



ALBERT-LUDWIGS-
UNIVERSITÄT FREIBURG
Institut für Öffentliches Recht

Grundzüge des deutschen
Staatshaftungsrechts

(ohne Folgenbeseitigung/Wiedergutmachung, öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, Enteignungsentschädigung und Ausgleichsansprüchen bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums)

von

Holger Wöckel

© Holger Wöckel

Dieses Papier kann heruntergeladen werden von
www.jura.uni-freiburg.de/ioeffr3/papers/papers.htm

Papers und Preprints aus dem IÖR
September 2006

A.	Amtshaftung, § 839 BGB, Art 34 GG	5
I.	Grundsätzliches	5
II.	Anspruchsvoraussetzungen	7
	1. Ausübung eines öffentlichen Amtes.....	7
	a. Haftungsrechtlicher Beamtenbegriff	7
	b. Öffentlich-rechtliche (hoheitliche) Betätigung	9
	c. Handeln „in Ausübung“ des öffentlichen Amtes	12
	2. Verletzung einer Amtspflicht.....	13
	3. Drittbezogenheit der Amtspflicht.....	15
	4. Schaden und (haftungsausfüllende) Kausalität	18
	5. Verschulden	18
	6. Bei Fahrlässigkeit: keine anderweitige Ersatzmöglichkeit, § 839 I 2 BGB	19
III.	Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen.....	21
	1. Richterspruchprivileg, § 839 II 1 BGB	21
	2. Rechtsmittelversäumung, § 839 III BGB	22
	3. Mitverschulden, § 254 BGB	24
	4. Spezialgesetzliche Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen.....	24
	5. Verjährung, § 195 BGB.....	25
IV.	Anspruchsinhalt	25
V.	Passivlegitimation	25
VI.	Rechtsweg.....	26
VII.	Konkurrenzen.....	26
B.	Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff.....	28
I.	Rechtsgrundlage und Funktion	28
II.	Anspruchsvoraussetzungen	29
	1. Schutzobjekt: Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG	29
	2. Hoheitlicher Eingriff	30
	3. Unmittelbarkeit des Eingriffs.....	31
	4. Allgemeinwohlmotivation	31
	5. Sonderopfer: Rechtswidrigkeit	32
	6. Vorrang des Primärrechtsschutzes	32
III.	Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit	33
	1. Anspruchsinhalt: Entschädigung.....	33

2.	Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner	34
3.	Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog	35
4.	Verjährung	35
5.	Rechtsweg	35
IV.	Anspruchskonkurrenzen	36
C.	Haftung aus enteignendem Eingriff	37
I.	Rechtsgrundlage	37
II.	Anspruchsvoraussetzungen	38
1.	Schutzobjekt: Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG	38
2.	Hoheitlicher Eingriff	38
3.	Unmittelbarkeit des Eingriffs	38
4.	Allgemeinwohlmotivation	38
5.	Sonderopfer	38
III.	Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit	41
1.	Anspruchsinhalt: Entschädigung	41
2.	Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner	41
3.	Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog	41
4.	Verjährung	42
5.	Rechtsweg	42
IV.	Anspruchskonkurrenzen	42
D.	Aufopferung	44
I.	Rechtsgrundlage	44
II.	Anspruchsvoraussetzungen	44
1.	Schutzgut: nicht-vermögenswerte Rechte	44
2.	Hoheitlicher Eingriff	45
3.	Unmittelbarkeit	45
4.	Allgemeinwohlmotivation	45
5.	Sonderopfer	45
6.	Beim aufopferungsgleichen Eingriff: Vorrang des Primärrechtsschutzes	46
III.	Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit	46
1.	Anspruchsinhalt: Entschädigung	46
2.	Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner	47
3.	Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog	47

4. Verjährung	47
5. Rechtsweg	48
IV. Anspruchskonkurrenzen	48
E. Entschädigungsanspruch gemäß § 55 PolG BW	50
I. Grundsätzliches	50
II. Anspruchsvoraussetzungen	50
1. Fall des § 9 I PolG	50
2. Schaden	52
3. Kausalität (Unmittelbarkeit)	52
4. Keine Maßnahme zum Schutz des Betroffenen, § 55 I 2 PolG	52
III. Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit	53
1. Anspruchsinhalt: angemessene Entschädigung	53
2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner	53
3. Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog	53
4. Verjährung	54
5. Rechtsweg	54
IV. Anspruchskonkurrenzen	54
F. Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen	55
I. Grundsätzliches	55
II. Beispiele öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse	56
III. Haftung im Rahmen öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse	59
1. Allgemeines	59
2. Insb.: öffentlich-rechtliche Verwahrung	61
3. Insb.: öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag	61
a. Handeln einer Verwaltungsträgers für einen anderen Verwaltungsträger	62
b. Handeln eines Verwaltungsträgers für ein Privatrechtssubjekt	63
c. Handeln eines Privatrechtssubjekts für einen Verwaltungsträger	63
d. Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher GoA	64
IV. Konkurrenzen	65
V. Rechtsweg	65

A. Amtshaftung, § 839 BGB, Art 34 GG

I. Grundsätzliches

Die Konstruktion des Amtshaftungsanspruchs ist nur zu verstehen, wenn man sich zunächst die denkbaren Modelle einer Haftung für staatlicherseits begangenes Unrecht vor Augen führt und mit Blick darauf die deutsche Rechtsentwicklung nachzeichnet.

Anknüpfend an die Passivlegitimation sind folgende **Haftungsmodelle** denkbar¹:

- Beamtenhaftung:

Haftungssubjekt ist allein der Beamte. Er haftet für unerlaubte Handlungen, die er in Ausübung seines Amtes einem Bürger zufügt, als Privatperson. Der Staat haftet nicht.

- Staatshaftung:

Dem Bürger gegenüber haftet für unerlaubte Handlungen des Beamten in Ausübung seines Amtes allein und ausschließlich der Staat. Der Beamte haftet nicht.

- Haftungskombination:

Var. 1: Staat und Beamter haften kumulativ, d.h. nebeneinander.

Var. 2: Der Beamte haftet persönlich, d.h. er ist Haftungszurechnungssubjekt. Jedoch wird seine persönliche Haftung auf den Staat übertragen, d.h. die Passivlegitimation wird verschoben. Der Staat haftet nicht aus ihm selbst treffender Haftungszurechnung, sondern im Sinne einer Fremdhaftung. Diese Konstruktion der auf den Staat übergeleiteten persönlichen Beamtenhaftung nennt man Amtshaftung.

Die deutsche **Rechtsentwicklung**² ist geprägt durch das Modell der Beamtenhaftung. Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 sah in §§ 88, 89, 91 des Zehnten Titels des Zweiten Teils³ eine Haftung für Amtspflichtverletzungen vor, die allein den Beamten traf, nicht hingegen den Staat. Dahinter stand die römisch-rechtlichen Prinzipien entlehnte Vorstellung, die das Beamtenverhältnis als privatrechtliches Vertragsverhältnis – als Mandatskontrakt – zwischen Landesherrn und Staatsdiener deutete⁴. Rechtswidriges Verhalten des Beamten lag danach außerhalb des ihm übertragenen Aufgabenbereichs – war *contra mandatum* – und konnte dem Staat deshalb nicht zugerechnet werden. Die deliktische Eigenhaftung des Beamten war die Konsequenz. Trotz heftiger Kritik im Schrifttum, verbunden mit der Forderung nach einer unmittelbaren Staatshaftung für hoheitliche Schädigungen, hielt das am 1.1.1900 in Kraft getretene BGB in § 839 an der Eigenhaftung des Beamten für amtspflichtwidriges Handeln fest. Eine unmittelbare (kumulative) Staatsunrechtshaftung war⁵ und ist⁶ nur für den pri-

¹ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auf. 1998, S. 1 f.

² Vgl. hierzu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auf. 1998, S. 2 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 2 Rn. 4, 7 ff.

³ Die Normtexte finden sich bei Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auf. 1998, S. 2 (in Fn. 2) sowie Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 2 Rn. 4 (in Fn. 5).

⁴ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auf. 1998, S. 2; Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 2 Rn. 4.

⁵ Ausschlaggebend waren kompetenzrechtliche Gründe. Vgl. ausführlich BVerfGE 61, 149 (174 ff.) – StHG.

vatrechtlichen Funktionsbereich der öffentlichen Hand (den Fiskus) vorgesehen (§§ 823, 31, 89 BGB). Durch Art. 131 WRV wurde dann – anknüpfend an entsprechende gesetzliche Bestimmungen in einigen Ländern und später auch im Reich für Reichsbeamte – eine Überleitung der persönlichen Beamtenhaftung auf den Staat (Amtshaftung) normiert. Danach traf die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat, wenn ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzte⁷. Diese Verfassungsregelung ist mit wenigen verbalen Änderungen in Art. 34 GG eingegangen.

Die vor diesem Hintergrund vielfach anzutreffende Charakterisierung von § 839 BGB als haftungsbegründender und von Art. 34 GG als haftungsüberleitender Norm⁸ ist zwar historisch, inhaltlich hingegen nur teilweise zutreffend⁹. Die Anwendungsbereiche beider Bestimmungen sind nicht völlig kongruent:

- Art. 34 GG erfasst nur hoheitliches Handeln, § 839 BGB hingegen auch privatrechtliches. *Konsequenz*: mittelbare Staatshaftung (Amtshaftung) nur bei hoheitlichem Staatshandeln.
- Art. 34 GG stellt auf die hoheitliche Funktionswahrnehmung ab und verwendet insoweit einen weiten Beamten-, besser: Amtsträgerbegriff; § 839 BGB ist nach seiner Entstehungsgeschichte beschränkt auf Beamte im staatsrechtlichen Sinne. *Konsequenz*: erweiternde Auslegung von § 839 BGB (haftungsrechtlicher Beamtenbegriff)¹⁰.

§ 839 BGB und Art. 34 GG bilden daher eine *einheitliche Anspruchsgrundlage*¹¹.

Die *aufgrund der divergierenden Anwendungsbereiche der beiden Normen zu unterscheidenden Konstellationen* sind folgende:

1. öffentlich-rechtliche (hoheitliche) Tätigkeit
 - Staat haftet nach § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG
 - Amtsträger haftet im Außenverhältnis nicht¹²
2. privatrechtliche Tätigkeit von (Status-)Beamten

⁶ Inzwischen stünde mit Art. 74 I Nr. 25 GG ein Kompetenztitel für eine bundesgesetzliche Regelung zur Verfügung.

⁷ Normtexte abgedruckt bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 9.

⁸ In diesem Sinne etwa BVerfGE 61, 149 (198); BGHZ 98, 77 (85).

⁹ Vgl. hierzu *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 8 Rn. 4 f.

¹⁰ Vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 3 ff.

¹¹ *Bull/Mehde*, AVwR, 7. Aufl. 2005, Rn. 1105; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 10; *Schoch*, Jura 1988, 585 (586).

¹² Zum Innenverhältnis vgl. Art. 34 S. 2 GG => § 78 BBRG; §§ 46 BRRG, 96 LBG BW; § 24 SoldG; § 34 ZDG; § 14 BAT. Die Rückgriffsbeschränkung in Art. 34 S. 2 GG gilt nach BGHZ 106, 1 ff. nicht für als Verwaltungshelfer herangezogene selbständige private Unternehmer (teleologische Reduktion: Ratio der Haftungserleichterung – Steigerung der Entschlussfähigkeit und -freudigkeit, Ausdruck der Fürsorgepflicht – ist nicht einschlägig, zumal Unternehmer das Haftungsrisiko in seine Kalkulation einstellen kann; deshalb kein wesentlicher Unterschied zu einer Dienst- oder Werkleistung im fiskalischen Bereich, wo Unternehmer nach allg. Grundsätzen voll haftet; die damit bestehende Möglichkeit der Verwaltung, eigene Haftungsrisiken durch eine „Flucht in die Privatisierung“ zu vermeiden, erkaufte sie sich durch eine in der Gegenleistung kalkulatorisch enthaltene Versicherungsprämie). Erfasst werden aber auch unselbständige Verwaltungshelfer, soweit ihnen ggü. eine ähnliche Fürsorgepflicht besteht wie bei Beamten im staatsrechtlichen Sinne (Bsp.: hilfeleistender Schüler im Turnunterricht; Schülerlotsen).

- Staat haftet nach
 - = §§ 823, 31, 89 BGB für leitende Beamte mit Organstellung¹³
 - = § 831 BGB für sonstige Beamte
 - Beamter haftet nach § 839 BGB (Eigenhaftung aber subsidiär ggü. Staatshaftung, § 839 I 2 BGB)
3. privatrechtliche Tätigkeit sonstiger Bediensteter
- Staatshaftung wie 2.¹⁴
 - Bediensteter haftet nach § 823 BGB (kein Verweisungsprivileg!)

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Ausübung eines öffentlichen Amtes

a. Haftungsrechtlicher Beamtenbegriff

§ 839 BGB sanktioniert die Amtspflichtverletzung durch einen „Beamten“ und meint damit nach h.M.¹⁵ zunächst nur Beamte im staatsrechtlichen Sinne¹⁶. Demgegenüber stellt Art. 34 S. 1 GG darauf ab, dass „jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes“ eine Pflichtverletzung begeht. § 839 BGB wird insoweit durch Art. 34 S. 1 GG erweitert. Entscheidend ist danach nicht der rechtliche Status, sondern die **öffentlich-rechtliche (hoheitliche) Funktionsausübung**¹⁷. Dem solchermaßen bestimmten haftungsrechtlichen Beamtenbegriff¹⁸ unterfallen alle Personen, denen von der zuständigen Stelle die Ausübung eines öffentlichen Amtes anvertraut worden ist (dazu sogleich sub b). Dies können insbesondere sein¹⁹:

- Beamte im staatsrechtlichen Sinne;
- öffentliche Bedienstete (Angestellte, Arbeiter);
- Personen in einem sonstigen öffentlich-rechtlichem Dienstverhältnis (z.B. Soldaten, Zivildienstleistende, Richter);

¹³ Beamte, deren Stellung und Aufgaben auf Organisationsnormen beruhen.

¹⁴ Angestellte mit Leitungsfunktion, d.h. mit Organstellung sind aber eher selten.

¹⁵ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 7; *Durner*, JuS 2005, 793 (794); *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 129.

¹⁶ Natürliche Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zum Staat oder zu einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen, in das sie unter Aushändigung der gesetzlich vorgeschriebenen Ernennungsurkunde berufen worden sind (vgl. §§ 2 I, 6 BBG, §§ 2 I, 5 BRRG).

¹⁷ BGHZ 147, 169 (171); 118, 304 (305); BGH, NJW 2002, 3172 (3173); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 12; *Schoch*, Jura 1988, 585 (586).

¹⁸ Es lassen sich also drei Beamtenbegriffe unterscheiden (vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 13 f.):

1. Haftungsrechtlicher Beamtenbegriff (Funktionsbegriff): Beamter ist jeder, der hoheitlich tätig wird;
2. Staatsrechtlicher Beamtenbegriff (Statusbegriff): Beamter ist, wer nach geltenden Beamtengesetzen zum Beamten ernannt worden ist;
3. Strafrechtlicher Beamtenbegriff: § 11 I Nr. 2 StGB.

¹⁹ Vgl. *Schoch*, Jura 1988, 585 (587) m.w.N. Zur Darstellung des Problems in der Falllösung vgl. *Bull/Mehde*, AVwR, 7. Aufl. 2005, Rn. 1107.

- Personen in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis, das kein Dienstverhältnis ist (z.B. Parlamentsabgeordnete, Minister, Bürgermeister, Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften).

Auch Privatpersonen, die mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes betraut sind, sind Beamte im haftungsrechtlichen Sinne. Dies ist anerkannt für

- Beliehene²⁰ und
- Verwaltungshelfer²¹.

Noch nicht abschließend geklärt ist die staatshaftungsrechtliche Einbeziehung

- selbständiger privater Unternehmer, derer sich der Staat auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben bedient²².

Der BGH ging früher davon aus, dass ein Privater nur dann in „Ausübung eines öffentlichen Amtes“ tätig werde, wenn er derart durch Weisungen und sonstige Einflussmöglichkeiten gelenkt und dirigiert werde, dass er als Werkzeug der Verwaltung, als ihr „verlängerter Arm“ erscheine (sog. „Werkzeugtheorie“)²³. Bei einem selbständigen Unternehmer wird dies häufig nicht der Fall sein mit der Konsequenz, dass der Staat nur nach privatem Deliktsrecht (§ 831 BGB) haftet.

Im Schrifttum stieß diese Rechtsprechung auf verbreitete Ablehnung²⁴. Durch sie werde die Funktionsbezogenheit des Tatbestandsmerkmals „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ zugunsten der Ingerenz der öffentlichen Hand aufgegeben. Das begünstige eine Haftungsentziehung der Verwaltung durch Delegation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf nicht weisungsgebundene Privatpersonen („Flucht ins Privatrecht“). Richtigerweise sei allein auf den Funktionszusammenhang der Tätigkeit des Privaten abzustellen²⁵.

²⁰ Natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes durch Verwaltungsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag bestimmte einzelne hoheitliche Kompetenzen zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen worden sind (Bspe. bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 15 f.; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 23 Rn. 56).

²¹ Natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, welche die Verwaltung bei der Durchführung bestimmter Verwaltungsaufgaben unterstützen ohne dabei selbständig tätig zu werden – bloße Hilfstätigkeiten im Auftrag und nach Weisung der Behörde. Bspe.: Schülerlotse; Schüler, der auf Anweisung des Lehrers Hilfestellung im Turnunterricht leistet (weitere Bspe. bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 18; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 23 Rn. 60).

²² Bspe.: von der Polizei im Rahmen einer Ersatzvornahme eingeschalteter Abschleppunternehmer; beim öffentlichen Straßenbau vom Träger der Straßenbaulast beauftragter Bauunternehmer (weitere Bspe. bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 20).

²³ BGHZ 48, 98 (103); BGH, NJW 1971, 2220 (2221). Auf dieser Grundlage kreierte die Rechtsprechung auch die Figur des Verwaltungshelfers (vgl. hierzu bereits Fn. 21).

²⁴ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 17 ff.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 21 f.; *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 138.

²⁵ Einschränkend *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 24 f.: nur in Bereichen, in denen der Hoheitsträger dem Einzelnen mit „spezifisch staatlicher Macht“ entgegentritt, so dass er sich im „Zustand unentrinnbarer Interferiorität“ befindet (parallel zur Frage der Grundrechtsbindung der Verwaltung).

Der BGH hat dieser Kritik nunmehr jedenfalls teilweise Rechnung getragen²⁶. Ohne sich ausdrücklich von der „Werkzeugtheorie“ zu verabschieden, nähert sich das Gericht der Gegenauffassung an, indem es einen Katalog flexibler Zurechnungskriterien für maßgeblich erklärt:

„Je stärker der hoheitlicher Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen übertragener Tätigkeit und von Behörde zu erfüllender hoheitlicher Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Unternehmers ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen.“

Danach könne

„sich die öffentliche Hand jedenfalls im Bereich der Eingriffsverwaltung der Amtshaftung ... grundsätzlich nicht dadurch entziehen, daß sie die Durchführung einer von ihr angeordneten Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer überträgt“.

Art. 34 S. 1 GG verlangt lediglich, dass „jemand“ in Ausübung eines öffentlichen Amtes einen Schaden verursacht. Der Anspruchsteller muss den verantwortlichen Amtsträger nicht individualisieren, was in großen bürokratischen Organisationen vielfach unmöglich wäre²⁷. Ausreichend ist der Nachweis, dass überhaupt Amtsträger der in Anspruch genommenen Körperschaft dem Kläger gegenüber bestehende Amtspflichten verletzt haben, das Verhalten der betreffenden Verwaltung also insgesamt in einer den gebotenen Sorgfaltsanforderungen widerstreitenden Weise amtpflichtwidrig gewesen ist²⁸.

b. Öffentlich-rechtliche (hoheitliche) Betätigung

Art. 34 S. 1 GG setzt voraus, dass der Amtswalter „in Ausübung eines ... *öffentlichen Amtes*“ handelt. Die Amtshaftung erstreckt sich danach nicht auf privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand. Entscheidendes Kriterium ist nach h.M.²⁹ die **Rechtsform des staatlichen Verhaltens**, nicht hingegen seine Zielsetzung. Der Amtswalter muss auf der Grundlage und nach Maßgabe des öffentlichen Rechts handeln³⁰. Zur Begründung wird darauf verwiesen³¹, dass die öffentliche Verwaltung allein beim Einsatz des öffentlich-rechtlichen Handlungsinstrumentariums im Verhältnis zu den Privatsubjekten eine die Anwendung eines besonderen Haftungsrechts rechtfertigende Sonderstellung einnehme. Nur bei einer Amtsausübung auf der Grundlage und nach Maßgabe des öffentlichen Rechts trete die Verwaltung in einer rechtlichen Überlegenheit auf, die eine besondere Schutzbedürftigkeit des Bürgers begründe und die den Grund für die verfassungsrechtliche Garantie der Haftungsübernahme durch den Staat darstelle.

Die Amtshaftung erfasst danach den Bereich der

- hoheitlichen Verwaltung, in ihren beiden Erscheinungsformen

²⁶ BGHZ 121, 161 (164 ff.) – privater Abschleppunternehmer (Beamteneigenschaft bejaht). Bestätigt durch BGHZ 125, 19 (24 f.) – planender Ingenieur (Beamteneigenschaft verneint), und BGHZ 161, 6 (10) – BSE-Test durch privates Labor (Beamteneigenschaft bejaht).

²⁷ Ipsen, AVwR, 4. Aufl. 2005, Rn. 1256.

²⁸ BGH, WM 1960, 1304 (1305); *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn. 119. Zur „Anonymisierung“ und „Entindividualisierung“ des Verschuldens vgl. unten zu Fn. 75.

²⁹ BGH, NJW 1973, 1650 (1651); BGHZ 116, 312 (314); 129, 23 (24); *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 144; *Schoch*, Jura 1988, 585 (587).

³⁰ Ipsen, AVwR, 4. Aufl. 2005, Rn. 1256.

³¹ Vgl. *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 145.

- der hoheitlich-obrigkeitlichen Verwaltung³² sowie
- des schlicht-hoheitlichen Handelns³³,

nicht hingegen die Bereiche

- des Verwaltungsprivatrechts³⁴,
- des fiskalisches Verwaltungshandeln sowie
- der erwerbswirtschaftlichen staatlichen Betätigung.

Die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem (hoheitlichem) und privatrechtlichem Verhalten erfolgt dabei nach allgemeinen Grundsätzen: Bei rechtlchem Handeln kommen die bekannten „Theorien“ (insb.: modifizierte Subjektstheorie) zur Anwendung. Für die Zuordnung von Realakten ist auf den Funktionszusammenhang abzustellen, wobei im Zweifel von einem öffentlich-rechtlichen Handeln der Verwaltung auszugehen ist³⁵.

Ausgehend hiervon lassen sich aus der kaum überschaubaren Rechtsprechungskasuistik beispielhaft einige Fallgruppen herausdestillieren:

- Benutzung öffentlicher Einrichtungen: abhängig von Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses
- Teilnahme am Straßenverkehr:
 - BGH: öffentlich-rechtlich bei
 1. hoheitlicher Zielsetzung (Fahrt dient Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben) und
 2. engem äußeren und inneren Zusammenhang zwischen hoheitlicher Zielsetzung und schädigender Handlung (so dass Handlung der hoheitlichen Betätigung zugerechnet werden kann)³⁶
 - a.A.: grundsätzlich privatrechtlich, es sei denn Gebrauchmachen von Sonderrechten nach § 35 StVO; arg.: keine hoheitliche (Über-)Macht im Straßenverkehr, gegen welche allein sich aber die Amtshaftung richtet (straßenverkehrsrechtliche Gleichordnung)
- Straßenverkehrsregelungspflicht (§§ 44 I, 45 I 1, III, IV StVO): öffentlich-rechtlich³⁷

³² Verwaltung durch Einsatz von Befehls- und Zwangsgewalt (Polizeiverwaltung, Steuerverwaltung etc.).

³³ Fürsorgeverwaltung, Kulturverwaltung, Anlegen von Straßen/Plätzen/Brücken/Grünflächen/etc., Betrieb öffentlicher Einrichtungen.

³⁴ Kritisch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 28, der für eine funktionale Betrachtung und damit für eine Einbeziehung auch des Verwaltungsprivatrechts plädiert.

³⁵ Vgl. aber auch BGHZ 152, 380 ff. m. Bespr. *Frommeyer*, Jura 2004, 49 ff.: doppelunktionaler Charakter der Tätigkeit eines Zivildienstleistenden, der im Dienst einer Beschäftigungsstelle (vgl. § 4 ZDG) tätig geworden ist, die privatrechtlich organisiert ist und – von der Rechtsstellung als hoheitlich beliehene Einrichtung abgesehen – privatrechtliche Aufgaben wahrnimmt (=> Amtshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland – zu deren Passivlegitimation vgl. unten Fn. 119; vertragliche Ansprüche gegen die Beschäftigungsstelle; kein Ausschluss des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 I 2 BGB, vgl. unten Fn. 89). Der Zivildienstleistende wird im öffentlich-rechtlichen Pflichtenkreis des Zivildienstverhältnisses und zugleich – als Erfüllungsgehilfe – im privatrechtlichen Pflichtenkreis der Beschäftigungsstelle (ggü. deren Vertragspartnern) tätig.

³⁶ *Bejaht* z.B. für Rückfahrt Feuerwehrfahrzeug vom Einsatz zur Garage; Fahrt zum TÜV; *verneint* z.B. für Fahrzeugüberführung zur Inspektion (fiskalische Hilfstätigkeit); Pkw-Fahrt eines Finanzdirektors zur Besprechung mit einer höheren Dienststelle und einer Richterin zum Ortstermin, weil sich Notwendigkeit dieser konkreten Fortbewegungsart nicht zwingend aus der Natur des Amtsgeschäfts ergäbe; Fahrten zu Gesprächen über Grundstückskauf zwecks Straßenbaus oder zur Kontrolle von Bauarbeiten durch beauftragte Privatunternehmer.

- (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht:³⁸
 - BGH: grundsätzlich privatrechtlich
 - = arg.: Anwendungsfall der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht => haftungsrechtliche Gleichbehandlung
 - = Ausnahmen (=> öffentlich-rechtlich):
 1. Gesetzliche Qualifikation als öffentlich-rechtlich (Bsp.: § 59 StrG BW)
 2. Administrativer Organisationsakt (Wahlrecht der Verwaltung)
 - a.A.: öffentlich-rechtlich
 - = arg.: (weitgehende) inhaltliche Identität von öffentlich-rechtlicher Unterhaltungspflicht (insb. Straßenbaulast) und (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht
- öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Fernsehen (=> [Persönlichkeits-]Rechtsverletzungen durch Sendetätigkeit)
 - BGH, BVerwG, Literatur z.T.: privatrechtlich
 - = arg.: öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Grundrechtsträger im Bereich des Art. 5 I GG nicht nur aus Staatsgewalt herausgelöst, sondern ihr gleichsam gegenübergestellt => Gleichordnung mit privaten Rechtsträgern => verfassungsrechtliche Gleichordnung legt das Verhältnis auf Ebene des einfachen Rechts fest
 - a.A.: öffentlich-rechtlich
 - = arg.: öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten handeln in Erfüllung ihres Sendeauftrages unstr. öffentlich-rechtlich => Individualrechtsverletzungen, die in untrennbarem Zusammenhang mit der Programmgestaltung stehen, sind ebenfalls als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren (Grundsatz der Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses)
 - = arg.: Grundrechtsberechtigung der Rundfunkanstalten betrifft das Verhältnis zum Staat, nicht das zu privaten Dritten
 - = arg.: Moment rechtlicher Gleichordnung beteiligter Rechtsträger kein Kriterium (mehr) zur Ausschließung der Anwendung des öffentlichen Rechts (=> Schwächen der Subordinationstheorie)

³⁷ Vgl. hierzu auch folgende Übersicht nach *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 33:

Kompetenz:	Straßenbaulastträger	Straßenverwaltungsträger	Straßenverkehrsbehörde
Aufgabe:	↑ Straßenbaulast ↓	↑ Verkehrssicherungspflicht ↓	↑ Verkehrsregelungspflicht ↓
Haftungsregime:	haftungsrechtlich irrelevant (arg.: Straßenbaulast ist bloße Vw-Kompetenz, keine nach außen wirkende, bürgergerichtete Pflichtenbeziehung => der Allgemeinheit ggü. bestehende öf. Verpflichtung)	zivilrechtliche Deliktshaftung ausnahmsweise Amtshaftung: (1). Gesetzliche Qualifikation (2). Administrativer Organisationsakt	Amtshaftung

³⁸ Vgl. oben Fn. 37.

c. Handeln „in Ausübung“ des öffentlichen Amtes

Der Amtswalter muss „in Ausübung“ eines öffentlichen Amtes gehandelt haben, **nicht** hingegen **nur** „bei Gelegenheit“ der Amtsausübung³⁹. Zwischen Amtsausübung und Schadenszufügung muss also ein äußerer und innerer Zusammenhang bestehen⁴⁰. Die Freistellung der öffentlichen Hand von der Haftung für Schadenszufügungen „bei Gelegenheit“ der Amtsausübung findet eine Parallele bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB⁴¹.

Der erforderliche Zusammenhang besteht, wenn bei wertender Betrachtung zwischen der hoheitlichen Zielsetzung und der Schadenszufügung eine Beziehung dergestalt besteht, dass Schädigung und Aufgabenerfüllung als einheitlicher Lebenssachverhalt erscheinen, der vom hoheitlichen Aufgabencharakter geprägt wird⁴². Wie aus der weiteren Anspruchsvoraussetzung der Amtspflichtverletzung erhellt, wird dieser Zusammenhang nicht allein dadurch aufgehoben, dass der Amtswalter gesetzlichen oder dienstinternen Vorschriften bzw. Einzelweisungen zuwider handelt⁴³.

Bsp.: Wird das Behördenfahrzeug von dem zur Benutzung befugten Amtswalter zu dienstlichen Zwecken, aber entgegen den Dienstvorschriften, die einen Einsatz des Fahrzeugs für das konkrete Amtsgeschäft verbieten, benutzt, so liegt dennoch eine Tätigkeit in Ausübung eines öffentlichen Amtes vor⁴⁴. Dasselbe gilt für den gesetzeswidrigen oder dienstvorschriftswidrigen Einsatz einer Schusswaffe zu dienstlichen Zwecken⁴⁵.

Auch ein Missbrauch des Amtes zu eigennützigen, schikanösen oder gar strafbaren Zwecken, eine Pflichtwidrigkeit aus eigensüchtigen oder rein persönlichen Gründen schließt den für das Handeln in Ausübung des Amtes maßgeblichen inneren Zusammenhang zwischen Amtsausübung und schädigendem Verhalten nicht von vornherein aus.

Bsp.: Ein Vorgesetzter missbraucht seine hervorgehobene Amtsstellung in einer im Einzelfall mehr oder weniger auf einen konkreten dienstlichen Anlass bezogenen Art und Weise dazu, einen Untergebenen systematisch und fortgesetzt zu beleidigen, zu schikanieren und zu diskriminieren (Mobbing). Diese Verhaltensweise erfordert eine einheitliche Beurteilung, die dann, wenn das Mobbing im Rahmen bestehender Beamtenverhältnisse stattfindet, zur Anwendung von Amtshaftungsrecht führt⁴⁶. Ein hinreichender Zusammenhang mit der Amtsausübung besteht auch, wenn mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt betrautete Bedienstete zum Zwecke der Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen in streikähnlicher Weise ihre Amtstätigkeit einstellen oder verzögern⁴⁷.

³⁹ BGH, NJW 1992, 1227 (1228); 2002, 3172 (3173); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 51; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 15; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 25; *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 188 ff.; *Schoch*, Jura 1988, 585 (588).

⁴⁰ BGHZ 11, 181 (185); 42, 176 (179); 61, 128 (131); BGH, NJW 2002, 3172 (3173); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 51; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 15; *Schoch*, Jura 1988, 585 (588).

⁴¹ *Ipsen*, AVwR, 4. Aufl. 2005, Rn. 1263; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 26. Auch die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB erstreckt sich nicht auf Schäden, die der Verrichtungsgehilfe „bei Gelegenheit“ der Verrichtung verursacht, vgl. etwa BGH, NJW-RR 1989, 723 (725).

⁴² BGH, NJW 1992, 1227 (1228); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 53.

⁴³ BGHZ 1, 388 (394); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 53; *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 189.

⁴⁴ *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 189.

⁴⁵ BGHZ 11, 181 (186).

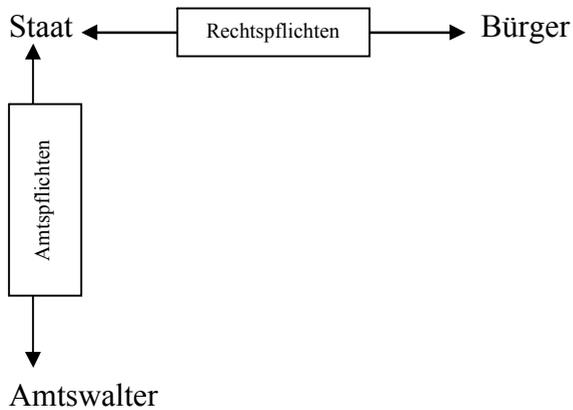
⁴⁶ BGH, NJW 2002, 3172 (3173).

⁴⁷ BGHZ 61, 128 (132 ff.) – Fluglotsenstreik.

Etwas anderes gilt nur bei ausschließlich oder überwiegend durch sachfremde persönliche Gründe motiviertem Handeln ohne hinreichenden Bezug auf eine hoheitliche Funktionsausübung (Exzess, Missbrauch).

Bsp.: Benutzung eines Dienstfahrzeugs zu privater Schwarzfahrt⁴⁸. Tötung eines Einbrechers durch einen Polizisten, der zwar im Dienst, aber allein aus Rache handelt⁴⁹.

2. Verletzung einer Amtspflicht



„Amtspflichten“ sind die persönlichen Verhaltenspflichten des Amtswalters in Bezug auf seine Amtsführung⁵⁰. **Haftungsgrund ist die Verletzung einer im Innenverhältnis zwischen Dienstherr und Amtswalter bestehenden Dienstpflicht.** Amtspflichten können sich ergeben aus Außenrechtssätzen (Normen), aber auch aus Innenrechtssätzen (Verwaltungsvorschriften) sowie verwaltungsinternen Weisungen. Von dem Amtspflichten zu unterscheiden sind die im Außenverhältnis zum Bürger bestehenden Rechtspflichten des Staates gegenüber dem Bürger⁵¹. Konsequenz dieser Konstruktion, die sich nur vor dem historischen Hintergrund der ursprünglichen Eigenhaftung des Beamten erklären lässt, ist, dass amtspflichtgemäßes und rechtmäßiges Verhalten bzw. amtspflichtwidriges und rechtswidriges Verhalten nicht notwendigerweise übereinstimmen.

Eine Entschärfung dieses – aus heutiger Sicht bestehenden – dogmatisch-konstruktiven Bruchs ergibt sich aus der Annahme, den Amtswalter treffe auch und gerade die Amtspflicht, bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben die den Staat bindenden (externen) Rechtspflichten zu beachten (**Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten**)⁵².

Die Unterscheidung zwischen Amtspflichten und Rechtspflichten ist aber nach wie vor bedeutsam: Ein weisungsgemäßes Verhalten bzw. die Versagung eines Verwaltungsakts bei Fehlen der erforderlichen Zustimmung einer anderen Behörde sind trotz Rechtswidrigkeit nicht amtspflichtwidrig⁵³.

⁴⁸ BGH, NJW 1969, 421 (422).

⁴⁹ Deterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 54. Vgl. auch BGHZ 11, 181 (186 ff.).

⁵⁰ Deterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 56.

⁵¹ H.M., vgl. etwa Schoch, Jura 1988, 585 (589) m.w.N. A.A. Papier, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 192.

⁵² Deterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 59, 63; Schoch, Jura 1988, 585 (589).

⁵³ Zum umgekehrten Fall des amtspflichtwidrigen aber rechtmäßigen Verhaltens vgl. Deterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 89 f.; Schoch, Jura 1988, 585 (589 zu Fn. 80).

Bsp.: Versagt eine Gemeinde ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB trotz Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens, ist die von der Baurechtsbehörde deswegen ausgesprochene Versagung der beantragten Baugenehmigung zwar rechtswidrig, aber amtspflichtgemäß. Das bedeutet freilich nicht, dass kein Amtshaftungsanspruch bestünde: Durch die rechtswidrige Einvernehmensversagung verletzt die Gemeinde ihre Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten. Im Ergebnis verschiebt sich also nur die Passivlegitimation (vom Land zur Gemeinde).

Aus der kaum überschaubaren Rechtsprechung seien als Beispiele für Amtspflichten genannt:

- A. zu rechtmäßigem Verhalten (arg.: Art. 20 III GG) und dabei insb.
- A. zur Unterlassung unerlaubter Handlungen i.S.v. § 823 I BGB,
- A. zu zuständigkeits- und verfahrensgemäßigem Verhalten,
- A. zur fehlerfreien Ermessensausübung,
- A. zur Schonung unbeteiligter Dritter,
- A. zu verhältnismäßigem Verhalten,
- A. zur Erteilung richtiger Auskünfte, Belehrungen, Hinweisen, Warnungen,
- A. zu rascher Sachentscheidung,
- A. zu konsequentem Verhalten,
- A. zur Beachtung höchstrichterlicher Rechtsprechung⁵⁴,
- A. zur Erfüllung von Verkehrssicherungspflichten.

Bei der Beurteilung, ob eine Amtspflichtverletzung vorliegt, sind die **Zivilgerichte an rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidungen** in der gleichen Sache **gebunden**⁵⁵ (arg.: materielle Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils).

Bsp.: Hat das VG einen Verwaltungsakt als rechtswidrig aufgehoben, so steht dessen Rechtswidrigkeit für die Beurteilung der Amtspflichtverletzung bindend fest⁵⁶. Hat – umgekehrt – das VG die Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt wegen dessen Rechtmäßigkeit abgewiesen, so ist eine Amtspflichtverletzung nicht gegeben.

Bei wirksamen **Verwaltungsakten** besteht eine derartige Bindung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit hingegen nicht. Die Zivilgerichte sind also berechtigt und verpflichtet, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes zu überprüfen. Dies gilt sowohl für die Ablehnung eines begünstigenden als auch für den Erlass eines belastenden Verwaltungsakts.

Bsp.: Amtspflichtverletzung durch Erlass eines Gebührenbescheids, der rechtswidrig eine zu hohe Gebühr festsetzt.

Nach h.M. gilt dies auch im Falle der Bestandskraft des Verwaltungsakts⁵⁷. Die in die Vorfragenkompetenz der Zivilgerichte fallende Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts lässt dessen Bestandskraft unberührt. Dem wird zwar vereinzelt entgegengehalten, nach Eintritt der Bestandskraft könne die Frage der inneren Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nicht mehr aufgeworfen werden, vielmehr sei insoweit abschließend entschieden, was zwi-

⁵⁴ Es besteht aber keine Bindung (=> nur *inter partes*). Die Verwaltung muss auch nicht generell Folge leisten. Zu beachten ist aber die **faktische Leit- und Orientierungsfunktion** der Rspr. für die administrative Praxis: der Beamte darf die Rspr. nicht ignorieren, sondern muss sich mit ihr auseinandersetzen, sie berücksichtigen, aber nicht notwendig befolgen (=> **Abweichen aus triftigen Gründen** zulässig); vgl. hierzu *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 50 m.w.N.

⁵⁵ BGHZ 113, 17 (20); 134, 268 (273 f.).

⁵⁶ Die Bindungswirkung umfasst aber nicht die Begründung, warum der Verwaltungsakt rechtswidrig sei, vgl. BGHZ 20, 379 (383); 134, 268 (273 f.).

⁵⁷ BGH, NJW 1979, 2097 (2098); BGHZ 113, 17 (19 ff.); *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 47a; *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 382.

schen Bürger und Staat rechtens sei⁵⁸. Gegen diese Auffassung spricht aber zum einen, dass ein bestandskräftiger Verwaltungsakt nicht das erforderliche Maß an Richtigkeitsgewähr bietet, weil er nicht in einem mit den Garantien des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgestatteten und somit vergleichbaren Verwaltungsverfahren ergangen ist, welches etwaige Fehlerquellen auf ein solches Maß zurückführt, dass sie vom betroffenen Bürger im Interesse der Rechtssicherheit hingenommen werden müssen⁵⁹. Zum anderen hätte die Gegenauffassung zur Konsequenz, dass der Bürger zur Abwehr von Schäden durch rechtswidrige Verwaltungsakte *ausschließlich* auf den Primärrechtsschutz verwiesen wäre. Das widerspricht jedoch der Wertung des § 839 III BGB, der zwar eine vorrangige Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz verlangt, aber nur insoweit, als im Falle der Unterlassung dem Geschädigten ein Verschuldensvorwurf zu machen wäre. Würde der Amtshaftungsanspruch bereits durch den Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes ausgeschlossen, würde § 839 III BGB insoweit gegenstandslos werden.

Insoweit ist aber stets zu prüfen, ob nicht § 839 III BGB einem Amtshaftungsanspruch entgegensteht.

Bsp.: Hat im vorgehenden Beispiel der Adressat des Gebührenbescheids diesen durch schuldhaftes Absehen von Widerspruch und Anfechtungsklage bestandskräftig werden lassen, ist der Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 III BGB ausgeschlossen. Demgegenüber greift der Anspruchsausschluss etwa dann nicht, wenn Behördenvertreter auf Nachfrage – sachlich unzutreffend – erklären, beim Erlass des Gebührenbescheides sei die richtige Berechnungsgrundlage zugrunde gelegt worden, so dass der Adressat keinen Anlass hatte, an der Rechtmäßigkeit des Bescheides zu zweifeln⁶⁰.

3. Drittbezogenheit der Amtspflicht

Das Erfordernis der Drittbezogenheit der Amtspflicht ist seiner Funktion nach ein haftungsbegrenzendes Tatbestandsmerkmal. Die Rechtsprechung lässt aber eine Tendenz zur Ausweitung dieses Merkmals erkennen, sowohl was die Person des „Dritten“ als auch was die geschützten Interessen angeht⁶¹. Angesichts der Unbestimmtheit des Begriffs und einer kaum überschaubaren, sich einer Systematisierung weitgehend entziehenden Rechtsprechungskasustik ist das Erfordernis der Drittbezogenheit der Amtspflicht als eine „crux des Amtshaftungsanspruchs“⁶² und als rechtsdogmatische und rechtstatsächliche „Achillesferse der Amtshaftung“⁶³ bezeichnet worden.

Der BGH fragt in st. Rspr. danach,

„ob die Amtspflicht – wenn auch nicht allein, so doch auch – den Zweck hat, gerade sein [des Geschädigten] Interesse wahrzunehmen. Nur wenn sich aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreißenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergibt, daß der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden sollen, besteht ihm gegenüber bei

⁵⁸ Vgl. BGHZ 113, 17 (21 f.) mit Nachweisen zu dieser im Schrifttum z.T. vertretenen Gegenauffassung.

⁵⁹ BGHZ 90, 17 (23); 113, 17 (20, 23). An der Tragfähigkeit dieses Arguments zweifelnd etwa *Clausing*, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, 2005, § 121 Rn. 28 m.w.N.

⁶⁰ So im BGHZ 113, 17 ff. zugrunde liegenden Fall.

⁶¹ So der übereinstimmende Befund von *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 96; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 59; *Schoch*, Jura 1988, 585 (590).

⁶² So *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 57. Dort (S. 58 f.) auch das resignative Zitat, „Dritter“ sei, „wen die Rspr. immer seltener mit einläßlicher Begründung, ... immer öfter aber ohne jede Rechtfertigung als Dritten erklärt.“

⁶³ So *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 94.

schuldhafter Pflichtverletzung eine Schadensersatzpflicht. Hingegen ist anderen Personen gegenüber, selbst wenn sich die Amtspflichtverletzung für die mehr oder weniger nachteilig ausgewirkt hat, eine Ersatzpflicht nicht begründet. Es muss mithin eine besondere Beziehung zwischen dem der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten ‚Dritten‘ bestehen (...) Dabei muss eine Person, der gegenüber eine Amtspflicht zu erfüllen ist, nicht in allen ihren Belangen immer als Dritter anzusehen sein. Vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob gerade das im Einzelfall berührte Interesse nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden soll. Es kommt danach auf den Schutzzweck der Amtspflicht an⁶⁴.

Versucht man, die maßgeblichen Gesichtspunkte in allgemeiner Form zu strukturieren, empfiehlt sich zur **Bestimmung der Drittbezogenheit** folgendes gestuftes Vorgehen⁶⁵:

1. Ist die verletzte Amtspflicht überhaupt drittschützend?
2. Ist der Geschädigte dem geschützten Personenkreis zuzurechnen (persönliche Drittbezogenheit)?
3. Wird das konkret betroffene Recht/Rechtsgut/Interesse von der Drittwirkung erfasst (sachliche Drittbezogenheit)?⁶⁶

Konkretisierend lassen sich unterscheiden⁶⁷:

- **absolute** Amtspflichten, die gegenüber jedermann bestehen
Insb.: Pflicht zur Unterlassung unerlaubter Handlungen, d.h. von Verletzungen der in § 823 I BGB genannten Rechte und Rechtsgüter).
- **relative** Amtspflichten, die nur gegenüber bestimmten Personen bestehen
Insb.: „Partner“ einer rechtlichen Sonderverbindung zur Behörde bzw. jeder, der in die Schutzwirkung dieser Sonderverbindung einbezogen ist⁶⁸;
insb.: „Dritter“ ist derjenige, dem die Klagebefugnis (§ 42 II VwGO) gegen eine schädigende Maßnahmen der Behörde zusteht⁶⁹.

*Sonderproblem 1: Drittbezogenheit von **Maßnahmen der Rechtsetzung** (formelle Gesetze, Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsvorschriften)*

⁶⁴ BGHZ 134, 268 (276) m.w.N.

⁶⁵ Maurer, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 19; Schoch, Jura 1988, 585 (590).

⁶⁶ Hierbei handelt es sich m.E. dogmatisch eigentlich um eine *Frage der Kausalität* der Amtspflichtverletzung für den konkret eingetretenen Schaden, nämlich um die Frage nach dem Schutzzweckzusammenhang. Der BGH und im Anschluss daran die Literatur problematisieren aber auch den sachlichen Schutzzweck der Amtspflicht bereits unter dem Gesichtspunkt der Drittbezogenheit der Amtspflicht. Vgl. hierzu *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 117 ff. m.w.N. Bsp.: Wird bei der Musterung eine Nierenerkrankung übersehen, die zur Untauglichkeit des Untersuchten geführt hätte, kann er als Dritter im Sinne der Amtshaftung zwar Ersatz für Gesundheitsschäden, nicht aber Verdienstausschlag wegen verzögerten Eintritts in das Erwerbsleben verlangen. Denn die aus § 17 V WPfIG a.F. i.V.m. § 7 I MusterungsVO a.F. abgeleitete Amtspflicht soll Wehrpflichtige nicht vor allgemeinen Vermögensschäden, sondern vor körperlichen Nachteilen bewahren, die durch Heranziehung zum Wehrdienst trotz Dienstuntauglichkeit entstehen. Ein weiteres Bsp. ist die Altlasten-Rspr. des BGH (vgl. unten Fn. 70).

⁶⁷ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 59; *Schoch*, Jura 1988, 585 (590).

⁶⁸ Sonderverbindungen: Vw-Verfahren (Bsp.: verzögerte Bearbeitung oder unberechtigte Ablehnung eines Baugenehmigungsantrags); ör Schuldverhältnisse; ziv. Schuldverhältnisse; Gefangenverhältnis; Anstaltsbenutzungsverhältnis; Einbeziehung Dritter nach den ziv. Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte.

⁶⁹ BGHZ 125, 258 (268). Bsp.: Amtspflicht, keine rechtswidrigen Baugenehmigungen zu erteilen, besteht gegenüber Nachbarn (nur) insoweit, als die Rechtswidrigkeit auf der Verletzung nachbarschützender Normen beruht (BGHZ 86, 356 [362]).

- BGH:
 - grundsätzlich keine Drittbezogenheit
 - arg.: aufgrund des abstrakt-generellen Charakters von Normen nimmt der Normgeber i.d.R. ausschließlich Aufgaben ggü. der Allgemeinheit, nicht aber ggü. bestimmten Personen/-gruppen als „Dritten“ wahr
 - Ausnahmen:
 - Maßnahme- oder Einzelfallgesetze
 - Bebauungspläne⁷⁰
 - = arg.: räumliche Begrenztheit und überschaubarer Kreis Planbetroffener
 - = Voraussetzung:
 - » BGH: drittbezogene Amtspflicht ggü. einem bestimmten Planbetroffenen nur, wenn das Gebot der Rücksichtnahme, das auch bei der planerischen Abwägung nach § 1 VII BauGB zu beachten ist, zugunsten dieses Betroffenen drittschützende Wirkung entfaltet und ihm damit ein subjektives Recht verleiht => (+) bei qualifizierter und zugleich individualisierter Betroffenheit
 - » a.A.: maßgeblich ist, ob verletzte Vorschrift drittschützend ist⁷¹
- a.A.: Drittbezogenheit bei Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte, insb. von Grundrechten⁷²
 - arg.: Bindung des Gesetzgeber an Grundrechte, die zweifellos individualschützenden Charakter haben; darüber hinaus Bindung des Verordnungs- oder Satzungsgebers an einfachgesetzliche Vorschriften mit individualschützendem Charakter

Sonderproblem 2: Verwaltungsträger als „Dritte“

⁷⁰ Bsp.: Überplanung von Altlasten, vgl. hierzu *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, UmweltR, 5. Aufl. 2003, § 9 Rn. 274 ff. Der BGH beschränkt den Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Amtspflicht zur Wahrung gesunder Wohn- und Arbeitsverhältnisse (§ 1 VI Nr. 1 BauGB) auf solche **Schäden, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer durch die Amtspflichtverletzung hervorgerufenen Gesundheitsgefahr stehen**. Dies ist nach der Rspr. nur dann der Fall, wenn die vom Boden ausgehende Gesundheitsgefahr zum völligen Ausschluss der Bewohnbarkeit des Grundstücks führt. Ersatzfähig sind danach Vermögensverluste, die der Erwerber erleidet, weil er ein unbewohnbares Grundstück im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße gemeindliche Planungsentscheidung erworben hat (Bsp.: fehlgeschlagene Aufwendungen für den Grundstückserwerb und den Bau eines Wohngebäudes; Nutzungsausfall für den Zeitraum zwischen Räumung und Veräußerung). Nicht ersatzfähig ist dagegen eine durch die Nachbarschaft zu einem kontaminierten Grundstück verursachte Wertminderung eines – seinerseits bewohnbaren – Baugrundstücks. Vgl. kritisch hierzu *R. Schmidt*, UmweltR, 5. Aufl. 1999, § 6 Rn. 77 f.

⁷¹ Dieser Ansatz scheint mir überzeugend. Danach stellt sich dann z.B. die Frage, ob und inwieweit das Abwägungsgebot des § 1 VII BauGB drittschützend ist. Der Ansatz des BGH ist m.E. durch die inzwischen erlangte Erkenntnis (insb. des BVerwG) überholt, dass das Rücksichtnahmegebot isoliert keinen Drittschutz vermittelt. Im Übrigen wird hier das o.g. Kriterium des Bestehens einer Klagebefugnis (bzw. Antragsbefugnis) zur Ermittlung der Person des „Dritten“ aktuell.

⁷² Dann aber problematisch (vgl. *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 51):

- Verschulden
 - = bei formellen Gesetzen i.d.R. (-), aber bei groben Mängeln oder redaktionellen Flüchtigkeiten denkbar
 - = eher bei RVO und Satzungen, da gesetzliche Bindungen enger und sachliche Gegebenheiten konkreter
- § 839 III BGB => Verfassungsbeschwerde, verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle.

- Ausgangspunkt: formal-rechtlich ist anderer Vw-Träger als selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts „Dritter“
- aber: Amtshaftung ihrer Konzeption nach zugeschnitten auf Staat-Bürger-Verhältnis, also das Außenverhältnis
- daher: Vw-Träger muss dem Beamten und seinem Dienstherrn in vergleichbarer Weise gegenüberreten; die einander gegenüber tretenden Vw-Träger **dürfen nicht** eine ihnen gemeinsam übertragene Aufgabe gleichsinnig erfüllen **sondern** müssen in Vertretung einander widerstreitender Interessen tätig werden⁷³
- Prüfung daher wie folgt:
 1. Vw-Träger als „Dritter“
=> keine funktionale Verbundenheit durch gemeinsame Aufgabenerfüllung
 2. Drittwirkung der Amtspflicht (s.o.)
 - a) grds.
 - b) bzgl. geschädigtem Vw-Träger
 - c) bzgl. betroffenen Rechten/Interessen

4. Schaden und (haftungsausfüllende) Kausalität

- es gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze (insb. Adäquanztheorie)⁷⁴

5. Verschulden

- §§ 276, 827, 828 BGB
- Maßstab: pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter im jeweiligen Amt
- ausreichend ist, dass „die Behörde“ ein Verschulden trifft (=> Benennung des konkreten Amtswalters also nicht erforderlich)⁷⁵
- Objektivierung des Verschuldensmaßstabs außerdem durch Anerkennung der Möglichkeit eines Organisationsverschuldens: Eine Behörde ist in sachlicher und personeller Hinsicht so auszustatten und so zu leiten bzw. zu beaufsichtigen, dass sie ihren Pflichten Dritten gegenüber nachkommen kann. Eine Überlastung oder Überforderung der *in concreto* handelnden Amtsträger, Ausfälle wegen Krankheit oder Urlaub oder Nichteinstellung bzw. Nichtzurverfügungstellung des zur Aufgabenerfüllung notwendigen Personals schließen also über die Rechtsfigur des Organisationsverschuldens den schuldhaften Amtspflicht-

⁷³ Oft (+), wenn Selbstverwaltungskörperschaften im Rahmen ihres eigenen Wirkungskreises geschädigt werden (z.B. Gemeinden, Unis, Rundfunkanstalten). Regelmäßig (-) im Rahmen der mittelbaren Staatsverwaltung (=> Einheit der Staatsverwaltung). Beispiele bei *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 54; *Schoch*, Jura 1988, 585 (592).

⁷⁴ Vgl. etwa BGH, DÖV 2003, 295 f.: (drittgerichtete Amtspflicht und) Kausalität der rechtswidrigen Versagung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB auch dann, wenn objektiv kein Einvernehmensefordernis bestand, die Gemeinde aber gleichwohl von der Baurechtsbehörde am Baugenehmigungsverfahren beteiligt wurde (und die Ablehnung der beantragten Baugenehmigung mit der Verweigerung des Einvernehmens begründet wurde). Daneben besteht ggf. ein Anspruch gegen den Träger der Baurechtsbehörde (welche die Baugenehmigung trotz der Einvernehmensversagung hätte erteilen müssen).

⁷⁵ Dazu, dass der verantwortliche Amtswalter nicht individualisiert werden muss, vgl. bereits oben zu Fn. 28.

verstoß nicht aus, auch wenn ein persönlicher Schuldvorwurf gegenüber individuellen Amtsträgern nicht möglich ist.

- kein milderer Sorgfaltsmaßstab für – ehrenamtlich tätige, vgl. etwa § 32 I 1 GemO BW – Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften (kein „laienhaftes Ermessen“)⁷⁶
- Problem: unrichtige Rechtsanwendung
 - grds. sind mangelhafte Gesetzeskenntnis bzw. Unkenntnis der (Gesetzesauslegung durch die) Rechtsprechung fahrlässig⁷⁷
 - kein Verschulden aber bei objektiv zweifelhafter Rechtslage⁷⁸ und (im Nachhinein sich als „falsch“ erweisender) Entscheidung aufgrund sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung und vertretbarer Rechtsauffassung⁷⁹
 - i.d.R. kein Verschulden, wenn ein Kollegialgericht das Verhalten des Amtswalters als rechtmäßig beurteilt hat (sog. Kollegialgerichtsrichtlinie)⁸⁰

6. Bei Fahrlässigkeit: keine anderweitige Ersatzmöglichkeit, § 839 I 2 BGB⁸¹

Gemäß § 839 I 2 BGB kann der Beamte, fällt ihm nur Fahrlässigkeit zur Last, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Diese auch als „Verweisungsprivileg“ oder „Subsidiaritätsklausel“ bezeichnete Bestimmung wird als negative Anspruchsvoraussetzung gedeutet, für deren Vorliegen der Kläger darlegungs- und beweispflichtig ist⁸².

Zu „anderweitigen Ersatzmöglichkeiten“ zählen grundsätzlich sämtliche Leistungsverpflichtungen, aufgrund derer Dritte dem Verletzten unmittelbar für den Schadensfall und die daraus herrührenden Folgen einzustehen haben⁸³.

⁷⁶ BGHZ 106, 323 (330).

⁷⁷ Zur grds. bestehenden Amtspflicht zur Befolgung höchstrichterlicher Rechtsprechung vgl. oben Fn. 54.

⁷⁸ Eine Klärung der Rechtslage soll laut BGH (NJW 1963, 1453 [1454]) schon aufgrund einer einzigen höchstrichterlichen Entscheidung erfolgen können. Kritik: Dies überspielt die (nur) Inter-partes-Wirkung von Urteilen und stößt auf Bedenken aus Gründen der Funktionstrennung zwischen Exekutive und Judikative.

⁷⁹ BGHZ 119, 365 (369 f.); BGH, NJW 1994, 3158 (3159).

⁸⁰ Arg.: Vom Beamten können keine besseren Rechtskenntnisse erwartet werden als vom Gericht. Aber: bloße Richtlinie, von der abgewichen werden kann => **Grundsatz nicht anwendbar, wenn**

- ein Kollegialgericht entscheidet, in dem nicht mehrere Rechtskundige sitzen (vgl. Ratio),
- in summarischen Verfahren (z.B. nach § 123 VwGO) entschieden wird (dito),
- die fragliche Maßnahme grundsätzlicher Art ist und von einer zentralen Dienststelle auf dem Gebiet eines ihr besonders vertrauten Spezialgesetzes getroffen wird (dito).

Zu zahlreichen weiteren Ausnahmen vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 75 f. (*Ossenbühl* a.a.O.: Grundsatz dürfte nur noch dann zur Anwendung kommen, wenn die kollegialgerichtliche Bestätigung der als rechtswidrig erkannten Amtshandlung als „vertretbar“ erscheint).

⁸¹ Das Verweisungsprivileg des § 839 I 2 BGB wird als negative Anspruchsvoraussetzung gedeutet, für deren Vorliegen der Kläger darlegungs- und beweispflichtig ist (BGHZ 28, 297 [301]; 37, 375 [377]). Deshalb auch die hier vorgenommene dogmatische Einordnung unter II – Anspruchsvoraussetzungen. Mit Rücksicht auf seine Rechtsfolge findet sich verbreitet auch die Zuordnung des Verweisungsprivilegs zu den Haftungsausschlüssen und –beschränkungen (hier unter III), etwa bei *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 10 Rn. 6 ff.; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 29 ff.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 78 ff. Wie hier aber etwa *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 2005, Rn. 127 ff.

⁸² BGHZ 28, 297 (301); 37, 375 (377); *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 317.

⁸³ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 10 Rn. 25.

Die ursprüngliche Ratio des Verweisungsprivilegs lag in der Erhaltung und Steigerung der Entschlussfreude und Entscheidungskraft des für Amtspflichtverletzungen persönlich haftenden Beamten. In Folge der heute vorgesehenen Haftungsüberleitung auf den Staat gemäß Art. 34 S. 1 GG ist dieser Zweck in Fällen öffentlich-rechtlichen Verwaltungshandelns entfallen. Die Haftungsfreistellung kommt nunmehr dem Staat zugute. Hieraus wurde teilweise abgeleitet, das Verweisungsprivileg sei insoweit wegen Funktionslosigkeit unanwendbar⁸⁴. Demgegenüber betrachtet die h.M. die Vorschrift als zwar „antiquiert“⁸⁵, aber geltendes Recht, zu dessen Ablösung allein der Gesetzgeber berufen sei⁸⁶. Der BGH sucht die Lösung deshalb zum einen in einer Umdeutung des Verweisungsprivilegs in eine Entlastungsnorm zu Gunsten der öffentlichen Hand⁸⁷, zum anderen in einer restriktiven Handhabung des § 839 I 2 BGB, die in der Literatur als teleologische Reduktion gedeutet wird⁸⁸. Nach dieser Rechtsprechung ist das Verweisungsprivileg insbesondere in folgenden Fällen **nicht anwendbar**:

- der anderweitiger Anspruch ist wiederum gegen den gleichen oder einen anderen Verwaltungsträger gerichtet
arg.: der Ersatzanspruch müsste so oder so durch die öffentliche Hand, die wirtschaftlich eine Einheit bildet, befriedigt werden (so dass der intendierte Entlastungseffekt nicht eintreten würde)⁸⁹
- Lohnfortzahlungsanspruch
arg.: der Lohnfortzahlungsanspruch gewährt keinen Ausgleich für Schäden, sondern ist Ausdruck der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht; er soll dem Schädiger nicht zugute kommen (vgl. § 6 EFZG)⁹⁰
- Ansprüche aus gesetzlicher oder privater Versicherung des Geschädigten
arg.: die Versicherungszahlung beruht auf eigener Leistung des Geschädigten und soll diesen absichern, nicht den Schädiger begünstigen (vgl. §§ 67 VVG, 116 SGB X)⁹¹
- dienstliche Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr

⁸⁴ *Bettermann*, DÖV 1954, 299 (304); *Scheuner*, DÖV 1955, 545 (548). Differenzierend *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 303. Zum Funktionsloswerden eines Bebauungsplans vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 986.

⁸⁵ So BGHZ 42, 176 (181).

⁸⁶ BGHZ 13, 88 (103 f.); 42, 176 (181); *Schoch*, Jura 1988, 648 (648).

⁸⁷ BGHZ 13, 88 (104). Kritisch hierzu *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 10.

⁸⁸ So *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rn. 11; *Schoch*, Jura 1988, 648 (648).

⁸⁹ BGHZ 152, 380 ff. lehnt die Anwendbarkeit von § 839 I 2 BGB bei einer Amtspflichtverletzung durch einen Zivildienstleistenden auch für den Fall ab, dass sich der anderweitige Ersatzanspruch gegen dessen *privatrechtlich* organisierte Beschäftigungsstelle richtet, da eine Gleichbehandlung von Beschäftigungsstellen in privater und öffentlicher Trägerschaft geboten sei. Vgl. hierzu auch Fn. 35 und 119.

⁹⁰ Gleiche Argumentation wie bei Vorteilsanrechnung (welche in den einschlägigen Fällen im Übrigen bereits bei der Ermittlung des Schadens anzusprechen wäre).

⁹¹ Das in Fn. 90 Gesagte gilt entsprechend. Dies – also der Ausschluss des § 839 I 2 BGB – gilt natürlich nicht, wenn dem Geschädigten Ansprüche gegen die Haftpflichtversicherung eines Mitschädigers zustehen (dann klassischer Fall des Verweisungsprivilegs): Die Leistung des Versicherers ist dann gerade dazu bestimmt, den Schaden im Verhältnis zum Geschädigten endgültig zu tragen.

- arg.: der Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer (Übereinstimmung der alle Verkehrsteilnehmer gleichermaßen treffenden Rechte und Pflichten) hat Vorrang gegenüber dem Verweisungsprivileg
- Ausnahme: Inanspruchnahme von Sonderrechten gemäß § 35 StVO
 - arg.: insoweit ist der Beamte gerade nicht wie jeder andere Verkehrsteilnehmer berechtigt und verpflichtet
- öffentlich-rechtlich ausgestaltete Verkehrssicherungspflicht
 - arg.: Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung (=> inhaltliche Übereinstimmung mit allgemeiner – privatrechtlicher – Verkehrssicherungspflicht)

Die anderweitige Ersatzmöglichkeit muss durchsetzbar und zumutbar, mithin **faktisch realisierbar** sein⁹². Typischer Anwendungsfall des § 839 I 2 BGB ist der Ersatzanspruch gegen einen Mitschädiger oder dessen Versicherung.

Kommt das Verweisungsprivileg zur Anwendung, erlangen nach h.M.⁹³ in Anspruch genommene Mitschädiger keinen Ausgleichsanspruch nach §§ 840 I, 426 BGB. Schädigender Amtsträger und haftungsübernehmender Staat scheiden von vornherein aus dem Gesamtschuldverhältnis aus. Versuche in der Literatur⁹⁴, das Haftungsprivileg des § 839 I 2 BGB für die interne gesamtschuldnerische Ausgleichshaftung auszuschalten, wie es auch der BGH in anderen Fällen nach den Grundsätzen der gestörten Gesamtschuld befürwortet⁹⁵, konnten sich nicht durchsetzen. Zur Begründung ihres Standpunkts wird seitens der h.M. darauf verwiesen, die § 839 I 2 BGB zgedachte Zweckrichtung, die Haushalte der öffentlichen Hand zu entlasten und – vornehmlich bei einer Eigenhaftung des Beamten – dessen Entscheidungsfreudigkeit zu gewährleisten, würde jedenfalls durchkreuzt werden, wenn zwar eine Amtshaftung gegenüber dem Geschädigten entfallen, aber der Staat bzw. der Amtsträger über ein „fingiertes Gesamtschuldverhältnis“ einem Zweitschädiger gegenüber gemäß §§ 840 I, 426 BGB (anteilmäßig) haften würde⁹⁶.

III. Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen

1. Richterspruchprivileg, § 839 II 1 BGB

- Ratio: Sicherung der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen (nicht: Schutz der Unabhängigkeit des Richters)
- „Urteil in einer Rechtssache“:⁹⁷ **alle der Rechtskraft fähigen Entscheidungen** (z.B. Beschlüsse gemäß § 91a ZPO, § 153 StPO; nicht z.B. Beschlüsse im Arrest- oder eV-Verfahren, im PKH-Verfahren, nach § 111a StPO)

⁹² BGHZ 120, 124 (126); *Schoch*, Jura 1988, 648 (648).

⁹³ BGHZ 28, 297 (301); 37, 375 (380); 61, 351 (356 f.); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 78; *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 306.

⁹⁴ *Waldeyer*, NJW 1972, 1249 (1252 f.); *Hanau*, VersR 1967, 516 (521 f.); *Hohenester*, NJW 1962, 1140 (1142).

⁹⁵ Vgl. etwa BGHZ 12, 213 (217 ff.): keine Bedeutung einer vertraglichen Abrede über Haftungsfreistellung oder Haftungsminderung zwischen dem Geschädigten und einem der Mitschädiger für den gesamtschuldnerischen Ausgleich.

⁹⁶ *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 306.

⁹⁷ Insoweit ist die Ratio des § 839 II 1 BGB dann auch von Bedeutung!

- „bei dem Urteil“ heißt nicht „durch das Urteil“: darunter fallen also nicht nur (aber auch!) Fehler bei der Sachentscheidung selbst, sondern auch Fehler bei Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, die Grundlage für die Sachentscheidung zu gewinnen (z.B. Beweisbeschlüsse, Beweiserhebungen, Verlesen von Strafregisterauszügen und behördlichen Auskünften)⁹⁸
- denkbare Straftaten: § 332 II StGB (Richterbestechlichkeit), § 339 BGB (Rechtsbeugung)

2. Rechtsmittelversäumung, § 839 III BGB

§ 839 III BGB ist eine besondere Ausprägung des Gedankens des Mitverschuldens, der in § 254 BGB in allgemeiner Form niedergelegt ist. Anders als dort führt im Rahmen von § 839 III BGB aber jede Form der schuldhaften Schadensmitverursachung zum vollständigen Anspruchsverlust. Die Funktion der Vorschrift, die ursprünglich im Schutz des persönlich haftenden Beamten lag, wird heute in der Sicherung des Vorrangs der Primärrechtsschutzes gesehen⁹⁹.

Der *Begriff des „Rechtsmittels“* ist umstritten:

Der BGH versteht hierunter alle Rechtsbehelfe, die eine Beseitigung der pflichtwidrigen Amtshandlung bezwecken und ermöglichen und die geeignet sind, Schaden abzuwenden, der aus der Amtspflichtverletzung erwächst. Erfasst sind danach **alle förmlichen und nicht förmlichen Rechtsbehelfe** gegen die pflichtwidrige Amtshandlung (außer Verfassungsbeschwerde und Bauvoranfrage), namentlich

- Widerspruch und Klage nach VwGO,
- einstweiliger Rechtsschutz,
- Dienstbeschwerde
- sonstige (formlose) Vorstellungen, Beschwerden, Erinnerungen etc.

Zur Begründung wird auf den Charakter von § 839 III BGB als Ausprägung des Gedankens des Mitverschuldens verwiesen.

Nach a.A. sind „Rechtsmittel“ in diesem Sinne **nur förmliche Rechtsbehelfe der Prozessordnungen**. Dies folge aus der Funktion des § 839 III BGB, den Vorrang des Primärrechtsschutzes zu sichern. Außerdem wird auf die Ungewissheit der Erfolgsaussichten formloser Rechtsbehelfe hingewiesen („form-, frist-, fruchtlos“).

Der Schaden muss durch die Einlegung des Rechtsmittels abwendbar gewesen sein. Zum Ausschluss kommt es m.a.W. nur bei **Kausalität der Nichteinlegung des Rechtsmittels für den Schaden**. Die ist gegeben, wenn das Rechtsmittel Erfolg gehabt hätte. Umstritten ist, welche Beurteilungsgrundlage der Prognose der hypothetischen Entscheidung zugrunde zu legen ist:

- BGH alt:¹⁰⁰ differenzierend nach förmlichen und formlosen Rechtsbehelfen

⁹⁸ Die richterliche Amtspflichtverletzung muss sich aber auf die Sachentscheidung ausgewirkt haben können (=> nur dann Rechtskraftwirkung betroffen).

⁹⁹ BGHZ 98, 85 (91 f.); BGH, NJW 1991, 1168 (1169); *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 330. Dieser Grundsatz lässt sich entnehmen aus den Grundrechten, Art. 19 IV GG, § 40 VwGO und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (kein „dulde und liquidiere“).

¹⁰⁰ BGH, NJW 1986, 1924 (1925); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 95 f.

- bei förmlichen Rechtsbehelfen:
 - = die richtige Entscheidung (Wie hätte die Behörde/das Gericht - nach Auffassung des über die Amtshaftungsklage befindenden Zivilgerichts - *richtigerweise* entscheiden müssen?)
 - = Konsequenz: regelmäßig hätte danach eine Rechtsschutzmöglichkeit auch bereits auf Primärebene bestanden; § 839 III BGB würde eine weitgehende Sperre für Ersatzansprüche errichten
- bei formlosen Rechtsbehelfen:
 - = die konkret zu erwartende Entscheidung (Wie hätte die Behörde *tatsächlich* entschieden?)¹⁰¹
 - = Konsequenz: hätte Rechtsmittel tatsächlich keinen Erfolg gehabt, war Schaden durch Primärrechtsschutz nicht abwendbar (es wird also das für den Primärrechtsweg prognostizierte dem eigenen – ggf. abweichenden – Rechtmäßigkeitsurteil im Sekundärrechtsweg gegenüber gestellt)
- BGH neu:¹⁰² generell die im Primärrechtsweg konkret zu erwartende Entscheidung, wenn eine „einigermaßen zuverlässige Beurteilung, wie richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre, nicht ohne weiteres möglich“ ist (Wie hätte die Behörde/das Gericht *tatsächlich* entschieden?)
 - Konsequenz: hätte Rechtsmittel tatsächlich keinen Erfolg gehabt, war Schaden durch Primärrechtsschutz nicht abwendbar (es wird also das für den Primärrechtsweg prognostizierte dem eigenen – ggf. abweichenden – Rechtmäßigkeitsurteil im Sekundärrechtsweg gegenüber gestellt)
 - contra: BGH macht sich zur Superrevisionsinstanz: weicht die Rspr. der Verwaltungsgerichte von dem ab, was der BGH für richtig hält, kann er sie im Amtshaftungsprozess korrigieren¹⁰³; dies widerspricht der Funktionsteilung zwischen Verwaltungs- und ordentlicher Gerichtsbarkeit¹⁰⁴

Weiter ist umstritten, was im Falle der *Teilkausalität*, d.h. wenn die Einlegung des Rechtsmittels den Schaden teilweise hätte abwenden können, zu gelten hat¹⁰⁵. Der BGH¹⁰⁶ sieht auch schadensmindernde Rechtsmittel von § 839 III BGB erfasst; allerdings entfallen der Ersatzan-

¹⁰¹ BGH a.a.O. ohne nähere Begründung: Bei tatsächlich aussichtslosem Rechtsbehelf sei es „nicht gerechtfertigt, trotzdem die Kausalität zwischen Nichteinlegung des Rechtsbehelfs und Schadenseintritt zu bejahen und dem Geschädigten den Ersatzanspruch aus § 839 I BGB zu versagen.“ Vor dem Hintergrund der Funktionsteilung zwischen Behörden und Gerichten ist diese Auffassung aber m.E. zutreffend, konsequenter wäre es freilich, die formlosen Rechtsbehelfe aus dem Anwendungsbereich des § 839 III BGB auszunehmen.

¹⁰² BGH, NJW 2003, 1308 (1313) mit. abl. Bespr. *Wißmann*, NJW 2003, 3455 ff.

¹⁰³ Es kommt faktisch zu zwei Rechtswegen, die der findige Kläger wahlweise nach dem Prinzip der Meistbegünstigung beschreiten kann: Erscheint eine Inanspruchnahme der Verwaltungsgerichte nicht Erfolg versprechend, bleibt noch der eigenständige Weg vor dem Zivilgericht, dass die verwaltungsgerichtlichen Maßstäbe als unrichtig befinden kann.

¹⁰⁴ Zur Klarstellung: Wurde der Primärrechtsweg tatsächlich beschritten und liegt ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil vor, ist das über den Amtshaftungsanspruch befindende Zivilgericht hieran gebunden, st. Rspr., etwa BGH, NJW 1991, 1168 (1169; dort auch zur abw. Beurteilung - also Prüfung der Rechtmäßigkeit durch das Zivilgericht - bei bestandskräftigen Verwaltungsakten).

¹⁰⁵ Bsp. bei *Schoch*, Jura 1988, 585; 648 (650).

¹⁰⁶ BGH, NJW 1986, 1924 (1924 f.).

spruch nur, *soweit* die schuldhaft Nichteinlegung für den Schaden ursächlich geworden ist. Nach a.A.¹⁰⁷ ist § 839 III BGB in Fällen der Teilkausalität der Nichteinlegung des Rechtsmittels nicht anwendbar; eine Anspruchskürzung erfolgt über § 254 BGB¹⁰⁸.

Die Rechtsmittelversäumung muss **schuldhaft** erfolgt sein. Das Verschulden muss dabei auch die Möglichkeit des Schadenseintritts umfassen¹⁰⁹. Der Verletzte muss sich ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder einer Hilfsperson, etwa seines Anwaltes, zurechnen lassen. Die Vorschriften der §§ 254 II 2, 278 BGB finden insoweit entsprechende Anwendung¹¹⁰.

3. Mitverschulden, § 254 BGB

- bestimmt sich nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen¹¹¹

4. Spezialgesetzliche Haftungsausschlüsse und Haftungsbeschränkungen

Eine Beschränkung oder ein vollständiger Ausschluss der Amtshaftung ist nach h.M. grundsätzlich zulässig. Art. 34 S. 1 GG steht dem nicht entgegen. Dies wird mit dem Wortlaut von Art. 34 S. 1 GG („grundsätzlich“), der Entstehungsgeschichte der Norm sowie damit begründet, der Verfassungsgeber hätte eine so weitgehende Änderung des bisherigen Rechtszustandes, wie sie die Aufhebung aller bisherigen Haftungsbeschränkungen bedeuten würde, deutlich zum Ausdruck bringen müssen¹¹².

Die Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung unterliegt aber folgenden **Einschränkungen**:

1. Sie ist nur zulässig durch formelles Gesetzes oder aufgrund eines besonderen formellen Gesetzes¹¹³.
2. Sie muss aus sachlichen Gründen geboten und verhältnismäßig sein.

Diese Einschränkungen folgen daraus, dass es sich bei der Haftungsbeschränkung um eine Ausnahme vom Verfassungsgrundsatz des Art. 34 GG handelt, welcher nicht zuletzt auch Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips (sekundäre Reaktion auf staatliches Unrecht), des Gleichbehandlungsgrundsatzes (haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Beamten, aber auch der geschädigten Bürger) sowie der jedenfalls im Kern in Art. 33 V GG verankerten Fürsorgepflicht des Dienstherrn (Staat darf Beamten nicht auf Eigenhaftung sitzen lassen) ist.

Beispiele:

- § 5 Nr. 1 RBHG (Gebührenbeamte, z.B. Bezirksschornsteinfeger)

¹⁰⁷ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 94.

¹⁰⁸ Der Unterschied beider Auffassungen besteht darin, dass die Lösung über § 839 III BGB für den fraglichen Schadensteil zu einem gänzlichen Ausschluss führt, während über § 254 BGB auch für diesen Teil eine umfassende Abwägung der Verursachungsanteile möglich bleibt, also auch dieser Schadensteil zumindest teilweise ersatzfähig sein kann.

¹⁰⁹ Dies folgt schon aus dem Gesetzeswortlaut. Im Übrigen ist nur dann der Ausschluss des Anspruchs zu rechtfertigen, denn nur infolge eines Schadens besteht Anlass, sich gegen eine Amtspflichtverletzung zu wehren.

¹¹⁰ *Papier*, in: MüKo, BGB, 4. Aufl. 2004, § 839 Rn. 335.

¹¹¹ Bsp. bei *Schoch*, Jura 1988, 648 (651).

¹¹² BGHZ 62, 372 (376 f.). Kritisch hierzu *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 26 Rn. 38.

¹¹³ Deshalb sind insb. Haftungsbeschränkungen durch kommunale (Benutzungs-)Satzungen ohne besondere gesetzliche Grundlage nicht zulässig. Die allgemeine kommunalrechtliche Satzungsermächtigung (§ 4 I GemO BW) ermächtigt nicht zu Grundrechtseingriffen und auch nicht zum Ausschluss der Amtshaftung. Besondere Satzungsermächtigung bestehen nicht. Von Bedeutung sind die Satzungsregelungen aber für die Haftung aus öffentlich-rechtlichem Schuldverhältnis (vgl. unten F.III.1, S. 61).

- § 5 Nr. 2 RBHG (Auswärtiger Dienst)
- § 7 I RBHG (ggü. Ausländern nach Maßgabe einer – gegenwärtig nicht existierenden – RVO)

5. Verjährung, § 195 BGB

- Verjährungsbeginn gemäß § 199 I BGB, Höchstfristen gemäß § 199 II/III BGB
- Hemmung der Verjährung analog § 204 I Nr. 1 BGB¹¹⁴ durch Wahrnehmung von Primärrechtsschutz;

vom BGH entschieden für folgende Fälle:

- Anfechtungs-, (Fortsetzungs-)Feststellungs- oder Verpflichtungsklage bzw. ein entsprechendes Vorverfahren gegen einen erlassenen (rechtswidrigen) Verwaltungsakt
 - = hinsichtlich Amtshaftungsansprüchen wegen des amtspflichtwidrigen Erlasses dieses Verwaltungsakts¹¹⁵
 - = hinsichtlich Amtshaftungsansprüchen wegen der amtspflichtwidrigen Vollziehung dieses Verwaltungsakts¹¹⁶
- Geltendmachung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs durch Klage beim Sozialgericht hinsichtlich Amtshaftungsansprüchen, die auf das selbe Fehlverhalten gestützt werden¹¹⁷

IV. Anspruchsinhalt

- Schadensersatz; aber: *keine Naturalrestitution* (§ 249 BGB) durch Vornahme einer Amtshandlung¹¹⁸
 - arg.: Staat haftet wegen der Haftungsüberleitung wie der Beamte, dieser ist – als Person – zur Vornahme von Amtshandlungen aber nicht in der Lage
 - Schmerzensgeld, § 253 II BGB

V. Passivlegitimation

Art. 34 S. 1 GG: „... Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht.“

- „Körperschaft“:
meint (untechnisch) alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit Dienstherrenfähigkeit
- „in deren Dienst er steht“:

¹¹⁴ Vor der Schuldrechtsreform wurde § 209 I BGB a.F. analog herangezogen. Für das neue Recht *Papier*, in: MüKo BGB, 4. Auflage 2004, § 839 Rn. 359.

¹¹⁵ BGHZ 95, 238 (242 ff.).

¹¹⁶ BGHZ 97, 97 (110); BGH, NJW 1995, 2778 (2779).

¹¹⁷ BGHZ 103, 242 (247).

¹¹⁸ Bsp.: Kein Anspruch auf Widerruf amtlicher ehrenrühriger oder rufschädigender Behauptungen. Hierfür kommt lediglich der Folgenbeseitigungsanspruch in Betracht.

1. Funktionstheorie: Haftung der Körperschaft, deren Aufgaben wahrgenommen werden
2. Anstellungstheorie: Haftung der Anstellungskörperschaft
3. **Amtsübertragungs- oder Anvertrauens- theorie** (h.M.): Haftung der Körperschaft, die dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlsam gehandelt hat, anvertraut hat, die m.a.W. dem Amtsträger die Aufgabe, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung erfolgt ist, übertragen hat
 - **Regelfall:** Anstellungskörperschaft¹¹⁹
 (Konsequenz für Bedienstete des Landkreises: auch bei Erfüllung von Aufgaben der unteren Verwaltungsbehörde – also von staatlichen Aufgaben – Haftung des Landkreises; ABER anders in B.-W.: § 56 II LKrO¹²⁰)
 - **Ausnahme:** Haftung der Körperschaft, die die konkrete Aufgabe übertragen hat
 - = Amtsträger mit mehreren Dienstherrn:
 insb.: Beamte mit Doppelstellung, insb. Landrat: bei Erfüllung von Kreisaufgaben haftet Kreis, bei staatlichen Aufgaben das Land (in B.-W. ausdrücklich geregelt in § 56 II LKrO)¹²¹
 - = Amtsträger ohne Anstellungskörperschaft:
 Beliehene, Verwaltungshelfer, beauftragte Privatunternehmer
 - = Weisung übergeordneter Behörde:
 Haftung des Dienstherrn des anweisenden Beamten¹²²

VI. Rechtsweg

- ordentlicher Rechtsweg, Art. 34 S. 3 GG, § 40 II 1, 1. Hs. Var. 3 VwGO („Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“) => LG, § 71 II Nr. 2 GVG

VII. Konkurrenzen

- Gefährdungshaftung:

¹¹⁹ Für Amtspflichtverletzungen durch Zivildienstleistende haftet die Bundesrepublik Deutschland, vgl. BGHZ 87, 253 (255 ff.); 152, 380 ff. (arg.: Dienstherr ist allein die Bundesrepublik Deutschland. Die Beschäftigungsstelle ist in die staatliche Verwaltungsaufgabe „Zivildienst“ eingegliedert, als Beliehene gleichsam nachgeordnete Behörde.) Daneben kommt freilich eine vertragliche Haftung des Trägers der Zivildienststelle in Betracht, vgl. oben Fn. 35.

¹²⁰ Gesetzlicher Fall der Funktionstheorie. § 56 II LKrO erfasst freilich nur **Beamte im statusrechtlichen Sinne!** Für die nach § 52 I LKrO vom Kreis gestellten Angestellten und Arbeiter haftet ausschließlich der Landkreis als Anstellungskörperschaft (vgl. *Gern*, KommR BW, 7. Aufl. 1998, Rn. 480).

¹²¹ Außerdem (Beamter mit Doppelstellung): Präsident der Oberfinanzdirektion als Bundes- und zugleich Landesbeamter gem. §§ 5 II, 10 II des Gesetzes über die Finanzverwaltung;
 außerdem (Beamte mit mehreren Dienstherrn): Beamte mit Nebenamt im Dienst eines anderen Dienstherrn, abgeordnete Beamte.

¹²² Arg.: Anweisender Beamter übernimmt mit der Weisung die beamtenrechtliche Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit des Vw-Handelns (so *Schoch*, Jura 1988, 585; 648 [653 m.w.N.]). M.E. haftet die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten schon deshalb, weil haftungsbegründende Amtspflichtverletzung die rechtswidrige Weisung ist (und nicht die durch die Weisung bedingte Handlung des angewiesenen Beamten: diese ist ja – trotz Rechtswidrigkeit – amtspflichtgemäß, siehe oben unter A.II.2, S. 13).

- Amtshaftung und Gefährdungshaftung stehen *nebeneinander*
- insb. § 7 StVG¹²³: Anspruchskonkurrenz gilt sowohl für den Fall, dass Halter des Kfz die Körperschaft¹²⁴ oder ein Dritter¹²⁵, als auch für den Fall, dass Halter der Beamte¹²⁶ ist¹²⁷
- allgemeines Deliktsrecht: § 839 BGB ist *lex specialis* und verdrängt §§ 823, 831, 826 BGB¹²⁸
- Entschädigungsansprüche:
Ansprüche aus Aufopferung und enteignungsgleichem Eingriff (und deren spezielle Ausprägungen, insb. § 55 I PolG analog¹²⁹) bestehen *neben* dem Amtshaftungsanspruch, weil sie auf unterschiedlichen haftungsrechtlichen Wurzeln beruhen, nämlich einerseits auf der durch Art. 34 S. 1 GG gebotenen Schadensausgleichspflicht, andererseits auf dem auf §§ 75, 75 EinlPrALR zurückgehenden Aufopferungsgedanken
- Ansprüche aus Leistungsstörungen im verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis: bestehen *neben* der Amtshaftung, wurden diese Ansprüche doch von der Rechtsprechung eigens zu dem Zweck entwickelt, Haftungsdefizite der Amtshaftung auszugleichen¹³⁰, nicht hingegen um die Amtshaftung zu ersetzen oder zu verdrängen.

¹²³ Und: korrespondierender Direktanspruch gegen die Haftpflichtversicherung gemäß § 3 Nr. 1 PflVersG.

¹²⁴ Der Amtshaftungsanspruch ist insoweit nicht etwa nach § 839 I 2 BGB ausgeschlossen (Anspruch gegen Körperschaft aus § 7 StVG als anderweitige Ersatzmöglichkeit). Arg.: Das Verweisungsprivileg findet keine Anwendung bei Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr sowie in dem Falle – und hierauf kommt es dann entscheidend an, wenn wegen der Inanspruchnahme von Sonderrechten nach § 35 I StVO keine Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr vorliegt –, wenn sich der anderweitige Ersatzanspruch gegen einen (hier: den gleichen) Verwaltungsträger richtet (vgl. oben unter A.II.6, S. 20 sowie *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 [44]).

¹²⁵ Auch insoweit greift der Ausschluss des Verweisungsprivilegs bei Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr.

¹²⁶ BGHZ 29, 38 (44 f.). Für die – neben der Haftung der Körperschaft nach Art. 34 GG, 839 BGB bestehende – Eigenhaftung des Beamten aus § 7 StVG wird argumentiert, dieser werde hierdurch nicht unzumutbar belastet, weil er durch die pflichtgemäß abzuschließende Haftpflichtversicherung und die Beschränkung der Halterhaftung auf die Höchstbeträge des § 12 StVG ausreichend geschützt sei. Zur möglichen Gegenposition – gemäß Art. 34 S. 1 GG Überleitung auch der Haftung aus § 7 StVG auf den Staat – vgl. *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 (43).

¹²⁷ § 18 StVG wird dagegen als Verschuldenshaftung von § 839 BGB verdrängt.

¹²⁸ Beachte auch Fn. 127.

¹²⁹ Für eine analoge Anwendung von § 55 I PolG auf *rechtswidrige* Maßnahmen der Polizei die h.M. (arg.: Erstrecht-Schluss), vgl. unten E.II.1, S. 50.

¹³⁰ Vgl. hierzu unten F.I, S. 55.

B. Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff

I. Rechtsgrundlage und Funktion

(1) Der enteignungsgleiche Eingriff wurde als richterrechtliches Haftungsinstitut in Anlehnung an das Institut der Enteignung im Sinne von Art. 14 III GG entwickelt. Hieraus resultiert auch sein Name. Wenn schon die Enteignung als *rechtmäßiger* Eigentumseingriff einen Entschädigungsanspruch nach sich ziehe, müsse dies, so der BGH¹³¹, erst recht für den *rechtswidrigen*, in seinen Wirkungen einer Enteignung vergleichbaren – „enteignungsgleichen“ – Eingriff gelten. Die Rechtsgrundlage dieses Haftungsinstituts wurde in einer „entsprechenden Anwendung (...) des Art. 14 GG“¹³² gesehen. Das die Enteignung nach dem früher vom BGH vertretenen weiten Enteignungsbegriff¹³³ kennzeichnende Sonderopfer wurde beim enteignungsgleichen Eingriff (allein) in der Rechtswidrigkeit des Eingriffs gesehen¹³⁴.

Nach dem Nassauskiesungs-Beschluss des BVerfG¹³⁵ und wegen der dort betonten Geltung des formalen Enteignungsbegriffs¹³⁶ sowie der in Art. 14 III 2 GG zum Ausdruck kommenden Gesetzmäßigkeit der Enteignungsentuschädigung war es dogmatisch nicht länger möglich, das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs wegen Vergleichbarkeit mit der Enteignungsentuschädigung unmittelbar in Art. 14 (III) GG zu verankern. Zu einer völligen Aufgabe des Haftungsinstituts bestand freilich, auch unter Berücksichtigung des vom BVerfG hervorgehobenen Grundsatzes des Vorrangs des Primärrechtsschutzes, nach ganz h.M. kein Grund¹³⁷.

Der BGH sieht die Rechtsgrundlage heute im allgemeinen *Aufopferungsgedanken der §§ 74, 75 EinlPrALR in seiner richterrechtlichen Ausprägung*^{138 139}. Nach a.A. handelt es sich beim

¹³¹ Grundlegend BGHZ 6, 270 (290 f.).

¹³² So BGHZ 6, 270 (291).

¹³³ „Enteignung“ war danach jeder „Eingriff in das Eigentum, sei es in Gestalt der Entziehung oder der Belastung, der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich, besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt“ (BGHZ 6, 270 [280]). Diese sog. Sonderopfertheorie wurde vom BGH zunehmend mit materiellen Elementen angereichert und näherte sich so zunehmend der vom BVerfG vertretenen sog. Schweretheorie an. Zur historischen Entwicklung der Entschädigung für Eigentumseingriffe und in diesem Zusammenhang zur Entwicklung des Enteignungsbegriffs anschaulich *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 16 Rn. 1 ff. sowie *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 1 ff.

¹³⁴ Seit BGHZ 32, 208 (212).

¹³⁵ BVerfGE 58, 300 ff.

¹³⁶ „Enteignung“ ist danach die durch *gezielten hoheitlichen Rechtsakt* erfolgende vollständige oder teilweise *Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen* i.S.v. Art. 14 I 1 GG *zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben*.

¹³⁷ BGHZ 90, 17 (31); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 222 ff. m.w.N. Kritik bei *Schoch*, Jura 1989, 529 (534 ff.). Anerkennung des enteignungsgleichen Eingriffs als Rechtsinstitut des einfachen Rechts durch BVerfG, NJW 2000, 1402; beiläufig zuvor bereits BVerfG, NJW 1992, 36 (37).

¹³⁸ Seit BGHZ 90, 17 (31).

¹³⁹ § 74 EinlPrALR: „Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats muessen den Rechten und Pflichten zur Befoerderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehn.“

enteignungsgleichen Eingriff inzwischen um ein gewohnheitsrechtlich geltendes Anspruchsinstitut¹⁴⁰. Nach wiederum a.A. wird Art. 14 I GG als Rechtsgrundlage angesehen: Entschädigung komme als dritte Stufe des Eigentumsschutzes zum Zug, wenn Abwehr (erste Stufe) und Folgenbeseitigung (zweite Stufe) nicht ausreichen bzw. fehlschlagen¹⁴¹.

(2) Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff hat als Institut der staatlichen Unrechtshaftung eine **lückenschließende Funktion**¹⁴². Er soll die Haftungslücke schließen, die für rechtswidrig-*schullose* Eingriffe bestand, nachdem der Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG Verschulden voraussetzt. Der Anspruch ist freilich nicht auf diese Fälle beschränkt, sondern besteht – „erst recht“¹⁴³ – auch bei rechtswidrig-*schuldhaften* Eingriffen, und zwar konkurrierend zu Ansprüchen aus Amtshaftung¹⁴⁴.

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Schutzobjekt: Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG

- verfassungsrechtlicher Eigentumsbegriff:
 - entsprechend der Funktion der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG, „dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen“¹⁴⁵, sind „Eigentum“ im verfassungsrechtlichen Sinne **alle vermögenswerten Rechtspositionen**, soweit sie dem Berechtigten ebenso ausschließlich wie Sacheigentum zur privaten Nutzung und zur eigenen Verfügung zugeordnet sind¹⁴⁶
 - insb.: nach Auffassung des BGH fällt auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb unter Art. 14 GG¹⁴⁷
- Gewährleistungsumfang: geschützt ist der **Bestand**, also die Innehabung einer Eigentumsposition durch den Eigentümer, ihre **Nutzung** sowie die Veräußerung bzw. **Verfügung** über sie¹⁴⁸

§ 75 EinlPrALR: „Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genoethigt wird, zu entschädigen gehalten.“

¹⁴⁰ OLG Brandenburg, NVwZ-RR 2000, 77 (78); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 226 f.

¹⁴¹ *Brüning*, JuS 2003, 2 (5); *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 87. Zu den Konsequenzen dieser Auffassung für die Aktivlegitimation vgl. u. zu Fn. 178.

¹⁴² Vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 9; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 214 ff.

¹⁴³ So BGHZ 7, 296 (298). Zur Kritik an diesem Erst-recht-Schluss vgl. *Schoch*, Jura 1989, 529 (530 in Fn. 13).

¹⁴⁴ BGHZ 7, 296 (298); 13, 88 (92); 136, 182 (184); 146, 365 (371). A.A. *Sproll*, JuS 1996, 313 (320): abschließender Charakter der Amtshaftung.

¹⁴⁵ BVerfGE 102, 1 (15), st. Rspr.

¹⁴⁶ BVerfGE 78, 58 (71) m.w.N.; *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 39. Zu Beispielen und Problemfällen vgl. *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 8 ff.

¹⁴⁷ BGHZ 23, 157 (163); 111, 349 (355). Ebenso BVerwGE 62, 224 (226); *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 43; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 160 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 2002, Art. 14 Rn. 95 ff. Offenlassend BVerfG, DVBl. 1991, 1253; BVerfGE 96, 375 (397). Ablehnend *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 52.

¹⁴⁸ *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 19 m.w.N.

2. Hoheitlicher Eingriff

„Eingriff“ im Sinne des Haftungstatbestands ist jede hoheitliche Maßnahme, die auf eine eigentumsrechtlich geschützte Rechtsposition (unmittelbar¹⁴⁹) einwirkt.

Ohne Bedeutung ist, ob die Einwirkung final oder nicht final¹⁵⁰, durch Rechtsakt oder durch Realakt erfolgt. Im Einzelnen:

- durch Rechtsakt
 - VA
 - behördliche Mitwirkungshandlung, insb. gemeindliches Einvernehmen nach § 36 BauGB
 - = rewi Versagung => egl. Eingriff
 - = rewi Erteilung => kein egl. Eingriff, arg.: keine Bindung der Baurechtsbehörde, diese entscheidet selbständig über die Erteilung der Baugenehmigung => rewi Erteilung der Baugenehmigung ist der Gemeinde entschädigungsrechtlich nicht zurechenbar
 - legislatives und normatives Unrecht
 - = **legislatives Unrecht** und sog. Beruhensakte¹⁵¹: keine Haftung aus egl. Eingriff
 - » arg.: Grenzen des richterrechtlich entwickelten Haftungsinstituts erreicht – wegen der weit reichenden Folgen für die Staatsfinanzen und der Budgethoheit des Parlaments fällt die Zubilligung von Entschädigungsansprüchen für legislatives Unrecht in den Funktionsbereich des Gesetzgebers, nicht den der Gerichte¹⁵²
 - = **normatives Unrecht**¹⁵³: Haftung (+)¹⁵⁴
 - judikatives Unrecht: keine Haftung aus egl. Eingriff
 - = arg.: Rechtsgedanke des § 839 II BGB
- durch Realakt; dabei Haftung auch für unvorhersehbare und zufällige tatsächliche Folgeschlichthoheitlicher Tätigkeit (Finalität nicht erforderlich)
- durch **Unterlassen**, str.

¹⁴⁹ Vgl. hierzu sogleich unter B.II.3, S. 31.

¹⁵⁰ Anders z.B. noch BGHZ 12, 52 (57); 23, 235 (240): Eingriff muss sich gezielt gegen eine Eigentumsposition richten. Finalitätskriterium aufgegeben in BGHZ 37, 44 (47) – Schießübung/Waldbrand sowie BGH, NJW 1964, 104 – Schützenpanzer.

¹⁵¹ Legislatives Unrecht: verfassungswidriges formelles Gesetz.

Beruhensakt: Vollzugsakt, dessen Rechtswidrigkeit ausschließlich auf der Verfassungswidrigkeit des zugrunde liegenden formellen Gesetzes beruht.

¹⁵² Aufbauend auf diese Argumentation macht z.B. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 234 eine Ausnahme für Maßnahmegesetze. Vgl. auch *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 91.

¹⁵³ Exekutive Rechtssetzung (RVOen, Satzungen).

¹⁵⁴ Soweit die Norm an einem eigenen, nicht auf die (formellgesetzliche) Ermächtigungsnorm zurückgehenden Nichtigkeitsgrund leidet (also nicht bloßer Beruhensakt ist). Vgl. auch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 235 f., der angesichts der denkbaren Breitenwirkung insb. von RVOen darauf hinweist, dass die pauschale Bejahung der Haftung nicht unbedingt das letzte Wort gewesen sein müsse.

- BGH: „Eingriff“ setzt positives Handeln voraus => Enteignung meint Inanspruchnahme (Nehmen), nicht Vorenthalten (Nicht-Nehmen), Konsequenz:
 - = schlichtes Unterlassen => egl. Eingriff (-)
 - = qualifiziertes Unterlassen => egl. Eingriff (+)¹⁵⁵
- a.A.: egl. Eingriff bei Rechtspflicht zum Handeln

3. Unmittelbarkeit des Eingriffs

- Zweck des Tatbestandsmerkmals: Haftungsbegrenzung durch Verhinderung einer nach Aufgabe des Finalitätskriteriums¹⁵⁶ drohenden allgemeinen öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung, für die es *de lege lata* keine Grundlage gibt¹⁵⁷
- „Unmittelbarkeit“: wenn schädigende Auswirkungen des Eingriffs vorliegen, die für die konkrete Betätigung der öfftl. Gewalt *typisch* sind und aus der Eigenart der hoheitlichen Maßnahme folgen (=> Problem wertender Zurechnung)¹⁵⁸

Bsp.: Unmittelbarkeit bejaht bei Vernichtung gelagerten Holzes durch abirrende Geschosse eines militärischen Übungsschießens (BGHZ 37, 44 [47]), bei Beschädigung eines Hauses durch einen Schützenpanzer (BGH, NJW 1964, 104), bei Vernichtung einer Aussaat durch von einer städtischen Mülldeponie angelockte Vögel (BGH, NJW 1980, 770), für Unfallschäden infolge „feindlichen Grüns“ einer Ampelanlage (BGHZ 99, 244 [254]). Demgegenüber mangels Unmittelbarkeit keine Haftung einer Kommune für Wasserschäden am privaten Eigentum, die infolge eines Rohrbruchs im öffentlichen Leitungssystem eingetreten sind (BGHZ 55, 229 [231]). Fehlende Unmittelbarkeit auch bei Beschädigung eines sichergestellten PKWs durch randalierende Dritte (BGHZ 100, 335 [339]).

4. Allgemeinwohlmotivation

- so der BGH¹⁵⁹
 - Zweck: Ausgrenzung von rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahmen aus dem Haftungstatbestand, die lediglich privatnützigen Zwecken dienen (insb.: Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, auch solche zugunsten der öffentlichen Hand)
 - Hintergrund: urspr. Herleitung aus Art 14 III GG => da eine Förderung des Allgemeinwohls durch rewi Maßnahmen im allgemeinen nicht erfolgt, wird jedenfalls auf die Intention der Rechtsbeeinträchtigung abgestellt
- dagegen große Teile des Schrifttums

¹⁵⁵ Auffassung des BGH beruht augenscheinlich noch auf der Herleitung des Haftungsinstituts aus Art. 14 III GG (=> Enteignung => Entzug). Ein „qualifiziertes Unterlassen“ in diesem Sinne soll vorliegen, wenn das Unterlassen ausnahmsweise als ein in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifendes Handeln zu qualifizieren sei. Bsp.: förmliche oder nicht förmliche – auch faktische, d.h. durch ein entsprechendes tatsächliches Verhalten zum Ausdruck gebrachte – Ablehnung eines Antrags. Nicht jedoch die bloße Nichtbescheidung eines Antrags. Diese Unterscheidung ist sogar vom Ausgangspunkt des BGH aus angreifbar, vgl. *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 92: Nutzungsmöglichkeit wird „genommen“. Zur Kritik im Übrigen siehe *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 256 f.

¹⁵⁶ Vgl. oben Fn. 150.

¹⁵⁷ BGHZ 55, 229 (231); 100, 335 (338); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 31; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 249.

¹⁵⁸ BGHZ 125, 19 (21); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 32.

¹⁵⁹ Vgl. aber auch die Beispiele bei *Schoch*, Jura 1989, 140 (147), in denen die Rspr. nur unter „Verrenkungen“ eine Gemeinwohlmotivation bejahen kann (dies aber eben auch tut!).

- arg.: Fremdkörper in einer Staatsunrechtshaftung (Haftungsgrund ist – allein – die Begehung von Unrecht); Loslösung von Art. 14 GG

5. Sonderopfer: Rechtswidrigkeit

Seinem Charakter als Aufopferungsanspruch entsprechend setzt der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff grundsätzlich voraus, dass dem Betroffenen durch den Eingriff ein Sonderopfer auferlegt wird. Besonderheit des Anspruchs und kennzeichnendes Tatbestandsmerkmal ist, dass das **Sonderopfer in der Rechtswidrigkeit des Eingriffs besteht**. In Folge der Rechtswidrigkeit liegt die Belastung des Einzelnen durch den Eingriff jenseits der gesetzlichen allgemeinen Opfergrenze und stellt damit ein zu entschädigendes Sonderopfer dar¹⁶⁰.

Die Rechtswidrigkeit bezieht sich – wie das Sonderopfer allgemein – auf den Erfolg, wird aber in der Regel durch die Eingriffshandlung indiziert¹⁶¹. Deshalb sind aber auch **nur materiell-rechtliche Fehler** erfasst. Leidet der Eingriff lediglich an einem formellen Rechtsfehler, so wird hierdurch die Entschädigungspflicht nicht begründet, sofern die formell rechtswidrige Maßnahme (inhaltlich) als eine zulässige Eigentumsbindung zu qualifizieren ist¹⁶².

6. Vorrang des Primärrechtsschutzes

- negatives Tatbestandsmerkmal¹⁶³
- verfassungsrechtlicher Hintergrund: freiheitsrechtlicher Charakter von Art. 14 I 1 GG – Bestandsgarantie, keine bloße Wertgarantie
- dogmatische Verankerung:
 - = h.M.¹⁶⁴: § 254 BGB analog
 - = a.A.¹⁶⁵: § 839 III BGB analog
- Prüfung:
 - (1). Vorhandensein eines geeigneten Rechtsmittels¹⁶⁶
 - (2). Nichteinlegung des Rechtsmittels ist vorwerfbar im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst, weil die Einlegung des Rechtsmittels zumutbar war¹⁶⁷,
- Folgen vorwerfbarer Nichtinanspruchnahme zumutbaren Primärrechtsschutzes:

¹⁶⁰ Grundlegend BGHZ 32, 208 (212).

¹⁶¹ Maurer, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 94.

¹⁶² BGHZ 58, 124 (127 f.). Ebenso Maurer, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 94; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 259. Offen lassend Schoch, Jura 1989, 140 (147 in Fn. 131).

¹⁶³ BGHZ 90, 17 (31 f.); Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 35.

¹⁶⁴ BGHZ 90, 17 (31); 110, 12 (14); Maurer, AVwR, 16. Aufl. 2006, § 27 Rn. 99.

¹⁶⁵ So Ipsen, DVBl. 1983, 1029 (1037); Papier, in: Maunz/Dürig, GG, 1998, Art. 34 Rn. 50.

¹⁶⁶ An einem zur Abwehr des Eingriffs und der damit verbundenen Vermögenseinbußen fehlt es z.B. bei Verzögerungsschäden bei rechtswidrig vorenthaltener Baugenehmigung oder in Fällen unmittelbarer Schadensverursachung, vgl. Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 39 m. Bsp. aus der Rspr.

¹⁶⁷ Kriterien zur Bestimmung der Zumutbarkeit: Kenntnis/Kennenmüssen der Rechtswidrigkeit der Maßnahme (BGHZ 90, 17 [32]; 110, 12 [14]), Zeitdauer des Primärrechtsschutzes, Kostenrisiko (BGHZ 92, 34 [50]), Erfolgsaussichten. Vgl. hierzu Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 39; Maurer, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 99; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 262.

- = BGH¹⁶⁸: Anspruchsausschluss (bezüglich solcher Nachteile, die durch die Anfechtung hätten vermieden werden können)
- = a.A.¹⁶⁹: Anspruchsminderung
- P: erfasst das Vorrangprinzip auch den Folgenbeseitigungsanspruch (FBA), zählt dieser also zu den vorrangigen Rechtsschutzmöglichkeiten des primären Rechtsschutzes, die einen Anspruch aus egl. Eingriff analog § 254 BGB ausschließen?
 - = so M1¹⁷⁰: Anspruch aus egl. Eingriff nur, wenn Restitution nicht möglich oder trotz Restitution ausgleichsfähige Schäden bestehen bleiben
 - » arg.: FBA ist gerichtet auf Herstellung des *status quo ante*, trägt damit dem grundrechtlichen Integritätsinteresse real Rechnung und verwirklicht so die Bestandsgarantie
 - = dagegen M2¹⁷¹: Restitutionsmöglichkeit schließt Entschädigungsanspruch aus egl. Eingriff nicht aus
 - » arg.: Vorrangprinzip erfasst nur Rechtsbehelfsmöglichkeiten gegenüber dem eingreifenden Akt selbst; der FBA ist auf den Ausgleich bereits realisierter Unrechtslasten gerichtet und sollte daher nicht als Instrument des Primärrechtsschutzes verstanden werden

III. Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit

1. Anspruchsinhalt: Entschädigung¹⁷²

- Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff lautet auf Entschädigung, nicht auf Schadensersatz¹⁷³. Entschädigung bedeutet Ausgleich des durch den Eingriff in das Eigentum entstandenen Vermögensverlustes¹⁷⁴. Ausgeglichen wird der eingriffsbedingte Substanzverlust am vorhandenen Eigentumsbestand¹⁷⁵.
- weil kein Schadensersatz, keine Berücksichtigung von entgangenem Gewinn und hypothetischer Vermögensentwicklung; aber:

¹⁶⁸ BGHZ 90, 17 (32); 110, 12 (14). Im Ergebnis trifft sich die Rechtsprechung hierin mit der Ansicht, die § 839 III BGB analog heranzieht.

¹⁶⁹ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 37; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 99.

¹⁷⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 267 (anders aber auf S. 333); *Schoch*, VerwArch 79 (1988), 1 (62 f.); *ders.*, Jura 1989, 529 (536).

¹⁷¹ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 36, § 18 Rn. 8.

¹⁷² Auch hier wird die ursprüngliche Herleitung aus Art. 14 III GG deutlich. Für eine Haftung für staatliches Unrecht läge an sich die Rechtsfolge Schadensersatz näher.

¹⁷³ BGHZ 65, 182 (189); 134, 316 (324); *Maurer*, AVwR, 16. Aufl. 2006, § 27 Rn. 100.

¹⁷⁴ BGHZ 6, 270 (295); *Maurer*, AVwR, 16. Aufl. 2006, § 27 Rn. 65.

¹⁷⁵ BGHZ 136, 182 (185); *Maurer*, AVwR, 16. Aufl. 2006, § 27 Rn. 65.

- bei (nur vorübergehenden) Eingriffen in eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb: Ertragsfähigkeit als Substanzelement => Ertragsverlust als Substanzminderung => Entschädigung
- bei Eingriffen in das Grundeigentum: Nutzungsmöglichkeit als Substanzelement => Nutzungsausfall als Substanzminderung => Entschädigung in Form der sog. Bodenrente (fiktiver Miet-, Pacht-, Erbbauzins, den Dritter gezahlt hätte, hätte er nutzen können); gilt auch für infolge verzögerter (Bau-)Genehmigungserteilung entstandenen Nutzungsausfall¹⁷⁶

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner

- Anspruchsberechtigter:

- Inhaber der durch Art. 14 I 1 GG geschützten Rechtsposition
- nach Loslösung des Haftungsinstituts von Art. 14 GG¹⁷⁷ auch Entkoppelung der Berechtigung juristischer Personen von deren Grundrechtsfähigkeit nach Art. 19 III GG¹⁷⁸

- Anspruchsgegner:

- h.M.¹⁷⁹: der Begünstigte => kumulativ¹⁸⁰:

- = Vw-Träger, dessen Aufgabe wahrgenommen wurde
- = Vw-Träger, dem der Vorteil des Eingriffs zugeflossen ist

Bsp.: Wird durch die rechtswidrige Versagung einer Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB a.F. die Teilveräußerung eines Grundstücks zu Bauzwecken verhindert, so kann dies einen Entschädigungsanspruch des betroffenen Grundstückseigentümers aus enteignungsgleichem Eingriff begründen. Als entschädigungspflichtiger Hoheitsträger kommen nebeneinander der Träger der Bauaufsichtsbehörde, die die rechtswidrige Versagung ausgesprochen hat, und die Gemeinde, die das erforderliche Einvernehmen rechtswidrig versagt hat, in Betracht¹⁸¹.

- = arg.: Die Passivlegitimation des Eingriffsbegünstigten entspricht der Verwurzelung des enteignungsgleichen Eingriffs im Aufopferungsgedanken. Der begünstigte Verwaltungsträger repräsentiert die Allgemeinheit, zu deren Wohl der Einzelne zur Preisgabe eigener Rechtsgüter gezwungen ist.

- a.A.¹⁸²: Vw-Träger, dessen Organ den Eingriff vorgenommen hat

- = arg.: Der enteignungsgleiche Eingriff hat sich von seinen aufopferungsrechtlichen Wurzeln gelöst und zu einem Institut der Staatsunrechtshaftung gewandelt, wird

¹⁷⁶ BGHZ 65, 182 (189); BGH, NJW 1994, 3158 (3160). A.A. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 266.

¹⁷⁷ Str., vgl. oben unter B.I, S. 28.

¹⁷⁸ Daher auch Aktivlegitimation von ausländischen jurist. Personen und juristischen Personen des öffentlichen Rechts, vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 264; *Schoch*, Jura 1989, 140 (149).

¹⁷⁹ BGHZ 40, 49 (52 f.); 76, 387 (396 f.); 134, 316 (321).

¹⁸⁰ Vgl. BGHZ 134, 316 (323); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 263 (kritisch insb. hinsichtlich der zweiten Alternative ob ihrer Unbestimmtheit und der Feststellungsschwierigkeiten für den Geschädigten).

¹⁸¹ BGHZ 134, 316 ff.

¹⁸² Vgl. *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 101; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 263 f.; *Steiner*, FS Bay. Gemeindetag, 1988, S. 191 (224 f.).

doch das aufopferungstypische Sonderopfer gerade und ausschließlich in der Rechtswidrigkeit des Eingriffs gesehen. Die Unrechtshaftung aber trifft stets denjenigen, der Unrecht verursacht, nicht denjenigen, der einen Vorteil daraus zieht.

- = arg.: Das Gebot effektiven Rechtsschutzes verlangt, dass die Rechtsordnung Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeiten für den Betroffenen erkennbar ausgestaltet. Bei Anknüpfung der Passivlegitimation an eine – nur schwer bestimmbare – Begünstigung ist dies nicht der Fall. Für den Geschädigten erkennbar ist regelmäßig nur der eingreifende Hoheitsträger.

3. Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog

4. Verjährung

- bisher, d.h. vor der Schuldrechtsmodernisierung 2002: § 195 BGB a.F. analog (30 Jahre)
- nunmehr, d.h. seit der Schuldrechtsmodernisierung 2002:
 - M1¹⁸³: § 195 BGB n.F. analog
 - = d.h. drei Jahre
 - = relativer Verjährungsbeginn gemäß § 199 I BGB analog (mit Anspruchentstehung und Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von anspruchsbegründenden Umständen und Schuldner)
 - = absolute Verjährung gemäß § 199 IV BGB analog (zehn Jahre ab Anspruchentstehung)
 - M2¹⁸⁴: (insoweit) Fortgeltung von § 195 BGB a.F. analog
 - = d.h. 30 Jahre
 - = Verjährungsbeginn gemäß § 198 BGB a.F. analog (mit Anspruchentstehung)
 - M3¹⁸⁵: § 54 BPolG analog¹⁸⁶
 - = d.h. drei Jahre
 - = relativer Verjährungsbeginn gemäß § 54 BPolG analog (mit Kenntnis von Schaden und Ausgleichspflichtigem)
 - = absolute Verjährung gemäß § 54 BPolG analog (30 Jahre ab schädigendem Ereignis)

5. Rechtsweg

- ordentlicher Rechtsweg, § 40 II 1, 1. Hs. Var. 1 VwGO (Aufopferung)¹⁸⁷

¹⁸³ Maurer, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 72a, 113; *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 851 (zu § 55 PolG BW)

¹⁸⁴ Mansel, NJW 2002, 89 (91); *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 689.

¹⁸⁵ Kellner, NVwZ 2002, 395 (399 f.).

¹⁸⁶ § 54 BPolG lautet: „Der Anspruch auf den Ausgleich verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Geschädigte, im Falle des § 53 der Anspruchsberechtigte, von dem Schaden und dem zum Ausgleich Verpflichteten Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von dem Eintritt des schädigenden Ereignisses an.“ Die Vorschrift gilt unmittelbar für §§ 51 ff. BPolG, die einen Unterfall der öffentlich-rechtlichen Aufopferungsschädigung regeln.

IV. Anspruchskonkurrenzen

- *Amtshaftungsanspruch* und Anspruch aus egl. Eingriff stehen *nebeneinander*, weil sie „ganz verschieden gelagerten Rechtskreisen“ angehören¹⁸⁸
- *spezialgesetzliche Ausformungen* des egl. Eingriffs haben *Vorrang*, insb. entsprechende Anspruchsgrundlagen im Polizei-, Sicherheits- und Ordnungsgesetzen der Länder; in B.-W.: *§ 55 I PolG analog* bei rechtswidrigen Maßnahmen der Polizei¹⁸⁹
- das Verhältnis zum *Folgebeseitigungsanspruch* ist umstritten¹⁹⁰
- durch *§ 48 III (L)VwVfG* werden Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff nicht ausgeschlossen¹⁹¹
- kein Konkurrenzverhältnis zum enteignenden Eingriff, da unterschiedliche Schadensfälle abgedeckt werden

¹⁸⁷ A.A.: § 40 II 1, 1. Hs. Var. 3 VwGO (Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten).

¹⁸⁸ So BGHZ 13, 88 (94). Vgl. bereits oben zu Fn. 144.

¹⁸⁹ In diesem Sinne aufgrund eines Erst-recht-Schlusses die h.M., vgl. unten unter E.II.1, S. 50.

¹⁹⁰ Siehe hierzu bereits oben unter B. II.6, S. 33.

¹⁹¹ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 48 Rn. 125 m.w.N.

C. Haftung aus enteignendem Eingriff

(Wegen der weitgehenden Überschneidungen mit dem enteignungsgleichen Eingriff wird insoweit nachfolgend auf die oben unter B gemachten Ausführungen verwiesen.)

I. Rechtsgrundlage

Der enteignende Eingriff wurde vom BGH in richterrechtlicher Rechtsschöpfung in Anlehnung an den privatrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäß § 906 II 2 BGB für (zumeist atypische und unvorhergesehene) Folgewirkungen eines an sich rechtmäßigen Verwaltungshandelns entwickelt¹⁹². Soweit diese Folgewirkungen für den betroffenen Eigentümer ein Sonderopfer begründeten und deshalb – im Sinne des zu dieser Zeit vom BGH vertretenen weiten Enteignungsbegriffs¹⁹³ – enteignend wirkten, sei „nach Enteignungsgrundsätzen“¹⁹⁴ zu entschädigen. Rechtsgrundlage des Anspruchs war damit Art. 14 GG¹⁹⁵.

Im Gefolge der Neuausrichtung der Eigentumsdogmatik seit dem Nassauskiesungs-Beschluss des BVerfG¹⁹⁶ ist der Fortbestand des Haftungsinstituts teilweise fraglich geworden. In der Literatur wird vertreten, der enteignende Eingriff sei weitgehend in der Figur der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung aufgegangen¹⁹⁷. Vorhersehbare unzumutbare Beeinträchtigungen (z.B. eines Gewerbebetriebs in Folge von Straßenbauarbeiten) seien einer gesetzlichen Entschädigungsregelung zugänglich. Fehle es an einer solchen, sei das fragliche Hoheitshandeln mangels verfassungsmäßiger Rechtsgrundlage rechtswidrig und gerichtlich angreifbar (Gedanke des Vorrangs des Primärrechtsschutzes). Ansprüche aus enteignendem Eingriff kämen nur noch für unvorhersehbare Zufalls- oder Unfallschäden in Betracht. Von anderer Seite wird dem jedoch entgegengehalten, dass so um den Preis einer sauberen Eigentumsdogmatik willen der Rechts- und Eigentumsschutz unvertretbar beeinträchtigt werde¹⁹⁸. Jedenfalls für hoheitliche Realakte behalte der enteignende Eingriff weiterhin Bedeutung. Eine Einschränkung in diesem Bereich unter Hinweis auf die prinzipiell erforderliche formell-gesetzliche Legitimationsgrundlage wäre nicht nur gekünstelt, sondern ließe auch unberücksichtigt, dass der strikte Gesetzesvorbehalt für das schlichte Verwaltungshandeln im Bereich der Daseinsvorsorge nach h.M. nicht gilt¹⁹⁹.

Auch der BGH hat sich für den Fortbestand des Haftungsinstituts ausgesprochen²⁰⁰. Ebenso wie für den enteignungsgleichen Eingriff sieht das Gericht heute die Rechtsgrundlage des

¹⁹² BGH, NJW 1965, 1907 (1908) – Buschkrug-Brücke; BGHZ 57, 359 (366) – Frankfurter U-Bahn.

¹⁹³ Zu diesem bereits oben in Fn. 133.

¹⁹⁴ BGH, NJW 1965, 1907 (1908).

¹⁹⁵ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 270.

¹⁹⁶ BVerfGE 58, 300 ff.

¹⁹⁷ *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 2005, Rn. 366 ff., insb. Rn. 372; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 108 f. m.w.N.

¹⁹⁸ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 56; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 271 f.

¹⁹⁹ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 57.

²⁰⁰ BGHZ 91, 20 (26 f.).

enteignenden Eingriffs im allgemeinen *Aufopferungsgedanken der §§ 74, 75 EinlPrALR in seiner richterrechtlichen Ausprägung*²⁰¹.

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Schutzobjekt: Eigentum i.S.d. Art. 14 I GG

dito

2. Hoheitlicher Eingriff

- durch *Nebenfolgen an sich rechtmäßigen Verwaltungshandelns*
- Beispiele: Umsatzrückgang eines Gewerbebetriebs in Folge von Straßenbauarbeiten²⁰²; Beschädigung eines Gebäudes durch Straßenbauarbeiten²⁰³; Überschwemmungsschäden in Folge einer Seedeicherhöhung²⁰⁴; hoheitlich veranlasste Immissionen²⁰⁵; Vernichtung einer Aussaat durch von einer städtischen Mülldeponie angelockte Vögel²⁰⁶

3. Unmittelbarkeit des Eingriffs

dito

4. Allgemeinwohlmotivation

dito

5. Sonderopfer

wenn der Eingriff die Schwelle des enteignungsrechtlichen Zumutbaren überschreitet (*Überschreitung der Opfergrenze*)

- bei der Bestimmung der Opfergrenze werden die Kriterien wieder aktuell, welche bisher – d.h. bis *BVerfGE* 58, 300 (Nassauskiesung) – zur Abgrenzung zwischen entschädigungsloser Sozialbindung und entschädigungspflichtiger Enteignung entscheidend waren²⁰⁷
- Kriterien insbesondere:
 - Pflichtigkeit²⁰⁸ des (insb.: Grund-)Eigentums kraft Situationsgebundenheit:

²⁰¹ Seit BGHZ 91, 20 (28). Normtext der §§ 74, 75 EinlPrALR oben in Fn. 139.

²⁰² BGH, NJW 1965, 1907 ff.; BGHZ 57, 359 ff.; 70, 212 ff.

²⁰³ BGHZ 140, 200 ff.

²⁰⁴ BGHZ 80, 111 ff.; 117, 240 ff.

²⁰⁵ Geräusche durch Düsenflugzeuge auf einem Militärflugplatz (BGHZ 59, 378 ff.; 122, 76 ff.; 129, 124 ff.); Verkehrsimmissionen (BGHZ 64, 220 ff.; beachte aber auch unten Fn. 229); Geruchsimmissionen einer kommunalen Kläranlage (BGHZ 91, 20 ff.)

²⁰⁶ BGH, NJW 1980, 770.

²⁰⁷ Die gleichen Kriterien gelten i.Ü. auch bei der Bestimmung der Verfassungsmäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 I 2 GG und hierbei insb. zur Unterscheidung zwischen ausgleichspflichtiger und nicht ausgleichspflichtiger Inhaltsbestimmung.

²⁰⁸ Zum Begriff der „Pflichtigkeit“ vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 172: Dem allg. Verwaltungsrecht entlehnt. Bezeichnet dort einen kraft positiver Rechtsordnung bestehenden Status des Einzelnen, dem im Einzelfall eine konkrete Pflicht entspringt (Bsp.: Wehr-, Steuer-, Zeugenpflicht).

jedes Grundstück wird auch durch seine Lage und Einbettung in die Umwelt geprägt; daraus ergibt sich eine von Grundstück zu Grundstück variierende immanente Belastung der Eigentümerposition, die entsprechende Beschränkungen zu rechtfertigen vermag; eine solche Beschränkung besteht jedenfalls dann, wenn ein – als Leitbild gedachter – vernünftiger und einsichtiger Eigentümer, der auch das Gemeinwohl nicht aus dem Auge verliert, von sich aus im Blick auf die Lage und die Umweltverhältnisse des Grundstücks von bestimmten Formen der Nutzung absieht²⁰⁹

- Eingriffe in Zuordnungsverhältnis oder Substanz des Eigentums sind in der Regel nicht entschädigungslos hinzunehmen
- Privatnützigkeit einerseits (Eigentumsposition als Medium zur Verwirklichung persönlicher Freiheit des Eigentümers), Sozialpflichtigkeit andererseits (sozialer Bezug der Eigentumsposition)
- Beruhen auf eigener Leistung
- Einzelbereiche (beispielhaft²¹⁰):
 - Anschluss- und Benutzungszwang:

Die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs ist in der Regel bloße (entschädigungslos hinzunehmende) Konkretisierung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums. Denn die Grundstücke sind seit jeher mit der entsprechenden Pflichtigkeit belastet, die sich in den einschlägigen Vorschriften der Gemeindeordnungen ausdrückt und durch entsprechende Satzungen zur Pflicht verdichtet wird. Es fehlt mithin an einem Sonderopfer, weil alle Grundstückseigentümer in rechtlicher Hinsicht gleich betroffen sind.

Gleiches gilt auch für betroffene Dritte (z.B. Müllunternehmer), deren bisherige gewerbliche Betätigung durch Einführung des Anschluss- und Benutzungszwangs unmöglich wird. Denn deren wirtschaftliche Tätigkeit ist von Anfang an mit der Pflichtigkeit belastet, nur solange betrieben werden zu dürfen, bis die Gemeinde die Aufgabe als öffentliche an sich zieht (bloße Betätigungschance).

- Lärmbelastungen²¹¹
- Zugriff auf rechts- und polizeiwidriges Eigentum:

Die Konkretisierung der Polizeipflichtigkeit ist regelmäßig zulässige, entschädigungslos hinzunehmende Inhaltsbestimmung des Eigentums²¹².

Beispiel hierfür ist die Inanspruchnahme des latenten Störers. Die Konkretisierung der Polizeipflicht durch Betriebsstilllegungsverfügung ist ein entschädigungslos hinzunehmender Verwaltungsakt.

²⁰⁹ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 173: Situationsgebundenheit als „ein mixtum compositum aus deskriptiven Realfaktoren (z.B. Lage und Beschaffenheit) und normativen Wertbegriffen („vernünftiger und einsichtiger Eigentümer“).

²¹⁰ Vgl. hierzu und darüber hinaus *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage 1998, S. 164 ff., 194 ff.; *Papier*, Jura 1981, 65 (72 ff.).

²¹¹ Hierzu *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, UmweltR, 5. Aufl. 2003, § 4 Rn. 147 f. Zum Konkurrenzverhältnis zu gesetzlich normierten Entschädigungsansprüchen (z.B. nach § 74 II 3 VwVfG) vgl. unten unter C.IV, S. 42.

²¹² Zu den Grenzen der Zustandshaftung beachte aber BVerfGE 102, 1 ff.

Auch die Tötung seuchenkranker oder seuchenverdächtiger Tiere (Gefahrenverdacht => Polizeipflicht) ist kein enteignender Eingriff. Der Entschädigungsanspruch aus § 66 Tierseuchengesetz ist daher bloßer Billigkeits- bzw. polizeilicher Zweckmäßigkeitenausgleich (§ 40 I VwGO), nicht „Enteignungs-“, besser: Aufopferungsausgleich (§ 40 II VwGO).

– *Exkurs: Enteignung als Güterbeschaffung* –

Im Falle der Tötung seuchenkranker oder seuchenverdächtiger Tiere liegt auch bei Zugrundelegung des formalen Enteignungsbegriffs des BVerfG²¹³ – trotz Entzugs – keine Enteignung im Sinne von Art. 14 III GG vor. Dies deshalb, weil keine Güter zur Erfüllung eines konkreten, öffentlichen Aufgaben dienenden Vorhabens beschafft werden.

Das Merkmal der Güterbeschaffung entspricht dem klassischen Enteignungsbegriff²¹⁴. Danach hat die Enteignung den Charakter eines Güterbeschaffungsvorgangs, einer Art Zwangskauf. Kennzeichnend für diesen Güterbeschaffungsvorgang ist die Übertragung des Eigentumsobjekts von einem Rechtssubjekt auf ein anderes, in der Regel den Staat²¹⁵.

Bsp.: Enteignung von Grundeigentum für den Bau einer Straße.

Demgegenüber kommt es nach bisheriger – ausdrücklicher – Rechtsprechung des BVerfG für die Qualifizierung eines Eigentumszugriffs als Enteignung gerade *nicht* auf das Vorliegen eines Güterbeschaffungsvorgangs an. Entscheidendes Merkmal einer Enteignung ist danach der Entzug, nicht aber die Übertragung des entzogenen Objektes²¹⁶.

In der Literatur wird zur Begründung dafür, dass es auf einen Güterbeschaffungsvorgang nicht ankommen kann, auf die Anknüpfung von Art. 14 III GG an Art. 14 I 1 GG hingewiesen: Jede Rechtsposition, die als Eigentum geschützt werde, könne auch Gegenstand einer Enteignung sein. Da aber sinnvoller Weise nicht jede Eigentumsposition übertragen werden könne, wie allein das Beispiel der Konfusion von Forderungsrechten zeige, könne die Übertragung der entzogenen Eigentumsposition schwerlich *conditio sine qua non* für das Vorliegen einer Enteignung sein²¹⁷.

Bemerkenswerterweise hat aber – soweit ersichtlich – das BVerfG eine Enteignung bisher gleichwohl nur in Fällen der Güterbeschaffung bejaht. Anders gewendet: Bestand der Eigentumszugriff im bloßen Entzug der Rechtsposition, ohne dass diese auch auf einen neuen Rechtsträger übergeleitet wurde, verneinte das Gericht stets das Vorliegen einer Enteignung.

Bsp.: Keine Enteignung – trotz Entzugs – liegt vor, wenn ein bestimmter Eigentumsgegenstand – im konkreten Fall: ein seuchenkrankes Tier – „wegen seiner Beschaffenheit, wegen eines gefährlichen Zustands, in dem es sich befindet, dem Eigentümer entzogen [wird]. Der Staat ist hier nicht primär am Eigentum interessiert; er bedarf seiner nicht, er will es nicht wirtschaftlich oder sonstwie nutzen.“²¹⁸ Auch die strafrechtliche Einziehung ist keine Enteignung²¹⁹. Keine Enteignung ist auch die Baulandumlegung, weil insoweit „die Exekutive ... nicht ermächtigt [sei], den Eigentümern ihre Grundstücke zu entziehen, um sie für ein konkretes, dem Wohl der Allgemeinheit dienendes Vorhaben einzuset-

²¹³ Siehe hierzu bereits oben Fn. 136.

²¹⁴ Zur sog. klassische Enteignung vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 16 Rn. 8; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 7; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 176. Die klassische Enteignung zeichnet sich durch folgende Merkmale aus: Enteignungsobjekt sind ausschließlich Grundstücke oder sonstige dingliche Rechte, der Zugriff auf das Enteignungsobjekt erfolgt zum Zwecke des Gemeinwohls, in der Rechtsform des Verwaltungsakts aufgrund eines Gesetzes und gegen vollständige vorherige Entschädigung; die Verwendungsart besteht in einer Übertragung des Eigentumsobjekts auf einen neuen Rechtsträger (Güterbeschaffung).

²¹⁵ Zur – begrenzt – zulässigen Enteignung zugunsten Privater vgl. BVerfGE 74, 264 (284 ff.); *Maurer*, AVwR, 15. Aufl. 2004, § 27 Rn. 60 m.w.N.

²¹⁶ BVerfGE 24, 367 (394); 79, 174 (191); 83, 201 (211 f.).

²¹⁷ So *Rozek*, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, S. 201.

²¹⁸ BVerfGE 20, 351 (359).

²¹⁹ BVerfGE 22, 387 (422).

zen“, die Umlegung vielmehr „in erster Linie auf den Ausgleich der privaten Interessen der Eigentümer gerichtet“ sei²²⁰.

Demgegenüber wurde der Enteignungscharakter der Unternehmensflurbereinigung bejaht, weil sie „in erster Linie der Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Vorhabens“ diene. Der mit ihr verfolgte Zweck bestehe darin, „dem Unternehmensträger die für das Vorhaben benötigten Grundstücke zu beschaffen.“ Dies aber sei „für die Enteignung typisch“²²¹.

Angesichts dieser Rechtsprechung ist in der Literatur bezweifelt worden, ob jenseits der Güterbeschaffung tatsächlich noch Enteignungen denkbar sind und ist im Interesse der klaren Abgrenzbarkeit zur Inhalts- und Schrankenbestimmung der Weg zurück zur Definition der Eineignung als Güterbeschaffungsvorgang angemahnt worden²²².

In der bereits zitierten Entscheidung zur Baulandumlegung scheint das BVerfG diesen Weg – nunmehr auch ausdrücklich – eingeschlagen zu haben. Dort heißt es:

„Die Enteignung setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche *Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll* (vgl. BVerfGE 38, 175 [179 f.])“²²³.

In der Literatur wird hierin eine Rückkehr zum klassischen Begriffsverständnis der Enteignung als Güterbeschaffungsvorgang gesehen²²⁴.

– Ende des Exkurses –

III. Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit

1. Anspruchsinhalt: Entschädigung

dito

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner

dito

3. Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog

- wegen der Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Maßnahme besteht eine Duldungspflicht des Betroffenen, so dass sich die Frage nach dem Vorrang des Primärrechtsschutzes nicht stellt (keine Abwehr- oder Beseitigungsansprüche)²²⁵
- aber: Pflicht zur Schadensabwendung/-minderung umfasst auch die Pflicht, gegebenenfalls bestehende Ansprüche auf Maßnahmen für positiven Lärmschutz bzw. Entschädigung geltend zu machen (vgl. §§ 74 II 2, 3 VwVfG, 42 BImSchG)²²⁶

²²⁰ BVerfGE 104, 1 (9 f.).

²²¹ BVerfGE 74, 264 (280).

²²² Vgl. *Bryde*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rn. 58 m.w.N.

²²³ Hervorhebung nur hier.

²²⁴ So – der als Richter am BVerfG am Beschluss zur Baulandumlegung beteiligte – *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, 2002, Art. 14 Rn. 361 und 527; *Jochum/Durner*, JuS 2005, 412 (412 f.). Vgl. auch den Beitrag der gleichfalls am Baulandumlegungs-Beschluss beteiligten Richterinnen am BVerfG *Haas*, NVwZ 2002, 272 (274): „Die Enteignung ist ein Zwangsinstrument zur Güterbeschaffung.“

²²⁵ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 75; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 278. Anders, wenn man mit einem Teil der Literatur bei vorhersehbaren unzumutbaren Beeinträchtigungen eine gesetzliche Entschädigungsregelung verlangt, bei deren Fehlen der eingreifende Akt mangels verfassungsmäßiger Rechtsgrundlage rechtswidrig und im Wege des Primärrechtsschutzes angreifbar ist. Vgl. hierzu *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 2005, Rn. 366 ff. und oben zu Fn. 197.

4. Verjährung

dito

5. Rechtsweg

- ordentlicher Rechtsweg, § 40 II 1, 1. Hs. Var. 1 VwGO (Aufopferung)²²⁷

IV. Anspruchskonkurrenzen

- **spezialgesetzliche Ausformungen** des enteignenden Eingriffs bzw. Ausgleichsregelungen im Rahmen von Art. 14 I 2 GG haben **Vorrang**:
 - entsprechende Anspruchsgrundlagen in Polizei-, Sicherheits- und Ordnungsgesetzen der Länder; in B.-W.: **§ 55 I PolG** (Inanspruchnahme des Nichtstörers)²²⁸
 - insb. für Geräuschimmissionen:
 - = bei Verkehrsimmissionen:
 - » § 74 II 3 (L)VwVfG: *lex specialis*²²⁹
 - » **§ 42 BImSchG**: *lex specialis* in seinem Anwendungsbereich – gemäß § 42 II 2 BImSchG bleiben weitergehende Vorschriften unberührt => Ansprüche aus enteignendem Eingriff für Beeinträchtigungen, die durch Schallschutzmaßnahmen nicht behoben werden können²³⁰
 - = bei sonstigen Geräuschimmissionen: **Ausgleichsanspruch aus öffentlich-rechtlichem Nachbarrechtsverhältnis** als *lex specialis*
 - » BVerwG: allgemeiner Rechtssatz in Analogie zu §§ 906 II 2 BGB, 74 II 3 VwVfG, 42 II BImSchG – bei (faktisch oder rechtlich zu dulddenden) unzumutbaren Lärmeinwirkungen Anspruch des Nachbarn auf Geldausgleich für Maßnahmen des passiven Lärmschutzes²³¹

²²⁶ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 282, 284.

²²⁷ BGHZ 91, 20 (28)

²²⁸ *Würtenberger/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 841.

²²⁹ Beachte, dass §§ 74 II 3 VwVfG, 42 BImSchG bereits (aber nicht nur) bei Lärmbeeinträchtigungen eingreifen, die *unterhalb der Enteignungsschwelle* liegen. Es ist zwischen (niedrigerer) fachplanungsrechtlicher (=> Grenzwerte der 16. BImSchV – VerkehrslärmschutzV) und (höherer) enteignungsrechtlicher (=> Grundstückssituation, Art des Lärms) Zumutbarkeitsschwelle zu unterscheiden.

Bei Verkehrslärmimmissionen *oberhalb der enteignungsrechtlichen Zumutbarkeitsschwelle* bestand nach früherer Auffassung des BGH (BGHZ 97, 114 [118]) Anspruchskonkurrenz zwischen gesetzlichen Entschädigungsansprüchen (Verwaltungsrechtsweg) und dem Anspruch aus enteignendem Eingriff (Zivilrechtsweg). Inzwischen hat sich der BGH (BGHZ 140, 285 [298 ff.]) der Auffassung des BVerwG zum Vorrang gesetzlicher Entschädigungsansprüche angeschlossen, so dass ein Anspruch aus enteignendem Eingriff nur noch für Altfälle, in denen die Straße nicht aufgrund eines Planfeststellungsbeschlusses errichtet wurde und die von der gesetzlichen Entschädigungsregelung nicht erfasst werden, verbleibt.

Vgl. zum Ganzen *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, UmweltR, 5. Aufl. 2003, § 4 Rn. 147 ff.

²³⁰ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 69.

²³¹ BVerwGE 79, 254 (262). Der Anspruch ist unabhängig von der Lärmquelle (z.B. öfftl. Straße, Feuersirene, Sportanlage). Vgl. hierzu auch *Sproll*, JuS 1996, 313 (318). Zum zivilrechtlichen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch vgl. BGH, ZIP 2001, 655 (*Grundstücksbesitzer*) und BGH, NJW 2000, 2901.

- » Ansprüche aus enteignendem Eingriff also nur für Schäden, die nicht durch Maßnahmen des passiven Lärmschutzes korrigiert werden können

D. Aufopferung

I. Rechtsgrundlage

Der Aufopferungsgedanke, nachdem bei einem Konflikt zwischen Allgemeininteresse und Individualinteresse letzteres zurückzustehen habe, jedoch nur gegen Gewährung einer Entschädigung, wurde erstmals kodifiziert in §§ 74, 75 EinlPrALR²³². In einer wechselvollen Geschichte²³³ haben sich für vermögenswerte Rechte Enteignungsentschädigung (heute Art. 14 III GG) sowie enteignungsgleicher und enteignender Eingriff als spezielle Ausprägungen des allgemeinen Aufopferungsgedankens herausgebildet. Der besondere Aufopferungsanspruch bildet heute die Grundlage für die Entschädigung von hoheitlichen Eingriffen in immaterielle Rechtsgüter des Bürgers. Abweichend vom historischen Ursprung wurde der Anspruch auf rechtswidrige Eingriffe einschließlich rechtswidrig schuldhafter Eingriffe ausgedehnt („aufopferungsgleicher Eingriff“)²³⁴.

Der Aufopferungsanspruch gilt heute als *Gewohnheitsrecht* auf Grundlage von § 75 EinlPrALR²³⁵. Als Ausdruck des Prinzips der Lastengleichheit (Art. 3 I GG) wird ihm verfassungsrechtlicher Rang zugesprochen, wobei die Ausgestaltung des Anspruchs im Einzelnen nach Tatbestand und Rechtsfolge aber auf der Ebene des einfachen Rechts liege²³⁶.

Aufgrund zahlreicher spezialgesetzlicher Ausgleichsregelungen für hoheitliche Beeinträchtigungen nicht-vermögenswerter Rechtsgüter, die den gewohnheitsrechtlich geltenden Aufopferungsanspruch verdrängen, hat das Haftungsinstitut erheblich an praktischer Bedeutung verloren²³⁷.

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Schutzgut: nicht-vermögenswerte Rechte

- BGH²³⁸: Beschränkung auf *höchstpersönliche Rechtsgüter*, also auf Leben, körperliche Unversehrtheit und persönliche Freiheit *i.S.v. Art. 2 II GG*
 - arg.: „Für eine Ausdehnung des richterrechtlich entwickelten Rechtsinstituts des enteignungsgleichen Eingriffs auch auf den durch Art. 12 I GG gewährleisteten Er-

²³² Normtext oben in Fn. 139.

²³³ Vgl. hierzu *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 3 ff.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 124 ff.

²³⁴ BGHZ 45, 45 (77).

²³⁵ BGHZ 9, 83 (85 f.); 13, 88 (91); *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 28 Rn. 1.

²³⁶ *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 28 Rn. 1; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 130.

²³⁷ Zu den Anspruchskonkurrenzen vgl. unten unter D.IV, S. 48.

²³⁸ BGHZ 111, 349 (355 ff.): kein Entschädigungsanspruch bei verfassungswidriger (Art. 12 I GG) Berufsausübungsregelung; BGH, NJW 1994, 1468: kein Entschädigungsanspruch bei verfassungswidriger (Art. 12 I GG) Prüfungsentscheidung. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestätigend BVerfG, NVwZ 1998, 271 (272): Inhalt der Grundrechtsgewährleistung des Art. 12 I GG sei – arg. e contr. ex Art. 34 GG – nicht, dass der Staat für alle auf rechtswidrigen Grundrechtseingriffen beruhenden vermögenswirksamen Nachteile haften müsse.

werbsschutz gibt es keine Grundlage (...); ebensowenig für die Zuerkennung eines analogen Entschädigungsanspruchs wegen aufopferungsgleichen Eingriffs.²³⁹

- a.A.²⁴⁰: Ausdehnung auf andere Grundrechte, insb. das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und die Gewerbefreiheit (Art. 12 I GG)
 - arg.: Aufopferungsgedanke ist historisch nicht auf höchstpersönliche Rechtsgüter beschränkt
 - arg.: Arbeit und Beruf stehen als Voraussetzungen des Erwerbs im Sinne von Art. 12 I GG in ihrer Bedeutung für die wirtschaftliche Existenzsicherung des Einzelnen der Eigentumsgarantie nicht nach
 - arg.: Verweis des BGH auf die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überzeugt im Umfeld richterrechtlich entwickelter und sich ständig verändernder Haftungsinstitute nicht

2. Hoheitlicher Eingriff

- kennzeichnend ist das Vorliegen von *hoheitlichem Zwang*²⁴¹:
 - rechtlicher Zwang
 - psychischer Zwang²⁴²
- nicht:
 - freiwillige Selbstgefährdung²⁴³
 - unfreiwillige, aber selbstverschuldete Herbeiführung der zur Beeinträchtigung führenden Situation²⁴⁴

3. Unmittelbarkeit²⁴⁵

4. Allgemeinwohlmotivation²⁴⁶

5. Sonderopfer

wenn der Betroffene im Vergleich zu anderen ungleich belastet wird, wenn er also eine anderen nicht zugemutete, *die allgemeine Opfergrenze überschreitende besondere Belastung* hinnehmen muss

²³⁹ BGH, NJW 1994, 1468. Ebenso BGHZ 132, 181 (188).

²⁴⁰ Maurer, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 27 Rn. 106, § 28 Rn. 3; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 133, 244 ff. (mit Auseinandersetzung mit ablehnenden Argumenten der Rspr.).

²⁴¹ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 135 f.

²⁴² Durch Aufklärung, Anreize, Verhaltensempfehlungen etc. Bsp.: BGHZ 31, 187 (190) - Tuberkuloseschutzimpfung; BGHZ 45, 45 (46 f.) – Impfungsmerkblatt.

²⁴³ Insb.: freiwilliger Polizeihelfer. Ersatz von Sach- und Personenschäden insoweit aber über die gesetzliche Unfallversicherung gemäß § 2 I Nr. 13 a, c SGB VII.

²⁴⁴ Bsp.: BGHZ 17, 172 ff.; 60, 302 ff.: Verletzung eines Strafgefangenen oder schuldigen Untersuchungsgefangenen durch Mithäftling.

²⁴⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen zum enteignungsgleichen Eingriff, oben unter B.II.3, S. 31.

²⁴⁶ Vgl. hierzu die Ausführungen zum enteignungsgleichen Eingriff, oben unter B.II.4, S. 31.

Kriterien:

- hoheitlicher Zwang selbst begründet die Sonderopferlage²⁴⁷
 - hoheitlicher Zwang besteht allgemein²⁴⁸, Sonderopfer konstituiert sich erst in der Verletzungsfolge:
 - jedenfalls kein *Sonderopfer* bei „zwangstypischen“ oder „eingriffsadäquaten“ Gefahren und Beeinträchtigungen
 - Kriterien, nach denen allgemeine Zwangsschäden in ein Sonderopfer umschlagen²⁴⁹:
 - (1). Wille des Gesetzes oder des Gesetzgebers (keine Entschädigung für vom Gesetz geforderte und gewollte Opfer)²⁵⁰
 - (2). Natur der Sache
 - (3). Vernünftiges Urteil der billig und gerecht Denkenden
 - (4). Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos²⁵¹ (kein Sonderopfer)
 - bei *rechtswidrigen Maßnahmen* wird das *Sonderopfer* durch die Rechtswidrigkeit konstituiert, bedarf also keiner besonderen Begründung („aufopferungsgleicher Anspruch“)²⁵²
- 6. Beim aufopferungsgleichen Eingriff: Vorrang des Primärrechtsschutzes²⁵³**

III. Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit

1. Anspruchsinhalt: Entschädigung

- erfasst nur den *Vermögensschaden*, der durch den Eingriff in nicht vermögenswerte Rechte entstanden ist²⁵⁴

²⁴⁷ Selten. Bsp.: verwundeter Soldat mit bestimmter Verletzung wird zwangsweise einer noch im Experimentierstadium befindlichen Behandlungsmethode unterworfen, die zu einer Leberzirrhose führt (BGHZ 20, 61 ff.).

²⁴⁸ Schulzwang, Impfzwang.

²⁴⁹ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 137 f.

²⁵⁰ BGHZ 9, 83 (87 f.): bei einer Impfung begründen die häufig damit einhergehenden leichten und kurzfristigen Beschwerden kein Sonderopfer (zwangstypischen bzw. eingriffsadäquat), sehr wohl aber im Einzelfall verursachte schwere und dauernde gesundheitliche Schädigungen.

²⁵¹ BGHZ 46, 327 (330): Verletzung eines Schülers im Turnunterricht bei einer Übung, die so oder ähnlich auch beim Spielen außerhalb des Unterrichts häufig vorkommt. Heute sind aber auch diese Schadensfälle gemäß § 2 I Nr. 8 SGB VII von der gesetzlichen Unfallversicherung abgedeckt.

²⁵² So *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 134. Zurückhaltend *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 2005, Rn. 256: die Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Maßnahmen könne ein Anhaltspunkt für die Annahme eines Sonderopfers sein; unter Verweis auf BGHZ 45, 58 (77), wo das Gericht bei einem rechtswidrigen Eingriff „eine ... Sonderopferlage ... nicht ohne weiteres [für] ausgeschlossen“ hielt. Auf S. 81 der Entscheidung heißt es aber, dass jeder rechtswidrige Eingriff der öffentlichen Gewalt ein Sonderopfer bedeute (unter Verweis auf die entsprechende Rspr. zum enteignungsgleichen Eingriff, vgl. hierzu oben zu Fn. 135 u. 160). In die gleiche Richtung zuvor bereits BGHZ 36, 379 (391).

²⁵³ Vgl. hierzu die Ausführungen zum enteignungsgleichen Eingriff oben unter B.II.6, S. 32.

²⁵⁴ Z.B. Arztkosten, Pflegekosten, Verdienstaussfall.

- kein Schmerzensgeld
 - so der BGH²⁵⁵
 - = arg.: §§ 74, 75 EinlPrALR sowie andere positiviertete Aufopferungstatbestände sehen Entschädigung nur für vermögensrechtliche Nachteile vor
 - = § 253 BGB (a.F.) als allgemeiner Rechtsgrundsatz der geltenden Rechtsordnung
 - = Schmerzensgeld wegen seiner Genugtuungsfunktion nur bei schuldhafter unerlaubter Handlung gerechtfertigt
 - für Heranziehung von § 847 BGB a.F./§ 253 II BGB n.F. aber z.T. die Literatur²⁵⁶
 - = arg.: Rspr. durch aktuelle Rechtsauffassung und Rechtsentwicklung überholt (insb. Rspr. des BGH zum Schadensersatz bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts²⁵⁷; nunmehr auch § 253 II BGB n.F.)

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner

- Anspruchsberechtigter:
 - Inhaber der nachteilig betroffenen Rechtsposition
 - analog § 844 II BGB die mittelbar geschädigten Unterhaltsberechtigten
- Anspruchsgegner:
 - h.M.²⁵⁸: der Begünstigte => kumulativ:
 - = Verwaltungsträger, dessen Aufgabe wahrgenommen wurde
 - = Verwaltungsträger, dem Vorteile des Eingriffs zugeflossen sind
 - a.A.²⁵⁹ für aufopferungsgleichen Eingriff: Verwaltungsträger, dessen Organ den Eingriff vorgenommen hat

3. Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog

4. Verjährung

- bisher, d.h. vor der Schuldrechtsmodernisierung 2002: § 195 BGB a.F. analog (30 Jahre)²⁶⁰
- nunmehr, d.h. seit der Schuldrechtsmodernisierung 2002:
 - M1²⁶¹: § 195 BGB n.F. analog
 - = d.h. drei Jahre

²⁵⁵ BGHZ 20, 61 (68 ff.); 22, 43 (50); 45, 58 (77).

²⁵⁶ Z.B. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 139 f. m.w.N.

²⁵⁷ BGHZ 26, 349 ff. – Herrenreiter; BGHZ 35, 363 ff. – Ginsengwurzel; BGHZ 39, 124 ff. – Fernsehansagerin.

²⁵⁸ BGHZ 9, 83 (93); 40, 49 (52 f.).

²⁵⁹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 139, 263 f.; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 28 Rn. 16 (parallel zum enteignungsgleichen Eingriff; vgl. dort unter B.III.2, S. 34).

²⁶⁰ BGHZ 45, 58 (75, 77).

²⁶¹ *Kellner*, NVwZ 2002, 395 (398 f.); *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 28 Rn. 16.

- = relativer Verjährungsbeginn gemäß § 199 I BGB analog (mit Anspruchentstehung und Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis von anspruchsbegründenden Umständen und Schuldner)
- = absolute Verjährung gemäß § 199 IV BGB analog (zehn Jahre ab Anspruchsentstehung) oder – alternativ – gemäß § 199 II BGB analog (30 Jahre ab Eingriff)²⁶²
- M2²⁶³: (insoweit) Fortgeltung von § 195 BGB a.F. analog
 - = d.h. 30 Jahre
 - = Verjährungsbeginn gemäß § 198 BGB a.F. analog (mit Anspruchsentstehung)
- ebenso wie beim enteignungsgleichen Eingriff ist wohl auch an eine Analogie zu § 54 BPolG zu denken²⁶⁴
 - = d.h. drei Jahre
 - = relativer Verjährungsbeginn gemäß § 54 BPolG analog (mit Kenntnis von Schaden und Ausgleichspflichtigem)
 - = absolute Verjährung gemäß § 54 BPolG analog (30 Jahre ab schädigendem Ereignis)

5. Rechtsweg

- ordentlicher Rechtsweg, § 40 II 1, 1. Hs. Var. 1 VwGO (Aufopferung)

IV. Anspruchskonkurrenzen

Aufgrund Bestehens zahlreicher vorrangiger, vielfach weitergehender Anspruchsgrundlagen hat der Aufopferungsanspruch erheblich an praktischer Bedeutung verloren, ist „heutzutage eine Rarität“²⁶⁵.

- Verdrängung durch gesetzlich geregelte Aufopferungsansprüche (*Spezialitätsregel*)
 - Bspe.: § 60 Infektionsschutzgesetz – IfSG (Versorgungsanspruch bei Impfschäden; bisher §§ 51 ff. BSeuchG); §§ 1 ff. StrEG (Schäden durch Strafverfolgungsmaßnahmen, insb. durch unschuldig erlittene Untersuchungshaft); Art. 5 V EMRK (Schadensersatz, einschließlich Schmerzensgeldes²⁶⁶, bei konventi-

²⁶² Für eine (einfach) analoge Heranziehung von § 199 IV BGB spricht, dass es sich beim Aufopferungsanspruch nicht um einen Schadensersatzanspruch handelt, was § 199 II BGB aber voraussetzt. Für eine (doppelt) analoge Anwendung von § 199 II BGB spricht, dass es sich bei Leben, körperlicher Unversehrtheit und Freiheit um Güter mit besonders hohem Stellenwert handelt, deren Verletzung nicht selten erst nach vielen Jahren zu erkennbaren Schäden führt. Diese der langen Höchstfrist des § 199 II BGB zugrundeliegenden Erwägungen treffen aber auch auf den Aufopferungsanspruch zu. Für § 199 II BGB analog deshalb *Kellner*, NVwZ 2002, 395 (399).

²⁶³ *Mansel*, NJW 2002, 89 (91).

²⁶⁴ Vgl. hierzu die Ausführungen zum enteignungsgleichen Eingriff oben zu Fn. 185.

²⁶⁵ *Schwabe*, NJW 1983, 2370 (2370). Ebenso *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 132.

²⁶⁶ BGHZ 122, 268 (279 f), arg.: Wenn bei konventionswidriger Verletzung der Freiheit Schadensersatz zu leisten ist, bedeutet dies – ungeachtet der Tatsache, dass ein Freiheitsentzug auch zu einem wirtschaftlichen Schaden führen kann – zunächst Ersatz für den Verlust der Freiheit selbst, also immateriellen Schadensausgleich. Heute ließe sich für dieses Ergebnis auch auf § 253 II BGB verweisen. Da Art. 5 V EMRK aber unmittelbar auch immaterielle Schäden umfasst, ist dieser „Umweg“ über § 253 II BGB entbehrlich und wohl auch dogmatisch unzutreffend.

onswidriger Festnahme bzw. Freiheitsentzug); §§ 48 III, 49 VI (L)VwVfG (Ersatz des Vertrauensschadens bei Aufhebung eines VA)²⁶⁷; § 55 I PolG (Inanspruchnahme des Nichtstörers)²⁶⁸.

- Verdrängung durch sonstige, einen Schadensausgleich gewährende Ansprüche (***Subsidiaritätsregel***)²⁶⁹
 - Bspe.: Leistungen der Sozialversicherung; Leistungen einer von der Gemeinde abgeschlossenen Versicherung für Dienstunfälle; Ansprüche nach dem Opferentschädigungsgesetz.
- Anspruchskonkurrenz mit Amtshaftungsanspruch²⁷⁰
 - arg.: Ansprüche liegen auf verschiedenen Ebenen: Entschädigungsanspruch wurzelt im Verursachungsprinzip, Schadenersatzanspruch basiert auf Verschuldensprinzip
 - arg.: Hinzutreten eines Verschuldens des Amtswalters ändert nichts an Opferlage und Anspruchsstatus des Betroffenen durch den rechtswidrigen Eingriff

²⁶⁷ Str. Für Spezialität *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 2005, Rn. 245; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 142 (zu § 49 V VwVfG a.F.); für Anspruchskonkurrenz *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 49 Rn. 79.

²⁶⁸ *Würtenberger/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 841. Str., ob § 55 I PolG bei rechtswidrigen – „aufopferungsgleichen“ – Eingriffen analog herangezogen werden kann; in diesem Sinne die h.M. (Erst-recht-Schluss; vgl. unten unter E.II.1, S. 50).

²⁶⁹ Vgl. BGHZ 45, 58 (80 f.); BGH, NJW-RR 1994, 213 (214 f.). Kritisch *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 28 Rn. 16; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 142.

²⁷⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 142.

E. Entschädigungsanspruch gemäß § 55 PolG BW

I. Grundsätzliches

§ 55 PolG gewährt dem im polizeirechtlichen Notstand in Anspruch genommenen Nichtstörer einen Anspruch auf angemessene Entschädigung für infolge der polizeilichen Maßnahme erlittene Schäden. Ausgeglichen wird das Sonderopfer, das in der Heranziehung zur Gefahrenabwehr trotz fehlender Verantwortlichkeit für die Gefahrensituation liegt. Es handelt sich mithin um einen besonderen Aufopferungsanspruch²⁷¹.

II. Anspruchsvoraussetzungen

1. Fall des § 9 I PolG

§ 55 I 1 PolG gewährt einen Entschädigungsanspruch „in den Fällen des § 9 Abs. 1“. Das Gesetz geht von der Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme aus²⁷².

(1) Haftungsbegründend wirkt danach eine **rechtmäßige polizeiliche Notstandsmaßnahme**. Eine solche setzt gemäß § 9 I PolG voraus:

- unmittelbar bevorstehende oder bereits eingetretene Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung;
- Maßnahme gegenüber einem Nichtstörer;
- keine anderweitige Abwehrmöglichkeit;
- Verhältnismäßigkeit der Maßnahme (§§ 3, 5, 9 II PolG).

(2) Strittig ist, ob § 55 PolG im Fall der **rechtswidrigen Inanspruchnahme eines Nichtstörers analog** herangezogen werden kann. Die h.M. befürwortet dies aufgrund eines Erstrechtsschlusses: Wenn schon rechtmäßiges Polizeihandeln den Aufopferungsanspruch auslöse, müsse dies erst recht für rechtswidriges Verhalten gelten²⁷³. Eine Gegenansicht bestreitet unter Hinweis auf die Haftungsinstitute des enteignungsgleichen und aufopferungsgleichen Eingriffs das Vorliegen einer die Analogie rechtfertigenden Regelungslücke²⁷⁴. Dem wird man aber entgegenhalten können, dass enteignungsgleicher und aufopferungsgleicher Eingriff entwickelt wurden, um Lücken im positiven Haftungsrecht zu schließen²⁷⁵. Beide Haftungsin-

²⁷¹ *Würtenberger/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 840. Zum Aufopferungsgedanken und seiner verfassungsrechtlichen Verankerung im Prinzip der Lastengleichheit (Art. 3 I GG) vgl. bereits oben unter D.I, S. 44.

²⁷² *Mußmann*, PolR BW, 4. Aufl. 1994, Rn. 526; *Würtenberger/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 842.

²⁷³ *Mußmann*, PolR BW, 4. Aufl. 1994, Rn. 526; *Ruder/Schmitt*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 335d, 738; *Wolf/Stephan*, PolG BW, 5. Aufl. 1999, § 55 Rn. 1. Zur gleichlautenden Argumentation des BGH zur Begründung des enteignungsgleichen Eingriffs vgl. oben unter B.I, S. 28.

²⁷⁴ *Schoch*, JuS 1995, 504 (510); *Würtenberger/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 859. Das zudem von *Würtenberger/Heckmann* vorgebrachte Argument (a.a.O., Rn. 860), neben der Regelungslücke fehle es im Hinblick auf die Rechtsfolge auch an einer vergleichbaren Interessenlage, weil bei rechtswidrigen Eingriffen keine angemessene Entschädigung nach § 55 I PolG, sondern voller Schadensersatz aus enteignungsgleichem bzw. aufopferungsgleichem Eingriff zu leisten sei, geht fehl. Denn auch diese richterrechtlich entwickelten Institute der Staatsunrechtshaftung lauten lediglich auf Entschädigung. Die Forderung nach vollem Schadensersatz mag *de lege ferenda* gerechtfertigt sein. Dem geltenden (Richter-)Recht entspricht die jedenfalls nicht.

²⁷⁵ Zur lückenschließenden Funktion des enteignungsgleichen Eingriffs vgl. oben unter B.I, S. 29.

stitute treten gegenüber ihren spezialgesetzlichen Ausprägungen zurück²⁷⁶. Für die Sonderopferlage des im polizeilichen Notstand in Anspruch genommenen Nichtstörers trifft § 55 PolG eine solche Spezialregelung. Für den Fall der zu Unrecht erfolgenden Inanspruchnahme des Nichtstörers erscheint die analoge Anwendung dieser im Vergleich zu den allgemeinen Haftungsinstituten sachnäheren Vorschrift sachgerecht²⁷⁷.

(3) „**Nichtstörer**“ im Sinne von §§ 9, 55 I PolG ist derjenige, den die Polizei gezielt in Anspruch nimmt. Das muss nicht der Adressat einer Polizeiverfügung sein.

Bsp.: Der (zu präventiven Zwecken handelnde) Polizist schießt auf die Reifen des gestohlenen Fluchtwagens. Der Pkw-Eigentümer ist „Nichtstörer“.

„Nichtstörer“ ist hingegen nicht jeder Dritte ohne Störerqualität. **Unbeteiligte**, die nicht gezielt in Anspruch genommen werden, sind nicht erfasst.

Bsp.: Der auf einen Geiselnnehmer abgegebene Schuss eines Polizisten trifft versehentlich die Geisel. Durch den Einsatz eines Wasserwerfers gegen Störer werden die Tische eines Straßencafés „abgeräumt“.

Da der unbeteiligte Dritte sich in einer vergleichbaren Sonderopfersituation befindet wie der gezielt nach § 9 Abs. 1 PolG in Anspruch genommene Nichtstörer, findet § 55 I PolG nach überwiegender Meinung analoge Anwendung²⁷⁸. Umstritten ist, ob dies nur im Fall rechtmäßigen Polizeihandelns gilt und bei polizeirechtswidrigem Verhalten die allgemeinen Haftungsinstitute zur Anwendung kommen, oder ob die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen für die analoge Anwendung von § 55 I PolG ohne Bedeutung ist. Das Problem entspricht dem der rechtswidrigen Inanspruchnahme eines Nichtstörers.

Nicht „Nichtstörer“ ist auch der **Nothelfer**, der freiwillig und mit Zustimmung der Polizei oder aufgrund der allgemeinen Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB bei der Gefahrenabwehr mitwirkt und dabei einen Schaden erleidet. Mangels Sonderopfers findet § 55 I PolG hier keine analoge Anwendung²⁷⁹ und kommt auch ein Rückgriff auf die allgemeinen Aufopferungstatbestände nicht in Betracht. Der Nothelfer hat aber für Personen- und Sachschäden einen Anspruch aus der gesetzlichen Unfallversicherung (§ 2 I Nrn. 11a, 13 a, c SGB VII).

Anspruchsberechtigt nach § 55 I PolG ist nach h.M. auch der **Anscheinsstörer** sowie der **Verdachtsstörer bei sich im nachhinein als unbegründet erweisenden Gefahrenverdacht**²⁸⁰. Zwar sind beide auf der Primärebene polizeilichen Handelns wegen der insoweit im Interesse effektiver Gefahrenabwehr gebotenen *ex ante*-Betrachtung Störer. Auf der hier in Rede stehenden Sekundärebene geht es aber nicht mehr um eine effektive Gefahrenabwehr, sondern um eine gerechte Lastenverteilung. Insoweit ist aber aus rechtsstaatlichen Gründen eine Orientierung an der *tatsächlichen* Lage und mithin eine *ex post*-Betrachtung geboten. Aus dieser Sicht handelt es sich aber jeweils um die Inanspruchnahme eines Nichtstörers, sodass § 55 I

²⁷⁶ Vgl. oben unter B.IV, S. 36 und D.IV, S. 48.

²⁷⁷ Ruder/Schmitt, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 335d.

²⁷⁸ Mußmann, PolR BW, 4. Aufl. 1994, Rn. 527; Würtenberger/Heckmann, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 870. A.A. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 691: allg. Haftungsinstitute.

²⁷⁹ Mußmann, PolR BW, 4. Aufl. 1994, Rn. 528; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 694; Würtenberger/Heckmann, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 873.

²⁸⁰ Vgl. BGHZ 117, 303 (307 f.) – zu § 39 I lit. a OBG NW; Würtenberger/Heckmann, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 866 ff. m.w.N.

PolG (analog²⁸¹) zur Anwendung gelangt. Hat der Betroffene den Anschein der Gefahr bzw. den Gefahrenverdacht in vorwerfbarer Weise (mit-)verursacht, kann der Entschädigungsanspruch aber analog § 254 BGB gemindert oder ausgeschlossen sein²⁸².

2. Schaden

Entsprechend dem Charakter von § 55 I PolG als Aufopferungsanspruch muss der durch die polizeiliche Maßnahme verursachte Schaden nach h.M. eine gewisse Opfergrenze überschreiten²⁸³. Das sei der Fall bei jeder Verletzung der Gesundheit oder nicht unbedeutenden Beschädigung einer Sache. Nicht überschritten werde die Opfergrenze hingegen bei das allgemeine Lebensrisiko konkretisierenden²⁸⁴ oder sozialadäquaten Maßnahmen, bei denen nur jene staatsbürgerlichen Pflichten abverlangt würden, die ein demokratisches Gemeinwesen von seinen Mitgliedern erwarte, beispielsweise einer sehr kurzfristigen Entziehung eines Pkw.

Im Rahmen der von der h.M. befürworteten analogen Anwendung von § 55 I PolG bei Rechtswidrigkeit der polizeilichen Maßnahme wird man das Sonderopfer – wie beim enteignungsgleichen Eingriff²⁸⁵ – allein in der Rechtswidrigkeit zu sehen haben.

3. Kausalität (Unmittelbarkeit)

Der Schaden muss *durch* die Maßnahme verursacht worden sein, was nach überwiegender Ansicht – dem Aufopferungscharakter entsprechend – Unmittelbarkeit voraussetzt²⁸⁶.

4. Keine Maßnahme zum Schutz des Betroffenen, § 55 I 2 PolG

Nach § 55 I 2 PolG ist der Anspruch ausgeschlossen, soweit die Maßnahme zum Schutz des Betroffenen getroffen worden ist. Das findet seine Rechtfertigung darin, dass es in diesem Fall an der Auferlegung eines Sonderopfers im Interesse der Allgemeinheit fehlt.

Bsp.: Die Polizei beschädigt beim Löschen eines Brandes den Gartenzaun.

Wenn Eigen- und Fremd- (bzw. Allgemein-)Schutz zusammentreffen, soll es nach z.T. vertretener Auffassung auf den Schwerpunkt der Zielsetzung der polizeilichen Maßnahme ankommen²⁸⁷. Dagegen spricht, dass das „Schwerpunktkriterium“ praktisch kaum handhabbar ist und es danach zudem die Polizei in der Hand hätte, über den Anspruch des Bürgers zu disponieren. Mit der Gegenansicht ist § 55 I 2 PolG daher restriktiv auszulegen und führt nur dann zu einem vollständigen Anspruchsausschluss, wenn die Maßnahme *ausschließlich* zum Schutz

²⁸¹ Wegen der tatbestandlichen Anknüpfung an die „Fälle des § 9 Abs. 1“ kommt wohl nur eine analoge Anwendung in Frage. In diesem Sinne *Schoch*, JuS 1993, 724 (727). Für eine direkte Anwendung von § 55 I PolG aber wohl *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 868. Unklar BGHZ 117, 303 (307 f.).

²⁸² *Ruder/Schmitt*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 736; *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 868.

²⁸³ *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 845.

²⁸⁴ Zum allgemeinen Lebensrisikos als einem Gesichtspunkt, der eine Sonderopferlage ausschließt vgl. bereits oben zu Fn. 251.

²⁸⁵ Vgl. oben unter B.II.5, S. 32.

²⁸⁶ *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 846. Zum Unmittelbarkeitskriterium vgl. oben unter B.II.3, S. 31.

²⁸⁷ In diesem Sinne *Wolf/Stephan*, PolG BW, 5. Aufl. 1999, § 55 Rn. 23.

des Betroffenen erfolgt²⁸⁸. Bei multifunktionalen Maßnahmen bewirkt § 55 I 2 PolG danach (lediglich) eine Anspruchsminderung.

Bsp. Bei der Festnahme eines Einbrechers wird Mobiliar des Wohnungsinhabers beschädigt. Wegen einer Bombendrohung wird eine Diskothek geräumt, sodass die meisten Gäste das Lokal verlassen, ohne zu zahlen²⁸⁹.

Ob für die Beurteilung der Frage, ob der Bürger durch eine polizeiliche Maßnahme geschützt wird, auf die Sicht *ex ante*²⁹⁰ oder auf eine *ex post*-Beurteilung²⁹¹ abzustellen ist, ist umstritten. Zutreffend dürfte Letzteres sein. Eine *ex ante*-Beurteilung ist im Interesse effektiver Gefahrenabwehr nur auf der Primärebene geboten. Auf der hier in Rede stehenden Sekundärebene muss es hingegen darauf ankommen, ob tatsächlich eine den Betroffenen schützende Maßnahme vorlag oder ob ihm im Interesse der Allgemeinheit ein Sonderopfer auferlegt wurde. Im Übrigen wäre es widersprüchlich, dem Anscheinstörer interessengerecht einen Ersatzanspruch zuzugestehen²⁹², dem „Anscheinsbeschützten“ hingegen den Anspruch zu versagen oder zu kürzen.

Bsp.: Im obigen Diskotheken-Beispiel wird nach der Räumung keine Bombe gefunden.

III. Rechtsfolgen und Durchsetzbarkeit

1. Anspruchsinhalt: angemessene Entschädigung

Insoweit kann auf die Ausführungen zu enteignungsgleichem Eingriff²⁹³ und Aufopferung²⁹⁴ verwiesen werden.

2. Anspruchsberechtigter und Anspruchsgegner

Anspruchsberechtigter ist gemäß § 55 I 1 PolG der in Anspruch genommener Nichtstörer, analog § 55 I 1 PolG der betroffene Unbeteiligte, sowie analog § 844 II BGB die mittelbar geschädigten Unterhaltsberechtigten.

Anspruchsgegner ist gemäß § 56 S. 1 PolG die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht, der die Maßnahme getroffen hat. Das ist in der Regel die Anstellungskörperschaft, also bei Polizeivollzugsbeamten das Land (§ 70 PolG), bei Maßnahmen der Ortspolizeibehörde die Gemeinde. Bei Handeln auf Weisung einer anderen Polizeibehörde haftet gemäß § 56 S. 2 PolG der Rechtsträger dieser Behörde. § 57 PolG regelt den Regress beim Störer.

3. Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB analog

Ein Mitverschulden des Betroffenen ist analog § 254 BGB anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Der Betroffene ist insb. gehalten, gegen rechtswidrige Maßnahmen im Wege des Primärrechtsschutzes vorzugehen, soweit ihm dies möglich und zumutbar ist²⁹⁵.

²⁸⁸ OLG Stuttgart, NJW 1992, 1396; *Mußmann*, PolR BW, 4. Aufl. 1994, Rn. 526; *Ruder/Schmitt*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 735; *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 850.

²⁸⁹ Fall nach OLG Stuttgart, NJW 1992, 1396. Das Gericht berücksichtigte das Eigeninteresse des Diskothekeninhabers mit einem Abschlag von 10 %.

²⁹⁰ So etwa OLG Stuttgart, NJW 1992, 1396; *Ruder/Schmitt*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 735.

²⁹¹ So etwa *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 851.

²⁹² Vgl. oben unter E.II.1, S. 51.

²⁹³ Oben B.III.1, S. 33.

²⁹⁴ Oben D.III.1, S. 46.

4. Verjährung

Bis zur Schuldrechtsreform 2002 galt die 30jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. analog. Noch nicht abschließend geklärt ist, ob heute die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB n.F. analog zur Anwendung kommt²⁹⁶. Die Problematik entspricht der bei enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff sowie Aufopferung, wo das gegenwärtig vertretene Meinungsspektrum bereits dargestellt wurde²⁹⁷.

5. Rechtsweg

Nach § 58 PolG ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet (gemäß § 3 Nr. 1 AGGVG zu den Landgerichten). Die Vorschrift hat wegen § 40 II 1 VwGO sowie Art. 14 III 4 GG allerdings nur deklaratorische Bedeutung.

IV. Anspruchskonkurrenzen

Gemäß § 55 II PolG ist der Anspruch gegenüber spezialgesetzlichen Ersatzansprüchen des Nichtstörers (Bspe.: §§ 51 GewO, 32 V, 33 II FwG, 66 ff. TierSG) *subsidiär*. Bei rechtswidrigen Maßnahmen kommt daneben der Amtshaftungsanspruch in Betracht.

²⁹⁵ Vgl. oben zum enteignungsgleichen Eingriff unter B.II.6, S. 32 (dort als negatives Tatbestandsmerkmal).

²⁹⁶ Dafür *Württemberg/Heckmann*, PolR BW, 6. Aufl. 2005, Rn. 854; für Fortgeltung der 30jährigen Verjährungsfrist *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 689.

²⁹⁷ Vgl. oben sub B.III.4, S. 35 sowie D.III.4, S. 47.

F. Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen

I. Grundsätzliches

Das Zivilrecht unterscheidet zwischen der Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) und der Haftung wegen Pflichtverletzungen in bereits bestehenden Schuldverhältnissen (insb. §§ 280 ff., 311a II BGB). Während erstere an die Verletzung *absoluter* Pflichten anknüpft, die gegenüber jedermann bestehen, geht es bei letzterer um *relative* Pflichten, die nur zwischen bestimmten Personen bestehen. Kennzeichnend und haftungsbegründend ist insoweit das Vorhandensein einer Sonderverbindung zwischen den beteiligten Personen die sich daraus ergibt, dass sie über das allgemeine Maß hinaus zueinander in Kontakt treten und deshalb die gesteigerte Möglichkeit haben, auf Person und Rechtsgüter des jeweils anderen einzuwirken.

Auch im Bereich des öffentlichen Rechts können sich Staat und Bürger, aber auch unterschiedliche Verwaltungsträger, in einer derartigen rechtlichen Sonderverbindung begegnen. Kommt es hierbei zu Schädigungen, steht dem Bürger²⁹⁸ grundsätzlich ein **Amtshaftungsanspruch** zu. Als deliktischer Haftungsstatbestand weist dieser jedoch eine Reihe von **Haftungsbegrenzungen** auf, die mit Blick auf die bestehende besonders enge Rechtsbeziehung aus schadensersatzrechtlicher Sicht **nicht angemessen** erscheinen. Demgegenüber hält das BGB mit seinen Bestimmungen über die Haftung für Pflichtverletzungen in bestehenden Schuldverhältnissen sachgerechte Regelungen bereit. Im Einzelnen bestehen die folgenden wesentlichen Unterschiede:

- Der Amtshaftungsanspruch steht in Folge der Subsidiaritätsklausel des § 839 I 2 BGB unter dem Vorbehalt des Nichtvorhandenseins einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit. Die Haftung aus einem bestehenden Schuldverhältnis kennt eine derartige Einschränkung nicht.
- Ein Amtshaftungsanspruch besteht nur, soweit die Hilfsperson, derer sich der Staat bedient, „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ handelt. Soweit das nicht der Fall ist, kann sich der Staat einer deliktischen Haftung durch Exkulpation entziehen (§ 831 BGB). Im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses ist die Haftung für Hilfspersonen rigoroser (§ 278 BGB).
- Der Amtshaftungsanspruch geht lediglich auf Geldersatz, während der Schadensersatzanspruch aus einem bestehenden Schuldverhältnis auf Naturalrestitution gerichtet ist (§ 249 I BGB).
- Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs liegt in vollem Umfang beim Anspruchsteller; das gilt grundsätzlich auch für das Verschulden des handelnden Amtswalters. Im Gegensatz dazu muss der Anspruchsteller im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses lediglich die Pflichtverletzung und den hieraus resultierenden Schaden darlegen und beweisen, wohingegen es nach §§ 280 I 2, 286 IV

²⁹⁸ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen einem anderen Verwaltungsträger ein Amtshaftungsanspruch zustehen kann, vgl. oben unter A.II.3, S. 17.

BGB der haftenden Körperschaft obliegt, darzulegen und zu beweisen, dass sie oder denjenigen, für den sie haftet (§ 278 BGB), kein Verschulden trifft.

Zur Schließung der hierin zum Ausdruck kommenden **Haftungslücken** im öffentlichen Recht und zwecks Vermeidung unbilliger Haftungsdivergenzen zum Zivilrecht hat die Rechtsprechung in **sinngemäßer Anwendung der BGB-Vorschriften zur Vertragshaftung** Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen entwickelt²⁹⁹. Im Grundsatz ist das **gewohnheitsrechtlich** abgesichert und auch vom Gesetzgeber in § 40 II 1 VwGO anerkannt („Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“). Daneben tritt als Geltungsgrund der in Art 3 I GG wurzelnde **Grundsatz haftungsrechtlicher Gleichbehandlung**: Befinden sich die Beteiligten in einer vertragsähnlichen Sonderverbindung, ist bei Pflichtverletzungen unabhängig von der Natur des Rechtsverhältnisses grundsätzlich ein gleicher Haftungsmaßstab anzulegen. Andernfalls könnte die öffentliche Gewalt durch Wahl der Handlungsform ohne sachlichen Grund ihre Haftung in unverhältnismäßiger Weise beschränken und dadurch den Einzelnen schlechter stellen („keine Flucht ins öffentliche Recht“).

II. Beispiele öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse

Zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis besteht, in dem auf die Regeln über die Vertragshaftung zurückgegriffen werden kann, hat sich bisher noch keine einhellige Meinung herausgebildet. Im Schrifttum wurden zahlreiche Abgrenzungsversuche unternommen³⁰⁰. Die Rechtsprechung geht im Wesentlichen kasuistisch vor, legt dabei aber die grundsätzliche Erwägung zugrunde, dass

„die sinngemäße Anwendung des vertraglichen Schuldrechts als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse da ... [zu bejahen ist], wo ein besonders enges Verhältnis des einzelnen zum Staat oder zur Verwaltung begründet worden ist und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis zu einer angemessenen Verteilung der Verantwortung außerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt“³⁰¹.

Bei aller Unsicherheit im Einzelfall ist danach also entscheidend:

1. Das Bestehen eines **öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses** zwischen zwei Rechtssubjekten. Ein solches kann begründet werden durch Vertrag, Hoheitsakt oder ein tatsächliches Verhalten. Für die Qualifizierung als öffentlich-rechtlich – in Abgrenzung zum privatrechtlichen Handeln der öffentlichen Hand – ist im Zweifel der Funktionszusammenhang entscheidend.
2. Es muss ein **„besonders enges Verhältnis“** zwischen den Beteiligten bestehen. Kennzeichnend ist die Begründung besonderer Nebenpflichten aufgrund einer nach den konkreten Umständen bestehenden erweiterten Möglichkeit, auf Person und Rechtsgüter des anderen einzuwirken.

Beispiele öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse sind:

- Der **öffentlich-rechtliche Vertrag**:

²⁹⁹ Siehe z.B. RGZ 98, 341 ff. (Anspruch des Deutschen Reichs gegen einen Fernsprechteilnehmer auf Ersatz der Unfallfürsorgekosten wegen Verletzung einer Telegrafin durch zu heftiges und mehrmaliges Kurbeln des Fernsprechers).

³⁰⁰ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 353 m.w.N.

³⁰¹ Grundlegend BGHZ 21, 214 (218). Kritik hierzu bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 354: „nichts weiter als eine Leerformel“.

Der öffentlich-rechtliche Vertrag hat in §§ 54 ff. (L)VwVfG eine ausdrückliche Regelung erfahren. Nach § 62 S. 2 (L)VwVfG, der die ergänzende Geltung der Vorschriften des BGB anordnet, findet das allgemeine bürgerlich-rechtliche Leistungsstörungenrecht entsprechende Anwendung.

- Die **öffentlich-rechtliche Verwahrung**:

Ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis besteht, wenn ein Hoheitsträger bewegliche Sachen eines Privaten oder eines anderen Hoheitsträgers kraft öffentlichen Rechts in Besitz genommen hat. Kennzeichnend ist, dass nicht nur Raum zur Aufbewahrung gewährt, sondern die Sache auch in „Obhut“ genommen, d.h. überwacht und gegen Beschädigung und Verlust geschützt wird; insoweit ist auf den Willen der Verwaltung abzustellen.

Bsp.: Beschlagnahme; Sicherstellung; Abschleppen verkehrswidrig abgestellter Kfz; Entgegennahme von Fundsachen durch die Polizei.

- Die **öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag**³⁰².

- **Öffentlich-rechtliche Leistungs- und Benutzungsverhältnisse**:

Ein öffentlich-rechtliches Leistungs- oder Benutzungsverhältnis liegt vor, wenn die Inanspruchnahme einer Leistung der öffentlichen Hand oder die tatsächliche Nutzung einer öffentlichen Einrichtung – z.B. durch Satzung, Anstaltsordnung, Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag – öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist.

Bsp.: Anschluss an kommunale Wasserversorgung bzw. Kanalisation; Benutzung eines kommunalen Schwimmbades, einer Bibliothek, eines Schlachthofs. Vom BGH abgelehnt für die Benutzung eines kommunalen Spielplatzes³⁰³.

- Das **Beamtenverhältnis**:

Das Beamtenverhältnis ist ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis (vgl. Art. 33 IV GG) mit einem dichten Geflecht an gegenseitigen Rechten und Pflichten. Als solches ist es auch ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis im haftungsrechtlichen Sinne.

Die Schadensersatzpflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn hat in §§ 78 BBG, 46 BRRG, 96 LBG BW eine ausdrückliche Regelung gefunden. Schadensersatzansprüche des einzelnen Beamten können sich unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis ergeben und zusätzlich neben etwaigen Amtshaftungsansprüchen stehen. Als Anknüpfungspunkt für eine Haftung kommen namentlich in Betracht Fürsorgepflichtverletzungen³⁰⁴,

z.B. falsche oder unterlassene Beratung, unterlassene oder unzureichende Vorkehrungen gegen Körper- und Sachschäden, unterlassene Beförderung, rechtswidrige Entlassung, fehlender oder unzureichender Schutz vor Gesundheitsgefahren, unterlassene Entfernung von Vorgängen aus Personalakten,

daneben aber auch Pflichtverletzungen in Sonderrechtsbeziehungen innerhalb des Beamtenverhältnisses³⁰⁵.

³⁰² Näher hierzu sogleich unter III.3, S. 61.

³⁰³ BGHZ 103, 338 (342 f.): keine besondere Interessenlage, die Anlass zu einer gesteigerten Rechts- und Pflichtenstellung gibt, die über die allgemeinen deliktischen Beziehungen hinausgeht.

³⁰⁴ Zu den rechtsdogmatischen Grundlagen vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 14 ff.

³⁰⁵ Vgl. zum Ganzen *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 347 m.w.N.

Bsp.: Dienstwohnungsverhältnis, insb. Ansprüche von Angehörigen des Beamten gegen den Dienstherrn wegen Verletzung quasi-vertraglicher Schutzpflichten im Dienstverhältnis nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte; besondere Verwahrungsverhältnisse.

- Das **Wehrdienstverhältnis**.
- Das **Zivildienstverhältnis**:

Ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis besteht zunächst zwischen dem Zivildienstleistenden und seiner – gemäß § 4 ZDG anerkannten und mit der Durchführung des Zivildienstes beliehenen – Beschäftigungsstelle. Quasi-vertragliche Ansprüche wegen Fürsorgepflichtverletzungen durch die Beschäftigungsstelle sind gegen diese im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen³⁰⁶. Handelt es sich um eine privatrechtliche Beschäftigungsstelle, kommen daneben Ansprüche aus Amtshaftung oder Aufopferung gegen diese nicht in Betracht, da sich derartige Ansprüche nur gegen den Staat oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts richten können³⁰⁷. Insoweit haftet deshalb die Bundesrepublik Deutschland.

Daneben besteht ein zweites, gleichfalls durch die Anerkennung nach § 4 ZDG begründetes öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis zwischen der Beschäftigungsstelle und der Bundesrepublik Deutschland. Kraft dessen ist die Beschäftigungsstelle auch der Bundesrepublik Deutschland gegenüber zur Fürsorge für den Zivildienstleistenden verpflichtet. Verletzungen der Fürsorgepflicht stellen im Rahmen dieses Schuldverhältnisses eine haftungsbegründende Pflichtverletzung dar. Wird die Bundesrepublik Deutschland von dem Zivildienstleistenden in Anspruch genommen, kann sie deshalb bei der Beschäftigungsstelle Regress nehmen³⁰⁸.

- Das **Schulverhältnis**:

Der BGH hat es bislang abgelehnt, das Schulverhältnis als ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis im haftungsrechtlichen Sinne anzuerkennen und sieht die Haftung des Schulträgers auf Amtshaftungsansprüche begrenzt. In dieser Beziehung sei die Fürsorgepflicht nicht das wesentliche Element, sondern lediglich eine Nebenpflicht des durch die Erziehung und Unterrichtung der Schüler gekennzeichneten Schuldverhältnisses³⁰⁹. Jedoch qualifiziert das Gericht das Schulverhältnis im Rahmen der §§ 254 II 2, 278 BGB als „ein dem Schuldverhältnis ähnliches Verhältnis“, weshalb der Amtshaftungsanspruchs eines Schülers wegen Mitverschuldens der Eltern als gesetzlicher Vertreter gemindert sein könne³¹⁰.

Das Schrifttum befürwortet demgegenüber ganz überwiegend eine quasi-vertragliche Haftung aus dem Schulverhältnis und verweist hierfür auf die bestehende besonders enge Rechte- und Pflichtenbeziehung und die insoweit vergleichbare Interessenlage wie beim Beamtenverhältnis³¹¹.

³⁰⁶ BGH, NVwZ 1990, 1103 (1103 f.). Vgl. hierzu auch unten zu Fn. 348.

³⁰⁷ BGH, NVwZ 1990, 1103 (1103). Zur Passivlegitimation beim Amtshaftungsanspruch vgl. oben unter A.V, S. 25, beim Aufopferungsanspruch oben unter D.III.2, S. 47.

³⁰⁸ BGH, NVwZ 1990, 1103 (1104).

³⁰⁹ BGH, NJW 1963, 1828 (1828 f.).

³¹⁰ BGH, NJW 1964, 1670 (1671).

³¹¹ Vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 28; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 351 f. m.w.N.

- Das **Strafgefangenenverhältnis**:

Mit gleicher Argumentation wie beim Schulverhältnis hatte es der BGH zuvor bereits abgelehnt, das Strafgefangenenverhältnis als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis im haftungsrechtlichen Sinne anzuerkennen:

„... ist diese Fürsorgepflicht des Staates ihrem Grund und ihrem Gehalt nach eine wesentlich andere als die gegenüber seinem Beamten ... Begründung und Aufrechterhaltung des Strafgefangenen-Gewaltverhältnisses [haben] ihren Grund und Zweck in dem Schutz der Allgemeinheit vor dem Rechtsbrecher, in dem Gedanken der Sühne, zwar auch der Besserung, jedoch nicht in dem der Fürsorge für den Strafgefangenen. Das öffentliche Gewaltverhältnis der strafweisen Freiheitsentziehung hat demnach nicht ein öffentlich-rechtliches Fürsorgeverhältnis zum Gegenstand. Vielmehr ergibt sich die Pflicht des Staates zur Fürsorge gegenüber dem Strafgefangenen für die Dauer seiner Haft nur als Nebenpflicht; sie ist nur Folge der strafweisen Freiheitsentziehung, weil die hoheitliche Entziehung der Bewegungsfreiheit und die damit verbundene weitgehende Entziehung der Möglichkeit des Gefangenen, für seine Gesundheit selbst zu sorgen, zwangsläufig diese Fürsorgepflicht des Staates mit sich bringt, sie aber nicht zum eigentlichen Inhalt des Gewaltverhältnisses macht. Das bedeutet, daß die Pflicht des Staates zur Gesundheitsfürsorge gegenüber dem Strafgefangenen lediglich eine Amtspflicht i.S. des § 839 BGB ist, ...“³¹²

III. Haftung im Rahmen öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse

1. Allgemeines

Die Haftung innerhalb öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse bestimmt sich zunächst nach Maßgabe spezieller öffentlich-rechtlicher Bestimmungen³¹³. Soweit diese fehlen, kann grundsätzlich ergänzend auf die schuldrechtlichen **Haftungsregelungen des BGB** zurück gegriffen werden. Ob dies methodisch im Wege eines Analogieschlusses geschieht, oder ob man die Vorschriften des BGB als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze begreift, die im Zivilrecht nur exemplarisch Ausdruck gefunden haben und in ihren Grundaussagen auch im öffentlichen Recht unmittelbar Anwendung finden, ist dabei ohne große praktische Relevanz³¹⁴.

Anwendungsvoraussetzungen sind in jedem Fall:

1. Das Fehlen einer (vorrangigen) öffentlich-rechtlichen Regelung sowie
2. die Vereinbarkeit mit der öffentlich-rechtlichen Rechts- und Interessenlage.

Unter diesen Voraussetzungen können auch **Schadensersatzansprüche eines Verwaltungsträgers gegen den Bürger** bestehen. Diese vertragsähnlichen Ansprüche treten neben etwaige deliktische Schadensersatzansprüche des Verwaltungsträgers aus § 823 ff. BGB³¹⁵. Der Vorbehalt des Gesetzes steht der analogen Heranziehung der BGB-Vorschriften (bzw. Anwen-

³¹² BGHZ 21, 214 (220).

³¹³ Bsp.: Haftung des Beamten für Schädigungen des Dienstherrn nach § 78 BBRG; §§ 46 BRRG, 96 LBG BW; Soldaten: § 24 SoldG; Zivildienstleistende: § 34 ZDG.

³¹⁴ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 355.

³¹⁵ Da das Deliktsrecht kein bestehendes privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem voraussetzt sondern einen allgemeinen Rechtsgüterschutz bezweckt, sind die §§ 823 ff. BGB auch innerhalb öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse wohl bereits unmittelbar anwendbar. In diesem Sinne *Stelkens*, DVBl. 1998, 300 (301). Freilich kann eine Anwendung von §§ 823 ff. BGB durch abschließende öffentlich-rechtliche Spezialvorschriften ausgeschlossen sein, was beispielsweise für die beamtenrechtlichen Innenhaftungstatbestände (vgl. die in Fn. 313 aufgezählten Vorschriften) angenommen wird.

dung allgemeiner Rechtsgrundsätze) nach h.M. grundsätzlich nicht entgegen³¹⁶. Weitgehend unproblematisch ist das in denjenigen Fällen, in denen der Verwaltung bei der Ausgestaltung des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses ein Wahlrecht zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht zusteht³¹⁷. Denn der Bürger soll durch die aus seiner Sicht zufällige Wahl der öffentlich-rechtlichen Handlungsform im Vergleich zur privatrechtlichen Ausgestaltung nicht benachteiligt³¹⁸, aber eben auch nicht begünstigt werden³¹⁹. Im Übrigen, d.h. wenn das fragliche Rechtsverhältnis zwingend dem öffentlichen Recht zugeordnet ist³²⁰, bedarf es einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall, ob tatsächlich die Voraussetzungen für einen Analogieschluss vorliegen (bzw. ob ein allgemeiner Rechtsgrundsatz den Besonderheiten des jeweiligen Falles Rechnung trägt und ihn deshalb erfasst)³²¹.

Bsp.: Mangels ausreichender gesetzlicher Grundlage kein Schadensersatzanspruch einer Hochschule gegen ein Mitglied des studentischen Sprecherrates aus positive Forderungsverletzung wegen rechtswidriger Zahlungsanweisung³²².

Vorbehaltlich dieser Besonderheiten sind danach insb. die folgenden Vorschriften anwendbar:

- **Haftungsbegründung:**

Zur Anwendung kommen die Vorschriften über den **Schadensersatz wegen Pflichtverletzung** (§§ 249 ff., 280-283, 311a II BGB analog), auch schon bei gesteigertem Kontakt im Vorgriff auf ein konkretes öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis (§ 311 II BGB analog, *culpa in contrahendo*) sowie den Aufwendungsersatz (§ 284 BGB analog). Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag kommt – kumulativ, arg. § 325 BGB – ein Rücktritt in Betracht (§ 62 S. 2 [L]VwVfG i.V.m. §§ 323-326 BGB). Hervorzuheben ist die entsprechende Anwendbarkeit der **Beweislastregel des § 280 I 2 BGB**.

Die Zulässigkeit der entsprechenden Anwendung von § 286 BGB (Voraussetzungen des Verzugs) ist – mit Ausnahme des öffentlichen-rechtlichen Vertrages, für den sie allgemein bejaht wird – umstritten. Gleiches gilt für § 288 BGB (Verzugszinsen), während die analoge Anwendbarkeit von § 291 BGB (Prozesszinsen) anerkannt ist³²³.

Das Gewährleitungsrecht der §§ 434 ff., 536 ff., 633 ff. BGB ist aufgrund seiner spezifisch zivilrechtlichen Interessenausrichtung nicht ohne Weiteres analogiefähig, was eine differenzierende Betrachtungsweise erforderlich macht³²⁴.

- **Haftungszurechnung:**

³¹⁶ Vgl. *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 19 Rn. 9 ff.; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 3; *Stelkens*, DVBl. 1998, 300 (303).

³¹⁷ Bsp.: Benutzungsverhältnis einer kommunalen öffentlichen Einrichtung.

³¹⁸ Deswegen haftet die Verwaltung in analoger Anwendung des privatrechtlichen Leistungsstörungenrecht („keine Flucht ins öffentliche Recht“).

³¹⁹ *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 3; *Stelkens*, DVBl. 1998, 300 (303 f.).

³²⁰ Bsp.: Schulverhältnis.

³²¹ *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 3; *Stelkens*, DVBl. 1998, 300 (303 f.).

³²² BVerwGE 101, 51 (54 f.). Zustimmend *Stelkens*, DVBl. 1998, 300 (304 ff.).

³²³ Zum Ganzen *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 355 f. m.w.N.

³²⁴ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 345 f. m.w.N. sowie die Nachweise bei *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 5.

§ 278 BGB (Zurechnung des Verschuldens von gesetzlichen Vertretern und Erfüllungsgelhilfen) findet entsprechende Anwendung.

- Haftungsbeschränkungen:

§ 254 BGB (Mitverschulden) findet entsprechende Anwendung.

Vertragliche Haftungsausschlüsse sind bis zur Grenze des § 276 III BGB zulässig. Grundsätzlich zulässig sind auch **einseitig durch Satzung** angeordnete Haftungsausschlüsse. Dies betrifft insb. als Satzung erlassene Benutzungsordnungen öffentlicher Einrichtungen. Die Zulässigkeit derartiger einseitiger Haftungsausschlüsse unterliegt aber den folgenden Beschränkungen³²⁵:

1. Unzulässig ist ein Haftungsausschluss für Vorsatz, die fahrlässige Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit sowie die grob fahrlässige Verursachung sonstiger Schäden (Rechtsgedanke der §§ 276 III, 309 Nr. 7 BGB, Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung).
2. Der Haftungsausschluss muss sachlich gerechtfertigt³²⁶ und den davon Betroffenen zumutbar sein (Verhältnismäßigkeit).

2. Insb.: öffentlich-rechtliche Verwahrung

Im öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnis finden – neben den vorstehend genannten allgemeinen Bestimmungen – die §§ 688 ff. BGB analoge Anwendung.

Eine Ausnahme gilt aber für § 690 BGB. Die dort vorgesehene Beschränkung der Haftung des unentgeltlichen Verwahrers auf die eigenübliche Sorgfalt (*diligentia quam in suis*) gilt nicht für die öffentliche Hand³²⁷. Eine solche Haftungserleichterung wäre unvereinbar mit den spezifisch öffentlich-rechtlichen (auch rechtsstaatlichen) Bindungen der staatlichen Gewalt. Eine analoge Anwendung von § 695 BGB (Rückforderungsrecht des Hinterlegers) kommt dann nicht in Frage, wenn das jederzeitige Rückforderungsrecht dem öffentlichen Zweck des Schuldverhältnisses widerspräche (z.B. vor Aufhebung einer Beschlagnahme)³²⁸.

3. Insb.: öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag

Nach st. Rspr. sind die §§ 677 ff. BGB – vorbehaltlich abschließender spezialgesetzlicher Regelungen³²⁹ – im öffentlichen Recht grundsätzlich analog anwendbar³³⁰. Die h.L. steht dem zu Recht zurückhaltend bis ablehnend gegenüber, da grundlegende strukturelle und inhaltliche

³²⁵ Vgl. BGHZ 61, 7 (12 f.); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 12; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 7. Der Haftungsausschluss bleibt aber auf die quasi-vertragliche Haftung beschränkt. Ein parallel bestehender Amtshaftungsanspruch kann allein durch Satzung nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden, vgl. oben unter A.III.4, S. 24 mit Fn. 113.

³²⁶ Ein rechtfertigender Grund kann etwa darin liegen, dass durch den Haftungsausschluss die Benutzungsgebühren einer öffentlichen Einrichtung niedrig gehalten werden können.

³²⁷ BGHZ 4, 192 (194); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 20 Rn. 2, § 21 Rn. 6.

³²⁸ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 6; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 341.

³²⁹ Z.B. § 43 SGB I (vorläufige Leistungen eines Sozialhilfeträgers) i.V.m. §§ 102 ff. SGB X (Erstattungsanspruch gegen den zur Leitung verpflichteten Leistungsträger); § 8 (L)VwVfG (Kostenerstattung bei Amtshilfe).

³³⁰ Vgl. hierzu die Rechtsprechungsanalyse von *Schoch*, Die Verwaltung 38 (2005), 91 ff. mit zahlreichen aktuellen Nachweisen.

Divergenzen zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht bestehen³³¹: Während ersteres geprägt ist vom Grundsatz der Privatautonomie, entfaltet im letzteren das Gesetzmäßigkeitsprinzip seine steuernde Kraft. Ein hoheitliches Handeln ist dem Bürger nicht möglich. Es gilt das staatliche Gewaltmonopol. Eine analoge Heranziehung der zivilrechtlichen GoA-Vorschriften bedarf deshalb jeweils einer sorgfältigen Prüfung auf ihre Vereinbarkeit mit der öffentlich-rechtlichen Rechts- und Interessenlage.

Dabei lässt sich wie folgt unterscheiden:

a. Handeln einer Verwaltungsträgers für einen anderen Verwaltungsträger

Im Verhältnis zweier Verwaltungsträger ist eine GoA – entgegen der Rspr. – grundsätzlich unzulässig³³². Andernfalls könnte unter Berufung auf §§ 677 ff. BGB die staatliche Zuständigkeitsordnung, einschließlich ausdrücklich normierter Ausnahme-, Notfall- und Eilkompetenzen (insb. Selbsteintritt, Ersatzvornahme, Amts- und Vollzugshilfe), unterlaufen werden. Zudem würde eine Aufwundererstattungspflicht (§ 683 BGB) des zuständigen Verwaltungsträgers dessen Entscheidungs- und Handlungskompetenz gefährden, da die damit einhergehende Kostenbelastung für diesen nicht selbst steuerbar wäre.

Auch soweit ein Verwaltungsträger aufgrund einer gesetzlich ausdrücklich zugewiesenen Ausnahmekompetenz für einen „an sich zuständigen“ anderen Verwaltungsträger handelt, kommt ein Kosten- und Aufwundersersatz nur in Betracht, wenn er gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist³³³. Ansonsten gilt der Grundsatz, dass jeder Verwaltungsträger die Kosten trägt, die ihm in Wahrnehmung seiner Aufgaben entstanden sind. Das ist in Art. 104a I GG für das Bund-Länder-Verhältnis ausdrücklich normiert und gilt darüber hinaus als allgemeiner Rechtsgrundsatz. Für einen Rückgriff auf §§ 677 ff. BGB (unter den Gesichtspunkt des „auch fremden Geschäfts“) ist deshalb auch insoweit kein Raum, weil der handelnde Verwaltungsträger von einer ihm eingeräumten Kompetenz Gebrauch gemacht und deshalb eine eigene Aufgabe wahrgenommen hat³³⁴. Davon abgesehen handelt der Verwaltungsträger in derartigen Fällen kompetenzgemäß und deshalb nicht „ohne Auftrag“.

Ein schmaler Anwendungsbereich bleibt allenfalls³³⁵ für den Fall der Spontanhilfe in Notlagen sowie bei Weigerung des zuständigen Verwaltungsträgers, die sofort gebotene Handlung vorzunehmen.

³³¹ Hierzu etwa *Schoch*, Die Verwaltung 38 (2005), 91 (94 ff.).

³³² *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 48 ff.; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 11; *Schoch*, Jura 1994, 241 (243 f.); *ders.*, Die Verwaltung 38 (2005), 91 (98 f.).

³³³ A.A. BVerwG, NJW 1986, 2524 (2524 f.): Trifft eine Polizeibehörde in rechtmäßiger Wahrnehmung ihrer Eilkompetenz eine Maßnahme, die in den Aufgabenbereich einer anderen Behörde fällt, so sind die dabei von ihr verauslagten Kosten von dem an sich – d.h. ohne die gebotene Eile – zuständigen Aufgabenträger nach den Grundsätzen der öffentlich-rechtlichen GoA zu erstatten. Vgl. auch BVerwGE 110, 9 ff., wo das Gericht einen Aufwundersersatzanspruch des klagenden Landes gegen den Bund für eine Bilgenölentsorgung auf einer Bundeswasserstraße nur deshalb verneint, weil es keine schiffahrtspolizeiliche Aufgabe des Bundes (Art. 89 II 1 GG i.V.m. § 1 I Nr. 2 BinSchAufgG), sondern die den Ländern zugewiesene (Art. 83 GG) Aufgabe der Abfallentsorgung erfüllt und deshalb ein eigenes Geschäft geführt habe.

³³⁴ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 51 f.

³³⁵ Selbst insoweit ist aber zweifelhaft, ob angesichts der allgemein befürworteten Nothilfekompetenz der handelnde Verwaltungsträger „ohne Auftrag“ agiert. Ansprüche aus GoA auch in Notsituationen ablehnend deshalb *Kischel*, VerwArch 90 (1999), 391 (396 f.); *Schoch*, Die Verwaltung 38 (2005), 91 (99).

b. Handeln eines Verwaltungsträgers für ein Privatrechtssubjekt

Auch in diesem Verhältnis ist nach vorzugswürdiger h.L. eine GoA grundsätzlich unzulässig³³⁶. Teils extensiver ist demgegenüber die Rechtsprechung über die Figur des „auch fremden Geschäfts“³³⁷.

Abgesehen davon, dass es hier vielfach bereits an den einfachrechtlichen Voraussetzungen der GoA fehlen wird (kein fremdes Geschäft, fehlender Fremdgeschäftsführungswille, „sonstige Berechtigung“ i.S.v. § 677 BGB aus öffentlichem Recht), sprechen grundsätzliche Erwägungen gegen eine analoge Heranziehung der §§ 677 ff. BGB. Denn die spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindungen der Verwaltung, insb. Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes sowie der rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz, verbieten es, ein Verwaltungshandeln gegenüber Privaten über die öffentlich-rechtliche GoA zu legitimieren. Namentlich im Bereich der Eingriffsverwaltung können die §§ 677 ff. BGB nicht eine fehlende Ermächtigungsgrundlage für Freiheitseingriffe beim Bürger ersetzen. Hinzu tritt der abschließende Charakter des Verwaltungskosten- und Vollstreckungsrechts im Hinblick auf die Kostenerstattung für Verwaltungshandeln³³⁸.

Eine entsprechende Anwendung der §§ 677 ff. BGB wird deshalb nur im Bereich der gesetzlich nicht determinierten Verwaltung für möglich gehalten³³⁹. Auch das erscheint aber zweifelhaft, weil die Verwaltung nicht nach freiem Belieben außerhalb ihres Kompetenzbereichs tätig werden darf; innerhalb ihres Aufgabenbereichs handelt sie hingegen nicht „ohne Auftrag“³⁴⁰.

c. Handeln eines Privatrechtssubjekts für einen Verwaltungsträger

Da Privaten sog. hoheitliches Handeln (z.B. VA, Satzung, RVO) versagt ist, kommt eine GoA von Anfang an nur im Bereich des Verwaltungsrealhandelns in Betracht. Aber auch insoweit ist eine analoge Anwendung der §§ 677 ff. BGB nach überwiegender Auffassung (auch in der Rspr.³⁴¹) grundsätzlich unzulässig, und zwar aus mehreren Gründen:

- Gemäß Art. 20 II 2 GG obliegt die Ausübung der Staatsgewalt besonderen Organen u.a. der vollziehenden Gewalt. Diese wird aus rechtsstaatlichen Gründen zahlreichen Bindun-

³³⁶ *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 54; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 11; *Schoch*, Jura 1994, 241 (244 f.); *ders.*, Die Verwaltung 38 (2005), 91 (100 ff.).

³³⁷ BGHZ 40, 28 ff.; 63, 167 (169 f.), jeweils für den Einsatz der Feuerwehr; BGHZ 65, 354 (357 ff.), zur Beseitigung von Straßenverschmutzungen, die von einem Anlieger herrühren, durch die Straßenbaubehörde; VG Gelsenkirchen, NJW 2002, 1818, zur Kostenerstattung für eine nicht angetretene Klassenfahrt.

³³⁸ In diesem Sinne jetzt auch BGH, NJW 2004, 513 (514 f.): Die Vorschriften des Polizeirechts über die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme und die Ersatzvornahme einschließlich der dazugehörigen Bestimmungen über die Erhebung von Kosten (Gebühren und Auslagen) enthalten eine erschöpfende Sonderregelung, die in diesem Bereich einen Anspruch des Trägers der Polizei aus Geschäftsführung ohne Auftrag ausschließt.

³³⁹ So *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 55; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 11.

³⁴⁰ So *Schoch*, Die Verwaltung 38 (2005), 91 (102).

³⁴¹ Dabei stellt die Rspr. im Gegensatz zur h.L. nicht grundsätzlich die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB im öffentlichen Recht. Davon geht sie ohne Weiteres aus. Vielmehr setzt sie bei den konkreten gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen an und fragt namentlich danach, ob die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht (§ 683 BGB). Das verneint sie regelmäßig, weil aufgrund der im Folgenden aufgezählten Gesichtspunkte kein öffentliches Interesse daran bestehe, dass die Aufgabe gerade durch den aktiv gewordenen Privaten wahrgenommen werde. Vgl. etwa BVerwGE 80, 170 (173 f.); OVG NW, NVwZ-RR 1996, 653 (653 f.).

gen und Beschränkungen unterworfen (Aufgabenzuweisung, Zuständigkeit, Befugnisse). Daneben ist kein Platz für eine Geschäftsführung des Bürgers.

- Das vorhandene Rechtsschutzsystem, einschließlich der Möglichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes, verbietet eine Selbsthilfe unter Berufung auf GoA.
- Vielfach ist der Verwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ein Ermessen eingeräumt.
- Andernfalls drohte eine nicht steuerbare finanzielle Belastung des Staates.

Der Anwendungsbereich der GoA beschränkt sich deshalb auf Notsituationen (so die h.L.³⁴²), im Einzelfall mag aus besonderen Gründen auch darüber hinaus eine Anwendung gerechtfertigt sein (z.B. zum Schutz individueller Rechtsgüter wie Gesundheit und Eigentum, so z.T. die Rspr.³⁴³).

d. Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher GoA

Die Angrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher GoA ist von Bedeutung für den einschlägigen Rechtsweg³⁴⁴.

Die Abgrenzungskriterien sind umstritten, das Meinungsbild insgesamt unscharf³⁴⁵:

- Die überwiegende Auffassung fragt danach, welche Rechtsnatur das Geschäft gehabt hätte, wenn der Geschäftsherr selbst gehandelt hätte.

Auf dieser Grundlage bejaht der BGH regelmäßig den privatrechtlichen Charakter der Geschäftsführung auch bei einem öffentlich-rechtlich handelndem Geschäftsführer³⁴⁶. Über die Figur des „auch fremden Geschäfts“ geht das Gericht davon aus, dass der Geschäftsführer ein eigenes öffentlich-rechtliches und zugleich ein fremdes privatrechtliches Geschäft besorgen könne.

- Eine andere Ansicht stellt ab auf den Handlungszusammenhang, dem die GoA entspringt. Teils wird dabei das Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer, teils die Rechtsnatur der Handlungsberechtigung oder Handlungspflicht des Geschäftsherrn für maßgeblich erachtet.
- Eine dritte Auffassung hält die Rechtsnatur der Handlung des Geschäftsführers für entscheidend.

³⁴² *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 56 ff.; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 11; *Schoch*, Jura 1994, 241 (246); *ders.*, Die Verwaltung 38 (2005), 91 (102 f.).

³⁴³ BVerwGE 80, 170 (174). Dort bestand freilich auch eine Notsituation (brüchiger Deich und hierdurch verursachte akute Überschwemmungsgefahr und Gefahr der Verunreinigung des Flusswassers durch Überschwemmung eines hinter dem Deich gelegenen Tanklagers; mehrfache Weigerung der zuständigen Bundeswasserstraßenverwaltung, den Deich zu sichern).

³⁴⁴ Entgegen *Schoch*, Jura 1994, 241 (247) ist die Abgrenzung für die Zulässigkeit der GoA ohne Bedeutung. Denn sind dem Handeln des Staates öffentlich-rechtliche Grenzen gesetzt, wird es nicht dadurch rechtmäßig, dass man es als privatrechtlich qualifiziert. So zutreffend *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 34; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 12 a.E.

³⁴⁵ Vgl. hierzu die Übersicht bei *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 35 m.w.N. und eigener Stellungnahme unter Rn. 43 ff.

³⁴⁶ Vgl. hierzu bereits die Nachweise oben in Fn. 337.

IV. Konkurrenzen

Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis treten neben etwaige Ansprüche aus Amtshaftung, Aufopferung oder enteignungsgleichem Eingriff.

V. Rechtsweg

(1) Hinsichtlich der Durchsetzung von (Ersatz-)Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen stellt sich aus Sicht der Verwaltung zunächst die Frage, ob sie eigene Ansprüche gegen den Bürger durch *Erllass eines Leistungsbescheides* geltend machen kann oder ob sie den Rechtsweg beschreiten muss. Aufgeworfen ist damit die Frage nach der Verwaltungsakt-Befugnis (VA-Befugnis)³⁴⁷.

Da ein Leistungsbescheid ein belastender Verwaltungsakt ist, bedarf er nach dem Vorbehalt des Gesetzes einer formell-gesetzlichen Grundlage. Das BVerwG bejaht in ständiger Rechtsprechung die VA-Befugnis auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Rahmen subordinationsrechtlicher Rechtsverhältnisse. Demgegenüber vertritt die wohl h.L. die Auffassung, der Erlass eines belastenden Verwaltungsakts sei nur aufgrund einer besonderen formell-gesetzlichen Grundlage zulässig.

Bsp.: Schadensersatzansprüche des Dienstherrn gegen einen Beamten (§ 78 BBG; §§ 46 BRRG, 96 LBG BW) können nach Ansicht der Rechtsprechung durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden. Nach h.L. ist die Behörde auf die allgemeine Leistungsklage verwiesen. Demgegenüber ist einer Gemeinde die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus einem Kanalbenutzungsverhältnis durch Leistungsbescheid nach allgemeiner Auffassung verwehrt.

(2) Was den Rechtsweg zur Durchsetzung von (Ersatz-)Ansprüchen aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen angeht, offenbart ein Blick auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ein uneinheitliches Bild. Deren Auslegung ist zudem z.T. umstritten.

Der *Verwaltungsrechtsweg* ist eröffnet für

- Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis (§ 126 I BRRG, § 40 II 2 VwGO), dem Wehrdienstverhältnis (§ 32 WPflG, § 82 SoldG) und dem Zivildienstverhältnis (§ 78 Abs. 2 ZDG i.V.m. § 32 WPflG³⁴⁸);
- Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung von Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (§ 40 II 1, 1. Hs. Var. 3 VwGO *e contrario*)³⁴⁹;
- Aufwendungsersatzansprüche analog §§ 670, 683 BGB (§ 40 I 1 VwGO; keine *Schadensersatzansprüche* i.S.v. § 40 II 1 VwGO);
- alle Klagen eines Verwaltungsträgers gegen einen Bürger. Insoweit ist die abdrängende Sonderzuweisung des § 40 II 1 VwGO ihrem Sinn und Zweck nach nicht anwendbar: Wegen des häufig bestehenden Zusammenhangs der dort genannten Ansprüche mit dem Amtshaftungsanspruch soll für sie wie für diesen (vgl. Art. 34 S. 3 GG) der ordentliche Rechtsweg eröffnet sein. Da einem Verwaltungsträger aber gegen einen Bürger keine Amtshaftungsansprüche zustehen können, besteht für eine Abweichung vom Grundsatz

³⁴⁷ Vgl. hierzu *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 19 Rn. 12, § 27 Rn. 7 ff.; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 10 Rn. 5 ff., jew. m.w.N.

³⁴⁸ Hierzu BGH, NVwZ 1990, 1103 (1103 f.).

³⁴⁹ Str. ist, ob das auch gilt für Schadensersatzansprüche wegen der schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Pflichten (*culpa in contrahendo*). Vgl. hierzu unten zu Fn. 356 und 357.

des § 40 I 1 VwGO kein rechtfertigender Grund. § 40 II 1 GG ist insoweit teleologisch zu reduzieren³⁵⁰.

Der **ordentliche Rechtsweg** ist eröffnet für

- „vermögensrechtliche Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung“ (§ 40 II 1, 1. Hs. Var. 2 VwGO). Das gilt sowohl für den Anspruch auf Herausgabe der verwahrten Sache als auch für Schadensersatzansprüche.

Umstritten ist der Rechtsweg für Schadenersatzansprüche aus einem sonstigen³⁵¹ öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis. Fraglich ist, ob hier § 40 II 1, 1. Hs. Var. 3 VwGO zur Anwendung kommt, der „für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“ den ordentlichen Rechtsweg vorsieht.

- Die wohl h.M.³⁵², namentlich der BGH, bejaht dies unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut.
- Eine a.A.³⁵³ vertritt den Standpunkt, dass diese Ansprüche wegen ihres vertragsähnlichen Charakters ebenso wie die vertraglichen Ansprüche zu behandeln seien, so dass der Verwaltungsrechtsweg einschlägig sei. Die Auffassung beruft sich zudem auf den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit: Müsste der Bürger seine Ansprüche im Zivilrechtsweg verfolgen, gelte für ihn der Beibringungsgrundsatz (§ 138 ZPO), während für die im Verwaltungsrechtsweg einzuklagenden staatlichen Ansprüche der Untersuchungsgrundsatz (§ 86 I VwGO) eingriffe³⁵⁴.
- Demgegenüber vertritt das BVerwG³⁵⁵ eine differenzierte Position.

Ausgangspunkt dafür ist die Überlegung, dass der aus dem jeweiligen öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis sich ergebende Primäranspruch unstrittig dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen ist (§ 40 I 1 VwGO), wohingegen ein etwaiger Amtshaftungsanspruch im ordentlichen Rechtsweg zu verfolgen ist (Art. 34 S. 3 GG). Vor diesem Hintergrund wolle § 40 II 1 VwGO keineswegs alle Streitigkeiten über Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten den ordentlichen Gerichten zur Entscheidung zuweisen, sondern nur diejenigen, in denen ein enger Zusammenhang mit der Amtshaftung gegeben sei. Für den Zivilrechtsweg sei daher nur Raum, wenn der Schadensersatzanspruch „in aktuellem Zusammenhang“ mit möglichen Ansprüchen aus Amtshaftung stehe. Bestehe hingegen ein engerer Zusammenhang mit dem Primäranspruch, sei zur Vermeidung einer sachwidrigen Rechtswegspaltung auch der Nebenanspruch im Verwaltungsrechtsweg durchzusetzen. § 40 II 1 VwGO müsse entsprechend einschränkend ausgelegt werden.

³⁵⁰ Ganz h.M., etwa BGHZ 43, 269 (277 f.); BVerwGE 18, 72 (78); *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rn. 67, 73 m.w.N.

³⁵¹ D.h. weder öffentlich-rechtlicher Vertrag noch öffentlich-rechtliche Verwahrung.

³⁵² BGHZ 59, 303 (305); NJW 1984, 615 (617); VGH BW, DVBl. 1981, 265 (266); *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 22 Rn. 2; *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: Okt. 2005, § 40 Rn. 544; *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rn. 72; *Maurer*, AVwR, 14. Aufl. 2002, § 29 Rn. 9.

³⁵³ VGH BW, NJW 2003, 1066 (1066); *Backhaus*, DVBl. 1981, 266 (269); *Bosch/Schmidt*, Verwaltungsgerichtliches Verfahren, 7. Aufl. 2001, S. 59; *Henke*, JZ 1984, 441 (446 f.).

³⁵⁴ Hierauf beruft sich auch BVerwGE 37, 231 (236). Zum Standpunkt des BVerwG sogleich.

³⁵⁵ BVerwGE 37, 231 (235 ff.); BVerwG DÖV 1974, 133 (134). Ebenso OVG Hamburg, NVwZ-RR 1995, 369 (369 f.).

Bsp.: Ein „aktueller Zusammenhang“ mit dem Amtshaftungsanspruch und deshalb die Eröffnung des ordentlichen Rechtswegs wurde bejaht für einen Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens wegen verzögerter Auszahlung eines festgesetzten Zuschusses (BVerwGE 37, 231 ff.).

Für Ansprüche aus Verschulden bei der Anbahnung oder dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages (*culpa in contrahendo*) aus Gründen, die typischerweise auch Gegenstand eines Amtshaftungsanspruchs sein können, sind die ordentlichen Gerichte zuständig. Hier: Verletzung von Beratungs- und Hinweispflichten im Vorfeld eines Vertragsschlusses (BVerwG, NJW 2002, 2894 f.).

Beachte: Die Behandlung von Schadensersatzansprüchen aus *culpa in contrahendo* (§§ 311 II, 280 I BGB analog) im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichem Vertrag ist auch innerhalb der h.M. umstritten. Unabhängig davon, ob der Vertrag tatsächlich zustande kam, wird z.T. wegen des Zusammenhangs mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrag der Verwaltungsrechtsweg für einschlägig gehalten³⁵⁶. Nach a.A. ist der ordentliche Rechtsweg eröffnet, weil die vorvertraglichen Pflichten nicht im Sinne § 40 II 1, 1. Hs. Var. 3 VwGO „auf einem öffentlich-rechtlichem Vertrag beruhen“ sondern sich aus einem durch die Aufnahme der Vertragsverhandlungen begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis ergeben³⁵⁷.

Zu beachten ist zudem § 17 II GVG, nach dessen Satz 1 das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten entscheidet; nach Satz 2 dieser Vorschrift bleiben jedoch Art. 14 III 4 und 34 S. 3 GG unberührt. Danach prüft das Zivilgericht Amtshaftungsansprüche und (sämtliche) Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen. Das Verwaltungsgericht prüft – soweit es sich für zuständig erklärt, s.o. – Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen, keine Amtshaftungsansprüche (§ 17 II 2 GVG), wohl aber Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff (§ 17 II 2 GVG nicht einschlägig).

³⁵⁶ Thür. OVG, NJW 2002, 386 ff.; *Detterbeck/Windthorst/ Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 22 Rn. 2; *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rn. 71.

³⁵⁷ BGH, NJW 1986, 1109 (1110); VG Gera, NJW 1999, 3574 (3575); *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: Okt. 2005, § 40 Rn. 545.