorbeugendem Brandschutz, in deren Wahrnehmung herkömmlich Alarmsirenen aufgestellt werden
- > die Erforderlichkeit einer ausreichend lauten Beschallung
- > die Unzumutbarkeit von Schreckreaktionen, Schmerz und deutlich spürbaren Nachwirkungen wie Einschlafschwierigkeiten bei durchschnittlich lärmempfindlichen Menschen
- > die Existenz von Alternativstandorten
- > die Möglichkeit, sich auf den Lärm einzustellen, die bei

dem regelmäßigen Probealarm gegeben sei

--> die Seltenheit des Sirenenalarms.

Technische Regelwerke wie die TA Lärm, die VDI-Richtlinie 2058 oder die Hinweise zur Beurteilung von Freizeitlärm des Länderausschusses für Immissionsschutz passten dagegen nicht.

Ob nach diesen Vorgaben ein Unterlassungsanspruch besteht, ist eine Frage des Sachverhalts, die sich mit den knappen Angaben, die ich Ihnen gegeben habe, nicht richtig beantworten lässt. In jedem Fall hat der Kläger nur einen Anspruch darauf, dass Lärmbelästigungen oberhalb der Zumutbarkeitsschwelle unterbleiben. Wie dies erreicht wird - durch Verlegung der Sirene oder durch technische Maßnahmen an der Sirene - sei Sache der Beklagten.

Geht man davon aus, dass die Widerrechtlichkeit des Sirenenlärms zu bejahen ist, weil eine Duldungspflicht des Klägers gemäß den §§ 906 BGB bzw. 22 BImSchG nicht besteht, ist der Anspruch gegeben, denn die dritte Anspruchsvoraussetzung, die Wiederholungsgefahr, ist wieder unproblematisch.

### **III. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch**

Im Zusammenhang mit dem Folgenbeseitigungsanspruch steht ein Anspruchsinstitut, das nicht im allgemeinen Verwaltungsrecht beheimatet ist, sondern in einem praktisch sehr wichtigen Gebiet des Besonderen Verwaltungsrechts, dem Sozialversicherungsrecht. Dies ist der sozialrechtliche Herstellungsanspruch. Er ist gesetzlich nicht geregelt, sondern vom Bundessozialgericht entwickelt worden. Er kommt vor allem in Betracht in Fällen, wo eine Behörde Beratungs- und Betreuungspflichten verletzt hat und dem Bürger dadurch ein Schaden entstanden ist. So kann dann, wenn ein Bürger infolge einer falschen Auskunft eines Rentenversicherungsträgers die rechtzeitige Stellung eines Antrags unterlassen hat, dieser Bürger aufgrund des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs verlangen, rentenrechtlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn

er den Antrag gestellt hätte. Oder: Wenn infolge einer falschen Auskunft die monatlichen Rentenbeiträge zu niedrig waren, um den Genuss einer Rente mit einer bestimmten Höhe zu gelangen, dann kann der Bürger verlangen, dass die von ihm nachgezahlten Rentenbeiträge als rechtzeitig geleistet anerkannt werden.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch setzt voraus:

- (1) Ein rechtswidriges Verhalten einer Behörde, insbesondere die Erteilung einer falschen Auskunft.
- (2) Eine Fehldisposition des Bürgers.
- (3) Einen Schaden auf seiten des Bürgers, etwa den Verlust einer Sozialleistung wegen Nichteinhaltung einer Antragsfrist.
- (4) Kausalität zwischen der Verletzung der Rechte des Bürgers, seiner Fehldisposition und dem Schaden.

Liegen diese Voraussetzungen vor, kann der Betroffene verlangen, rechtlich so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die Behörde rechtmäßig gehandelt hätte. Der Anspruch ist also gerichtet auf die Vornahme einer Rechtshandlung zur Herstellung desjenigen Zustandes, der bestehen würde, wenn der Sozialleistungsträger die ihm aus dem Sozialleistungsverhältnis erwachsenen Nebenpflichten ordnungsgemäß wahrgenommen hätte (BSGE 65, 21, 26). Das gilt allerdings nur, wenn die begehrte Amtshandlung rechtlich überhaupt möglich ist. Der Anspruch ist bei grobem Mitverschulden des betroffenen Bürgers ausgeschlossen.

Folgenbeseitigung und sozialrechtliche Herstellung stimmen darin überein, dass es beiden Ansprüchen nicht um Geldersatz geht, sondern um die Beseitigung der Folgen rechtswidrigen behördlichen Verhaltens. Die Folgenbeseitigung zielt aber auf die Wiederherstellung eines früher bestehenden tatsächlichen Zustands. Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch dagegen geht auf die Herstellung eines rechtlichen - keines tatsächlichen, sondern eines rechtlichen, und zwar näherhin eines sozialversicherungsrechtlichen - Zustandes, der jetzt bestehen würde, hätte die Behörde sich früher rechtmäßig verhalten. Folgenbeseitigung und sozialrechtliche Herstellung haben wiederum gemeinsam, dass sie verschuldensunabhängig sind und

dass ihre rechtlichen Grundlagen umstritten sind. Den Unterschied kann man auch auf die Formel bringen, dass der Folgenbeseitigungsanspruch die Eingriffsverwaltung und der Herstellungsanspruch die Leistungsverwaltung betrifft. Behördliche Rechtsverstöße in der Eingriffsverwaltung bestehen typischerweise in rechtswidrigem Handeln, durch das rechtswidrige Zustände geschaffen werden, die dann beseitigt werden müssen. Behördliche Rechtsverstöße in der Leistungsverwaltung bestehen typischerweise in der Verweigerung von Leistungen, die dann nachträglich zu erbringen sind.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist ein Institut des Sozialversicherungsrechts, das im allgemeinen Verwaltungsrecht wenig zur Kenntnis genommen wird. Lediglich der Gedanke, dass eine Behörde sich aus Treu und Glauben auf einen Fristablauf nicht berufen kann, wenn sie diesen Fristablauf durch eine objektiv fehlerhafte Auskunft verursacht hat, findet sich auch im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht (vgl. BGH NVwZ 1985, 938). Es handelt sich dabei um einen materiell-rechtlichen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, durch den § 32 VwVfG ergänzt wird. Eine Herstellung, die über die Fiktion der Einhaltung einer dem Bürger gesetzten Frist hinausgeht und in einem positiven Tun einer Behörde bestände, ist im allgemeinen Verwaltungsrecht dagegen unbekannt. Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Übernahme des für das Sozialversicherungsrecht vom Bundessozialgericht entwickelten Instituts in das allgemeine Verwaltungsrecht ausdrücklich abgelehnt; BVerwGE 79, 192 (194).